

Universidad Católica de Santa María
Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas
Escuela Profesional de Derecho



Test de proporcionalidad sobre el plazo máximo durante el cual se pueden celebrar contratos de naturaleza temporal con el trabajador en relación al principio de continuidad y la estabilidad laboral al 2023

Tesis presentada por el Bachiller:

Alcocer Delgado, Kennie Carolina

ORCID: 0009-0004-2908-8736

para optar el Título Profesional de Abogada

Asesor (a):

Dr. Gonzáles Ortega, Berly

ORCID: 0009-0000-0632-2068

Arequipa - Perú

2025

UCSM-ERP

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

DERECHO

TITULACIÓN CON TESIS

DICTAMEN APROBACIÓN DE BORRADOR

Arequipa, 15 de Abril del 2025

Dictamen: 009509-C-EPDD-2025

Visto el borrador del expediente 009509, presentado por:

2004240632 - ALCOCER DELGADO KENNIE CAROLINA

Titulado:

**TEST DE PROPORCIONALIDAD SOBRE EL PLAZO MÁXIMO DURANTE EL CUAL SE PUEDEN
CELEBRAR CONTRATOS DE NATURALEZA TEMPORAL CON EL TRABAJADOR EN RELACIÓN AL
PRINCIPIO DE CONTINUIDAD Y LA ESTABILIDAD LABORAL AL 2023**

Nuestro dictamen es:

APROBADO

Título Profesional/Título de Segunda Especialidad/Grado Académico a optar:

ABOGADO

**06514738 - MAYTA COAGUILA RONALD ALBINO
DICTAMINADOR**



**73079095 - NAJAR BECERRA CESAR ALEJANDRO
DICTAMINADOR**



Test de proporcionalidad sobre el plazo máximo durante el cual se pueden celebrar contratos de naturaleza temporal con el trabajador en relación al principio de continuidad y la estabilidad laboral al

INFORME DE ORIGINALIDAD

17%

INDICE DE SIMILITUD

17%

FUENTES DE INTERNET

8%

PUBLICACIONES

6%

TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	3%
2	doku.pub Fuente de Internet	1%
3	Submitted to Universidad Católica de Santa María Trabajo del estudiante	1%
4	www.coursehero.com Fuente de Internet	1%
5	laley.pe Fuente de Internet	1%
6	busquedas.elperuano.pe Fuente de Internet	1%
7	repositorio.upagu.edu.pe Fuente de Internet	1%
8	echo.ilo.org Fuente de Internet	<1%
9	qdoc.tips Fuente de Internet	<1%
10	idoc.pub Fuente de Internet	<1%
11	centroinvestigacionjuridica.up.ac.pa Fuente de Internet	

Dedicatoria

“Este trabajo de investigación se lo dedico a mis padres Yoni y Victor, que son mi fuerza y motivación para salir adelante, quienes me apoyan incondicionalmente y nunca dejaron de creer en mí, sin ustedes no lo hubiera logrado. A Catalina, mi compañera inseparable, por acompañarme siempre en mis noches de desvelo, y aunque físicamente ya no estes, la esencia de tu amor estará siempre conmigo”

Agradecimientos

Agradezco a Dios por haberme otorgado una familia maravillosa, quienes han creído en mí siempre, dándome ejemplo de superación, humildad sacrificio; enseñándome a valorar todo lo que tengo. A todos ellos dedico el presente trabajo, porque han fomentado en mí, el deseo de superación y de triunfo en la vida. Lo que ha contribuido a la consecución de este logro.

RESUMEN

Nuestro ordenamiento jurídico laboral contempla, a grandes rasgos, 3 tipos de contrataciones; de duración indeterminada, a tiempo parcial –en el caso de que la jornada de trabajo sea menor de 4 horas diarias-, y sujetos a modalidad, de acuerdo a la naturaleza del trabajo, lo que hace que los beneficios varíen dependiendo del caso.

La presente investigación tiene por objetivo hacer un análisis de los plazos máximos durante los cuales se pueden celebrar el contrato de inicio o incremento de actividad, y por necesidad de mercado, 3 y 5 años respectivamente, esto a la luz del principio de continuidad y de proporcionalidad, magníficamente desarrollado por el supremo intérprete de la Constitución.

Dado que consideramos que los plazos son irrazonables y colisionan contra sendos principios laborales, además de los ya mencionados, por lo que proponemos reducirlos o en todo caso implementar la protección adecuada contra el despido arbitrario para los trabajadores que laboren bajo esta modalidad durante al menos 2 años.

Palabras clave

Contratos temporales, contrato por necesidades de mercado, estabilidad laboral

ABSTRACT

Our labor legal system contemplates, broadly speaking, 3 types of contracts; of indefinite duration, part-time -in the event that the working day is less than 4 hours a day- and subject to modality, according to the nature of the work.

The objective of this investigation is to make an analysis of the maximum terms during which the contract to start or increase activity can be entered into, and due to market necessity, 3 and 5 years respectively, this in light of the principle of continuity and of proportionality, superbly developed by the supreme interpreter of the constitution and originally designed by the German master jurist Robert Alexy.

Given that we consider that the deadlines are unreasonable and collide with several labor principles, we therefore propose to reduce them and, in any case, implement adequate protection against arbitrary dismissal for workers who work under this modality for at least 2 years.

Keywords

Temporary contracts, contract for market needs, job stability.

ÍNDICE

DEDICATORIA

AGRADECIMIENTOS

RESUMEN

ABSTRACT

INTRODUCCIÓN	1
CAPÍTULO I	2
PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA	2
I.- OBJETIVOS	5
1. OBJETIVO GENERAL	5
II.- HIPÓTESIS	5
CAPÍTULO II	6
LA FUNCIÓN TUTIVA DEL DERECHO LABORAL	6
I- CUESTIONES PRELIMINARES	6
II. LAS FUENTES DEL DERECHO LABORAL	10
II.1. LOS CONTRATOS	10
II.2. CONVENIOS COLECTIVOS	11
II.3. LA LEY	12
II.4. LOS TRATADOS INTERNACIONALES	14
III.- PRINCIPIOS QUE INSPIRAN EL DERECHO LABORAL	19
A) PRIMACÍA DE LA REALIDAD	21
B) IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS	25
C) CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA Y NORMA MÁS FAVORABLE	28
CAPÍTULO III	56
CONTRATOS LABORALES	56
- A PLAZO FIJO	56
- DE DURACIÓN INDETERMINADA	58

- A TIEMPO PARCIAL -----	58
I. CONTRATO POR NECESIDADES DE MERCADO: -----	64
II.- CONTRATO POR INICIO O INCREMENTO DE ACTIVIDAD -----	71
- ARGENTINA-----	75
- COLOMBIA -----	77
- BRASIL -----	81
CAPÍTULO IV -----	83
APROXIMACIONES AL CONCEPTO DE IMPREVISIBILIDAD EN -----	83
RELACIÓN CON LA CAUSA OBJETIVA -----	83
IMPREVISIBILIDAD -----	84
LA PROBABILIDAD -----	85
LA NORMALIDAD -----	88
LA RAZONABILIDAD -----	90
RECOMENDACIONES -----	95
APORTE: MODIFICATORIA DEL ARTÍCULO 74 DEL DECRETO SUPREMO 003-97-TR- PE-----	96
REFERENCIAS -----	97
ANEXOS -----	103

ÍNDICE DE FIGURAS

FIGURA 1: TIPO DE CONTRATO.....	63
FIGURA 2: TIPO DE CONTRATO POR TRABAJADOR.....	70
FIGURA 3: TRABAJADORES CONTRATADOS A PLAZO FIJO	73



ÍNDICE DE TABLAS

TABLA 1 : PROPUESTA DE MODIFICACIÓN.....	96
--	----



INTRODUCCIÓN

En el derecho laboral, respecto al régimen de la actividad privada, existen diversas modalidades de contratación, mismas que obedecen a la naturaleza del trabajo, por lo que hay contratación a plazo fijo, con fecha de inicio y fin; de duración indeterminada, el cual responde al principio de continuidad y hace prevalecer la estabilidad laboral, y los contratos accidentales.

La regla general es que los contratos laborales sean de duración indeterminada, por lo que los otros tipos de contratos son de carácter eminentemente excepcional y su razonabilidad debe de estar contenida, sobre todo, en la causal objetiva manifestada en ellos.

Asimismo, los contratos de plazo fijo, como el de necesidad de mercado –que evidentemente obedece a situaciones coyunturales-, o de inicio o incremento de actividad –en cuanto a las empresas que inician o extienden su rango de negocios-, están sujetos a un importante principio como lo es el de la proporcionalidad que se cimienta en otros tres principios: el de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Es bajo esta óptica que pretendemos analizar los contratos mencionados que contemplan plazos máximos de duración de hasta 5 años sin que el trabajador adquiera protección frente al despido arbitrario, por lo que la resolución de un contrato por cumplimiento de plazo no es ilegal, y es que este periodo se torna en irrazonable si de lo que se trata es de proteger a los trabajadores que tienen derecho a una estabilidad laboral de salida, como muy bien lo señala el Tribunal constitucional en senda jurisprudencia (Ferro, 2019).

Bajo esta óptica, no solamente pretendemos analizar la proporcionalidad de los plazos contemplados en la norma, sino también proponer soluciones que sin menoscabar los intereses de los empleadores ahonden en un mejor beneficio para los trabajadores, considerando el carácter tuitivo del derecho laboral, que se legitima frente al hecho de que el empleador, sea persona jurídica o natural, es el que se encuentra en una posición ventajosa frente al trabajador.

Capítulo I

Planteamiento Del Problema

El principio de continuidad laboral tiene un ámbito de aplicaciones bastante variado, sobre todo cuando se trata de desnaturalizar un contrato laboral de plazo fijo por lo que el juzgador opta por sancionar al empleador volviendo al trabajador demandante, de ser el caso, como uno de duración indeterminada, y es que la relación laboral tiende a la perpetuidad y de lo que se trata es de proteger al lado débil de la relación, quien en muchos casos es el trabajador.

Empero, la regla general arriba aplicada está sujeta a excepciones como es el caso de que el empleador pueda resolver el vínculo laboral que sostiene con sus trabajadores en los primeros 3, 6 o 9 meses dependiendo de la condición del trabajador y en línea con lo que establece el Art. 10 del D.S 003-97 TUO del Dec. Leg. 728, sin perjuicio de indemnizar a su trabajador, si la causal del despido no se ajusta a los parámetros legales.

Después de los periodos mencionados, el trabajador alcanza protección contra del despido arbitrario, y en caso de que este se configure, tiene derecho a cobrar una indemnización equivalente a 1 sueldo y medio por cada mes trabajado hasta que finiquite el contrato con un máximo de 12 remuneraciones, lo que a veces es cuestionable debido a que ello colisiona con la garantía de protección contra el despido arbitrario que concibe nuestra Carta Constitucional en su artículo 27, con dos excepciones notables, que pretendemos estudiar en adelante, como el contrato por necesidades de mercado y el de inicio o incremento de actividad.

Pero la figura que se pretende cuestionar a través de este trabajo de investigación no es precisamente esta, sino la que concibe el hecho de que un trabajador pueda estar laborando continuamente durante 5 años, por ejemplo, sin que adquiera protección contra el despido, no entendido como una decisión unilateral del empleador de extinguir el vínculo laboral, sino como el término de un plazo de un contrato que tiene un plazo excesivo y una causal aparentemente legal, cayendo de este modo en un plazo no razonable respecto a la intención del constituyente de proteger al trabajador.

El test de razonabilidad o proporcionalidad, citado líneas arriba, se sostiene en otros tres principios los cuales son, según (Rubio, 2011), los siguientes:

1. **Idoneidad:** El que se encuentra claramente relacionado con el objetivo que se busca alcanzar. Y relacionándolo con nuestro tema de investigación, debemos anotar que los contratos de naturaleza temporal buscan coberturar aquellas relaciones laborales que son imprevistas para el empleador y claro que se deben de encontrar congruencia con el giro de la empresa, por lo que se deduce que es de naturaleza excepcional.
2. **Necesidad:** Este sub principio nos obliga a verificar si no existe una medida menos lesiva en cuanto a los derechos del trabajador, en este caso, y que tienen la condición de fundamentales.

Y es que, en relación a ello, tenemos que verificar la posibilidad de otras medidas que permitan proteger al empleador frente a una coyuntural necesidad dentro del giro de la empresa que no lesione los derechos del trabajador, lo que se encuentra íntimamente ligado con la estabilidad de salida, la cual contempla una indemnización al trabajador.

Ahora, y en relación a nuestro tema de investigación, tendríamos que hacernos la siguiente pregunta: ¿Es necesario que un contrato por necesidades de mercado, que se sustenta en una imprevisibilidad, tenga una duración de 5 años?.

Efectuada la interrogante, podríamos hacer una analogía de otras figuras que se han aplicado en el ámbito laboral, y que finalmente fueron dejadas sin efecto porque no cumplieron con este segundo sub principio, un clásico ejemplo es el de la ley que recortaba derechos laborales a los jóvenes de 21 años, que era una medida muy gravosa frente a la importancia de los derechos fundamentales, por lo que finalmente fue apartada del ordenamiento jurídico vigente, puesto que existen otras medidas, menos lesivas, que podrían facilitar el ingreso de los jóvenes al mercado laboral (Neves, 2020).

En la misma línea argumentativa, y considerando el contenido del sub principio de necesidad, se puede afirmar que la reducción del plazo que justifica un contrato por necesidades de mercado, sería más congruente con ello.

La necesidad de que la norma prevea un plazo de 5 años para los contratos por necesidades de mercado se encuentra desvirtuada frente al hecho de que no hay una imprevisibilidad en el mercado, donde operan la mayoría de empresas que utilizan este tipo de contratación, **que haya superado el plazo de 3 años**, además que existen contratos que se podrían conectar unos con otros, que podrían satisfacer las expectativas del empleador.

3. **Proporcionalidad en sentido estricto:** El cual indica que el nivel de satisfacción de un derecho debe ser tan igual como la afectación que se está causando sobre otro.

Y es que esto colisiona con el hecho de que los contratos modales son de naturaleza eminentemente excepcional, accidental, lo que es determinado por una causa objetiva que, dicho sea de paso, no está claramente establecida ni por el legislador ni por el juzgador.

Es así que estamos frente al hecho de que no solamente hay más trabajadores sujetos a contratos modales sin adquirir estabilidad laboral en comparación con los que son de duración indeterminada, sino que la situación se agrava cuando nos damos cuenta que el legislador, vaciando de contenido las normas laborales de jerarquía constitucional, habilita la posibilidad de que el empleador pueda tener durante un máximo de 5 años a un trabajador sin que este adquiera estabilidad que puede reflejarse en una mayor productividad, y es que si bien es cierto que un trabajador adquiere protección frente al despido arbitrario después de superar el periodo de prueba, también lo es que de extinguirse la causal que justifica la celebración de un contrato por necesidades de mercado, no hay obligación de indemnización.

Dicho esto, vale precisar que en el marco de investigación demostraremos que no hay una causal objetivo, salvo algunas excepciones, que logre extenderse por un periodo mayor a los 3 años que proponemos se tenga como límite máximo temporal para considerar que un contrato por necesidades de mercado no se ha desnaturalizado, independientemente de que un juez, después de un largo y costoso proceso judicial, lo declare o no.

De otro modo, se estaría colisionando contra el deseo del constituyente en el sentido de proteger al trabajador de una resolución de contrato que, por la naturaleza de las cosas, y los fundamentos que desarrollamos en el cuerpo de la investigación, se encuentra desnaturalizado.

I.- Objetivos

1. Objetivo general

- Efectuar un test de proporcionalidad sobre los plazos máximos durante los cuales se puede celebrar los contratos por necesidades de mercado y de incremento o inicio de actividad.

2. Objetivos específicos:

2.1. Evidenciar la inconstitucionalidad del artículo 74 del D.S 003-97 TUO del Dec. Leg. 728 y la necesidad de que el trabajador deba ser protegido frente a la eventualidad de encontrarse sin empleo tras la no renovación del contrato.

2.2. Analizar la proporcionalidad de los plazos máximos de contratos laborales modales, a la luz del principio de continuidad laboral.

2.3. Analizar el elemento imprevisibilidad que justifica la celebración de un contrato por necesidades de mercado.

2.4. Ensayar parámetros claros que garanticen el principio de continuidad laboral en el Perú para no caer en excesos.

II.- Hipótesis

Dado que las relaciones laborales tienden a la perpetuidad y se protegen en base al principio de continuidad laboral, manifestado en la estabilidad, **es probable** que el plazo durante el cual se pueden celebrar contratos modales por hasta un máximo de 5 años sea desproporcional en base a la intención del legislador de proteger al trabajador frente a un despido sancionado por la ley.

Capítulo II

La función tuitiva del derecho laboral

“El desacuerdo es muchas veces muestra de progreso”. Ghandi

I- Cuestiones Preliminares

No son pocos los que consideran que el derecho laboral es uno de los más importantes dentro del ordenamiento jurídico de un país porque tiene como función primordial reconocer y proteger los derechos inherentes de los trabajadores, considerando que esta es la principal fuente de sustento de las personas, lo que justifica, además, la evolución de las normas socio laborales de cara a la realidad económica de cada país, encontrándose éste íntimamente ligado a sus actividades productivas.

De este modo, el derecho fundamental al trabajo tiene relevancia frente a los demás derechos, teniendo que admitir el hecho de que estos ya no se encuentran encasillados en compartimentos estancos como otrora sucedía, o al menos se consideraba, clasificándolos como de primera, segunda o tercera generación.

Su importancia radica en que las relaciones laborales son eminentemente dispares, teniendo que crear una serie de normas que solucionen y de este modo coloquen en situación de igualdad al trabajador frente al empleador, esto con el afán de garantizar el goce de los derechos que le corresponden al primero y dándole facilidades al empleador que se encuentren dentro de parámetros de razonabilidad, lo que no siempre sucede, como en adelante lo sustentaremos.

Es así como se desarrollan una serie de normas constitucionales y legales que tienen el objetivo de facilitar las relaciones laborales y fortalecerlas, dejando de lado abusos y situaciones susceptibles de ser resueltas en un proceso judicial, aunque la técnica legislativa no sea la más adecuada, por decir lo menos, llegando a extremos en donde el legislador ordinario o hasta el propio Tribunal Constitucional, como sucedió con el precedente Huatuco - el que dicho sea de paso es uno de los más inaplicados por los jueces ordinarios, según LP- vacía de contenido constitucional ciertos derechos que forman parte del bloque de constitucionalidad

(Constitucionales, 2006, p. 351), mismo que ahora se ve complementado por un conjunto de normas internacionales que conforman lo que conocemos como el bloque de convencionalidad.

La naturaleza del derecho laboral es de carácter eminentemente tuitivo y tiende a equiparar ambas partes dejando de lado el hecho de que ésta se pueda regir por las reglas del libre mercado, como sostienen muchos de sus defensores liberales, lo que nos llevaría a panoramas inadmisibles como que no haya una remuneración mínima en general, y beneficios sociales que son considerados por algunos como un óbice del desarrollo económico, posición con la que ciertamente no estamos de acuerdo (Neves, 2020).

No compartimos la visión que muchos tienen sobre los beneficios sociales, sin embargo, somos conscientes que se deben de realizar mejoras en favor del trabajo, uno de los principales medios de riqueza del ser humano y de un país en desarrollo como lo es el Perú, esto en congruencia con el mandato del legislador constituyente sobre proteger al lado más débil de la relación laboral, el que a todas luces prevalece sobre el legislador ordinario que se debe sujetar a parámetros positivizados en la Carta Fundamental, o al menos encontrando un punto medio puesto que el constituyente tiene, a veces, una visión idealista en demasía (Neves, 2018, p. 28).

Y es que hay que reconocer la importancia del derecho del trabajo en un Estado Constitucional y Social de Derecho como lo es el Perú y, teniéndolo como horizonte, hacer una serie de esfuerzos construyendo y mejorando nuestra normativa, a nivel no solamente del decreto legislativo 728 –que regula la actividad privada–, sino también en todos los demás regímenes, sea 276, 1053, etc; para poder beneficiar a los trabajadores en congruencia con los lineamientos constitucionales a fin de hacer prevalecer sus derechos.

Los regímenes anteriormente mencionados deben de regirse, indefectiblemente, por el principio de razonabilidad, entendiéndola como aquello opuesto a la arbitrariedad.

El trabajo es, tal vez, y en líneas generales, la fuente de riqueza más importante dentro de un sistema económico y, como lo señala la Carta Constitucional, un medio de realización de la persona humana, lo que conecta indefectiblemente con aquel principio derecho contenido en el artículo 1 del mismo documento, y es que la dignidad se constituye como el pilar sobre el que se construye todo nuestro andamiaje constitucional (Correa, 2019, p.72).

Empero, existen una serie de controversias respecto a la normativa infra constitucional que protege los derechos de los trabajadores, tanto en la administración pública, en sus más de 50 regímenes, según la literatura especializada, como en el régimen privado, del que hablaremos ahora.

Dentro del régimen laboral de la actividad privada, encontramos el régimen general, regulado por el Decreto Legislativo 728, y sendos regímenes especiales de acuerdo a la naturaleza del trabajo, que sin duda deben de guardar congruencia con el principio de igualdad, a la cual se le considera como una norma *ius cogens*, que ilumina no solamente nuestro ordenamiento jurídico nacional sino también el internacional y que, de hecho, alimenta el nuestro y hasta lo perfecciona.

Sin perjuicio de lo anterior, hay que mencionar que la totalidad de las normas inmersas en nuestro *corpus iuris*, deben de estar iluminadas por una serie de principios los cuales se erigen como pautas interpretativas que llenan de contenido una norma sustantiva y la hacen no solamente más eficiente, sino también más eficaz, mismos que serán desarrollados más adelante.

En línea con la naturaleza de la actividad que se ejerce, aquella ficción llamada legislador, como diría el maestro Fernando de Trazegnies, ha creado una serie de regulaciones que responden a la realidad que vivimos, pero que no tienen una técnica legislativa adecuada si de lo que se trata es de proteger el lado débil de una relación laboral, quien sin duda es el trabajador (Ramírez et al, 2009, p. 203).

Nuestro Supremo Intérprete de la Constitución ha diseñado mecanismos no tan efectivos para proteger al trabajador; es por ello que, a nivel del ordenamiento jurídico, se han dado una serie de normas que parecen alejarse de los principios que iluminan la Constitución Laboral y cuya importancia destacaremos en adelante, como muy bien lo señala el maestro uruguayo Américo Pla al referirse a estos como:

Las líneas directrices que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones por lo que pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos (Arévalo, 2012, p. 94).

Del mismo modo, no podemos dejar de citar al maestro jurista Robert Alexy quien enseña que los principios, como lo pueden ser el de continuidad laboral o la Irrenunciabilidad de derechos, son mandatos de optimización de una norma y permiten que esta se adapte al caso en concreto dentro de los parámetros de razonabilidad, en ese sentido, el principio de continuidad laboral se irradia sobre el artículo 74 del decreto legislativo 728, exigiendo que se reduzca el plazo durante el cual se puede celebrar, de manera sucesiva, contratos por necesidades de mercado o por inicio o incremento de actividad; en definitiva, es en ese sentido en el que se le debe de entender la continuidad laboral en contraposición con el contenido de la norma bajo análisis.

No obstante, debemos mencionar que la función tuitiva de las normas laborales es controvertida por un sector empresarial, quien parece estar a favor de lo que ellos denominan flexibilización y desregulación de los derechos laborales de tal modo que estos tengan que desaparecer progresivamente para calmar las crisis económicas que la sola presencia de estos derechos genera, haciendo prevalecer el desarrollo de un país, lo que puede estar un tanto alejado de la realidad (Arévalo, 2012, p. 90).

Afortunadamente, la posición liberal no se encuentra plenamente vigente, pero de cuando en cuando impera frente a las intenciones del constituyente, tal como sucede, por ejemplo, en varios supuestos como los que mencionaremos en adelante:

1. Cuando nos damos cuenta que los contratos a plazo fijo, que son la excepción de la regla, son los más utilizados dentro de las contrataciones laborales.
2. Al momento en el que la legislación ordinaria coloca un tope máximo de indemnización frente a un despido arbitrario, lo que colisiona contra la protección frente al despido arbitrario que el constituyente contempló en su artículo 27 (Rubio, 1998).
3. O, en nuestro caso, estableciendo plazos excesivos, y por lo tanto irrazonables, durante los cuales se pueden celebrar sendos contratos con el trabajador sin que este adquiera protección contra el despido arbitrario, y pudiéndose extinguir el vínculo de manera unilateral.

En definitiva, debemos de introducir mejoras a nivel normativo congruentes con la función tuitiva del derecho laboral y de cara a ello, notamos que existe un sinfín de modificatorias

propuestas por abogados especialistas en la materia, como el destacado jurista Javier Neves Mujica y nuestro objetivo es aportar un grano de arena en la gran playa que es el derecho para poder mejorar las condiciones de miles de trabajadores que cada cierto tiempo tienen que firmar un contrato sin saber si en el futuro seguirán laborando en las mismas condiciones o finalmente se encontrarán desempleados.

Pero también se trata de establecer normas justas que mejoren no solamente la productividad del trabajador sino también el nivel de utilidades de los empresarios, ya que es conocido que un trabajador satisfecho es más productivo, valga la redundancia.

II. Las fuentes del derecho laboral

El derecho laboral evoluciona a la luz de los hechos, razón por la que algunos lo consideran como una ciencia ya que constantemente estudia la realidad, no obstante, su progreso se determina a partir de la mente del legislador, además de otras fuentes generadoras de derechos como lo son:

II.1. Los Contratos

Prima facie, y en líneas generales, se podría aseverar que estos se constituyen como un mecanismo de protección para los trabajadores y en donde se deben encontrar claramente establecidos no solamente las obligaciones, tanto de la parte contratante como de los trabajadores, sino también las razones por las que se decide contratar temporalmente, de ser el caso, mismas que deben de ser razonables a la luz de los hechos.

Bajo esta premisa, la existencia de un contrato de trabajo es un requisito sine qua nom para considerar que este tiene una fecha de inicio y una de fin, pues de lo contrario se puede sancionar al empleador considerándose que éste es de duración indeterminada.

Dicho ello, los contratos de trabajo son fuente de obligaciones y de derechos para las partes, y su contenido debe de seguir rigurosamente una serie de reglas, como, por ejemplo, la determinación de la causa objetiva para justificar la duración del contrato, además de otros elementos que más adelante pasaremos a desarrollar (Mujica, 2020, p. 58).

A propósito de los contratos, es válido mencionar lo que ha dicho la OIT, en su Conferencia Internacional del trabajo, en el año 2006; sobre esta fuente normativa:

El encubrimiento puede versar no ya sobre la naturaleza jurídica de la relación, sino sobre la modalidad utilizada para establecerla. No desaparece la relación de trabajo, pero deforma su naturaleza la forma que se le da. El contrato será entonces manipulado de modo que prive a los trabajadores dependientes de ciertos derechos y prestaciones. A los fines del presente informe, este género de manipulación se presta a la creación de otro tipo de relación de trabajo encubierta cuyo resultado es la privación de protección.

Es lo que sucede cuando el **contrato de trabajo es aparentemente convenido por un período determinado, o para realizar una tarea precisa, pero luego es renovado repetidas veces, en forma sucesiva o no.** A raíz de esto, el trabajador no puede beneficiarse de ciertas ventajas previstas por la ley de trabajo o el contrato colectivo (Organización Internacional de Trabajo, 2006).

A nivel de doctrina se le considera como una fuente de derechos por excelencia y se entiende que en él se manifiesta la libertad contractual de las partes, lo que a veces resulta ser ilusorio por lo que a nivel material no hay una equiparación entre el empleador y el trabajador.

II.2. Convenios Colectivos

La OIT nos enseña que esta fuente del derecho, en palabras del maestro Javier Névez Mujica, es un:

Acuerdo escrito relativo a las condiciones de trabajo y de empleo, celebrado entre un empleador, un grupo de empleadores o una o varias organizaciones de empleadores, por una parte, y por otra, una o varias organizaciones representativas de trabajadores, o en ausencia de tales organizaciones, representantes de los trabajadores interesados, debidamente elegidos y autorizados por estas últimas, de acuerdo con la legislación nacional» (art. 2.1 Recomendación 91). De los

elementos comprendidos en la definición expuesta, nos interesa detenernos en uno: el objeto o contenido del convenio colectivo. (Neves, 2020)

II.3. La ley

Las leyes, en su sentido más extenso, o como algunos juristas le denominan, en su sentido lato, es una de las manifestaciones más elevadas del ordenamiento jurídico, después de las Constituciones, y es allí en donde se deben de establecer claros límites para las personas, que obviamente no conculquen sus derechos y que permitan una relación equilibrada, en nuestro caso, entre el empleador y el trabajador, pues de lo contrario estaríamos hablando de un status quo ofensivo a la dignidad humana.

Hablar del decreto legislativo 728, el 276, el régimen CAS, es hacer clara referencia aquellas normas que tenemos en nuestro ordenamiento jurídico y son, por excelencia, dadas por uno de los poderes más importantes en un Estado Constitucional de derecho, el Poder Legislativo, el cual reside en nuestro Congreso de la República, y que tiene por funciones primordiales:

- Crear leyes con el objetivo de regular las relaciones humanas en sus diversas manifestaciones.
- Representar a la nación y, considerando el contexto vivido hace unos meses, escucharla para que no haya confrontaciones en la sociedad civil que finalmente nos termina perjudicando a todos, sobremanera.
- Ejercer un control político sobre los demás poderes, pudiendo el legislador hacer solicitudes de información, llamar a un ministro para que responda frente a temas específicos y hasta censurarlos, de ser el caso.

Claro que el derecho del trabajo tiene un contenido esencial que se le relaciona con el acceso al empleo y el derecho a no ser despedido arbitrariamente de él, no obstante, existen otros derechos como las vacaciones, pago de CTS (Compensación de tiempo de servicios), o las gratificaciones cuya cuantía varía dependiendo del periodo laborado o el régimen en el cual se encuentra el trabajador, y se encuentran regulados por normas infra

constitucionales que pueden ser leyes –sensu strictu-, decretos legislativos, decretos supremos, entre otros.

Esta poderosa fuente normativa se encarga de desarrollar aspectos fundamentales del derecho laboral y está sujeta a cambios y parámetros claramente establecidos por el legislador constituyente, en base a lo que nos enseña la teoría tridimensional del derecho.

A mayor abundamiento, vale recordar que la teoría tridimensional del derecho sostiene que el derecho se sostiene en tres elementos fundamentales, los cuales son:

- a. **Los valores**: Que se encuentran claramente relacionados con el aspecto teleológico del derecho y con algo importantísimo que a veces parece perder vigencia en el mundo de los operadores jurídicos, y es la justicia como aquel faro que debe de guiar las acciones de todos los que nos encontramos comprometidos con el derecho, en su visión más vanguardista.
- b. **Las normas**: En su sentido más extenso y que generalmente se le relaciona con el derecho positivo que ahora se ha visto claramente superado por el post positivismo.
- c. **Los hechos**: Lo que significa que el derecho se debe de adaptar a las cosas que vemos en la realidad, y no viceversa, razón por la cual sostenemos que a veces los dos primeros elementos del derecho se ven desfasados por lo que vemos a diario en nuestras vidas.

En consideración con el hecho de que la libertad es un derecho fundamental de las personas, cabe recordar que las leyes en general, y en cuanto al derecho laboral, no todas tienen el carácter de impositivas, así tenemos, por ejemplo, y como lo recuerda Rubio (2017).

1. Dispositivas: Son aquellas cuyas restricciones son casi inexistentes, por lo que las partes privadas son libres de decidir en cuanto a los efectos que un contrato pueda tener.

2. Con piso de indisponibilidad: He aquí el tema de nuestro interés y es que en materia laboral existen sendas normas que imponen límites mínimos para el actuar de las partes, y un claro ejemplo que siempre se cita en este contexto es la remuneración mínima vital, que al día de hoy asciende a 1025 soles en el caso de personas que no tengan carga familiar; por otro lado, también tenemos el derecho a un descanso anual remunerado de 15 días, puesto que los otros 15 pueden o no ser susceptibles de negociación entre el trabajador y el empleador, habiendo casos en donde estas se venden, independientemente del régimen bajo el cual se labore.
3. Con techo de indisponibilidad: Aplicables al presupuesto de la administración pública y los sueldos máximos que un funcionario público puede percibir, en algunos casos, lo que ni siquiera se puede superar con un convenio colectivo que también tiene fuerza de ley, como lo veremos más adelante.
4. De indisponibilidad absoluta: Que generalmente las encontramos en el ámbito sancionador del Estado y es que el derecho penal, por ejemplo, no permite la permuta de una pena privativa de la libertad por una limitativa de derechos.

II.4. Los tratados internacionales

Los tratados internacionales son acuerdos vinculantes entre dos o más países, que establecen reglas y obligaciones en áreas específicas, como el comercio y los derechos humanos en materia laboral, de género, concernientes al medio ambiente, entre otros que se encuentran ligados directamente, o a veces indirectamente, con la dignidad del ser humano (Guerrero, 2018).

Estos acuerdos son negociados y firmados por los gobiernos de los países que participan en las negociaciones y otros organismos investidos de personalidad jurídica internacional, y una vez que son ratificados por los respectivos parlamentos o poderes ejecutivos, se convierten en ley en cada uno de los países miembros, lo que, como no puede ser de otro

modo, es susceptible de críticas por parte de no pocos especialistas en el tema, puesto que simplemente no se puede aplicar un control de constitucionalidad sobre estos (Ob. cit).

Los tratados internacionales pueden ser bilaterales, es decir, entre dos países, o multilaterales, que involucran a tres o más países. Estos acuerdos, que pueden ser de varios tipos, pasan a formar parte del ordenamiento jurídico interno de un país, pero tienen como objetivo primordial la cooperación entre los países en base a objetivos en común.

En tanto que se mantenga la paz y la estabilidad a nivel de la esfera celeste, podría aseverarse que se garantiza la vigencia del marco jurídico que fomentan la celebración de estos tratados (Salmón, 2019).

Indefectiblemente tenemos que citar a la disposición cuarta final y transitoria de la Constitución que ad litteram establece lo siguiente:

Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de derechos humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú (Rubio, 1998).

Este apartado lo consideramos importante ya que no solamente inspira todo el ordenamiento jurídico, sino que maximiza el nivel de protección de derechos tan fundamentales como el trabajo que se ha visto menoscabado en los últimos años no solamente por el contexto de la pandemia sino por los deseos del legislador ordinario que no han hecho otra cosa más que afectar el contenido del derecho constitucional en mención.

Es pertinente citar lo que establece la Convención de Viena sobre Derecho de los tratados (1969) en su artículo 2, inciso 1, literal A: "... Un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya sea que descansa en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular".

Aunado a ello, no es vano mencionar que los tratados internacionales implican la celebración de una serie de actos jurídicos en donde principalmente participan los Estados como sujetos de derecho internacional, prevalecen sobre los ordenamientos jurídicos internos de los países y bajo ningún concepto se puede invocar estas normas para incumplir obligaciones internacionales contraídas bajo el principio del pacta sunt servanda, o de buena fe, lo que ciertamente también es aplicable para los contratos entre privados (Salmón, 2019).

Pero avocándonos al derecho laboral, cabe resaltar que los tratados internacionales incluyen, además de los Estados, a organismos internacionales que pueden estar adscritos a la ONU, OEA, entre otros, como lo es el caso de (OIT) Organización internacional del trabajo, cuyos convenios son vinculantes para los países que los han suscrito y ratificado, como en el caso del Perú, de este modo, los tratados se constituyen como lineamientos generales para establecer normas de cara a la protección de los derechos de los trabajadores.

Existen convenios en materia de beneficios sociales, seguridad social, estabilidad laboral, entre otros aspectos que resultan trascendentales en materia laboral y algunos de los cuales merecen ser citados pese a que no han sido ratificados por el Perú, pero que en definitiva son normas soft law a tener en cuenta para todos los operadores jurídicos, como sucede en el caso del convenio 158 de la OIT, el cual está relacionado directamente con la estabilidad laboral y ha sido utilizado por países como España para determinar la razonabilidad del plazo del periodo de prueba, por ejemplo.

Así encontramos que en su artículo 4 se establece que no se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. (Organización Internacional de Trabajo, 1985)

Como toda norma dentro del ordenamiento jurídico, ésta se encuentra sujeta a parámetros de razonabilidad y la debemos de aplicar en consideración a lo que el legislador ordinario entiende por necesidades de mercado y en congruencia a la protección contra el despido

arbitrario que, dicho sea de paso, goza de protección constitucional, por lo que la ley debe de contemplar plazos menores, por no decir razonables, durante los cuales se pueda celebrar este tipo de contratos.

Los tratados internacionales que pasan a formar parte del corpus iuris de cada país tiene una clasificación que pasaremos abordar a continuación (Neves , 2020, pp. 99-100):

A) *Por su ámbito*

- a. Regional: Dentro de esta clasificación podemos encontrar, por ejemplo, a la “Declaración americana de los deberes y los derechos del hombre”, dada en 1948 y la cual constituye la partida de nacimiento del sistema interamericano de derechos humanos encabezado por la Corte Interamericana de derechos humanos, cuya jurisprudencia ahora es vinculante para todos los Estados que suscribieron la Convención Americana de derechos humanos (1969).
- b. Mundial: En esta sub clase podemos mencionar la Declaración universal de derechos humanos, también dada en el año 1948, después de las barbaridades que el mundo vio en la segunda guerra mundial, y que ciertamente incluye lo que hicieron Alemania y Estados Unidos en el contexto de la segunda guerra mundial, conflictos que deben de acabar si es que queremos llamarnos una auténtica civilización.

B) *Por su contenido*

- a. Genéricos: Asimismo, el Pacto internacional de derechos civiles y políticos tiene un ámbito de protección sobre una multiplicidad de derechos tanto de índole laboral como de otra rama (Ob. Cit).
- b. Específicos: Tratados internacionales como el Protocolo de San Salvador, que complementa la Convención Americana de Derechos

Humanos, y que versa sobre derechos de carácter económico, social y cultural, dentro de los que encuadra los derechos laborales, por ejemplo.

Del mismo modo, podemos ubicar en esta clasificación los instrumentos internacionales que se originan en el seno de la Organización Internacional del Trabajo, y que nacen fruto del consenso entre los Estados, grandes sindicatos y el empresariado, lo que dota de mayor legitimidad sus pronunciamientos.

Cabe precisar que los pactos y tratados tienen una mayor eficacia si es que se le compara con las declaraciones que no son precisamente específicas y no tienen la posibilidad de decirle a un país que una cláusula de su Constitución es inconvencional, como sucedió en el caso “La última tentación de Cristo vs Chile”. (Caso Olmedos Bustos y otros vs Chile, 2001)

En esa línea, podemos encontrar consagrados derechos fundamentales como el trabajo, la libertad para elegirlo, que este se encuentre premunido de una remuneración acorde con el nivel de responsabilidades y funciones que le acompañan, el derecho a la asociación o al descanso (Blancas, 2008).

Es oportuno mencionar que el Perú ha ratificado más de un tercio de los convenios internacionales de trabajo que versan sobre muchas materias, de entre los que podemos destacar:

- a. Estabilidad laboral
- b. Seguro de desempleo
- c. Seguridad e higiene en el trabajo
- d. Libertad sindical
- e. Jornadas de trabajo
- f. Condiciones laborales para personas en situación de vulnerabilidad como lo son las mujeres, los niños migrantes, porque aunque nos pese

en el alma, debemos de admitir que hay latitudes en el mundo en el que el trabajo infantil es el más demandado por las condiciones físicas que estos poseen.

Dadas todas estas consideraciones, nos preguntamos:

5. ¿No es discriminatorio que dos personas laboren en las mismas condiciones, por más de 2 años, pero con una protección distinta? Y es que solamente una de ellas tiene protección frente al despido arbitrario mientras que la otra tiene que seguir firmando contratos hasta que un día, después de 5 años, su empleador le diga que no continuará trabajando, porque las condiciones **imprevisibles** que justificaron su contrato por necesidades de mercado han desaparecido. ¿Acaso esto no colisiona contra el derecho a la igualdad que, dicho sea de paso, es una norma ius cogens? por lo que su vinculatoriedad y eficacia no depende de que el Perú suscriba o no tratados internacionales como los que hemos referido en este apartado.

La respuesta salta a la vista y nos permite descubrir una serie de imperfecciones en la elaboración de la norma que obviamente colisiona con principios implícita y explícitamente reconocidos en cuerpos normativos comenzando por la Carta Fundamental y extendiéndonos a otros a nivel internacional que son vinculantes para el Perú como el Pacto de San Salvador.

III.- Principios que inspiran el derecho laboral

Previamente debemos de mencionar que el derecho ha tenido una evolución sorprendente desde la segunda guerra mundial, pasando de ser conformado solamente por normas escritas a ser estructurado por un conjunto de pronunciamientos judiciales relevantes, a los que se les denomina jurisprudencia, una fuente del derecho, muchos de los cuales tienen el carácter de precedentes judiciales o vinculantes, y principios cuyo contenido no se encuentra claramente precisado pero que constituyen directrices orientadoras que logran optimizar la aplicación de

una norma positiva que no precisamente está pensada en todos los supuestos fácticos en los que se aplicará.

De este modo, los ordenamientos jurídicos, en general, pueden superar las deficiencias que la sola norma tenga por sí misma y que responde a las limitaciones del legislador para prever supuestos planteados por las nuevas tecnologías, la era de la industrialización, la bioética en lo que respecta a la ciencia médica, etc.

Aunque debemos de admitir que todos estos elementos se encuentran claramente condicionados al juzgador, y todos los valores implícitos en él como persona humana que es, como lo recuerda el maestro Fernando de Trazegnies al preguntarse, en su clásico “La muerte del legislador”:

¿El derecho sería el mismo en la hipótesis de que, sin cambiar norma alguna, se substituyen simplemente a todos los jueces y abogados del país por juristas egresados de la Universidad de Moscú durante el periodo marxista de Rusia?” (Ramírez et al, 2009, p. 208).

3.1. Principio protector

También llamado por el maestro Américo Pla como el principio de desigualdad compensatoria, y desde nuestra perspectiva, se le podría considerar como un meta principio ya que dentro de él se encuentran una serie de principios que a continuación pasaremos a desarrollar, y tiene como objetivo primordial el de equilibrar las desigualdades existentes entre el empleador y al trabajador, como se señala al inicio de este trabajo cuando hacíamos referencia a la oferta y demanda de bienes, lo que ciertamente no es aplicable a una sociedad en donde un gran porcentaje se encuentra laborando en la informalidad o, en el peor de los casos, desempleados.

Algunos autores, como el Dr. Cosmópolis, consideran a este meta principio como uno de carácter procesal puesto que su aplicación es preferentemente responsabilidad del juzgador y tiene como objetivo primordial el de “...*amortiguar el desequilibrio interpartes al provocar desigualdades de signo inverso*” (Pasco, 2012).

De este modo, la vocación de protección del trabajador se manifiesta en principios como:

- a) Primacía de la realidad
- b) Irrenunciabilidad de derechos
- c) Condición más beneficiosa
- d) Norma más favorable

También debemos señalar que existe un sector importante de la doctrina que considera que estos principios se deben agotar en lo sustantivo, dejando de lado su manifestación en el ámbito procesal e instrumental, puesto que aquí se debe manifestar el principio contradictorio y el de equilibrio procesal absoluto (Guerrero, 2015, p. 74).

Es importante destacar que este meta principio, como lo señalan no pocos autores, goza de protección constitucional y se encuentra plenamente reconocido en el artículo 23 de la Carta Constitucional, mismo que establece el papel protector que asume el Estado en el ejercicio de un derecho tan fundamental como lo es el trabajo, y es que como reza la propia norma, se constituye como un medio de realización de la persona humana y base del bienestar social.

A) Primacía de la realidad

Este es uno de los principios que más desarrollo ha tenido dentro de nuestro ordenamiento jurídico y hasta se ha logrado extender a ámbitos como el derecho civil y el derecho tributario; no obstante, pretendemos aplicarlos en relación con nuestro tema de investigación.

En palabras de Guerrero (1999) este principio siempre hace prevalecer la verdad de los hechos sobre la apariencia o dejando de lado lo acordado a nivel formal, puesto que se pone atención a lo que sucede en la práctica, más que lo que reflejen los documentos (pp. 94-95).

La prevalencia de la realidad es un elemento esencial que ha sido magníficamente aplicado al ámbito laboral para desenmascarar la mala fe al momento en el que el empleador trata de disfrazar una relación laboral.

Lo anterior se justifica en el hecho de que, si las normas en materia laboral tienden a otorgar mayores beneficios a los trabajadores, una reacción del empleador va a ser la de eludir el cumplimiento de estas.

Frente a ello, lo más adecuado es sancionar con la presunción de una relación laboral y la existencia de obligaciones por parte del empresario que no han sido cumplidas. (Neves, 2020, p. 52)

Para que se configure esta elusión de obligaciones laborales, los empresarios, la mayoría de las veces, se valen de documentación o dichos que se encuentran alejados de la realidad, por lo que la ley general de inspección del trabajo, en su numeral 2 del artículo 2, se redactó de la siguiente manera:

En caso de discordancia entre los hechos constatados y los reflejados en los documentos formales, siempre debe de privilegiarse los hechos constatados.

En definitiva, y como lo mencionamos líneas anteriores, la aplicación de este principio se extiende a otros ámbitos del derecho como la seguridad social, por ejemplo, utilizándosele para desvirtuar una aparente relación laboral que tiene como objetivo defraudar a un tercero que podría ser una empresa aseguradora o el propio Essalud quien brinda cobertura a una persona que no precisamente se encuentra bajo subordinación, típico de una relación laboral (Neves, 2020, p. 54).

En sentido mismo sentido, los contratos por locación de servicios son altamente atacados en la vía judicial para desvirtuar una presunta relación civil que tiene el único objetivo de evadir las responsabilidades que el empleador tiene para con su trabajador, las famosas demandas de desnaturalización de contratos.

En atención a nuestro tema, se podría dar el caso de que un empleador simule un contrato de trabajo por necesidades de mercado, que evidentemente es de duración determinada, cuando la relación laboral es de duración indeterminada, lo que es la

excepción de la regla, en base a los lineamientos constitucionales que tiene preferencia por los contratos de duración indeterminada.

También cabe la posibilidad de que un empleador incluya a uno, por no decir muchos, de sus trabajadores, en las planillas de una empresa tercera de servicios, lo que acarrearía una menor responsabilidad en cuanto al pago de beneficios y una especie de instrumentalización de la persona humana como lo señala Landa, vaciando de contenido su dignidad (Landa, 2017, p.20).

En congruencia con ello, debemos de mencionar también que el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída sobre el expediente 02111-2010-PA hace referencia a que cuando las empresas pretenden priorizar ganancias desconociendo los derechos de los trabajadores no hacen otra cosa más que instrumentalizar su dignidad, y lo señala en el siguiente sentido:

“En este caso desaparece la finalidad constitucional y legal que justifica la intervención en los derechos fundamentales de los trabajadores, que inevitablemente se produce con la utilización de la tercerización, sino porque la finalidad oculta tras el fraude en la subcontratación representa un supuesto de instrumentalización de la dignidad de los trabajadores inadmisibles en un Estado Constitucional”

Arévalo, citando a Pla Rodríguez, recuerda que su aplicación es oportuna cuando hay una incongruencia entre los hechos y la forma, y de este modo manifestarse en los siguientes aspectos: (Arévalo, 2012, pp. 82-84).

- e) Las partes, las tareas, los horarios, las retribuciones.
- f) Provenir de un error por alguna de las partes o ambas, en última ratio.
- g) Frente a la inobservancia de la actualización de algunos datos como las condiciones del trabajo, que a veces pueden cambiar de una u otra manera.
- h) Cuando no se han cumplido con todos los requisitos para el ascenso a un puesto de trabajo.

Así concluye el maestro uruguayo:

No es necesario entrar a analizar y pesar el grado de intencionalidad o de responsabilidad de cada una de las partes. Lo que interesa es determinar lo que ocurra en el terreno de los hechos, lo que podrá ser probado en la forma y por los medios de que se disponga en cada caso. Pero demostrados los hechos, ellos no pueden ser contrapesados o neutralizados por documentos o formalidades. (Arévalo, 2013)

En todos los contextos previamente expuestos, de lo que se trata es de determinar si es que los hechos guardan congruencia con lo manifestado en los documentos sujetos de inspección por parte de la autoridad administrativa o por el juez, en última ratio, y en caso de que no sea así, pues priman los hechos, independientemente de que el trabajador manifieste que se encuentra de acuerdo con los hechos manifestados a nivel documental, lo que ciertamente no refleja la realidad imperante.

Incluso para determinar si un concepto es remunerativo o no, además de la proporcionalidad, también se utiliza este principio. De este modo nos encontramos con la Casación (2022), en donde la Corte Suprema de Justicia de la República, en el contexto de un recurso de casación hizo la siguiente apreciación:

Asimismo, se brindan alcances para determinar cuándo un pago hecho a un trabajador (en dinero o especie) tiene carácter remunerativo, por lo que se deben cumplir con las siguientes condiciones: i) lo percibido (cualquiera que sea la denominación que se le dé) sea como contraprestación de los servicios del trabajador; ii) sea percibido en forma regular; y iii) sea de su libre disposición, esto es, que el trabajador dentro de su ámbito de libertad pueda decidir el destino que le otorga; además, debe tenerse en cuenta que el dinero u otro pago en especie que abone el empleador a su trabajador, su naturaleza no dependerá exclusivamente de la denominación que le haya sido asignada sino de la finalidad que tiene dicha prestación. En consecuencia, resulta necesaria la aplicación del **principio de primacía de la realidad**, para determinar el carácter remunerativo de la referida bonificación.

Es así que debemos de admitir indefectiblemente que este principio es eminentemente tuitivo y tiene como objetivo primordial el de alejar al trabajador de cualquier tipo de marginación o entelequia jurídica que pueda utilizar el empleador para aparentar la verdad (Pasco, 2012).

Considerando lo anteriormente esgrimido, debemos de preguntarnos sobre ¿qué tan probable, en los hechos, es que un empleador requiera de un contrato por inicio o incremento de actividad, o necesidades de mercado, teniendo en cuenta su giro y el contexto económico de la empresa?

B) Irrenunciabilidad de derechos

La libertad tiene claros límites impuestos por la ley, y es que de lo que se trata es de proteger de manera efectiva los derechos del trabajador frente a las claras ventajas que tiene el empleador (Motoa, 2019).

Como es de notarse, en el ámbito laboral no son pocas las normas que tienen el carácter de *ius cogens*, lo que enerva la posibilidad de que el trabajador renuncie a un beneficio, verbigracia, la gratificación de julio o de diciembre, por lo que la única manera de perderlo es a través de la prescripción.

Es oportuno precisar que este principio solo opera en cuanto a los derechos contenidos en normas de carácter imperativo, por lo que no es aplicable para derechos que se conquistaron en el contexto de un convenio colectivo, por ejemplo, y como lo precisamos al inicio, aunque hay autores que descartan cualquier posibilidad de que se puede renunciar algún derecho, independientemente de las circunstancias en las que se adquirió.

Al respecto, no es vano recordar que la Norma Fundamental, en su artículo 26, establece que los derechos reconocidos en ella son de carácter irrenunciable, lo que

no tendría por qué excluirse de los que tienen raigambre laboral (Congreso de la República, 1993).

Claro que habría que añadir a tales normas los tratados internacionales que versan sobre derechos humanos, pero la técnica legislativa no es de las mejores en la región y se refleja en la redacción de un sinnúmero de normas en nuestro ordenamiento jurídico.

Empero, consideramos que las falencias que puedan contener las normas son subsanadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, quien a propósito del principio que traemos a colación, ha dicho que ... la Constitución protege, pues, al trabajador, aún respecto de sus actos propios, cuando pretenda renunciar a los derechos y beneficios que por mandato constitucional y legal le corresponden, evitando que, por desconocimiento o ignorancia – y sobre todo, en los casos de amenaza, coacción o violencia– se perjudique. (STC, 2005)

En el caso bajo comento, de lo que se trata es de determinar no solo la legalidad sino también la constitucionalidad de un recorte de remuneración que la entidad demandada hizo al trabajador actor pese a que este había ascendido por concurso público, y podemos extrapolarlo a nuestro tema de investigación en el sentido de que no es razonable que una norma restrinja el derecho –además de ser un principio– a la estabilidad laboral que tienen, por regla general, los trabajadores.

Y es que la irrenunciabilidad se refiere a una plétora de derechos que son totalmente congruentes con la dignidad del ser humano, entre los cuales se encuentra la estabilidad laboral que más adelante mencionaremos.

El carácter imperativo de las normas tiene, en este caso, un fin tuitivo en cuanto al trabajador, el que se encuentra protegido frente a la presunta arbitrariedad del empleador, cuyo actuar no puede colisionar con el contenido de las normas de derecho laboral, lo que no es aplicable a otras que nacen fruto del consenso.

Y claro que nos referimos al consenso cuando se da la existencia de convenios colectivos en el que se consigue algunos bonos que han de ser sumados a la remuneración ordinaria, y que pueden o no ser remunerativos; así lo recuerda:

Un derecho puede nacer de una norma dispositiva o de una norma imperativa. En el primer caso, su titular puede decidir libremente sobre él. El acto que contenga esta decisión será uno de disposición. en el segundo caso, el titular del derecho no puede abandonarlo por su voluntad. Si lo hace, su acto será de renuncia. Mientras la disposición es válida, la renuncia, no. (Neves, 2020)

Así podemos colegir que los mandatos son imperativos en algunos casos y dispositivos en otros, por lo que se trata de normas de carácter público que no hacen otra cosa más que reconocer derechos laborales y mecanismos de protección que reciben el nombre de garantías.

Para graficar mejor la siguiente figura, pongamos un caso en el que el trabajador, si bien es cierto, tiene derecho a 30 días de vacaciones por cada año laborado; dentro de este periodo existe un mandato imperativo y otro de naturaleza dispositiva, en ese sentido, el trabajador puede cambiar o finalmente ver recortado su periodo vacacional a 15 días, lo que sería compensando económicamente y disfrutar de la diferencia de manera efectiva.

Haciendo una interpretación sistemática de este principio, se puede decir que la protección contra el despido arbitrario, lo que se da, desde nuestra perspectiva, frente a un plazo irrazonable, como el de 5 años, en el caso de un contrato por necesidades de mercado, ingresa dentro del ámbito de protección, por lo que, o reducimos el plazo mencionado hasta que este cumpla las características de razonable, lo que requeriría la modificación del artículo 74 del D.S 003 - 97 – TR TUO del Decreto Legislativo 728, ley de productividad y competitividad laboral, que contempla como plazo máximo el de 5 años.

Aunque debemos de admitir que cuando un tercero afecta el carácter imperativo de un mandato constitucional ya no opera precisamente el principio de Irrenunciabilidad de derechos, que está dirigido básicamente al trabajador, sino que entra en vigor la prohibición de pactar contra normas de carácter imperativo, para la que hay que tener en cuenta el origen de la norma y su jerarquía.

Como se ha de notar, las normas de carácter dispositivo, son pocas en el ámbito laboral, y se manifiestan preferentemente en el ámbito civil en donde hay igualdad entre las partes y evidentemente una mayor libertad de contratación (Blancas, 2008).

Este límite a la autonomía de la voluntad que establece la ley, la Constitución y los tratados internacionales pertinentes, se legitiman en la debilidad del trabajador quien puede aceptar ciertas condiciones para resolver un problema urgente, sin que le permita la posibilidad de prever futuras consecuencias de sus propios actos (Guerrero, 1999, p. 115).

Esta protección contra las propias acciones de un trabajador, movido por un error de entendimiento o en una situación de necesidad, tiene cierta relatividad cuando de lo que se trata es de hacer prevalecer el beneficio de éste.

C) Condición más beneficiosa y norma más favorable

Nuestra Constitución laboral contempla una serie de mecanismos de cara a la protección del trabajador, y existen diferentes ámbitos de aplicación que hacen dos grandes distinciones en cuanto a condición más beneficiosa y norma más favorable.

El maestro Neves (2020) enseña que condición beneficiosa se aplica a un derecho que no nació precisamente en una norma, solamente por el actuar deliberado del empleador o bajo su aquiescencia y que sin embargo afecta positivamente a un trabajador, lo que puede ser modificado por una norma sobreviniente, independientemente de la jerarquía que esta posea, como sucede en el caso de la costumbre, lo que debe de ser acreditado por el demandante, en el contexto de un juicio.

En tanto que la norma más favorable es congruente con un producto normativo, no obstante, existe una seria discusión a nivel doctrinal en cuanto a la manera como se aplica.

Lógicamente, si tenemos un hecho que beneficia al trabajador y que se repite durante determinado tiempo, y luego se promulga una norma que colisiona contra la primera, debemos de hacer prevalecer la primera sin admitir ningún detrimento, resultando esto compatible con el bienestar del trabajador.

3.2.- Principio de continuidad laboral

Para Neves (2020), el principio de continuidad laboral es un concepto que se refiere a la protección que tienen los trabajadores frente a la interrupción o suspensión de su relación laboral con una empresa. Este principio establece que, salvo excepciones previstas en la ley, la relación laboral entre un trabajador y su empleador debe ser continua, y que cualquier interrupción o suspensión de la misma debe ser justificada por motivos legales o contractuales.

Se sustenta en el hecho de que el trabajo es una fuente de ingresos y de estabilidad para los trabajadores, y que cualquier interrupción en la relación laboral puede tener consecuencias negativas para la vida económica de él, su familia y del país.

Por esta razón, la Carta fundamental establece medidas que no hacen otra cosa más que proteger la continuidad laboral, como la obligación de justificar y compensar adecuadamente los despidos, o la prohibición de despedir a trabajadores en determinadas situaciones (Blancas, 2008).

Sin duda, este principio es un elemento fundamental en la protección de los derechos laborales de los trabajadores, y su observancia contribuye a garantizar la estabilidad y seguridad en el empleo.

E aquí la razón por la que los contratos laborales, por regla general, son de duración indeterminada y que, por lo tanto, la relación laboral entre el trabajador y el empleador debe mantenerse de manera continua, lo que guarda concordancia con el hecho de que el trabajo es una actividad que se desarrolla en el tiempo y que, por tanto, requiere de una

estabilidad que permita al trabajador desarrollar sus habilidades y competencias, y al empleador planificar a largo plazo.

La permanencia en el trabajo refleja el hecho de que éste reciba la consideración de que es de tracto sucesivo, por lo que no se ejecuta en un solo acto, como en el caso de un contrato de donación.

Así surgen las obligaciones laborales que el trabajador deba de cumplir en su empleo y limitando la posibilidad de que el empleador pueda despedirlo, a menos que incurra en una causa justificada.

Por el lado del empleador, este tiene obligaciones ineludibles como respetar y garantizar las prestaciones sociales y laborales que el ordenamiento jurídico impone, como son las vacaciones, gratificaciones, seguridad social, entre otros, que se generan a medida que se mantienen en el empleo.

Es importante destacar que existen situaciones en las que el principio de continuidad laboral puede ser interrumpido, como por ejemplo en el caso de una terminación de contrato de trabajo por mutuo acuerdo entre el trabajador y el empleador, o por una causal legalmente establecida de terminación del contrato, como el despido por justa causa o por causas objetivas. Ello no obsta para afirmar que, en cualquier caso, el empleador debe respetar los derechos laborales del trabajador y cumplir con las obligaciones establecidas en la legislación laboral (Neves, 2020).

3.3. Principio de causalidad

Este principio, o mandato de optimización como le denominaría el reconocido jurista alemán Robert Alexy, se encuentra íntimamente relacionado con la estabilidad laboral y es que se constituye como una exigencia para que el empleador señale una causa objetiva por la que celebra un contrato a plazo fijo y no uno de duración indeterminada, como es el deseo del constituyente.

Como no puede ser de otro modo, esta causalidad se manifiesta de diversas maneras, además de encontrarse dentro de los límites de la razonabilidad, evitando que la extinción de un vínculo laboral o el inicio de ella obedezca simple y llanamente a una fiel expresión del deseo del empleador, por lo que aparece la exigencia de que en un contrato se manifieste claramente la razón por la que se contrata a una persona de manera temporal, o por el contrario, iniciando un procedimiento de despido para finiquitar la relación laboral (Neves, 2020).

Es en esa línea que el legislador tiene la ineludible obligación de positivizar las causales bajo las cuales se puede celebrar un contrato a plazo fijo en lugar de uno de duración indeterminada, y claro que ello se encuentra sujeto a controles posteriores como sucedió hace poco en cuanto a fijar, por ejemplo, cuándo es que la situación económica de una empresa puede desembocar en el despido de personal.

Para mayor ahondamiento, la Octava Sala laboral permanente de la Corte Superior de Lima acaba de declarar nulo el artículo 1 del Decreto supremo 013-2014-TR, al considerar que este desnaturaliza el término “situación económica”, por ser contradictorios con los artículos y 48 del TUO del D. Leg 728, que versa sobre cese colectivo, en el Exp. N° 00660-2015-0-1801-SP-LA-01.

Es así como apreciamos la evolución y protección de los derechos de los trabajadores, a través de diversos principios como el de causalidad, que exigen un activismo judicial, en este caso, frente al contexto de un proceso de acción popular contra una norma dada por el Ejecutivo, que colisiona con los mandatos del constituyente, reafirmando una vez más el principio que desarrollamos en este apartado.

La importancia de este principio reside en el hecho de poder determinar si es que la razón por la que se utiliza un tipo de contrato temporal, como es, el de necesidades de mercado, en nuestro caso, es válida, pues de lo contrario la conducta del empleador sería susceptible de sanción, la cual puede ser leve, grave o muy grave.

Dicho ello, cabe citar un caso en el que el empleador fue sancionado por la autoridad de trabajo debido a que pese a tener a 582 trabajadores en planillas bajo la modalidad de contrato por necesidades de mercado, no pudo demostrar de manera idónea, con documentación pertinente, la razón por la que utilizaba este tipo de contrato, por lo que se desnaturalizan estos contratos tornando a los trabajadores como de duración indeterminada (Toyama, 2018, p. 214).

Cabe precisar que el sujeto inspeccionado presentó órdenes de servicios y facturación por el periodo fiscalizado, cuadros estadísticos respecto de las ventas, pagos a cuenta del impuesto a la renta, todos los cuales no permiten apreciar un incremento sustancial e imprevisible de su actividad, todo lo contrario, de lo que se desprende de los medios probatorios es que los niveles de venta se reducen respecto de los años anteriores (Sunafil, 2024).

A manera de resumen, la causa objetiva, como manifestación plena del principio de causalidad, tiene que no solamente estar citada en el apartado pertinente del contrato modal que se celebra, porque sabemos que muchas veces se limitan a decir que es por una necesidad temporal e imprevisible, sin precisar cuál es, sino que se debe de acreditar de manera fehaciente y con documentación idónea.

De la misma manera, la imprevisibilidad que justifica la celebración de este tipo de contratos no es cualquiera que pueda afectar la productividad de la empresa, sino que debe ser temporal y sin generar menoscabo en los derechos de los trabajadores, esto a propósito de la resolución 004-2022 del Tribunal de fiscalización laboral en donde se sanciona al empleador por utilizar contratos por necesidades de mercado para cubrir labores de naturaleza permanente, lo que se encuentra claramente proscrito, y tampoco puede ser convalidado por una declaración jurada firmada por el trabajador en donde manifiesta su conocimiento respecto de la temporalidad del empleo cuando la labor es evidentemente de carácter permanente (Silva & Malaver, 2021).

El principio de causalidad se encuentra relacionado con el de continuidad laboral, previamente citado, e implica para el empleador una obligación ineludible no solamente de expresar la causa por la que utiliza un contrato modal, como lo es el de necesidades de mercado o el de incremento o inicio de actividad, sino también que se materializa en la exigencia de que se

inicie un procedimiento de despido para finalmente extinguir el vínculo laboral (Blancas, 2008).

La causalidad, vista de manera conjunta, evita que el empleador simplemente se guíe de sus deseos para modificar una relación laboral, en detrimento del trabajador, vulnerando un derecho constitucional (Quispe, 2010).

El poder de la causalidad como principio también se manifiesta en lo que el Dr Américo Pla denomina medidas laborales impropias, debido a que no son naturalmente propias de una relación laboral, y que tienen incidencia económica en el ámbito patrimonial del empleador.

En efecto, la capacidad de resolver un contrato, de manera unilateral por parte del empleador se limita al pago de sumas de dinero, por lo que se presume que una mayor tasa garantiza una protección agravada hacia el trabajador (Arce, 2021).

De este modo, la causalidad responde al hecho de que el no ser despido a discreción del empleador es un derecho más que una facultad del empleador, y se extiende mucho más allá de la extinción de la relación laboral, esto de dos maneras que a continuación detallaremos:

1. A través de la obligación del empleador de pagar una suma de dinero considerando el tipo de contrato que se celebró y los años durante los cuales duró el vínculo laboral, suma que debería de ser incrementada, si es que se tiene en cuenta la capacidad económica del empleador, y claro, teniendo en cuenta otra serie de factores que sean razonables y conducentes con el fin que se busca.
2. Cuando se han menoscabado derechos fundamentales, resultando esto inadmisibles para el ordenamiento jurídico vigente, sancionando al empleador con la obligación no solamente de restituir al trabajador a su puesto de trabajo, sino que además tiene que pagar las remuneraciones caídas, o dejadas de percibir, durante el lapso en el que estuvo el empleado fuera de su centro de trabajo, lo que generalmente sucede durante la tramitación del juicio.

En España la nulidad de un despido se configura frente a la vulneración de cualquier derecho, sea este de carácter legal o constitucional, algo que debería de constituir un paradigma a seguir por nuestro ordenamiento jurídico (Blancas, 2008, p. 202).

En efecto, bajo la lupa de nuestro tema de investigación, el principio de causalidad también es conforme con la necesidad de que en algún momento el vínculo laboral de naturaleza temporal se torne en uno de naturaleza indeterminada, a menos que se incurra en una causal que plenamente justifique un despido; puesto que los motivos por los que se puede prescindir de un trabajador en su centro de trabajo no se pueden extender de manera ilimitada, incluso allí se debe de irradiar la causalidad como principio, como mandato de optimización de una norma o de una situación fáctica.

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, y aún lo seguiremos viendo, la imprevisibilidad, motivo que justifica la celebración de un contrato de trabajo por necesidades de mercado, no ha logrado superar los 3 años, como sucedió con la pandemia, que inicio en el mes de marzo del 2020, en el Perú, y se prolongó hasta mayo del 2023, según datos de la OMS; uno de los eventos, en definitiva, menos predecibles del planeta.

Es en consideración a esta tamaño imprevisibilidad como fue la pandemia producida por el coronavirus, que la duración máxima de un contrato por necesidades de mercado se debe de reducir a 3 años, incompatibilizando esto con los 5 años, periodo que no alcanza ningún tipo de imprevisibilidad a la luz de lo investigado, y que lamentablemente contempla el artículo 72 de la ley de productividad y competitividad laboral (OMS, 2023).

La motivación del legislador constituyente era la de proteger al trabajador, apartándose de la visión del trabajo como una mercancía susceptible de ser valorizada o reducirla a un precio, sin perjuicio de que se proteja el afán de lucro de la persona humana frente a su esfuerzo físico expresado en una actividad específica (Toyama, 2018).

La dignidad inherente en el trabajo aleja al ordenamiento jurídico de satisfacer cualquier capricho del empleador, como el que puede ser el de rescindir un contrato de un momento a otro, **obligándolo a expresar la causa** por la que lo hace, siendo pasible de una serie de

sanciones, tanto pecuniarias como de otra índole (Congreso Constituyente democrático, 1993).

Consideramos al respecto que el hecho de que un trabajador permanezca en un mismo empleo durante más de 3 años es causal suficiente para fijar la indeterminación de un contrato laboral, lo que para nada constituye óbice de que se pueda extinguir el vínculo, pero por una causal que sea susceptible de ser probada en cualquier tipo de procedimiento, sea administrativo o judicial.

3.4.- Principio de Igualdad

En primer lugar, debemos de citar el mandato contenido en el artículo 2 de la Norma Fundamental y que reza del siguiente modo: Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole (Congreso de la República, 1993).

La Constitución, como norma directriz de nuestro ordenamiento jurídico reconoce el derecho de todas las personas a no ser discriminadas por condiciones de distinta índole y es que su vulneración conlleva a una serie de consecuencias que obstaculizan la evolución del Estado como sociedad jurídicamente organizada.

Este derecho tiene sin duda una serie de implicancias que ayudan a garantizar otro derecho, también fundamental, que es el del desarrollo psicosomático integral además de otros tantos, pero también tiene una visión pluralista pues cuando mencionamos la igualdad evocamos el hecho de que es un principio que ayuda a mejorar la eficacia de los demás derechos pues no podemos hablar de un derecho al trabajo, a la educación y a la justicia pronta sin mencionar el hecho de que la ley debe de dar un trato justo a todos (Rubio & Arce , 2007).

Y es que la justicia constituye un principio y un derecho también fundamental para cimentar la igualdad que todos tenemos como parte de una sociedad humana, ambos principios son indisolubles y el desconocimiento de uno de ellos podría sumergir al juez, por ejemplo, en el campo de la arbitrariedad, un concepto que no solamente indica que

la persona está yendo contra una norma positiva sino también contra reglas sociales preestablecidas.

Recordemos lo que nos dice Norberto Bobbio sobre la igualdad y la libertad, otro principio de suma importancia en las relaciones jurídicas y humanas: “...decir que dos entes son iguales, sin otra determinación, nada significa sino se especifica de qué entes se trata y respecto a qué cosa son iguales, es decir, si no se está en condiciones de responder a dos preguntas: ¿igualdad entre quienes? ¿Igualdad en qué?” (Bobbio, 2002).

No se trata de construir una sociedad en donde todos sean iguales y sin diferencias, el objetivo es garantizar una plenitud de derechos que ayudan a cumplir con los fines para los que fue creado el Estado, alcanzar la auténtica felicidad del hombre, como lo establece la Carta Fundamental estadounidense, y esta será una utopía en tanto que las personas tengan en su mente ideas equivocadas que colisionen con principios tan importantes como la igualdad, la libertad y la justicia.

La garantía que implica el derecho a la igualdad también tiene un parámetro en el campo de los gobiernos, pues aquella organización política que pretenda desconocer derechos fundamentales no puede hacerlo puesto que en toda sociedad existe un Poder Constituyente que limita el poder del gobierno a través del propio contenido de la ley, es por ello que decimos que las normas constitucionales y legales no están muertas, gozan de una esencia mística que va mucho más allá de la interpretación que un juez le pueda dar.

Una de las conclusiones que podríamos sacar a partir del poder inherente del derecho a la igualdad es que la ley disfruta de un poder que le garantiza su vigencia independientemente de la persona que la administre, es por ello que se considera que nuestra Constitución es mucho más que un libro escrito esperando a ser leído, es más bien un conjunto axiológico que garantiza la vida de un Estado y regula las relaciones humanas.

Tratar a dos personas de la misma manera puede resultar discriminatorio, si es que estas se encuentran en condiciones distintas y es una de las vertientes de la igualdad como principio y derecho, mientras que la otra es que un trato diferente a dos personas que

laboran en las mismas condiciones es arbitrario, en donde claramente debemos de hacer énfasis.

Esta gran bifurcación se constituye como un reto para el ordenamiento jurídico vigente de todos los países y aún más para el nuestro que tiene una diversidad enorme en cuanto a muchas cosas, lo que implica diseñar normas e implementar políticas que sean congruentes con los derechos laborales de miles de trabajadores que, por ejemplo, se encuentran laborando con beneficios recortados aun cuando esto es inconstitucional por desproporcional, según algunos estudios de investigación (Gallegos, 2016).

Ya adentrándonos en nuestro tema, debemos de precisar que la igualdad es un principio derecho transversal que permea todo el ordenamiento jurídico, teniendo una serie de obligaciones ineludibles frente a muchas políticas compatibles con los derechos laborales.

En concordancia con ello, si bien es cierto que se puede celebrar contratos laborales, no se puede hablar de dos personas que, ejecutando el mismo trabajo, valga la redundancia, similares actividades, tengan que recibir un tratamiento o protección distinta frente al desempleo, lo que podría ser discriminatorio, en los siguientes supuestos.

- a) Cuando la causa objetiva que justifica la contratación temporal no se encuentra plenamente acreditada por no ser congruente con el principio de causalidad que ilumina el derecho laboral; o
- b) El trabajador lleva laborando más de tres años, desde nuestra posición, en el mismo empleo sin adquirir protección frente al despido arbitrario, y es que este es un periodo que consideramos, por los fundamentos expuestos, abiertamente desnaturalizado, no por la contradicción con la norma infraconstitucional, sino porque esta colisiona contra el mandato contenido en el artículo 27 de la Constitución, que tiene una serie de derechos implícitos, como la estabilidad.

Para mayor abundamiento, y sin perjuicio de lo expresado anteriormente, debemos precisar que dos trabajadores no precisamente se encuentran en la misma condición, lo que puede obedecer a causales objetivas y razonables, como por ejemplo haber accedido al puesto de trabajo a través de concurso público o laborar en un puesto de dirección,

elementos que resultan ser **objetivos**, o cuando una mujer, en su condición de madre de menores de edad, recibe una remuneración mayor que otra que no tiene vástagos que no haya cumplido la mayoría de edad, esto justifica un incremento de su remuneración básica, en razón a que la madre tiene mayores obligaciones.

Definitivamente que a ello se refiere el Tribunal Constitucional cuando expresa que la diferenciación debe de ser objetivo y razonable (Pasión por el derecho, 2020).

Claro que la diferenciación que hemos efectuado anteriormente no es válida si es que hablamos del hecho de que, de dos ciudadanos, que llevan dos años trabajando en la misma empresa, ejecutando las mismas labores, o similares, solo uno tenga estabilidad de salida, por lo que tienen la misma naturaleza susceptible de protección.

En este contexto, la igualdad actúa como principio y permite al legislador, y por ende al juez, hacer una serie de modificaciones a las normas ya existentes, sin apartarse de la esencia de las mismas y en atención a la equidad que se encuentra inmanente en nuestro ordenamiento jurídico, por lo que reducir el plazo máximo de 5 a 3 años, es totalmente conforme con los derechos inherentes de todo trabajador.

Quizás, el no entender del legislador respecto del principio derecho igualdad o su indiferencia, hace que en el Perú, 3 de cada 4 trabajadores se encuentren en la informalidad, porque el tener que firmar constantemente un contrato de trabajo por necesidades de mercado, constituye un despropósito si de lo que se trata es de asegurar la estabilidad de las personas y que haya más trabajadores bajo el paraguas de la formalidad, lo que definitivamente ejercerá un efecto dominó sobre nuestra economía y, en específico, la cantidad de jubilados que al día de hoy tenemos y que reciben pensiones paupérrimas de parte del sistema privado y el público.

Definitivamente que hay una serie de causas subyacentes de la informalidad, pero consideramos que la falta de técnica legislativa coadyuva a este panorama sombrío que repercute sobre todo nuestro tejido social.

La existencia de un mercado laboral informal repercute directamente sobre la productividad de las empresas y desemboca en una menor estabilidad hacia el trabajador con cuyas aportaciones se mantiene un sistema previsional, bastante debilitado.

En cuanto a los parámetros internacionales, no podemos dejar de mencionar que la Corte IDH ha señalado claramente que la igualdad es uno de los pilares sobre los que se sustenta nuestro sistema democrático e irradia su protección sobre los demás derechos contenidos en diversos instrumentos tanto internos, a nivel de cada país, como internacionales bajo el prisma de que “Todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos” como reza el preámbulo de la Declaración Americana de derechos y deberes del hombre.

Haciendo referencia de la Corte IDH, vale mencionar que dentro de su jurisprudencia se han establecido los requisitos de objetivo y razonable que deben de cumplir las acciones políticas gubernamentales, y las normas jurídicas relacionadas que afectan el derecho de las personas,

Sobre la objetividad, existen sendos conceptos como casi siempre sucede en el maravilloso mundo del derecho, pero al relacionarlo al derecho laboral, nos damos cuenta que nos invita a reflexionar sobre el contenido de la norma y el hecho de poder diferenciar en base a elementos externos que puedan tener las personas, verbigracia, una mujer embarazada o con hijos menores de edad respecto de una madre soltera, esto para determinar el pago de un concepto remunerativo como lo es la asignación familiar.

La razonabilidad es, en resumidas cuentas, y con cargo a desarrollarlo más adelante, lo contrario a la arbitrariedad, y permite acercarnos a la esencia de una norma sin desnaturalizarla, como sucedió con el caso del ciudadano que quiso ingresar con un oso a un tranvía, puesto que en la parte externa del local indicaba “No se puede ingresar con perros”, lo que fue mal entendido por el dueño del oso y nos invita hacer una interpretación extensiva, sistemática y en concordancia con los estándares que tenemos al día de hoy (Valdivia, 2024).

En cuanto a los contratos por inicio o incremento de actividad, hay que señalar que se deberían de establecer presupuestos –tanto a nivel jurisprudencial como legislativo- que permitan validar la actuación del empleador en un contexto económico que le permita generar mayores ganancias a través de la expansión de sus actividades, distinto al inicio de su actividad, en donde se ha hecho un estudio de mercado obviamente (Arce, 2021).

3.5. Principio de razonabilidad

Pasco (2012), sobre este importante elemento que alcanza la jerarquía de principio, recuerda que se han dicho muchas cosas, algunas de las cuales pretendemos hacer un somero análisis en relación con nuestro tema de investigación.

La razonabilidad tiene muchas vertientes, un ejemplo que consideramos, es oportuno mencionar es el del caso del oso, expuesto magníficamente por el Dr. Juan Carlos Valdivia, que evoca aquel ciudadano que acompañado de un oso pretende ingresar a un tranvía en cuya entrada aparece un aviso que expresa lo siguiente: “Prohibido ingresar con perros”.

Claro que en el caso previamente expuesto se refiere a la interpretación de una norma prohibitiva, que puede extrapolarse al principio de continuidad laboral que establece una protección del trabajador en el caso de la celebración consecutiva de contratos de trabajo, lo que claramente no se encuentra prohibido, pero que sin duda tiene un límite temporal.

La temporalidad, como un elemento inherente de la proporcionalidad en sentido estricto, y dentro de los parámetros de una relación laboral, se sujeta a una serie de circunstancias subyacentes, en consideración a que el trabajo, en líneas generales, es de tracto sucesivo, no se ejecuta en una sola acción, y se encuentra relacionado con el desarrollo de la persona humana.

Es así que un contrato por obra específica, verbigracia, puede extenderse a 7 años, debido a que obviamente tenemos obras, valga la redundancia, cuya gran envergadura exige un ámbito temporal prolongado, como puede ser la construcción de la Represa de Baba, en Ecuador, cuya construcción duró 7 años, algo que no estaba planteado inicialmente; siendo de este modo difícil desnaturalizar un contrato por la duración del vínculo, contemplado en el contrato, puesto que es proporcional o razonable (Oyarte, 2016).

Indefectiblemente podemos relacionar la razonabilidad con el fin que se busca a través de una norma o un principio, y en este caso se vincula al hecho de que un contrato laboral temporal debe de obedecer a una actividad que también lo sea, algo que no se tuvo en

cuenta al momento de redactar la actual Constitución que permite la celebración de un contrato laboral a plazo fijo para una actividad eminentemente permanente.

Aun así, y frente a tal escollo, el elemento razonabilidad no permite que la contratación laboral se extienda durante periodos tan largos, siendo un exceso el de 5 años, en el caso de contratos por necesidades de mercado, lo que se agrava si se considera el hecho de que su elemento central es la imprevisibilidad.

Es así que recordamos lo que dijo Delgado (2019), sobre el contrato por necesidades de mercado:

Es difícil sustentar con un mínimo de rigor que un incremento temporal, coyuntural e imprevisible de las necesidades de producción, puedan justificar una contratación temporal por un plazo de hasta cinco años...esto afecta su razonabilidad y coherencia.

Y es que como lo hemos demostrado a lo largo de esta investigación, no hay imprevisibilidad que haya durado más de 3 años, fundamento en el que sustentamos nuestra propuesta de reducción, ni siquiera la pandemia, por lo que un contrato que dure un periodo mayor debería de estar desnaturalizado, salvo casos excepcionales como el caso del contrato por obra específica.

La razonabilidad va un escalafón más allá de lo que la racionalidad establece, que generalmente se le relaciona con el sentido lógico de una norma, por lo que no es posible que el legislador sea capaz de imaginar aquellos parámetros en los que una norma se puede aplicar.

Un elemento inherente en el mundo de los ordenamientos jurídicos es la conciencia de los hombres, que reinterpreta cláusulas normativas que pudiesen existir desde hace muchos años, como sucede en el caso de la Declaración Francesa que reconoce la igualdad entre hombres, lo que otrora solamente hacía referencia al género -en base a las propiedades que tuvieran- y dejando de lado a las mujeres, algo inadmisibles al día de hoy (Bazán, 1991).

Lo razonable es lo aceptable para la comunidad, en atención a lo que enseña el maestro Perelman, recordando que el derecho no se funda sobre conceptos acabados, sino en constantes cambios que exigen la creatividad de las personas, teniendo un elemento gravitante en común, en palabras del autor citado, y es la dignidad, por lo que no se puede admitir que una relación laboral siga siendo temporal después de 3 años (Nava, 2020).

En congruencia con ello, lo razonable también tiene íntima vinculación con la igualdad, que exhorta a las personas hace un ajuste entre lo que se hace y lo que se obtiene después de ello, dejando de lado, por un momento, la naturaleza de la actividad, siendo justo que todas las personas tengan un mínimo vital, por ejemplo.

El derecho a la huelga, también es susceptible del elemento razonabilidad, cuando se le relaciona con las consecuencias que puede acarrear si se ejerce ilimitadamente, en razón a la esencialidad de los servicios que se brinda, estableciendo el tribunal español una limitación cuando se trata de un servicio básico esencial, tan esencial como que un trabajador sea protegido después de haber transcurrido cierto periodo de tiempo (STC, 1981).

Y es que, si bien es cierto que la extinción de un contrato de laboral por desaparición de la causal que motivó su contratación no es castigada por la ley, también lo es que esta causal debe de ser clara y objetiva, por lo que, en caso de que suceda, si un trabajador se encuentra desempleado por vencimiento de su contrato de trabajo, después de 5 años, debería de ser indemnizado, lo que al día de hoy no se da, puesto que el cumplimiento de contrato no se considera despido.

Adentrándonos en nuestro tema de investigación, la razonabilidad se manifiesta en una mayor protección hacia el trabajador, en consideración a que no se encuentra en la misma posición que el empleador, con mayor capacidad económica y frente a una enorme cantidad de desempleados que buscan mejorar su situación económica.

El tribunal supremo español, siguiendo la línea jurisprudencial del Tribunal Europeo de derechos humanos, también relaciona el elemento razonabilidad con la adecuación a principios y valores constitucionales, lo que nos lleva inexorablemente a relacionarlo con

la estabilidad laboral y la protección de un trabajador privado de un vínculo laboral (Tribunal Europeo de derechos humanos, 2020).

El elemento tiempo también se relaciona con lo razonable de tal modo que su manifestación se da en presupuestos como la duración de un juicio o el momento en el que un trabajador se torna en estable.

Prima facie, y como ya lo indicamos líneas anteriores, este principio se entiende como lo opuesto a la arbitrariedad y se manifiesta de las siguientes maneras:

- Regulando las relaciones entre el empleador y el trabajador: cuando el primero ejerce sus facultades de dirección y sanción, y ciertamente ha sido el principio medular sobre el que se sustentan sendos pronunciamientos del Tribunal de Fiscalización laboral, como lo veremos en el siguiente caso:

Se trata de una empresa que es sancionada por reducir unilateralmente la remuneración de una de sus trabajadoras aduciendo que atraviesa por una situación económica difícil y bajo la aceptación de esta última, conducta que es acreditada por la autoridad inspectiva y sancionada pecuniariamente con un monto de 1.57 UIT, ascendente en ese momento a la suma de 6 751.00 soles (laboral, 2021).

- Ponderando las sanciones de las que el empleador pueda ser susceptible en el ejercicio de una labor inspectiva.

Previamente es necesario recordar que el actuar de las autoridades administrativas, incluyendo la intendencia de trabajo cuya resolución sancionatoria es apelada ante Tribunal de Fiscalización Laboral, se encuentra enmarcado dentro de parámetros legales que permiten garantizar una adecuada sanción hacia el sujeto inspeccionado, de tal modo que las multas que apliquen sean razonables, razón por la cual, en el caso en concreto, se impugna la multa impuesta.

Así se recuerda que el principio de razonabilidad se encuentra claramente reconocido en el apartado 3 del artículo 248 del TUO de la LPAG, y establece parámetros vinculantes

al momento de imponer una medida sancionadora, lo que aleja a la autoridad instructora de la discrecionalidad, habilitando de este modo la posibilidad de sancionar con una suma distinta a la señalada en la tabla de multas establecida por el legislador, lo que encontramos en el artículo 48 del numeral 48.1 del RLGIT.

En esa línea, la graduación de la sanción pecuniaria responde a criterios como:

- Número de trabajadores afectados
 - La gravedad de la falta cometida y
 - El tipo de empresa susceptible de sanción
- Considerando el objetivo para el que ha sido diseñado una norma, en este caso, de naturaleza laboral y verificando que esta no vacíe de contenido un mandato constitucional.

Bajo estas líneas, la legislación ordinaria no puede hacer otra cosa más que desarrollar las cláusulas constitucionales y aquellas que forman parte de nuestro ordenamiento.

3.6. Principio de progresividad

Los derechos de naturaleza económica, social y cultural se encuentran iluminados por el principio de progresividad que nos enseña la posibilidad de que los derechos sean tratados en concordancia con la situación económica de un país, y claro está su no regresividad, lo que implica que estos derechos evolucionen y no haya cambios en detrimento de las personas y de sus derechos (Neves, 2020).

Quizás una de sus principales manifestaciones de este principio sea el hecho de que en algunos países de la región se incremente la remuneración mínima vital cada año, como es el caso de Colombia, del mismo modo como sucede en materia de educación y salud, cubriendo el nivel de inflación que se puede presentar a nivel económico (Colombia. as, 2023).

Otro ejemplo importante que se dio en materia económica y de acuerdo al contexto de la pandemia es el seguro de vida ley contemplado en el decreto legislativo 688 que otrora fijaba la obligación del empleador de adquirir un seguro de vida después de que el trabajador cumpliera 4 años de tiempo de servicio, lo que luego fuera modificado por el DU 044-2019, para que la cobertura se diera desde el momento en el que se ingresa a planillas, norma que entró en vigencia el 11 de febrero del 2020.

En definitiva, este principio es aplicado tanto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos como por el propio Tribunal Europeo, y manifiesta una clara exigencia hacia los Estados para implementar medidas como mejorar los beneficios sociales en materia laboral o en cuanto a seguridad social, teniendo que incrementar el monto de las pensiones a favor de una población en situación de vulnerabilidad como lo son los jubilados.

A propósito de los jubilados, debemos citar el caso Acevedo Buendía y otros C. el Perú en el que se declara la responsabilidad internacional del Estado por vulnerar el derecho a la pensión de 273 jubilados de la Contraloría general de la República, al no reintegrar los montos pensionarios dejados de percibir desde el año 1993 hasta el 2002; caso en el cual se recuerda el principio de progresividad y una de sus manifestaciones (Corte Interamericana de derechos humanos, 2009).

De hecho, a nivel de nuestra región, el principio de progresividad se encuentra expresado en el artículo 26 de la Convención americana de derechos humanos, al que el Perú está suscrito y que se puede invocar a través del control de convencionalidad (Corte Interamericana de derechos humanos, 1979).

Bajo la misma lógica, se deben de mejorar los estándares contenidos en las leyes, como lo es el caso de los plazos durante los cuales se pueden celebrar cierto tipo de contratos como los que estudiamos en esta investigación, esto en favor del trabajador, y en consideración de que el contexto durante el cual se creó este tipo de figuras ha cambiado

sustantivamente, al igual que el contexto económico que se refleja en la progresividad de las condiciones, salarios, pensiones, etc.

De esta manera, se deben de reducir los plazos máximos durante los cuales se pueden celebrar este tipo de contratos que son de naturaleza excepcional, vale recalcar que al día de hoy tenemos una relativa estabilidad empresarial que permite consolidar mayores mecanismos de protección hacia los trabajadores.

En materia internacional, estamos suscritos a convenios de la OIT que obligan al Perú adoptar políticas internas que fomenten la calidad de empleo, así podemos citar por ejemplo al convenio 122 en cuyo artículo 2, apartado segundo, se establece que “...los miembros deberán de garantizar un trabajo productivo” y como ya lo señalamos líneas previas, esta se encuentra relacionada con el nivel de satisfacción de los trabajadores (OIT, Ilo.org , 1964).

Otra de las más grandes manifestaciones del principio de progresividad, desde nuestra perspectiva, es que antes no se establecía mayores requisitos para celebrar contratos de trabajo temporales, lo que ha sufrido una mutación a nivel del ordenamiento jurídico, puesto que se deben de hacer por escrito y se encuentran sujetos a un control posterior, además que los trabajadores tienen derecho a poseer una copia del mismo, para futuras eventualidades (Pasco, 2012, p. 496).

3.7.- Principio de proporcionalidad

En el complejo mundo del derecho existe un sinfín de normas que regulan la vida del hombre en la sociedad, y tienen como límite los derechos fundamentales de las personas, sin embargo, estos se consideran los cimientos sobre los que se construye el ordenamiento jurídico, tienen un contenido indeterminado que no son precisamente determinados ni en la Carta Magna ni por el legislador ordinario, por lo que requieren ser constantemente desarrollados por diversos tribunales (Bernal, 2014).

En esa línea, y con la constante evolución del derecho, tribunales, tanto de alcance nacional como internacional, desarrollan nuevos elementos que forman parte del contenido de los derechos fundamentales y establecen técnicas que permiten alcanzar soluciones sin desnaturalizarlos, una de las cuales es la proporcionalidad que se debe de aplicar en el momento en el que enfrentemos la resolución de un caso en donde se encuentran comprometidos dos derechos de jerarquía constitucional (Rubio & Arce , 2007).

Y es que esta técnica se hace necesaria considerando que el legislador, en sentido lato, no tiene la capacidad plena de medir los cambios que la sociedad experimenta progresivamente y en la cual se aplicarán las normas, independientemente de la jerarquía que estas tengan y las cuales surgen con el objetivo de desarrollar los mandatos contenidos en la Carta Fundamental.

Es así que las normas constitucionales muchas veces dejan abierta la posibilidad de que su contenido pueda ser desarrollado por el Poder Constituido, sea el Poder Ejecutivo, Poder Legislativo o, en última instancia, el Poder Judicial, ello con las limitaciones que obviamente establece el constituyente, lo que no precisamente ha sucedido con el artículo 74 del TUO del decreto legislativo 728 que establece plazos excesivos que además son inidóneos e innecesarios, lo que pasaremos analizar más adelante.

Cabe anotar que el test de proporcionalidad es un mandato imperativo sobre el legislador ordinario y en ese sentido el derecho del trabajo constituye un faro que guía o, al menos, debería guiar su actuación, incluyendo los principios que lo acompañan como es el de continuidad o permanencia, como se le denomina en la doctrina especializada.

También constituye una técnica aplicada por los tribunales o cortes constitucionales para analizar una ley ordinaria en, por ejemplo, una demanda de inconstitucionalidad en donde se le cuestione, con efecto erga omnes, o a través de un proceso de amparo, cuya eficacia es individualizada, entre otros procesos constitucionales que concibe la Carta Fundamental.

En palabras de Bernal Pulido, los derechos fundamentales son normas de carácter constitucional que implican una prohibición para el legislador ordinario o un mandato, y en

caso de incompatibilidad o conflicto entre ambos, se debe de expectorar la norma legal del ordenamiento jurídico (Bernal, 2014, p. 122).

Bajo la misma lógica, cuando un derecho fundamental se manifiesta en una prohibición y una norma legal ordena una acción sustancialmente distinta, como sucedió en España, en donde una norma legal (Real Decreto - ley 17/77) permitía al empleador seleccionar al personal que estaría impedido de participar en una huelga para asegurar las actividades propias de la empresa, situación revertida por el Tribunal Constitucional Español puesto que esta figura colisiona con el derecho fundamental de los trabajadores a la huelga.

Dicho ello, es oportuno preguntarse si en plazo máximo de 3 o 5 años que ha dado el legislador ordinario para celebración de contratos modales se ajustan al test de proporcionalidad que ahora desarrollamos o es que se ha excedido en sus facultades contaminando de vicios de inconstitucionalidad la norma en cuestión, por lo que sería necesario modificarla, ya que el plazo para demandar su inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, ya se cumplió.

Por supuesto que este análisis exhaustivo que pensamos efectuar en adelante, implica hacerlo a la luz de los tres subprincipios que sustentan al test de proporcionalidad, y considerando el contexto en el que se desarrolló la norma en cuestión,

A) Idoneidad

En primer lugar, debemos de recordar la redacción del artículo 74 del decreto supremo 003-97- TR-PE Texto único ordenado del decreto legislativo 728 en donde se establecen dos presupuestos.

En los casos que corresponda, podrá celebrarse en forma sucesiva con el mismo trabajador, diversos contratos bajo distintas modalidades en el centro de trabajo, en función de las necesidades empresariales y siempre que en conjunto no superen la duración máxima de cinco (5) años. (Pla, 1978)

En pocas palabras, de lo que se trata en este sub principio es de garantizar la legitimidad del fin buscado y que este sea congruente con los parámetros constitucionales, un gran reto para cualquier tribunal o autoridad en cuyas manos se encuentre la dación de una norma o una decisión.

Por otro lado, algunos autores afirman que la idoneidad implica un segundo elemento además de la legitimidad y es el de adecuación –que generalmente hace referencia a la racionalidad del nexo causal.

Dando por establecidos los presupuestos de legitimidad y adecuación, pasamos analizar si es que la norma bajo análisis los supera de tal modo que estaríamos pasando por un primer filtro que determine su idoneidad (Arce, 2021).

Así tenemos que el objetivo que se busca es el de permitir la libertad de contratación de los empleadores quienes se tienen que adaptar a las imprevisibilidades que tiene el mercado, y es que hay que admitir que no todas las relaciones laborales son de duración indeterminada, por lo que sería un despropósito pretender eliminar la regulación de contratos temporales establecidos por el legislador, como sucede por ejemplo en el caso de los contratos por temporada o accidentales.

A ello se aúna el hecho de que durante el año 2020 se dio en el mundo un fenómeno que afectó la economía, la pandemia que evidenció la vulnerabilidad a la que está expuesta el cuerpo humano, sin duda un evento imprevisible que repercutió sobre las relaciones laborales de miles de personas no solamente en el Perú sino también en todo el mundo (Ghigginio y otros, 2022).

No cabe duda que el mundo empresarial necesita de libertades por parte del Estado para poder actuar dentro de una sociedad cada vez más competitiva y ello incluye permitir la posibilidad de celebrar diversos tipos de contratos que obedezcan a la naturaleza de la labor a realizar, algo que claramente se establece en el proyecto de

reforma de la Ley de productividad y competitividad laboral respecto del encadenamiento de contratos sujetos a modalidad.

Por otro lado, y en cuanto a la adecuación de la medida, el hecho de establecer un plazo máximo de 5 años, para los contratos por necesidades de mercado, no es congruente con lo que se entiende por imprevisibilidad y menoscaba los derechos de los trabajadores, sobre todo el de la estabilidad que se desprende del artículo 27 de la Norma fundamental.

Cierto es que el plazo máximo durante el cual se pueden celebrar contratos por inicio o incremento de actividad o de necesidades de mercado, tienen el objetivo de proteger al empleador en su derecho de libertad de contratación y frente a las imprevisibilidades del mercado, ahorrando costos de contratación que podrían implicar la resolución de un contrato, considerando que la ley laboral contempla montos elevados de indemnización por la no renovación de un contrato equivalente a un despido (Ferro, 2019).

No obstante, el fin que se busca bien podría ser alcanzado a través de otros mecanismos que no colisionen con el principio de estabilidad laboral que se encuentra reconocido en la Constitución vigente, lo que respetaría, a nuestro parecer, el fin buscado cumpliendo a cabalidad con este.

A mayor abundancia, lo que se busca, es una flexibilización de la contratación laboral en atención a la protección del derecho al trabajo y en congruencia con que las relaciones laborales se rigen por las fluctuaciones del mercado, por lo que no se trata de contratar a una persona a plazo indeterminado cuando su labor es de naturaleza temporal e imprevisible (elementos que más adelante abordaremos).

Ahora nos preguntamos si es que el fin con el que se diseñó esta norma no se ha desnaturalizado por lo que los contratos bajo análisis son utilizados en demasía por los empleadores de acuerdo a las estadísticas del Ministerio de trabajo y promoción

del empleo, desconociendo el hecho de que los contratos sujetos a modalidad, en general, son la excepción de la regla.

En realidad, si lo que se quiere es permitir al empleador utilizar un tipo de contratación más flexible para acoplarse a las interacciones del mercado, se podría establecer un plazo menor, uno o dos años que sí cumplan con el fin querido por el legislador constituyente, y que sin duda no signifiquen un perjuicio para el trabajador de tal modo que este no se vea obligado a firmar sendas veces el mismo tipo de contrato cuando lo que quiere es garantizar su estabilidad y mayor productividad (Ferro, 2019).

No podemos dejar de mencionar, de cara a la realidad, debemos preguntarnos si es que la creación de este tipo de contratos –de naturaleza temporal-, o la ampliación del plazo durante el cual se puede celebrar es legítimo o se hizo con el objetivo de beneficiar a los empleadores frente al mandato constitucional de indemnizar a los trabajadores que fueran agraviados con un tipo de despido que no fuera sancionado por la ley, lo que se vio agravado por el hecho de ya no tener que registrar contratos ante la autoridad de trabajo, lo que le permita verificar, a través de un control posterior, para asegurar la razonabilidad de la causa objetiva, y es que al día de hoy el 45% de personal contratado, según el MTPE, labora bajo esta modalidad, cuando sabemos que una de las pocas imprevisibilidades que hemos tenido en los últimos años, puesto que nadie la veía venir, fue la pandemia cuya duración no superó los 3 años.

En todo caso, esta adecuación, como también se la denomina a este sub principio, de la medida frente al fin no se ha logrado por lo que se deben de hacer modificaciones urgentes sobre los plazos máximos que contempla la ley de productividad y competitividad laboral, por lo que a todas luces es irrazonable. (Ferro, 2019, p. 26)

B) Necesidad

Este sub principio se encuentra íntimamente ligado con la lesividad que causa la medida, en el sentido de que se busque la menos gravosa frente al contenido de un derecho como lo es el trabajo, por lo que se garantiza un mínimo grado de afectación como no sucedió en el caso, por ejemplo, de la ley 30288, que promovía el acceso de los jóvenes a un empleo formal pero desconociendo derechos protegidos a nivel constitucional y hasta convencional, como es la igualdad puesto que de no haberse derogado, estaríamos probablemente frente al panorama de tener a dos personas de distinta edad con beneficios no solamente diferenciados sino también discriminatorios puesto que la edad no es un elemento objetivo y razonable para distinguir a dos personas que laboran en las mismas condiciones.

En cuanto a este sub principio, debemos señalar que existen otras medidas menos gravosas que no constituyan una injerencia arbitraria de la estabilidad laboral que acompaña al trabajo como medio de realización de la persona humana, además de señalar claramente las características que deben de tener la imprevisibilidad que configure la necesidad de mercado, y que permita al empleador saber qué tipo de contratos pueda utilizar sin afectar a su mano de obra, independientemente de si es personal calificado o no, además de, insistimos, reducir el plazo de 5 años que fomenta el abuso de este tipo de contratación, de acuerdo a las investigaciones y estadísticas que más adelante expondremos (Neves, 2020).

Es indudable que existen una serie de medidas que requieren más que de normas lesivas que no conducen a nada y que exigen de un mayor activismo del Ejecutivo para empoderar a las empresas en beneficio de los trabajadores y de su propia productividad, quizás haciendo una política tributaria más flexible para aquellas empresas cuyos empleados en su mayoría sean contratados a duración indeterminada, porque Hernando de Soto nos enseña que la informalidad, misma que existe a nivel de la formalidad también, se debe a la elevada onerosidad de tener a un empleado en planillas con todos sus beneficios (De Soto, 1987).

El objetivo no precisamente es menoscabar al lado débil de la relación, agudizando los conflictos ya existentes en materia laboral, sino establecer un equilibrio entre las partes que sea razonable y consecuente con los fines.

Estos fines requieren de medidas menos lesivas, no prolongando de manera irracional, porque el plazo de 5 años no supera ningún parámetro, académicamente hablando, y evidentemente que esto requiere de la participación de otros actores en el mundo empresarial como lo puede ser el Consejo Nacional del Trabajo, el propio sector empresarial y los grandes y pequeños sindicatos, además de mayor investigación por parte del legislador ordinario, quien ingenuamente, queremos pensar, cree que las grandes demandas, por parte del empleador o del trabajador, se resuelven con la dación de normas, cuando sabemos que el problema es mucho más complejo y tiene varias aristas (Ferro, 2019).

Debemos admitir que la experiencia nos enseña que no son pocas las normas en materia laboral, cuyo nivel de lesividad es excesivo, por lo que hace falta conocer un poco mejor la realidad empresarial y las interacciones existentes en el mercado para poder elaborar mejores normas que en lugar de precarizar la situación laboral de miles de personas mejoren la protección de derechos, sin menoscabar los intereses del empleador, porque entre ambos hay una relación simbiótica, por lo que la suerte de uno la sigue el otro, o al menos ello es lo que se espera.

Dicho ello, una medida menos lesiva en cuanto a la estabilidad laboral del trabajador podría implicar contemplar plazos más cortos que se ajusten a la realidad empresarial peruana, en atención a lo que nos enseñan las estadísticas del INEI, por ejemplo, sobre que el periodo más difícil para una iniciativa empresarial son los dos primeros años, lo que debería ser recogido por el legislador ordinario para reformar los contratos por inicio o incremento de actividad (INEI, 2023).

En concordancia con ello, también se deberían de reducir el plazo máximo para un contrato por necesidades de mercado puesto que es muy poco probable que una

imprevisibilidad pueda durar más de 3 años, y es que vale anotar que en el proyecto de reforma de la Ley de productividad y competitividad laboral se establece un plazo máximo de 6 meses (Ferro, 2019, p. 26).

C) Proporcionalidad propiamente dicha

Considerando que los dos parámetros desarrollados previamente no son superados por el plazo de 5 años nos parece innecesario seguir con este apartado, pero nuestro objetivo es convencer al lector que la medida tampoco logra superar la proporcionalidad, estrictamente hablando.

Este extremo del test de ponderación, como también se le denomina, nos invita a reflexionar si es que lo que se busca satisfacer es tan beneficioso como para compensar el derecho que se menoscaba –por lo que su afectación es leve-, y es que como dice el maestro alemán Robert Alexy, los derechos constitucionales pueden ser reglas, las cuales son mandatos definitivos, o principios, al que los considera mandatos de optimización, y cuya eficacia responde a una serie de factores tanto de hecho como de derecho (Alexy, 2010).

De este modo, y como ya lo señalamos, nos encontramos en un conflicto entre dos derechos contenidos en la norma normarun, por un lado, la libertad de trabajo de las personas, y por otro, la libertad de contratación de los empleadores que se deben sujetar a parámetros de razonabilidad, elemento que también forma parte del test.

Ahora, tenemos que el grado de afectación de la libertad de trabajo es mayor que el beneficio que se obtiene, lo que resulta un tanto polémico si es que se considera que vivimos en un Estado Constitucional y social de derecho, lo que invoca una mayor actuación por parte de este último de cara a los derechos inherentes de la persona humana.

En ese sentido, es oportuno recordar lo que hizo el Supremo Colegiado en el caso conocido como Calle las Pizzas en donde se apreciaba un conflicto entre el derecho a la tranquilidad de los vecinos que vivían en zonas aledañas a donde se preparaban y expendían pizzas habilitando además que los trabajadores de esas zonas laboren hasta altas horas de la madrugada –siendo esto congruente con su libre desarrollo de la personalidad, expresado en la diversión de los clientes que acudían a estas lugares (Rubio, 2011).

De este modo, el Tribunal concluyó que la ordenanza municipal que restringía la hora de cierre hasta un límite menor cumplía con el test de proporcionalidad en la medida que el grado de afectación con la medida era leve en tanto que la salud de los vecinos del lugar era garantizada por lo que el dormir de manera adecuada por la noche era más benéfico o elevado para su desarrollo integral.

En nuestro caso, ampliar los plazos a 5 años durante los cuales se pueden celebrar contratos consecutivos alejando a los trabajadores de su derecho a la estabilidad laboral, el que se debe de manifestar en una indemnización justa después de haber laborado durante 5 años, de manera ininterrumpida y bajo las mismas condiciones que otros que sí son estables es desproporcional, estrictamente hablando.

En definitiva, la libertad de contratación de los empleadores y/o empresarios se debe de ejercer bajo parámetros o medidas que no involucren los derechos de los trabajadores, los cuales se constituyen como una condición sine qua nom de un Estado Constitucional de derecho, además que su satisfacción puede garantizarse, quizás, con políticas de Estado que flexibilicen la tarea de la SUNAT, por ejemplo, atrayendo así grandes inversiones hacia nuestros lares.

Capítulo III

Contratos laborales

Los contratos laborales son, quizás, una de las principales fuentes de derecho en nuestro ordenamiento jurídico, los que se encuentran sujetos a parámetros claramente establecidos por la ley y cuya inobservancia está sancionada por el legislador beneficiando a la parte más débil de la relación laboral, como lo es el trabajador (Neves, 2020).

Sin duda, no todas las relaciones laborales se encuentran sujetas a las mismas condiciones, por lo que existen diversos tipos de contratos cuya clasificación es de tres tipos como lo pasamos a detallar a continuación:

- **A plazo fijo:** Los cuales obedecen a una fecha de inicio y fecha de término, y que de acuerdo al mandato del legislador deben de ser la excepción de la regla, puesto que las relaciones laborales no se ejecutan en un solo acto como sucede en el caso, verbigracia, de un contrato de compraventa, sino que es de tracto sucesivo, por lo que tiende a la permanencia al igual que las actividades que se realizan, por lo que lo ideal sería que el trabajador mantenga su vínculo laboral en tanto dure la empresa, lo que lamentablemente se encareció con nuestra actual Constitución, y es que la anterior brindaba un mayor nivel de protección al trabajador (Guerrero, 1999).

Como ya lo anotamos previamente, el ordenamiento jurídico laboral, tiene este tipo de contratación como de carácter excepcional, aunque hay que admitir que algunas normas dentro de él permiten la contratación de carácter temporal independientemente de la naturaleza del trabajo realizado, lo que forma parte de la flexibilización laboral que actualmente sufren las normas pertinentes, empoderando al empleador para utilizar contratos temporales y encareciendo las relaciones laborales.

Para agravar la situación, y en un contexto de políticas de Estado, tenemos que el número de inspectores laborales dependientes del Ministerio del trabajo, es de aproximadamente 500, lo que cubre en apenas un 20% la demanda considerando la cantidad de trabajadores formales que tenemos al día de hoy.

Todo ello sin mencionar que la tasa de formalidad no supera el 25% de la población que forma parte de la Población económicamente activa, lo que hace un aproximado de 3 millones de trabajadores de acuerdo a las cifras del INEI (Ministerio de Economía y finanzas, 2023).

Frente a ello se hace necesario que se hagan reformas a nivel de Sunafil que vayan acompañadas de enmiendas en el sistema normativo con el objetivo de inclinar la balanza a favor de la contratación de duración indeterminada, siendo esto congruente con la naturaleza de las labores realizadas y, claro está, con un trabajador cuyo nivel de satisfacción se refleje en una mayor productividad (Neves, 2020).

De esta manera, se podría retornar a un sistema en el que las empresas se encuentren obligadas a registrar los contratos de trabajo de plazo fijo ante la Autoridad administrativa de trabajo y a través de herramientas digitales, dentro de las que se encuentra la inteligencia artificial para determinar si la causa objetiva es válida, evitando mayores trámites para los propios empleadores incluso, y es que el ingreso de los contratos en mención se haría mediante casillas electrónicas.

A propósito de la digitalización de los expedientes, es oportuno anotar que, con la revolución experimentada tras la pandemia, ahora es mucho más sencillo manejar los sistemas electrónicos en favor de las personas y los trabajadores, y con la inteligencia artificial, la que podría ser modificada para los fines de supervisión de contratos, se obtendrían mejores resultados, liberando de trabas burocráticas al administrado sujeto a este tipo de trámites (Cari, 2024).

Bajo esa lógica, es que al día de hoy es posible que un trabajador verifique en tiempo real si es que se encuentra laborando en planillas y de manera simultánea habilita a que un inspector laboral visite el centro de trabajo para verificar cualquier inobservancia a la normativa sociolaboral, puesto que se presume que la persona que hace la consulta es un trabajador formal.

- **De duración indeterminada:** Que son la regla general de acuerdo a lo que enseña la doctrina especializada, lo que lamentablemente no sucede si es que lo contrastamos con la realidad, probablemente este problema se deba a la precarización o, como muchos le llaman, flexibilización de las normas laborales introducidas en la década de los 90 que permitía la contratación temporal sin mayor supervisión y con aprobación automática, dejando de lado la aprobación previa, por parte de la autoridad administrativa.
- **A tiempo parcial:** Este tipo de contratos se aplican para las personas que trabajan en un periodo menor de 4 horas al día o 24 a la semana y en caso de que se labore 5 días, las horas no pueden superar las 20 horas, por lo que sus beneficios se reducen en concordancia con lo que señala el decreto supremo 003 – 97 –TR (Texto único ordenado del decreto legislativo 728).

Como ya lo señalamos previamente, la contratación a plazo fijo o de duración determinada no es la que goza de predilección por parte del legislador, por lo que se procura enarbolar que la relación laboral sea de carácter permanente, protegiendo al trabajador quien tiene derecho a una estabilidad y en base a ello, a establecer un proyecto de vida que no se vean interrumpidos o frustrados por el libre albedrío del empleador, quien al igual que el trabajador posee ciertos derechos contemplados en la Carta Magna.

Obviamente que estos derechos fundamentales se encuentran bajo reglas razonables que limiten el actuar del empleador cuyas limitaciones, al igual que las que tiene un funcionario o servidor público, se encuentran plenamente establecidas en la ley.

La estabilidad laboral que contempla la Constitución laboral se complementa con la temporalidad en el empleo, y no son tan contradictorias entre sí debido a que reconocemos que algunas labores sujetas a subordinación, y de prestación personal no son de carácter permanente, como sucede en los casos de obras específicas o de temporada, cuya permanencia no sería favorable para el empleador, en el contexto de que se adecúe a las reglas del legislador (Arce, 2021, p. 216).

El problema reside en que los criterios para determinar si un empleo es de naturaleza permanente o temporal no se encuentran claramente establecidos, los que servirían para que el legislador

ordinario establezca garantías mínimas para el trabajador, haciendo que un trabajo que es de naturaleza permanente se tenga que cubrir con un contrato de duración indeterminada y viceversa.

Probablemente la temporalidad de un empleo se pueda determinar a partir de rasgos esenciales que no precisamente tengan que estar contemplados en la ley, pero si deben de estar sujetas a parámetros de razonabilidad que nos permitan saber cuándo un trabajo debe de estar cubierto por un contrato de duración indefinida o por un contrato a plazo fijo, dependiendo de las características de la labor realizada y del empleador (Ferro, 2019).

Lo último, a propósito del hecho de que pueda haber una empresa que, por ejemplo, se dedique a identificar la capacidad adquisitiva de las personas de clase media, para poder asignar de mejor manera los bonos que entrega el Estado, tarea que le podría tomar 4 años, durante los cuales necesitará personal permanente, la jefa de potencial humano, y el personal que efectúe la minería de datos durante el plazo de 2 años, que es el lapso considerado por la empresa ganadora de la licitación pública para realizar la toma de encuestas y todo ello.

La falta de criterios que permitan determinar la temporalidad de un empleo o contrato se agrava con la Constitución vigente de 1993 flexibilizando la protección al trabajador y permitiendo que trabajos de duración permanente, como lo puede ser el chofer de transporte público o el cocinero de un restaurante gourmet, puedan ser cubiertos por contratos sujetos a modalidad, dentro de los cuales encontramos el de necesidades de mercado y el de inicio o incremento de actividad (Neves, 2020).

Bajo este contexto, la contratación temporal erosiona definitivamente a la indeterminada, haciendo que una gran cantidad de trabajadores pierdan la estabilidad garantizada por la Constitución y se tornen en temporales, como lo reflejan las estadísticas del Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo.

Quizás, estas modificaciones a nivel de la legislación ordinaria en materia laboral obedezcan al intento del legislador por generar mayor cantidad de empleos formales, liberando al empleador de otras responsabilidades y cargas para resolver un contrato, lo que no precisamente, a la luz de la realidad, ha sucedido.

Puede que el panorama que previamente planteamos pueda colisionar con el artículo 4 de la Ley de productividad y competitividad laboral que expresa, de manera diáfana, la predilección por la

contratación indefinida, pero esto es opacado por lo que sucede en la realidad empresarial que tiene una tendencia hacia el uso de contratos temporales, haciendo que esta sea una regla de carácter general y no excepcional como se desea.

La preferencia por la contratación de duración indeterminada es laxa, aunque se encuentra respaldada por tratados internacionales que forman parte de nuestro bloque de convencionalidad, la que tiene vinculatoriedad para nuestro ordenamiento jurídico a partir de la disposición 4ta de la Constitución (Ferro, 2019).

Así, el derrotero de los derechos laborales encuentra consonancia en tratados como el Pacto de San Salvador en cuyo artículo 7 se establece la obligación ineludible de los Estados de contemplar las ***condiciones mínimas justas para una subsistencia digna y decorosa para el trabajador y su familia***, en su primer apartado y creemos que también merece especial atención el apartado D que reza del siguiente modo:

La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otras prestaciones previstas por la legislación nacional.
(Subrayado nuestro)

El mismo sentido guarda la Carta de la OEA que en su artículo 34, apartado G, establece que deben darse, para todos los Estados de la región, garantías mínimas respecto a salarios justos, tarea principal del Consejo Nacional del Trabajo que ya se encuentra reinstaurado y en funcionamiento, y **condiciones de trabajo aceptables** para todos, lo que incluye indefectiblemente reformas a nuestro sistema de contratación laboral.

Es larga la lista de instrumentos internacionales que versan sobre derechos económicos, sociales y culturales, y también la interdependencia que hay entre estos con los derechos civiles y políticos, requiriéndose de una visión conjunta de la gama de derechos puesto que, a nuestro parecer, se encuentran inescindiblemente vinculados con el desarrollo de la personalidad.

A propósito del derecho al desarrollo de la personalidad, que tiene íntima relación con la estabilidad laboral, es importante mencionar un documento trascendental como la Declaración de Virginia que reconoce la condición de elemento estructural para el alcance de la felicidad.

Así, notamos que hay cierta incongruencia por la legislación laboral nacional y algunos tratados internacionales que versan sobre uno de los derechos más importantes en materia económica, el trabajo, exigiendo muchas normas un mayor desarrollo jurisprudencial como sucedió en el caso SUTT y Fetratel vs Telefónica del Perú S.A.A (EXP. 1124-2001-PA/TC) en donde el Tribunal Constitucional, como guardián supremo de la Constitución y los derechos que en ella se garantizan, inaplicar las normas relacionadas con el pago de una indemnización por despido arbitrario y ordena la reposición de los trabajadores, en función a lo que desea el legislador constituyente evidenciando las falencias existentes en el ordenamiento infra constitucional.

Dicho sea de paso, en este caso trascendente, el Supremo Colegiado establece dos elementos que forman parte del contenido esencial del derecho al trabajo, uno de los cuales es el derecho a no ser despedido, lo que resulta congruente con una menor duración de los contratos temporales que son definitivamente excepcionales, viéndose de este modo desvirtuado por el legislador ordinario (Landa, 2018).

Independientemente de lo que sucede a nivel normativo, la preferencia del sector empresarial, como principal empleador en el país, sobre la contratación temporal, tiene otros efectos adversos sobre el trabajador como que este pierda nivel de productividad o pericia en su labor, desembocando en accidentes laborales, puesto que es evidente el nivel de especialidad que se pueda alcanzar después de permanecer durante largos periodos de tiempo en un solo trabajo, y es que la rotación del personal es también alta en el Perú, pasando estos a otros trabajos, en el mejor de los casos, a la informalidad o, en el peor de los panoramas, al desempleo (Ferro, 2019).

Además, desde el prisma constitucional, la inestabilidad en el empleo repercute directamente sobre la protección de los trabajadores y es que los sindicatos que constituyen no cuentan con un número fijo de elementos que pueda negociar plenamente con el empleador, fortaleciéndose este último.

De acuerdo a las cifras del Ministerio De Trabajo y Promoción del Empleo, la contratación a plazo fijo es una de las más usadas en el mercado laboral, lo que obviamente contraviene el mandato del constituyente y llama a la reflexión sobre por qué se da este fenómeno, si al 2020, fecha de la que proceden las estadísticas que ahora manejamos, teníamos una economía galopante que se detuvo por la pandemia.

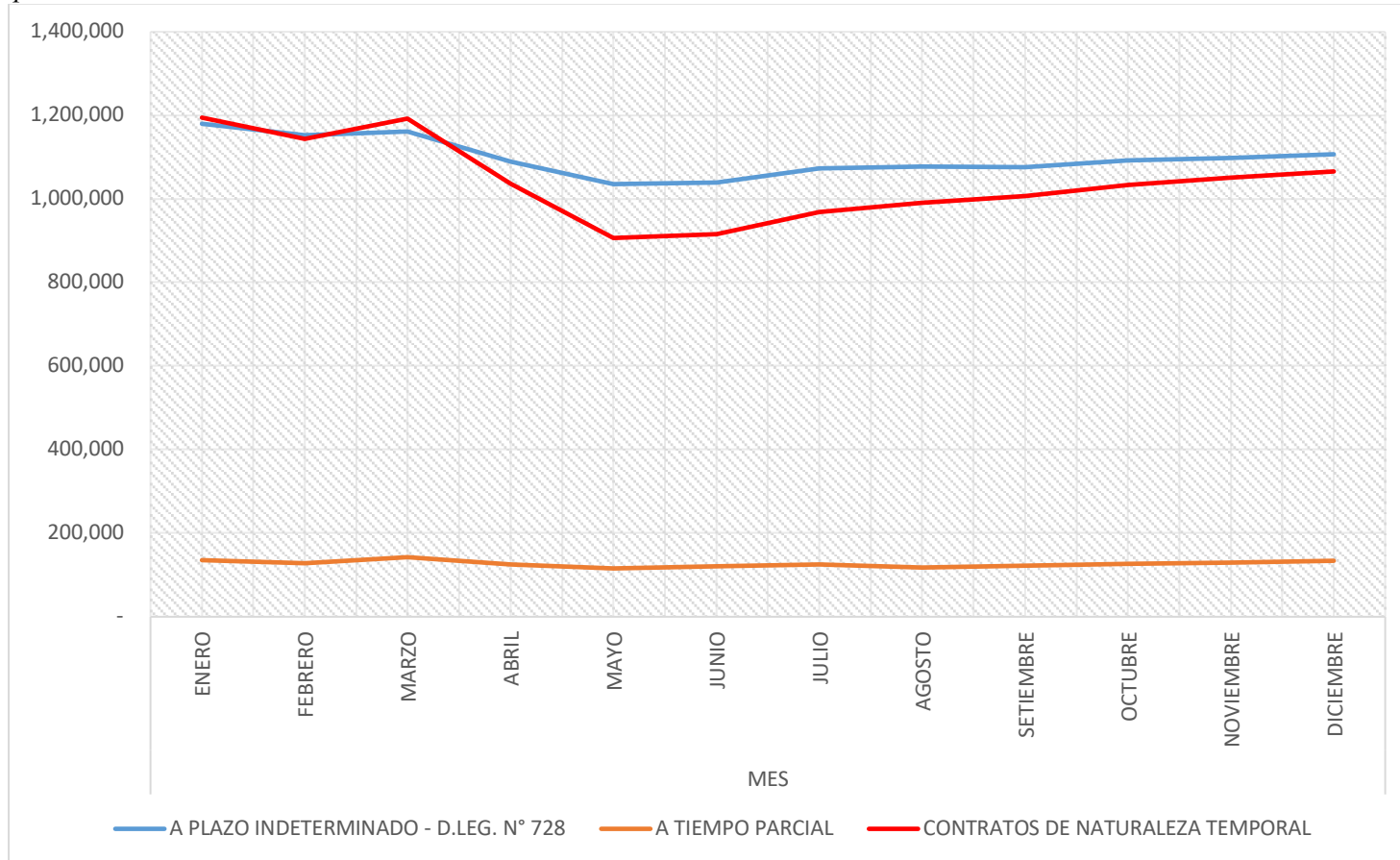
No cabe duda de que este fenómeno responde a otras variables que no abordamos en esta investigación, por no ser de naturaleza jurídica, sino más bien sociológica, pero las leyes deben de responder a las necesidades de las personas y, sobre todo, a sus derechos que se soslayan dando paso a la arbitrariedad, teniendo que establecerse una política laboral equilibrada que respete la libertad de todos.

Las contrataciones temporales, siendo de naturaleza excepcional, alcanzan por poco a las de duración indeterminada, como lo podemos apreciar en el siguiente gráfico:



Figura 1:

Tipo de Contrato



Nota: Elaboración propia. Fuente: Ministerio de trabajo y promoción del empleo

Como se puede apreciar en el gráfico, la preferencia por la contratación a plazo fijo casi desplaza a la de duración indeterminada.

I. Contrato Por Necesidades De Mercado:

De acuerdo a nuestra legislación, este tipo de contrato se puede celebrar frente a una imprevisibilidad que no ha sido considerada dentro de un plan de desarrollo empresarial y tenemos como ejemplo, como ya podrán imaginarlo, la cuarentena vivida desde la quincena de marzo y que se prolongó de manera sucesiva hasta el punto de ralentizar gravemente la economía del país (Ferro, 2019).

Claro que no todas las empresas o empleadores se vieron perjudicadas, puesto que la emergencia sanitaria significó una oportunidad de crecimiento para las empresas del rubro salud por la enorme cantidad de enfermos de Covid que teníamos en ese momento, y la alta demanda que tenían equipos de oxígeno, mascarillas, personal de salud, condiciones que resultan coyunturales.

Es evidente que esta imprevisibilidad justificaba la utilización de contratos por necesidades de mercado, determinando la validez y objetividad de la causa objetiva que pudiese contener el contrato y es que el Tribunal Constitucional recordó en el 2010 que los contratos por necesidades de mercado debían de responder a un suceso **coyuntural e imprevisible** (STC 00232-2010 - PA/TC).

De cara a ello, es que el Intérprete Supremo de la Constitución desnaturaliza, en caso sub examine, el contrato por necesidades de mercado, fallando a favor del demandante y permitiendo que este se convierta en trabajador de duración indeterminada como es el deseo del Constituyente.

En realidad no llegamos a comprender la lógica previa a determinar un plazo máximo de 5 años para la celebración de este tipo de contratos de manera consecutiva, pero lo que sí debemos de mencionar es que este plazo era de 6 meses en el proyecto de la ley de productividad y competitividad laboral, lo cual se modificó quedando el texto tal como lo conocemos ahora, porque es muy difícil responder qué evento imprevisible y coyuntural pudiera tener lugar en nuestro país, ni siquiera la pandemia se prolongó a tales límites, ya que 3 años después de que esta comenzara, las condiciones ya se están normalizando y nuestras actividades económicas también (Ferro, 2019, p.26).

En base a lo señalado previamente, es posible que el plazo de 5 años se haya establecido con el afán de desnaturalizar este tipo de contratos por parte del propio legislador, por lo que estaríamos refiriéndonos a un fraude a la temporalidad que caracterizan a los contratos por necesidades de mercado.

¿ Acaso es posible que el propio legislador cometa fraude al crear una norma que desarrolla un derecho fundamental como lo es el trabajo? desde nuestro parecer si lo es, y ello no se sanciona de la misma manera cuando se trata de un particular, sino haciendo un control de constitucionalidad sobre la norma que tiene la finalidad de expectorar cualquier norma, con jerarquía de ley, del ordenamiento jurídico, permitiendo al legislador que enmiende su error, por llamarlo de alguna manera, a través de la dación de otra ley que se acople fielmente al contenido de un derecho fundamental.

Y es que lamentablemente no se encuentra concebido en nuestro corpus iuris la posibilidad de hacer un control de constitucionalidad sobre los proyectos de ley, lo que evitaría definitivamente grandes protestas o perjuicios como se dio en el contexto de la ley que promovía el acceso de los jóvenes, de entre 18 y 24 años, al empleo formal.

El perjuicio es enorme si se tiene en cuenta el número de trabajadores contratados bajo este tipo de contratos, sin afán de apartarnos del tema, y en atención al grado de afectación que el legislador crea, a veces, veamos lo que sucede con los regímenes especiales que tienen las micro y pequeñas empresas que recorta beneficios laborales sin mencionar que no se ha logrado el objetivo principal –el de reducir el nivel de empresas que trabajan en la informalidad- del decreto legislativo 1086, que rige este régimen especial.

De este modo, tenemos que el número de empresas informales que se pretendían formalizar con la creación de este régimen especial, y que resulta ofensivo a la dignidad contemplada en el artículo 1 de la Constitución, no solamente se mantiene, sino que ha aumentado, teniendo al día de hoy que del total de unidades económicas empresariales, el 95.4 por ciento se encuentran bajo este régimen, de acuerdo a las cifras del Ministerio De Producción (2022).

O también puede ser que el legislador no actúe inobservando los principios de lealtad y bajo las reglas de rectitud y honestidad que le debe al ciudadano, sino que desconoce cuáles son los mecanismos que se pueden implementar para garantizar una dinámica empresarial

respetuosa de los derechos, por lo que hace falta que se consulte, como ya lo señalamos, con entidades del Estado que tienen expertiz en esta materia, como el Consejo Nacional del trabajo o empresarios destacados y notables por su respeto hacia los trabajadores y sus derechos.

La eficacia vertical de los derechos es un tema constitucional que acarrea un mayor tratamiento en este trabajo de investigación y es que recuerda que el actuar del Estado, y de todas las autoridades y funcionarios que forman parte de él, están obligados no solamente a respetar los derechos inherentes de toda persona sino que también deben de garantizar los medios que coadyuven a su consecución (Anzures, 2010).

Bajo esta lógica, el trabajo como medio de realización de la persona humana es una actividad que no puede, de ninguna manera, enervar el derecho a la tranquilidad y al desarrollo de la personalidad de todo ser humano, como lo concibe también la Convención americana de derechos humanos (Corte Interamericana de derechos humanos, 1979).

La inestabilidad que se vive al estar firmando constantemente contratos por necesidad de mercado, se refleja en su baja productividad y es que ni siquiera el legislador se preocupó por establecer un límite máximo del número de veces que se puede celebrar durante el lapso de 5 años, lo que es un exceso, habilitando al empleador a celebrar 4 veces al año, por ejemplo, este tipo de contrato con el mismo trabajador.

Qué sucede con la estabilidad laboral cuyo contenido ha tenido un magnífico desarrollo dentro de la jurisprudencia, misma que se bifurca en una estabilidad de entrada que se encuentra íntimamente relacionada con nuestro tema porque determina que si el trabajo es de naturaleza permanente, lo que se puede colegir a partir de la permanencia en el trabajo en meses o años, y la estabilidad de salida que se manifiesta en una indemnización al trabajador que un día se entera que su contrato no será renovado puesto que su vínculo “temporal de 5 años” ya feneció.

Hagamos un paralelo, hablando de plazos, con el lapso durante el cual se puede someter a un trabajador a un periodo de prueba, siendo este personal de dirección.

La doctrina y la jurisprudencia han fijado claramente plazos máximos para este periodo, que le sirve al empleador para saber si su trabajador cumple de manera idónea con las capacidades y valores que busca para cumplir con sus obligaciones, 1 año.

Transcurrido este año, el trabajador adquiere protección frente al despido arbitrario, por lo que es susceptible de recibir una indemnización justa que no puede exceder de 12 remuneraciones, lo que podría ser mejorado ciertamente.

La doctrina señala, respecto del periodo de prueba, se debe tener en cuenta la naturaleza del trabajo y la condición del trabajador, en congruencia con el hecho de que el trabajo, a diferencia de otras relaciones reguladas por el derecho, tiende a la perpetuidad, no sin antes verificar las aptitudes que el trabajador deba tener, para lo cual se requiere de una serie de pruebas o ensayos, de tal modo que las expectativas del empleador sean satisfechas plenamente, lo que ratifica que la relación es atenuada por parte del trabajador, puesto que al finalizar el periodo de prueba, se evalúan las habilidades del trabajador de tal modo que se pueda prolongar, o en todo caso se finiquita, lo que no obsta para afirmar que se trata de una relación laboral desde el inicio (Valverde et al, 2011. p. 512):

En efecto, el empleador tiene pleno derecho de resolver de manera unilateral un contrato de trabajo, en base a su libertad empresarial, derecho que se encuentra establecido en la Constitución, pero este se encuentra limitado a un espacio de tiempo que nos parece razonable, por lo que de otro modo tendría que pagar una indemnización al trabajador que no precisamente cumplió de manera idónea con su labor encomendada, lo que sería un absurdo.

Aún así, no debemos olvidar que la ley también contempla otras formas de extinguir el vínculo laboral, por parte del empleador, sin generar mayores gastos para el empleador, claro que esto se debe ajustar a una causa objetiva porque tampoco se trata de aceptar el libre albedrío de este último, lo que parece haber sido olvidado por el propio legislador al momento de establecer este plazo (Blancas, 2008).

Además que un principio que debe permanecer inmanente en toda relación laboral es el de la buena fe contractual que en muchas oportunidades se ha visto quebrantado por el propio empleador, quien abusando de su posición contractual, despidió al trabajador, dentro del

periodo de prueba, sin haber causa aparente, lo que es susceptible de sanción, como lo hizo la Corte Suprema en la Casación 7095 – 2014 – Lima, puesto que el empleador hizo ofrecimientos que llevaron a la trabajadora demandante a renunciar a su antiguo empleo, por sus capacidades calificadas, en el que había permanecido durante más de 5 años, tras lo cual no se le renovó el contrato sin expresión de causa, y por encontrarse en periodo de prueba; ordenando de este modo el pago de una indemnización bajo la égida del artículo 1321 del código civil por daños y perjuicios.

¿Puede que este periodo, dentro de lo razonable, se pueda extender? Al respecto es pertinente mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional Español en la cual consideró que la extensión del periodo de prueba mediante una reforma laboral se justifica por una grave crisis económica, de naturaleza coyuntural, y considerando la tasa de desempleo existente como consecuencia de ello (TSE, Sentencia 119-2014).

De este modo, colegimos que los plazos tienen que estar relacionados indefectiblemente con una causa objetiva y razonable que escape de los deseos del empleador, o frente a lo cual se debe de pagar una indemnización justa para el lado débil de la relación laboral.

Entonces, de conformidad con el hecho de que después de que se ha superado el periodo de prueba, por regla general, se adquiere protección frente al despido arbitrario, se debe de hacer un símil con los trabajadores contratados por el tipo de contrato al que ahora hacemos referencia, puesto que, a todas luces, no es razonable que haya un periodo de prueba de 5 años, porque se trata de un trabajador estable.

Siguiendo a Guerrero, este tipo de contrato es el que obedece a un incremento coyuntural de la producción que se da a causa de **variaciones substanciales de las ventas**, independientemente de que se trate de **labores ordinarias** propias de la empresa por lo que el personal ordinario es suficiente para responder a esta demanda (destacado nuestro) (Guerrero, 1999).

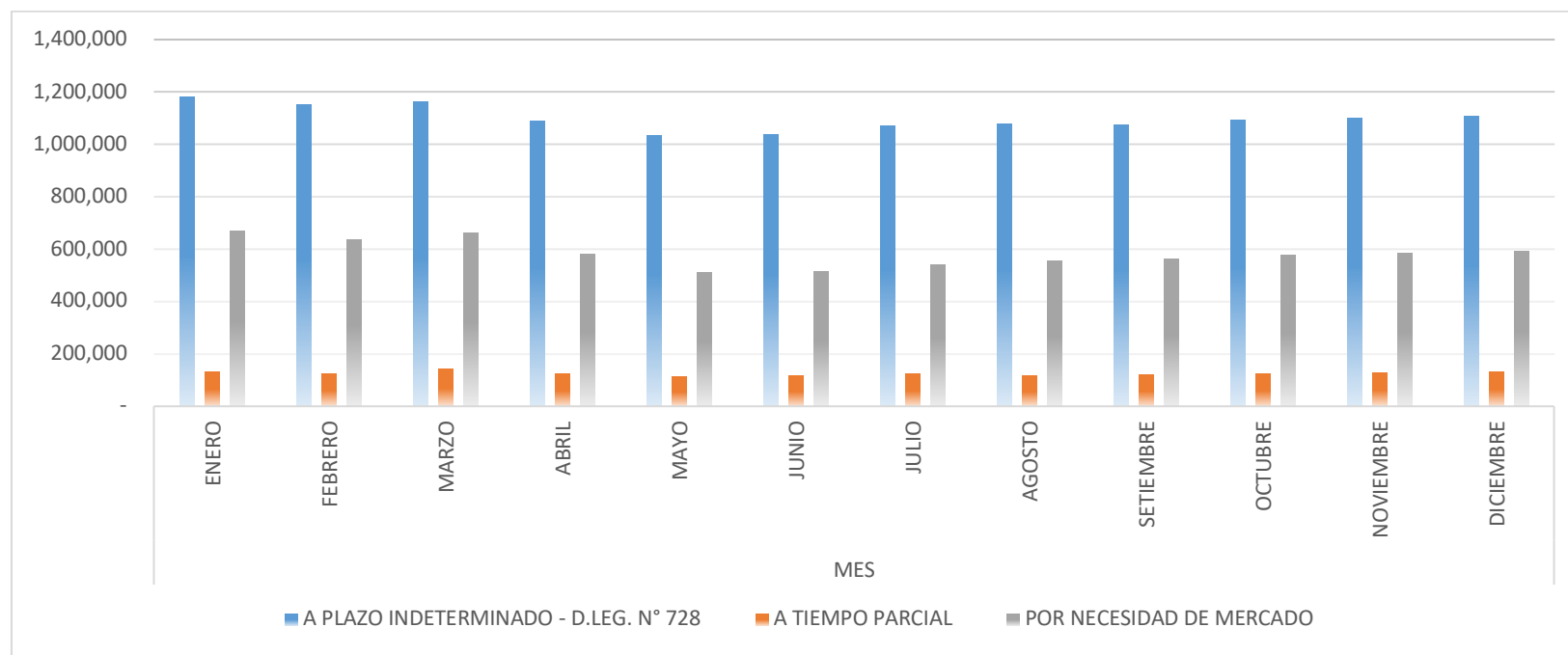
Los puntos destacados nos permiten formularnos la siguiente pregunta: ¿Qué variación substancial se puede dar en un lapso de 5 años? Sin ser muy analíticos en la pregunta, creemos que la respuesta es ninguna, por lo menos considerando el elemento fáctico que alimenta el derecho, panorama que contrasta sobremanera con el hecho de que este es uno de los

contratos más utilizados por el sector empresarial de acuerdo a la data brindada por el Ministerio de trabajo a través de solicitudes de acceso a la información, como lo expresamos en el siguiente gráfico de elaboración propia:



Figura 2

Tipo de contrato por trabajador



Nota: Elaboración propia. *Fuente:* Ministerio De Trabajo Y Promoción Del Empleo

Como se puede apreciar, más del 45% del personal contratado se encuentra bajo este tipo de contrato que es eminentemente de **naturaleza excepcional**, pareciendo un abuso del empleador considerando la flexibilidad de nuestra legislación laboral, lo que es continuado a través de otros tipos de contratos como el de incremento de actividad, como más adelante lo precisaremos, esto exige un actuar inmediato por parte del Estado y el propio legislador que repercuta en la modificación de los plazos.

II.- Contrato por inicio o incremento de actividad

Ahora pasaremos a ocuparnos del otro tipo de contrato cuyos plazos también parecen alejarse un tanto de la realidad, y que obedece, presuntamente a un planeamiento interno de la propia empresa, por el contexto económico que vive el país y un mayor nivel de producción,

Como la doctrina señala, este tipo de contrato se celebran cuando una unidad económica decide iniciar actividades, primer supuesto, o cuando extiende su ámbito de operaciones a nuevos establecimientos, segundo supuesto, lo que requiere la contratación de nuevo personal.

El plazo durante el cual se puede celebrar este tipo de contrato es de 3 años, los cuales, valga la atinencia, se cuentan desde el momento en el que la empresa inicia sus actividades o realice un incremento de las mismas, no desde que el trabajador ingresa a planillas, lo que a veces se confunde, por lo que si la empresa “Pepitos SAC” inicia sus actividades un 10 de enero del 2023 y contrata a personal el 10 de enero del 2024, su contrato bajo esta modalidad no puede exceder del 10 de enero del 2026, luego del cual se convierte en trabajador estable.

En cuanto a la expansión de la actividad, cabe plantearse la pregunta sobre las razones que tuvo el legislador para establecer este plazo, cuando es conocido que la mayoría de empresas cierran durante los primeros 2 años, logrando las demás superar este periodo que exige, además de medidas tributarias razonables, un contexto macro económico pacífico, debiendo reflejarse esto en la estabilidad del trabajador.

Estos dos años sirven a la empresa para determinar la continuidad de su expansión o regresar a su momento inicial, lo que debe de estar manifestado en la causa objetiva que consta en el contrato, y es que no se trata simplemente de escribir “por inicio de actividad o incremento de la misma”, lo que es sancionado por la ley, sino de colocar una que soporte el más mínimo análisis, como por ejemplo la imprevisibilidad que justifica la celebración de este contrato que, como ya lo señalamos, es de naturaleza excepcional, porque definitivamente que no es lo mismo que la empresa XYZ, con utilidades por 500 millones de soles, y con más de 5000 trabajadores, consolidada en el mercado nacional, decida abrir una filial en la ciudad de Loreto, que “Pepito SAC”, con 20 trabajadores, y con una existencia de

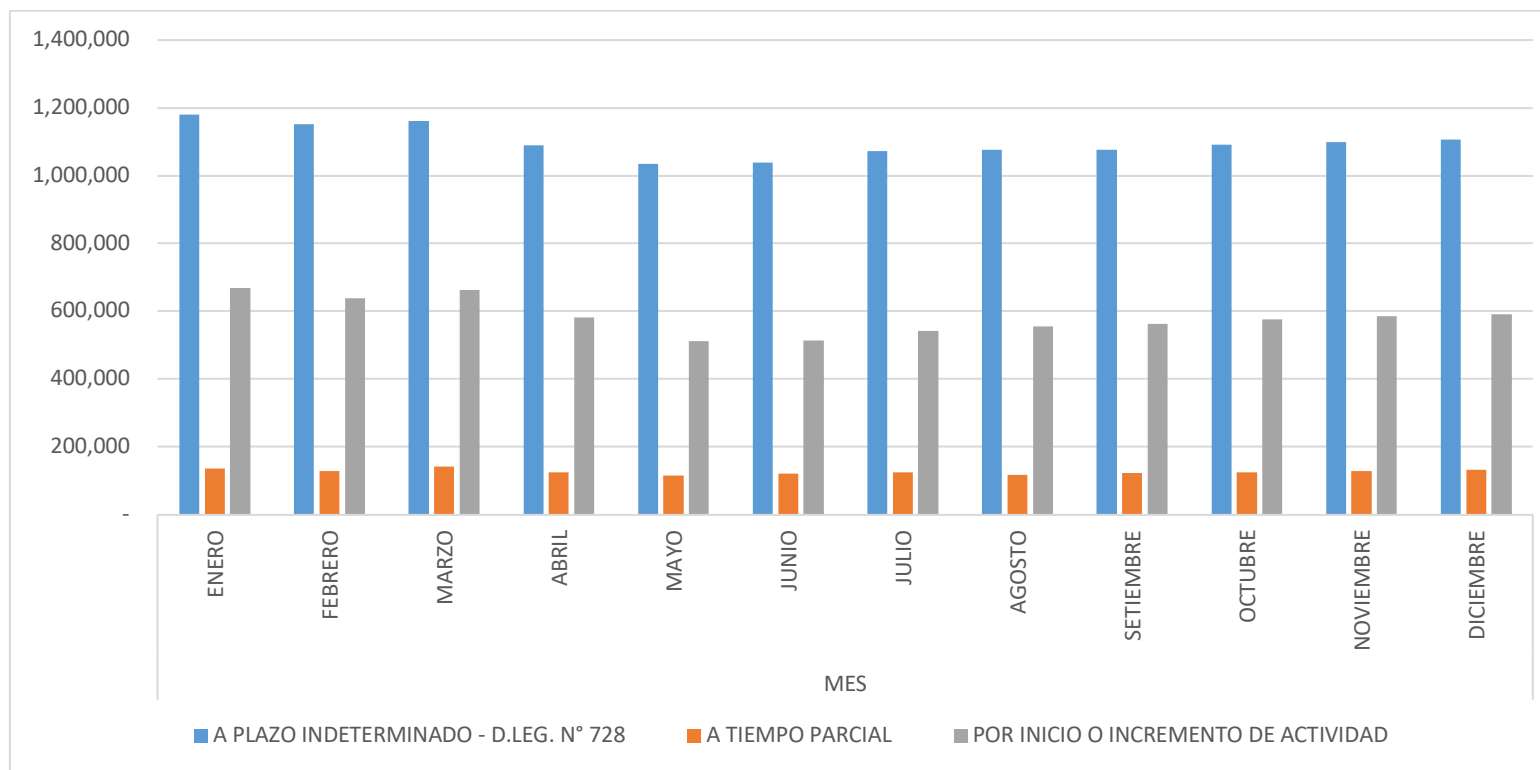
3 años decida incrementar sus actividades, implicando ello un margen de riesgo totalmente razonable.

Lamentablemente notamos que este tipo de contratación es una de las más utilizadas en el sector empresarial, como lo denota el Ministerio De Trabajo en el siguiente cuadro:



Figura 3

Trabajadores Contratados a plazo fijo



Nota: Elaboración propia. Fuente: Ministerio de trabajo y promoción del empleo.

Si bien es cierto que el número de emprendimientos es elevado en nuestro país, esto no justifica que más del 50% de empleados sea contratado bajo esta modalidad que probablemente se hace con el objetivo de no brindarle estabilidad al trabajador, incrementando la presión que ya existe sobre él, desnaturalizando este tipo de contratación

III. Tratamiento a nivel del derecho comparado:

Algo que muy bien señala el maestro Fernando de Trazegnies en aquél discurso inolvidable titulado “La muerte del legislador” es que sin cambiar una sola ley en nuestro ordenamiento jurídico podríamos tener consecuencias totalmente distintas a partir de las mismas si es que trajéramos jueces rusos de ideología marxista a nuestro país, puesto que tienen otra formación y el sistema de pensamientos que poseen también los operadores jurídicos de otras latitudes es disruptivo respecto de lo que tenemos en el Perú (De Trazegnies , 2009).

E allí la importancia de la representación y de la formación del legislador ordinario cuando se trata de interpretar un mandato constitucional, lo que de alguna manera es subsanado por el juez quien tiene una, queremos pensar, formación sólida en derecho, no entendido como el conjunto de normas que gobierna la vida del hombre en la sociedad, sino la interacción de normas, principios y hechos que forman lo que conocemos como ordenamiento jurídico.

No obstante, el aspecto económico es gravitante en el mundo del derecho, y en la mayoría de países latinoamericanos, de naturaleza eminentemente liberal, hay una pugna constante entre las intenciones del constituyente, con una clara tendencia de izquierda, y los intereses del sector económico que finalmente mueven el país, por lo que, de acuerdo a la investigación efectuada, las reformas laborales, tendientes a flexibilizar las leyes laborales, se han hecho en contextos de crisis económicas (Bullard, 2018).

Todo ello justifica que, en los países de la región, la realidad tampoco sea muy alentadora si de lo que se trata es de proteger efectivamente al trabajador y sus derechos, y es que la mayoría de empleadores tienen una clara preferencia por la flexibilización o, como diríamos nosotros, precarización laboral, lo que parece agravarse con los periodos de crisis económica en los países, resultando un tanto lógico, pero de lo que se trata es de que también se refleje en los periodos de bonanza económica.

Dentro de la doctrina, se hace referencia a lo que algunos denominan la tendencia hacia la civilización de las relaciones laborales, desde la perspectiva de que tanto el empleador como el trabajador se encuentran en relación de igualdad, lo que no es del todo cierto y a veces se encuentra muy lejos de la realidad, y tienen la libertad suficiente como para pactar las condiciones de trabajo, sin menoscabar sus derechos.

Esta posición, prevalente en países como Argentina, Brasil y Colombia, se ha visto bastante criticada por un sector de la doctrina debido a la asimetría existente entre las partes de un contrato laboral, situación que se agravaría si es que se termina de dismantelar las garantías mínimas de un contrato laboral (Emane, 2019).

El argumento principal de los que tienen preferencia por la flexibilización de las relaciones laborales es aquel derecho del que hablaba el filósofo francés Jean Paul Sartre y es que consideran el contrato de trabajo como una “camisa de fuerza” que no permite dinamizar las relaciones económicas que implican prestar mano de obra en favor de un tercero (Neves, 2020, pp. 48 y 49).

Esta posición es bastante controvertida, si es que recordamos la posición de los estoicos respecto de la libertad quienes la definían no precisamente como todo aquello que el ser humano quiere hacer, sino como algo que debe de hacer aunque no lo quiera, lo que finalmente fue reconocido durante la revolución francesa y manifestándose en la imposición de un poder legislativo fuerte que promulgue leyes a favor de lo que antes se denominaba tercer Estado y que yace en el frontispicio del Palacio de Versalles, a 15 kilómetros de la ciudad luz, París (Salles, 2006).

En adelante, comenzaremos hacer un pequeño repaso sobre lo que sucede en otras latitudes, también latinoamericanas, en donde, como ya podrán imaginar, hay una fuerte predilección por relativizar la estabilidad laboral de los trabajadores que ejecutan labores de naturaleza permanente.

- **Argentina:** Así tenemos que, en la década de los 90 del siglo pasado, en la tierra que vio nacer al Libertador José de San Martín se hicieron reformas laborales con el objetivo de que haya más modalidades de contratación precarias o atípicas por su temporalidad, puesto que tenían fecha de inicio y de término (Bronstein, 1997).

Claro que la reforma laboral que aquí se dio, y que de alguna manera afectaba los derechos de los trabajadores, estableció como plazos máximos para la celebración de estos contratos atípicos 1 año, pese a la clara influencia del liberalismo económico que a veces parece avasallar el proceso de democratización de los países.

Pese a ello, la tasa de informalidad que tenemos en el Perú, que al día de hoy excede el 70%, supera ampliamente el 40% que tiene Argentina, lo que desvirtúa la teoría de que mayores estándares de exigencia por parte del Estado hace que la actividad empresarial formal disminuya, acrecentando de este modo el otro lado de la moneda (De Soto, 1987).

Las fuentes de derechos laborales que se consideran gravitantes en este país son, además de las leyes, los contratos, y los convenios colectivos que tienen incluso mayor fuerza normativa que las dos primeras, lo que es utilizado de manera bastante dinámica por los sindicatos de trabajadores, en favor de los beneficios que gravitan sobre la remuneración mínima.

La Constitución argentina, luego de la reforma de 1994, refuerza la protección del derecho humano al trabajo afianzando compromisos internacionales sobre todo con organismos como la OIT, generando lo que conocemos como el derecho universal de los derechos humanos laborales, lo que es muy tomado en cuenta por los tribunales de justicia de toda la nación.

En esa línea, la Corte suprema de justicia de la Nación Argentina, acaba con la visión dualista respecto de la tratativa de los tratados internacionales y hace prevalecer la teoría monista que suma eficacia a los tratados internacionales, destacando la importancia de aplicar el principio pro persona en cuanto se trate de resolver litigios en donde se encuentren comprometidos los derechos laborales, erradicando cualquier sesgo de interpretación restrictiva que se pueda dar en esta materia.

Es así como la norma que mejor protege al trabajador pasa a ser la regla general, y tiene que ser observada aún por el legislador ordinario quien desarrolla los principios constitucionales y convencionales establecidos en la jurisprudencia de la Corte IDH y tratados internacionales como el Pacto de San Salvador (Zas, 2016).

Bajo toda la protección de las normas jurídicas internas, la negociación colectiva pasa a ser de primer orden en Argentina y haciendo pasar a un segundo plano las

leyes laborales que pueden constituir un piso mínimo para las condiciones bajo las cuales el trabajador labora.

La Norma Fundamental Argentina establece, en su artículo 14, que las distintas formas de trabajo tienen protección legal en cuanto se trate de las siguientes materias: condiciones equitativas para el trabajador congruentes con el principio de dignidad, salarios justos frente al mismo trabajo desempeñado, derecho a disfrutar de una porción de las utilidades de la empresa y, algo que no podemos dejar de destacar, protección contra el despido arbitrario que, en definitiva se ve reforzado por la fuerte sindicalización que hay en estas latitudes.

En cuanto a los plazos máximos que establecen las leyes laborales argentinas, cuando se trata de contratos de plazo fijo, es de 5 años, los que deberán de ser sustentados ante la autoridad administrativa de trabajo en caso de producirse alguna discrepancia, siendo obligatorio para el empleador abonar una indemnización a favor del trabajador (Fernández et al, 2019).

Dicho ello, la ley de contrato de trabajo argentina, establece claramente, en su artículo 93, lo siguiente (Honorable congreso de la Nación Argentina, 1976):

“Es válida la celebración de un único contrato a plazo fijo por el término máximo de cinco años, así como la formalización de sucesivos contratos que en su conjunto no superen ese plazo”

- **Colombia:** La situación en tierras cafetaleras tampoco es muy disímil respecto del Perú, aunque claro, hay que precisar que tienen algunos aspectos más beneficiosos para el trabajador, como el hecho de que la remuneración mínima se aumenta de manera automática cada año.

Tres años antes de que se cambiara de Constitución en el Perú y cuando este recibía un gobierno esencialmente dictatorial, en Colombia se daba la reforma laboral encabezada por la ley 50 que propugnó por la preferencia hacia la contratación temporal, independientemente de que el trabajo sea de duración indeterminada, como el de un chofer de transporte público, por ejemplo.

La prevalencia de los intereses del empleador se reflejó también en la reducción de las tarifas por el pago de horas extras, una menor indemnización por despido, entre otras medidas, pero sin embargo se mantuvo un nivel máximo de duración temporal de los contratos temporales para 1 año (Ferro, 2019).

Es válido destacar que en Colombia se encuentra vigente el seguro de desempleo que protege al trabajador frente a una eventualidad, y aunado a ello, el trabajador tiene la opción de quedarse en el empleo, por lo que el despido es la excepción de la regla, esto en base a la protección constitucional agravada que ha adoptado la Corte Constitucional Colombiana, cuyas sentencias deben de ser muy tomadas en cuenta por las cortes peruanas, a nuestro parecer (Motoa, 2019).

Sin duda que esta importante institución judicial, cuyos pronunciamientos son más que recomendables en la región, representa un punto de equilibrio y hasta gravitante en cuanto a la protección de los derechos laborales.

La estabilidad laboral reforzada o agravada en Colombia es un punto bastante desarrollado por la Corte, y en base a lo que establecen los artículos 239, 240 y 241 del Código Sustantivo de trabajo, hace una interpretación extensiva de los derechos laborales (Congreso de la República de Colombia, 1951):

Es válido citar textualmente lo señalado en el artículo 240 de la ley en mención, contenido que se ha desarrollado:

1. “Para poder despedir a una trabajadora durante el período de embarazo o a las dieciocho (18) semanas posteriores al parto, el empleador necesita la autorización del Inspector del Trabajo, o del alcalde Municipal en los lugares en donde no existiere aquel funcionario. La misma autorización se requerirá para despedir al trabajador cuya cónyuge, pareja o compañera permanente se encuentre en estado de embarazo y no tenga un empleo formal, adjuntando prueba que así lo

acredite o que se encuentre afiliada como beneficiaria en el Sistema de Seguridad Social en Salud”. (Corte Constitucional, 2021)

En otras palabras, el despido de todo trabajador, debe de estar autorizado por la autoridad de trabajo.

En este punto, es importante destacar el principio pro homine o pro persona, que hace referencia a que toda norma convencional, constitucional, o de carácter legal, se debe de interpretar en línea con la dignidad del ser humano, considerando su situación personal, lo que en ciertos casos se agrava cuando se trata de garantizar la vigencia de los derechos de una mujer en estado de ingravidez.

No es cuestión controvertida que la situación de una mujer gestante es delicada si es que se le compara con un varón, pero hacemos la mención de este argumento en atención al caso contenido en la sentencia T109-2021 en donde la Corte Constitucional se pronuncia sobre los derechos constitucionales al trabajo, remuneración mínima laboral, estabilidad reforzada, salud y seguridad social. (2021)

Es importante destacar los fundamentos fácticos que inspiran la jurisprudencia que les traemos a colación: se trata de una mujer, trabajadora sexual que encontrándose embarazada es despedida por su empleador, bajo el pretexto de que no había cumplido con las horas mínimas que le exigía su contrato de naturaleza civil que había celebrado.

Después de casi 11 meses de haber laborado para el empleador, quien le brindaba todas las condiciones propias de su trabajo (acceso a internet por banda ancha, una pc y cámara en HD –Alta definición- y un espacio físico para poder realizar su trabajo), colisionando con el argumento de este último en cuanto alegaba que se trataba de un contrato civil en el que la demandante cedía un 60% de sus ganancias al señor Pedro Blanco.

Demostrada la subordinación y la prestación personal, la Corte pasa analizar la responsabilidad de los jueces que dejando de lado la cuestión sustancial del asunto, rechazaban la pretensión por temas meramente formales, por lo que les hace un llamado de atención.

Esto último debido a que el asunto reviste no solamente una cuestión de trascendencia constitucional, sino que versa sobre un derecho neurálgico para el ser humano, y sobre todo para la señora Fantina quien no solamente es madre gestante, sino cabeza de familia, y es que tiene otros dos menores en casa que dependen de ella, colisionando también contra su derecho a la vida privada y familiar de la ciudadana.

Como no puede ser de otro modo, la Corte Constitucional acoge la pretensión de la demandante y además de declarar la existencia de un contrato de trabajo de duración indeterminada y por ende la nulidad del despido, ordena el pago de beneficios caídos y el no retorno de la demandante al trabajo considerando su situación de ingravidez, cambiándolo por una indemnización que le permita tener estabilidad considerando su situación personal.

Además de ello, también ordena al legislador promulgar leyes más favorables en consideración de las trabajadoras sexuales que se someten a condiciones que claramente colisionan con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de derechos humanos, en cuanto a la discriminación por cuestión de género y la especial situación de vulnerabilidad que tienen las mujeres que optan por el empleo de modelos webcam.

Aunado a ello, debemos de mencionar que el código sustantivo de trabajo establece una duración máxima de 1 mes para los contratos de naturaleza accidental u ocasional, lo que dista bastante de la duración de nuestros contratos que prevén plazos que resultan ser excesivos y por ende desproporcionales, olvidando que esta fuente de obligaciones nacen con el objetivo de garantizar los

derechos laborales de todos los trabajadores, evolucionando desde su perspectiva que otrora se asemejaba a un contrato de arrendamiento, como lo consideraba el código napoleónico, prefiriendo la visión capitalista del trabajo, y dejando de lado su lado humanista que al día de hoy tenemos de él (Perreau , 1907).

- **Brasil:**

En el gigante de Sudamérica es mucho más alentadora puesto que su legislación en esta materia coloca la responsabilidad total y el riesgo de resolver el contrato de trabajo en el empleador, lo que exonera al trabajador de celebrar contratos que puedan ser lesivos a sus derechos inherentes (Jannoti et al, 2019).

La consolidación de las leyes laborales –en adelante CLL- reconoce una serie de derechos y garantías a favor del trabajador que son inexpugnables aún en circunstancias especiales que justifique la celebración de contratos intermitentes.

Frente a ello, prevalece la obligación de indemnizar al trabajador independientemente de que su contrato se haya celebrado frente a circunstancias inciertas o imprevisibles, lo que se encuentra claramente regulado en el artículo 443 de la CLL, y es que no se puede atribuir al trabajador el perjuicio producido por una situación que finalmente podría beneficiar al empleador.

El panorama democrático que vive Brasil se refleja en leyes laborales más favorables para el trabajador quien, se podría decir, tiene una protección reforzada frente a los derechos que posee el empleador en el sentido de poder demandar mejores condiciones laborales que le garanticen estabilidad y una mayor productividad de acuerdo a la tesis que se maneja en este trabajo de investigación.

- **Chile:**

El país sureño tiene una normativa laboral eminentemente protectora, tanto a nivel normativo como fáctico respecto de los derechos laborales, sobre todo en lo atinente a la duración máxima de los contratos a plazo fijo.

Empero, la duración de los contratos se puede prolongar hasta por dos años cuando se trata de trabajadores con títulos profesionales o técnicos, puesto que de lo contrario solamente se podrán celebrar contrataciones sucesivas por un periodo máximo de 1 año, después de los cuales se considera un contrato de duración indeterminada.

De este modo, el código de trabajo, claramente estipula en su artículo 159 lo siguiente:

| El contrato de trabajo terminará en los siguientes casos

Nº 4: Vencimiento del plazo convenido en el contrato: la duración del contrato de plazo fijo no podrá exceder de un año. El trabajador que hubiere prestado servicios discontinuos en virtud de más de dos contratos a plazo, durante doce meses o más en un periodo de quince meses, contados desde la primera contratación, se presumirá legalmente que ha sido contratado por una duración indefinida (Dirección de trabajo , 2018).

Capítulo IV

Aproximaciones al concepto de imprevisibilidad en relación con la causa objetiva

Este capítulo lo abordamos con el propósito de hacer algunas aproximaciones que le permitan al legislador y a todos los que se encuentren interesados en la normativa laboral tener nociones sobre lo que se debe de entender por temporalidad e imprevisibilidad, cuando se hace referencia al contrato por necesidades de mercado y el de inicio o incremento de actividad (Bullard, 1993).

De acuerdo a lo que nos señala la doctrina, un contrato debe de obedecer a labor que se realiza, pudiendo estos ser de naturaleza temporal o permanente, los que son totalmente compatibles debido a la interacción del mercado en el que compiten las empresas.

Asimismo, se tiene que las labores de naturaleza permanente, como pueden ser las ventas para una empresa que se dedica a la expedición de gadgets (dispositivos electrónicos de entretenimiento) exigen de una contratación a duración indeterminada, por lo que no sería razonable utilizar un contrato por incremento de actividad y el empleador sería pasible de recibir sanciones económicas que varían de acuerdo al número de trabajadores afectados, tipo de empresa y la gravedad de la falta cometida (Congreso de la República , 2022).

No obstante, cabe la posibilidad de que esta misma empresa tecnológica requiera de los servicios de personal que no es permanente frente a una pandemia en el que los menores escolares requieren de computadoras portátiles para sus clases virtuales, con lo que surge la necesidad de hacer una intensa campaña publicitaria, con una duración de 3 meses y que abarque a 6 provincias importantes en el Perú, frente a este tipo de necesidad, es totalmente válido celebrar un contrato por necesidad de mercado porque el evento no solamente es imprevisible, sino que su temporalidad está condicionada a que las circunstancias cambien.

Ahora, nos preguntamos sobre qué se debe de entender cuando hablamos del término IMPREVISIBILIDAD.

Para ello tendríamos que acudir a la normativa civil que nos habla sobre la fuerza mayor, figura dentro de la cual encontramos el elemento imprevisibilidad y que excluye la responsabilidad del deudor, en este caso, el empleador, frente al cumplimiento de un contrato.

No cabe duda de que cuando hablamos de un contrato laboral, con sus reglas en particular, finalmente estamos refiriéndonos a un contrato que puede ser regido, de manera subsidiaria, por las reglas del código civil.

Imprevisibilidad: No son pocos los autores los que sostienen el hecho de que nuestro ordenamiento jurídico es uno sólo, por lo que independientemente de si hablamos de derecho civil o laboral, hay rasgos en común que se pueden aplicar de manera subsidiaria, y claro que estos se encuentran relacionados con principios medulares, como por ejemplo la primacía de la realidad, como ya lo mencionamos líneas anteriores, y lo decimos a propósito del apartado que abordaremos en esta sección.

Dicho ello, en el ámbito del derecho civil, que por excelencia rige las relaciones entre privados, encontramos una figura que puede atenuar o hasta eximir la responsabilidad de una de las partes cuando hay un evento que impide la realización de la obligación, y nos referimos a la fuerza mayor, dentro de la cual aparece configurada la imprevisibilidad, una causal objetiva que justifica la celebración de un contrato por necesidades de mercado (Valentina et al, 2021).

No cabe duda de que la imprevisibilidad es un elemento habilitante de la resolución de un contrato sin mayor perjuicio, para lo que se deben tener en cuenta algunos factores, pero esta imprevisibilidad también habilita la celebración de contratos como el de necesidades de mercado, pudiendo tener una visión caleidoscópica de la misma.

Y es que lo que pretendemos en este apartado es tratar de definir elementos distintivos que nos permitan saber cuándo es que nos encontramos en una situación imprevisible que, además de ajustarse a parámetros de razonabilidad, permitan hacer una mejor regulación respecto de los contratos por necesidades de mercado.

Sin más preámbulo, pasamos a desarrollar este importante elemento que justifica la celebración de un contrato de naturaleza eminentemente temporal.

En la doctrina se relaciona la imprevisibilidad a otros tres elementos, los cuales son:

La probabilidad: En este extremo, consideramos oportuno recordar lo que sucedió en el año 1912, dos años antes de que se iniciaron los eventos que desencadenaron la segunda guerra mundial, y es que el lanzamiento de un enorme barco que surcara las frías aguas del Atlántico norte llamado Titanic es un evento digno de celebración, y las probabilidades de que este se hunda en su viaje inaugural son bastante remotas, aunque no tanto, considerando algunas variables (Robertson, 2012).

La probabilidad de la que hablamos en esta parte de la tesis se encuentra sujeta a una serie de circunstancias que precisamente son impensadas para el ser humano, lo que hubiese cambiado si es que estuviésemos en el año 1915, 3 años después de los eventos que previamente mencionamos, en plena primera guerra mundial, cuando el océano era invadido por barcos cuyo objetivo principal era atacar aquellas naves que fuesen consideradas enemigas.

En esta vida hay un elemento ineludible que es el azar y de vez en cuando desencadena una serie de hechos que parece estar muy bien abordada por la teoría del caos de la que tanto se habla en las ciencias exactas y que fue merecedora de un premio nobel en el año 1977 bajo el liderazgo del químico y físico Ilya Prigogine, y es que él también habla de la imprevisibilidad de algunos eventos como lo es el clima o como la pandemia del coronavirus, trayéndolo a colación.

Como siempre hacemos en el maravilloso mundo del derecho, extraemos algunos elementos de otras áreas del conocimiento y los implantamos en algunas institución de la ciencia jurídica, debido a que los contratos y su cumplimiento se sujetan a una serie de eventualidades que tratan de ser reducidas por las partes a través de este poderoso instrumento que se rige por el principio internacionalmente reconocido que es el pactan sun servanda, a lo que habría que añadir Rebus sic stantibus, por lo que es evidente que el derecho no puede escapar de ningún modo a la realidad tan compleja y variopinta que nos rodea (ONU, 1969).

La probabilidad es una variable que, en alguna medida, afecta las relaciones jurídicas y humanas, un contrato perfecto superaría ampliamente los beneficios que este podría

garantizar, por lo que a veces se debe de establecer soluciones jurídicas que no perjudiquen o agraven la situación de una de las partes, y es que por ejemplo, qué tan probable es que la luna, nuestro satélite natural un día desaparezca de nuestro cielo, lo que acarrearía una serie de eventos en la delicada esfera celeste en la que vivimos (Bullard, 1993).

Los eventos de la naturaleza, que los relacionamos generalmente con la fuerza mayor, en el ámbito de la ciencia jurídica, parecen no seguir un patrón, no obstante, no es lo mismo hablar del hundimiento de un barco, en su viaje inaugural, por su colisión con un iceberg, que el clima o el desencadenamiento de una pandemia que iniciara en una pequeña región de China, bajo circunstancias que quedarán en la niebla del misterio, debido a que la probabilidad varía en cada uno de estos casos, lo que nos recuerda que el aleteo de una mariposa puede desembocar en la generación de un tornado en algún lugar del planeta (Norton, 2015).

Y aunado a ello hay que añadir la capacidad de una persona, una de las partes, en el contexto de un contrato, de prever la realización de un evento, como lo puede ser la pérdida de mercadería en el contexto de un asalto, lo que además debe de ser analizado a la luz de otros elementos que puedan atenuar la responsabilidad de este último o en todo caso, agravarla (León, 2017).

Pero qué tan probable es, a propósito del ejemplo, que se dé un asalto, lo que devendría en la pérdida de la mercadería susceptible de compraventa, cuando se dan todas las medidas de seguridad que la situación amerita, pues a propósito de ello, debemos citar una jurisprudencia que nos parece importante traer a colación.

El caso versa sobre la responsabilidad de un deudor que se vio imposibilitado de entregar 903 bultos a su acreedor debido a un asalto que sufriera en manos de un grupo guerrillero, puesto que esto sucedió en Colombia, lo que fue considerado por la Suprema Corte para determinar la irresponsabilidad del deudor por este evento imprevisible, pese a que tomaron todas las medidas de seguridad posibles, como ya lo señalamos previamente. (Resolución de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, recaída sobre el Expediente 4469-1996 Sobre Responsabilidad Civil)

La razón por la que lo citamos es para destacar el hecho de que las circunstancias son importantes al momento en el que se considere la probabilidad de la realización de un evento,

puesto que, en otro caso similar, en el que se habla también de sustracción de mercadería, si se estableció responsabilidad por parte del demandado, por lo que esta vez se encontraba en suelo norteamericano durante fechas festivas, debido a que se celebraba el día de la independencia.

En el contexto previamente planteado, la empresa demandada tenía la responsabilidad de transportar mercadería desde sus almacenes en Miami hasta Colombia, lo que no sucedió debido a que la mercancía fue sustraída pese a que había sistemas de seguridad, lo que incluía cámaras de seguridad y alarmas, encontrándose su actuar dentro de un supuesto de diligencia normal.

No obstante, en ello hay que considerarse la probabilidad de que se pudiese dar un robo de mercadería durante ese contexto, las que aumentaban considerablemente, aprovechando el movimiento de personas, el tránsito y consiguientemente el riesgo y la probabilidad de la realización de estos eventos que fueron apreciados de manera conjunta por el supremo colegiado, desestimándose la causal de fuerza mayor.

Si ponemos en paralelo, el robo de mercadería durante días festivos, con un evento similar en territorio colombiano, pero por parte de la guerrilla colombiana, una circunstancia bastante conocida en dicho territorio, y este al lado de una pandemia, la probabilidad de que un evento de esta naturaleza suceda es realmente remota, pero las circunstancias cambian, dentro de las cuales se encuentra el contexto de un contagio masivo por toda la esfera celeste, que hasta dejó anonada a la propia Organización Mundial de la Salud.

Sin irnos muy lejos, en nuestra jurisprudencia nacional, la Corte suprema, en un recurso de casación recaído sobre el expediente 1764-2015, en el que se discute la responsabilidad de la Empresa de Distribución Eléctrica de Lima Norte Sociedad Anónima Abierta - Edelnor por la interrupción del servicio frente al robo de un cable conductor, hecho que la demandante califica dentro del supuesto de fuerza mayor, por imprevisible, lo que finalmente no es estimado por la instancia de revisión, puesto que en oportunidades anteriores se habían dado hechos similares (Recurso de casación 1764-2015, 2015).

Así nos damos cuenta de que la probabilidad de un evento debe de ser considerada de manera muy precisa para, en nuestro caso, determinar que la celebración de un contrato por necesidades de mercado, se está haciendo bajo condiciones válidas.

La normalidad:

En el derecho muchos conceptos tienen significados distintas o más amplios a las que usualmente se les atribuye como sucedía en el caso de la declaración francesa, fruto de la revolución que marcaría el inicio de la edad moderna, puesto que cuando hablaba de que todos los hombres eran libres e iguales, solamente hacía referencia al género masculino y dentro de este al hombre premunido de propiedades, y lo normal puede que tenga un significado distinto dependiendo de la latitud en la que se encuentre (Albadalejo, 1996).

Pero no tratamos de irnos a otros campos del conocimiento humano, sino hacer unos alcances preliminares que nos permitan entender el contexto actual.

En líneas generales, un concepto como el que ahora abordamos no se puede definir de manera negativa, como por ejemplo cuando decimos que la mesa es una no silla, pero se puede hacer una pequeña excepción y definir como normal aquel evento que no es extraordinario, por lo que lo relacionamos directamente con lo frecuente, algo que se puede deducir o esperar dependiendo de las circunstancias.

Para graficar mejor la situación, tomemos los casos previamente señalamos, en el apartado de los probable, y verifiquemos con qué frecuencia se dan, y si estos son considerados normales dentro de un contexto específico.

En el caso de un robo de mercadería a transportarse entre países: En este supuesto, nos podemos poner en una serie de circunstancias que conviertan el evento en normal.

Así tenemos que el robo de mercadería en días festivos, como un 24 de diciembre, se incrementa cuando nos encontramos en zonas alejadas de una comisaría, obligando a las personas a contratar seguridad privada que impida la realización de dicho evento.

Contrario sensu, no es normal el robo de un almacén, aún en épocas navideñas, que se encuentra ubicado en las inmediaciones, o pongámoslo, al costado de una comisaría, de hecho, es algo que tiene el carácter de excepcional, no cayendo dentro de los parámetros de la normalidad el robo de objetos con el riesgo inminente de ser detenido.

Como lo acabamos de mencionar, la normalidad se constituye como un parámetro dentro del cual podemos encuadrar una serie de comportamientos y hechos que son aceptados por la sociedad y subsumidos dentro del derecho, pudiendo configurar como riesgo normal la caída de un huayco en épocas de lluvia en una carretera que no ha sido afirmada, o la caída de rocas en la Costa Verde durante un sismo, lo que exige la instalación de un cerca que pudiese contener la caída de los bólidos generando un accidente automovilístico o lesiones en algunos de los conductores.

La normalidad no se puede determinar por sí sola, por lo que requiere de otros elementos para fijarla en un caso en concreto, dicho de esta manera, se le puede relacionar con la probabilidad y lo posible.

En el Perú es normal –y aquí lo relacionamos con la probabilidad- que haya un aproximados de 82 000 accidentes de tránsito al año, con un saldo de 3500 muertos, lo que saben muy bien las compañías aseguradoras que expenden el SOAT (Seguro obligatorio para accidentes de tránsito), esto de acuerdo a lo que señala la Defensoría del Pueblo (2022).

Ni hablar de la tasa de robos que a diario tenemos, y que no es del todo fidedigna considerando que muchas personas agraviadas deciden no denunciar porque simplemente no creen en el sistema judicial, en definitiva, la sustracción de celulares y objetos personales se encuentra dentro del parámetro de normalidad, y es muy difícil encontrar un seguro que te proteja contra esta tasa de criminalidad.

Ahora, y sumergiéndonos en nuestro tema de investigación, ¿Qué tan normal es que sucedan eventos que justifiquen la celebración de un contrato por necesidades de mercado?

La respuesta la abordaremos en el capítulo de resultados que a continuación desarrollaremos, pero tomando en cuenta lo que hasta ahora hemos desarrollado.

Cuando hablamos de la sustracción de un cable de alta tensión en una zona alejada de la población: Esto lo mencionamos a propósito del caso citado y desarrollado por la Corte Suprema de nuestro país, y es que dentro de circunstancias normales, no es de esperarse que una torre de alta tensión, ubicada muy lejos de la población más cercana, básicamente en medio de la nada, sea asaltada, pero la normalidad se mueve entre dos ejes que nos permite colegir la existencia de un riesgo en atención a los antecedentes del caso, puesto que el lugar ya había sufrido robos en anteriores oportunidades, por lo que la empresa operadora del lugar decidió poner una barrera de alambres con púas, lo que ciertamente fue insuficiente.

Las circunstancias pueden ser tan distintas como climas hay en el Perú, y todo depende de que el operador jurídico, en este caso, el juez determine la circunstancia premunida dentro del elemento imprevisibilidad al momento de calificar la validez de un contrato, todo esto bajo los parámetros de la razonabilidad.

La razonabilidad: Este es un elemento que ayudado sobremedida en la evolución del derecho y en particular ha dotado de contenido a la imprevisibilidad, puesto que hace 50 años se definía como aquello inimaginable por el ser humano, lo que nos hubiera llevado absurdos que crearan situaciones de injusticia puesto que la mente humana tiene una serie de

limitaciones que se condicionan con la educación y las vivencias de una persona (Jaramillo, 2015).

La razonabilidad como concepto se haya íntimamente ligado al ordenamiento jurídico que la integra, en general, y a reglas muy específicas como son la lógica y la temporalidad, y es que, como ya ha quedado sentado, no hay actividad económica, ni de ninguna otra índole, que pueda sustentarse en una imprevisibilidad que a su vez se prolongue por más de 3 años (Ferro, 2019).

En esa línea, lo razonable depende del tipo de interpretación que se haga respecto de una norma, llegando al extremo de decir que una norma no tiene otro sentido más que el que señalan las letras de la que está compuesta, por lo que si se podría decir que una persona puede ingresar a un tranvía con un oso cuando existe un aviso prohibiendo entrar con perros, dejando de lado lo que busca la norma.

Lo razonable se encuentra relacionado con el objetivo para el cual fue diseñada una ley o norma, en general, y también se aplica a una situación en concreto como para determinar si es que un suceso puede eximir o, en todo caso, atenuar de responsabilidad a una persona, sea esta jurídica o natural frente a la celebración de un contrato laboral sujeto a modalidad (Valdivia, 2024).

Así, a todas luces, se puede deducir que un suceso extraordinario, como aquello que es muy poco frecuente y tiene una probabilidad escasa de realizarse, es imprevisible se sujeta a los elementos que hasta ahora vamos desarrollando, es decir, razonable, probable y fuera de lo normal. Y aprovechamos este apartado también para vincularlo a la temporalidad, que no se puede fijar en meses o años, sin mencionar que el artículo 72 de la ley laboral habla de máximos, no precisamente de parámetros claros para cada caso específico, siendo a veces aprovechado por los empleadores.

En cuanto al tema de investigación en concreto, la razonabilidad se vincula directamente con la intención del legislador constituyente, que es la de proteger al trabajador y su derecho a la estabilidad tras superar un periodo de prueba máximo, que debería de ser de 3 años.



CONCLUSIONES

OBJETIVO GENERAL. - Efectuar un análisis de la aplicación del principio de continuidad laboral y de razonabilidad en relación al plazo de 3 o 5 años, señalado por el legislador, para que el empleador pueda celebrar contratos modales con el trabajador sin que este adquiera protección frente al despido arbitrario:

- **PRIMERO:** Tanto el contrato por inicio o incremento de actividades, como el de necesidades de mercado se encuentran con plazos máximos que exceden lo razonable, y vacía de contenido constitucional el derecho a la estabilidad que tiene todo trabajador, y que se encuentra implícitamente reconocido en el artículo 27 de la Constitución.

De lo anterior, se puede concluir que la mayoría de contratos que se han celebrado bajo esta modalidad, según expertos laboristas, y que han superado la duración de 3 años, por las razones previamente expresadas, se encuentran desnaturalizados, no porque haya sido declarado por un juez laborista tras una demanda, sino por el hecho de que no hay imprevisibilidad que dure tanto tiempo, ni siquiera la pandemia del coronavirus que se dio a inicios del año 2019, el que, dicho sea de paso, no duró más de 3 años; siendo lógico afirmar que si la utilización de un contrato por necesidades de mercado excede los 3 años, está desnaturalizado, lo que no requiere mayor estadística para demostrarlo, además de que al día de hoy no se puede sustentar debido a que los empleadores ya no tienen la obligación de ingresar los contratos de trabajo a la autoridad administrativa de trabajo.

OBJETIVO ESPECÍFICO: Evidenciar la inconstitucionalidad del artículo 74 del D.S 003-97 TUO del Dec. Leg. 728 y la necesidad de que el trabajador debe de ser protegido contra un despido por vencimiento del contrato.

- **SEGUNDO:** El plazo de 5 años fijado como máximo para un contrato temporal por necesidades de mercado es desproporcional -puesto que evidentemente existen medidas menos lesivas para garantizar la contratación de personal y salvaguardar la libertad de contratación por parte del empleador- y deviene en inconstitucional, atendiendo a su requisito esencial que es la imprevisibilidad de un evento, de acuerdo al análisis que se ha hecho respecto de este último como elemento constitutivo de la fuerza mayor, por lo que el artículo 74 de la ley de productividad y competitividad laboral es irrazonable y requiere de su urgente modificación.
- De lo anterior podemos colegir que la redacción del artículo bajo análisis es inconstitucional y se debe de reformar, puesto que no hay modo cómo un contrato por necesidades de mercado, a la luz de la realidad, cumpla los parámetros de causa objetiva considerando los hechos que hasta ahora se han dado en el plano sociológico, y ni siquiera cabe la posibilidad de que la cuarentena que se dio en un contexto de emergencia sanitaria habilite este tipo de contratación que contempla un plazo de 5 años.

De igual manera, el contrato por inicio o incremento de actividad, en consideración a las estadísticas de INEI, debe de reducir su plazo máximo de celebración a 2 años, después de los cuales son estables.

TERCER OBJETIVO ESPECÍFICO: Analizar el principio de continuidad laboral bajo lineamientos jurídicos internacionales vinculantes para el Estado Peruano.

- **TERCERO:** El principio de continuidad laboral se manifiesta de mejor manera en otras latitudes como Colombia, Chile y Brasil en donde los plazos máximos durante los cuales se pueden celebrar contratos de trabajo temporales no pueden superar los 3 años, bajo ninguna circunstancia.
- **CUARTO:** El despido en países como Colombia y Chile acarrea la responsabilidad del empleador de indemnizar al trabajador en congruencia con la protección que debe de recibir el trabajador al quedarse desempleado.

Recomendaciones

PRIMERO: Es necesario fortalecer el sistema inspectivo de las relaciones laborales, que en el Perú es regido por el Ministerio de trabajo y promoción del empleo, a través de la Superintendencia nacional de fiscalización laboral (Sunafil), puesto que al día de hoy existen un aproximado de 850 inspectores a nivel nacional, frente a cerca de 3 millones de empresas formales (INEI, 2024), con el objetivo de garantizar la vigencia de los derechos de los trabajadores tanto formales como los que se encuentran laborando en condiciones de informalidad, cuyo número se desconoce.

SEGUNDO: Se debería de reformar la normativa para que los contratos temporales vuelvan a ser obligatoriamente ingresados a la autoridad de trabajo, claro, a través de los medios digitales que ahora facilitan sobremanera la recepción y envío de documentos; de tal modo que estos se encuentren sujetos a una fiscalización temporal o, mejor aún, en tiempo real, sobre todo para determinar la validez de la causal objetiva que justifica la celebración del contrato temporal, lo que no agrava los costos del empleador, algo que fue considerado al momento de implementar las notificaciones electrónicas en los procedimientos inspectivos iniciados de oficio o a pedido de parte.

TERCERO: Se recomienda hacer campañas de publicidad que permitan a los trabajadores conocer sus derechos y a los empleadores conocer las ventajas de un trabajo estable que repercute sobre la productividad de los trabajadores, generando mayores utilidades para el sector empresarial, tanto a nivel de la gran como de la pequeña empresa.

CUARTO: El Estado requiere hacer políticas tributarias que faciliten la formalización sin desnaturalizar los derechos de los trabajadores, y que tengan como objetivo general el de reducir los márgenes de informalidad que finalmente termina debilitando las arcas fiscales y, en consecuencia, el fortalecimiento de un sistema de protección de los derechos laborales irrenunciables que tiene todo trabajador.

Aporte: Modificatoria del artículo 74 del Decreto Supremo 003-97-TR-PE

Tabla 1

Propuesta de Modificación

NORMA ACTUAL	PROPUESTA DE SOLUCIÓN
<p>En los casos que corresponda, podrá celebrarse en forma sucesiva con el mismo trabajador, diversos contratos bajo distintas modalidades en el centro de trabajo, en función de las necesidades empresariales y siempre que en conjunto no superen la duración máxima de cinco (5) años.</p>	<p>La celebración continua de un contrato por inicio o incremento de actividad no podrá exceder los 2 años y el de necesidad de mercado se podrá celebrar por un plazo máximo de 3 años, atendiendo a la causa objetiva que deberá de estar sustentada en parámetros de razonabilidad y sin colisionar con el principio de continuidad laboral y el de causalidad.</p>

Referencias

- Albadalejo, M. (1996). *Derecho civil. Tomo I: Introducción y parte general* . Bosh .
<https://doi.org/978-8415-276-234>
- Alexy, R. (2010). *Teoría de los derechos fundamentales*. Centro de estudios constitucionales .
- Anzures Gurría , J. (2010). La eficacia horizontal de los derechos fundamentales. *Cuestiones constitucionales* , 250 - 272.
- Arce Ortiz, E. (2021). *Derecho laboral en el Perú: Desafío y eficiencias* . Pontificia Universidad Católica del Perú .
- Arévalo, J. (2012). *Tratado de Derecho Laboral*. Lima.
- Bazán , J., & Madrid , R. (1991). Racionalidad y Razonabilidad en el derecho . *Revista chilena de derecho* , 179-188.
- Bernal Pulido, C. (2014). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentaes*. Universidad Externado de Colombia.
- Blancas, C. (2008). *El acoso moral en la relación de trabajo* . Pucp.
- Bobbio, N. (2002). *Teoría general del derecho* . Temis.
- Bronstein, A. (1997). Reforma laboral en América Latina: entre garantismo y flexibilidad. *Revista Internacional del trabajo*, 14.
- Bullard, A. (1993). ¿Hay Algo Imprevisible? La Excesiva Onerosidad y la Impracticabilidad Comercial. *Themis* , 82.
- Bullard, A. (2018). *Análisis económico del derecho* . Pontificia Universidad Católica del Perú .
<https://doi.org/978-612-317-229-9>
- Cari, E. (2024). *El proceso de notificación vía casilla electrónica de los actos administrativos de fiscalización laboral y su incidencia en el ámbito empresarial y en las garantías del debido procedimiento*.
- Casación , 7389-2020 (Corte suprema de la República del Perú 16 de Agosto de 2022).
- Caso Olmedos Bustos y otros vs Chile (Corte Interamericana de derechos humanos 5 de Febrero de 2001).
- Colombia. as. (2023). *Así evolucionó el incremento del salario mínimo en Colombia en los últimos años* . <https://colombia.as.com/actualidad/asi-evoluciono-el-incremento-del-salario-minimo-en-colombia-en-los-ultimos-anos-n/>
- Congreso Constituyente democrático. (1993). *Libro de debates sobre la Constitución vigente*

- Congreso de la República . (2022). *Ley general de inspección del trabajo* .
<https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/2845243/Ley%20N%C2%B0%2028806%20-%20Ley%20General%20de%20Inspecci%C3%B3n%20del%20Trabajo.pdf>
- Congreso de la República. (1993). *Constitución Política del Perú*. oas.org:
https://www.oas.org/juridico/spanish/per_res17.pdf
- Congreso de la República de Colombia . (1951). *Código sustantivo de trabajo* .
<https://www.suin-juriscol.gov.co/viewDocument.asp?id=30019323>
- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE 1979. (Agosto de 2023). *Congreso de la República* .
<https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>
<https://www4.congreso.gob.pe/comisiones/1999/simplificacion/const/1979.htm>
- Corte Interamericana de derechos humanos . (1979). *Convención americana de derechos humanos*
https://www.oas.org/dil/esp/1969_Convenci%C3%B3n_Americana_sobre_Derechos_Humanos.pdf
- Corte Interamericana de derechos humanos . (2009). *Caso Acevedo Buendía y otros*.
https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_198_esp.pdf
- De Soto, H. (1987). *El otro sendero*. Palestra.
- De Trazegnies , F. (2009). *La muerte del legislador*. Gaceta Jurídica.
- Derecho, P. p. (17 de Mayo de 2017). *Juez amplía supuestos de inaplicación del precedente Huatuco e incluye a todos los obreros de la entidad estatal*. <https://lpderecho.pe/juez-amplia-supuestos-inaplicacion-precedente-huatuco-todos-obreros-entidad-estatal/>
- Dirección de trabajo . (2018). *Código de trabajo* . Dirección de trabajo .
- Emane, A. (2019). Del contrato de trabajo al contrato civil: ¿ilusión o realidad? En K. Bermúdez Alarcon, & A. Emane, *La realidad del contrato de trabajo y su situación en Suramérica* (págs. 24-92). Universidad Externado de Colombia.
- EXP. 1124-2001-PA/TC. (s.f.).
- EXP. 4469-1996 DE LA SALA DE CASACIÓN CIVIL DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA . (s.f.).
- Fernández, M., & Zas, O. (2019). El contrato de trabajo. Informe de Argentina. En K. Bermúdez Alarcón, & A. Emane, *La realidad del contrato de trabajo y su situación en Suramérica* (págs. 150-193). Argentina : Universidad Externado de Colombia .
- Ferro Delgado , V. (2019). *Derecho individual del trabajo en el Perú*. Pontificia Universidad Católica del Perú. <https://doi.org/978-612-17-229-9>

- Ferro Delgado , V. (2019). *Derecho individual del trabajo en el Perú*. Fondo editorial de la PUCP.
- Ghiggino , G., Haro , M., Mallimaci , F., & Restivo , N. (2022). *La superación de la pandemia en América Latina*. Continente. <https://doi.org/978-950-754-743-0>
- Guerrero Figueroa , G. (1999). *Principios fundamentales del derecho del trabajo* . Santa Fe de Bogotá : Leyer .
- Guerrero Verdejo, S. (2018). *Derecho internacional público: Tratados* . Universidad Nacional Autónoma de México. <https://doi.org/978-970-32-0759-6>
- Guerrero, V. A. (2015). *Manual de Derecho del Trabajo*. Lima: Lex & Juris.
- Honorable congreso de la Nación Argentina . (1976). *Ley de contrato de trabajo* . <https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/ley-20744-25552/actualizacion>
- INEI. (2023). *Califican al Perú como el país más emprendedor a nivel mundial* . https://www.up.edu.pe/aplicaciones/boletines/EmprendeUP/ver_articulo.aspx?idsec=264&idnum=#:~:text=Sin%20embargo%2C%20muchos%20emprendimientos%20mueren,pero%20se%20cierran%20unas%20200%2C000.
- INEI. (2024). *Portal del Estado Peruano* . <https://www.gob.pe/institucion/inei/noticias/971491-en-el-peru-se-crearon-71-mil-70-empresas-entre-enero-y-marzo-del-ano-2024>: <https://www.gob.pe/institucion/inei/noticias/971491-en-el-peru-se-crearon-71-mil-70-empresas-entre-enero-y-marzo-del-ano-2024>
- Informe de la Defensoría del Pueblo. (10 de Septiembre de 2022). *Defensoria.gob.pe*. Cifra de accidentes de tránsito en 2022 alcanza niveles registrados antes de la pandemia: <https://www.defensoria.gob.pe/defensoria-del-pueblo-cifra-de-accidentes-de-transito-en-2022-alcanza-niveles-registrados-antes-de-la-pandemia/>
- Jannoti Da Rocha , C., & Vasconcelos Porto , L. (2019). El contrato de trabajo en Brasil: Análisis contemporáneos. En K. Bermúdez Alarcón, & A. Emame, *La realidad del contrato de trabajo en Suramérica* (págs. 195-224). Universidad Externado de Colombia .
- Jaramillo, J. T. (2015). *Tratado de responsabilidad civil* . Legis.
- laboral, T. d. (9 de Julio de 2021). <https://prcp.com.pe/wp-content/uploads/2021/08/Cuadro-de-Resoluciones-Tribunal-Fiscalizacion-Laboral-31.03.2023.pdf>. <https://prcp.com.pe/wp-content/uploads/2021/08/Cuadro-de-Resoluciones-Tribunal-Fiscalizacion-Laboral-31.03.2023.pdf>
- Landa, C. (2017). *Los derechos fundamentales* . Fondo editorial de la PUCP .
- Landa, C. (2018). *Derecho procesal constitucional* . Pontificia Universidad Católica del Perú . <https://doi.org/978-612-317-418-7>

- León, L. (2017). *La responsabilidad civil: líneas fundamentales y nuevas perspectivas* . Instituto Pacífico . <https://doi.org/978-612-4328-83-1>
- Martin Valverde, A., Rodriguez - Sañudo Gutierrez, F., & Garcia Murcia , J. (2011). *Derecho del trabajo* . Tecnos .
- Ministerio de Economía y finanzas. (2023). *Informes y reportes*. <https://cdn.www.gob.pe/uploads/document/file/5693927/5055886-la-educacion-en-el-presupuesto-publico-para-el-ano-2023-asignaciones-y-prioridades.pdf>
- Motoa, B. D. (2019). El derecho fundamental a la estabilidad laboral reforzada, alcance de la protección constitucional por vía de tutela en Colombia. *Dixi*, 1-20.
- Nava, A. (2020). *Argumentación jurídica* . Instituto nacional de ciencias penales. <https://doi.org/978-607-560-083-3>
- Neves Mujica, J. (2020). *Introducción al derecho del trabajo*. Lima: Fondo editorial de la PUCP.
- Norton Lorenz, E. (2015). *Cuando Lorenz descubrió el Efecto Mariposa*. <https://www.bbvaopenmind.com/ciencia/grandes-personajes/cuando-lorenz-descubrio-el-efecto-mariposa/>: <https://www.bbvaopenmind.com/ciencia/grandes-personajes/cuando-lorenz-descubrio-el-efecto-mariposa/>
- OIT. (3 de Abril de 1964). *Ilo.org* . Convenio sobre la política del empleo: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:12100:P12100_INSTRUMENT_ID:312267:NO
- OIT. (23 de Noviembre de 1985). *C158 - Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo*, 1982. https://normlex.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158#:~:text=Art%C3%ADculo%204,la%20empresa%2C%20establamiento%20o%20servicio.
- OIT. (08 de 196 Mayo de 2023). https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158. https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158
- ONU. (1969). *Convención de Viena sobre derecho de los tratados* . https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/convencion_viena.pdf
- Organización mundial de la Salud. (2023). *La OMS declara el fin de la emergencia sanitaria global por la covid-19*. <https://www.bbc.com/mundo/noticias-65500141>
- Oyarte, R. (2016). *Debido Proceso* . Corporación de Estudios y Publicaciones. <https://doi.org/978-9942-06-333-5>

- Pasco Cosmopolis, M. (2012). Revista de la Facultad de Derecho. En P. U. Perú, *Contratos temporales* (págs. 495-511). PUCP.
- Pasión por el derecho . (2020). *En qué se distingue la «diferenciación» de la «discriminación» en las relaciones laborales?* [Informe 69-2019-MTPE. <https://lpderecho.pe/distingue-diferenciacion-discriminacion-relaciones-laborales-informe-69-2019-mtpe/>
- Perreau , C. (1907). *El contrato de trabajo*. Asociación nacional para la protección legal de los trabajadores.
- Pla, A. (1978). *Los principios del derecho del trabajo*. De Palma.
- Quispe, G. (2010). la desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad en el derecho laboral peruano. *Soluciones laborales* (33), 21-30.
- Recurso de casación 1764-2015 (Corte suprema de justicia de la República del Perú 2015).
- Robertson, M. (2012). *El hundimiento del Titán*. Nordica Libros . <https://doi.org/978-84-15564-08-9>
- Rubio , M., & Arce , E. (2007). *Teoría esencial del Ordenamiento Jurídico Peruano*. PUCP .
- Rubio Correa , M. (1998). *Constitución Política*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Rubio Correa , M. (2011). *El test de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano* . Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú . <https://doi.org/978-612-317-015-8>
- Rubio Correa , M. (2017). *Teoría esencial del ordenamiento jurídico*. Lima : Fondo editorial de la PUCP.
- Salles, R. (2006). *Los estoicos y el problema de la libertad* . Instituto de investigaciones filosóficas .
- Salmón, E. (2019). *Curso de derecho Internacional Público*. Pontificia Universidad Católica del Perú . <https://doi.org/978-612-317-040-0>
- Sentencia T-109/21, T-109/21 (Corte Constitucional colombiana 2021).
- STC , 2906-2002 (Tribunal Constitucional 20 de enero de 2005).
- STC - FJ 05, 26/81 (Tribunal Constitucional Español 15 de Marzo de 1981).
- STC 00232-2010 - PA/TC . (s.f.).
- STC 02111-2010-PA. (s.f.).

- Sunafil . (2024). *Resoluciones del Tribunal de Fiscalización Laboral*.
<https://prcp.com.pe/wp-content/uploads/2021/08/Cuadro-de-Resoluciones-Tribunal-Fiscalizacion-Laboral-10.05.2022.pdf>
- Toyama , J., & Eguiguren, A. (2018). *Inspección del trabajo*. Gaceta Jurídica.
- Tribunal Europeo de derechos humanos . (2020). *TEDH*.
<https://www.derechoshumanos.net/tribunales/TribunalEuropeoDerechosHumanos-TEDH.htm>
- TSE SENTENCIA 119-2014, DEL 16 DE JULIO DEL 2014. (s.f.).
- Valdivia Cano , J. C. (2024). *El caso del oso* . El montonero .
- Valentina Silva, S., & Malaver, L. (2021). Análisis de la imprevisibilidad y la irresistibilidad como los elementos constitutivos de la fuerza mayor. *Revista estudiantil de derecho privado*, 20-34.
- xp. N° 00660-2015-0-1801-SP-LA-01. (s.f.).
- Zas, O. (2016). *Análisis crítico de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la nación Argentina* . RDRST.

ANEXOS



MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO

CONSTANCIA DEL REGISTRO

Solicitante: **CAROLINA KENNIE ALCOCER DELGADO**

Nº Documento: **43999726**

Hoja de Ruta: **T-098821-2023**

Fecha de registro de la solicitud: **05/06/2023 11:21**

Información solicitada: **BUENOS DÍAS, POR FAVOR, QUISERA SABER, SI ES POSIBLE, EL PORCENTAJE DE CONTRATOS LABORALES QUE SON A PLAZO FIJO, POR NECESIDAD DE MERCADO, EN COMPARACIÓN CON LA TOTALIDAD DE LOS MISMOS.**

Forma de entrega de información: **CORREO ELECTRÓNICO**



PERÚ

CUADRO N° 41

TRABAJADORES DEL SECTOR PÚBLICO POR MES, SEGÚN RÉGIMEN LABORAL
2020

RÉGIMEN LABORAL	MES											
	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
PRIVADO GENERAL -DECRETO LEGISLATIVO N.° 728	161 242	166 535	167 550	154 938	154 532	157 671	162 728	168 242	169 300	172 989	174 624	177 704
PÚBLICO GENERAL - DECRETO LEGISLATIVO N.° 276	252 640	253 643	254 690	247 517	244 358	246 450	241 508	246 768	239 706	246 890	248 667	252 152
PROFESORADO - LEY N.° 24029	76 388	77 390	73 413	74 272	74 641	74 824	74 550	73 483	70 599	72 128	70 920	68 509
MAGISTERIO - LEY N.° 29062	65 631	66 447	60 996	61 528	61 902	62 453	62 561	62 479	58 679	60 856	60 680	59 477
DOCENTES UNIVERSITARIOS - LEY N.° 23733	16 954	15 730	15 745	16 122	16 594	18 764	19 726	20 623	20 488	20 441	21 269	21 981
PROFESIONALES DE LA SALUD LEY N.° 23536	12 947	12 606	12 938	12 849	12 813	12 723	12 328	12 380	12 171	12 278	11 204	11 099
TÉCNICOS Y AUXILIARES ASIST. DE LA SALUD - LEY N.° 28561	7 185	7 046	7 372	7 281	7 176	7 292	7 257	7 293	7 013	7 263	7 233	7 010
SERUM - LEY N.° 23330	7 221	7 272	7 288	7 213	7 208	5 196	6 956	6 855	7 092	7 250	7 339	7 565
JUECES - CARRERA JUDICIAL - LEY N.° 29277	57	59	56	56	56	56	56	56	56	56	56	55
FISCALES - D. LEG. N.° 052	1	1	2	2	1	1	1	1	1	1	1	1
SERVICIO DIPLOMÁTICO DE LA REPÚBLICA - LEY N.° 28091	699	672	695	691	692	691	690	690	687	686	686	684
MILITARES	50 926	50 145	50 875	50 846	50 816	50 794	50 777	50 740	50 695	50 676	50 630	50 602
POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ - LEY N.° 27238	132 620	126 382	132 174	131 760	131 537	131 297	131 143	135 861	135 685	135 450	135 218	135 164
ESPECIAL GER. PÚBLICOS DECRETO LEGISLATIVO N.° 1024	142	142	144	144	144	141	147	141	142	142	143	148
CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS - D.LEG. N.° 1057	284 999	281 865	294 648	296 550	301 960	310 814	314 774	333 449	334 361	356 817	366 780	377 552
AGRARIO LEY 27360	28	190	133	391	157	24	162	59	269	253	334	423
EXPORTACION NO TRADICIONAL D. LEY 22342	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2	2
MINEROS	3	2	2	-	-	1	3	7	3	3	3	2
CONSTRUCCIÓN CIVIL	10 039	11 859	12 623	3 223	4 052	5 733	10 718	13 649	15 345	17 794	19 291	20 379
PÚBLICO GENERAL SERVICIO CIVIL - LEY 30057	492	478	555	573	604	631	815	862	840	868	918	910
MAGISTERIO - LEY 29944	175 019	173 114	178 832	178 440	179 760	185 451	185 749	191 958	187 949	194 716	191 171	192 658
POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ - D.LEG.1149	2	3	2	2	1	1	3	3	2	2	2	2
SERVIDORES PENITENCIARIOS - LEY 29709	1	2	-	-	-	-	-	-	1	4	3	5
OTROS NO PREVISTOS	53 212	54 115	48 854	45 708	46 887	47 590	48 874	49 934	50 382	51 121	51 239	53 026
NO DETERMINADO (N.D.)	83 671	104 803	78 773	78 482	78 192	77 456	74 864	76 790	74 948	76 274	75 988	76 789
TOTAL	1 392 121	1 410 903	1 398 362	1 368 590	1 374 085	1 396 056	1 406 392	1 452 325	1 436 416	1 484 964	1 495 401	1 513 899

FUENTE : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO
PLANILLA ELECTRÓNICA / T-Registro y PLAME 2020

ELABORACIÓN : MTPE - OGETIC - OFICINA DE ESTADÍSTICA