

LA INTEMPORALIDAD EN LOS CONTRATOS SUJETOS A MODALIDAD PARA OBRA DETERMINADA O SERVICIO ESPECIFICO

*Por. Pablo Quirós.
Abogado Laboralista.*

1. INTRODUCCION

En nuestro ordenamiento legal peruano, la ley presume que en toda contratación laboral la duración del contrato de trabajo es indefinido, y que en el caso que el empleador necesite cubrir por un tiempo determinado algún puesto de trabajo o requiera de personal adicional por una circunstancia temporal, podrá contratar por un determinado tiempo a los trabajadores, pero siempre acreditando la naturaleza temporal de la contratación.

Es así como se han establecido diversas modalidades de contratación temporal, todas ellas, basadas en que se sabe cuándo se inicia y cuándo se termina el requerimiento que dio origen al contrato modal, sin embargo, en el caso de los contratos modales para obra determinada o servicio específico, nuestra legislación no ha establecido un plazo máximo de duración, sólo se indica que el contrato durará lo que dure la obra o el servicio y esto ha venido suscitando una serie de reclamos laborales en razón que muchos trabajadores vienen siendo contratados bajo esta modalidad por décadas vulnerando de esta manera el carácter temporal de esta modalidad de contratación.

Últimamente la Corte Suprema de la República del Perú ha venido expidiendo resoluciones en relación a este caso, en las cuales ha señalado que si estos contratos se extienden de 8 años a más pues se desnaturalizan y se vuelven indeterminados, sin embargo, a pesar de la buena intención de estas ejecutorias, en el presente trabajo se sustentará el por qué ese plazo establecido por la jurisprudencia no es el más acertado.

2. LOS CONTRATOS SUJETOS A MODALIDAD Y SU PLAZO MAXIMO

La Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República del Perú, ha venido pronunciándose en el sentido que en los contratos modales para obra determinada o servicio específico el plazo máximo de contratación es de 08 años. (Casación 1009-2004-LIMA y 1004-2004-TACNA), cuando la norma que regula estos contratos no establece plazo fijo máximo de duración.

En efecto, este criterio Supremo, aparentemente, contrasta con lo que se ha dispuesto en la norma general de plazo máximo de los contratos modales previsto en el segundo párrafo del artículo 74 del Texto Único Ordenado del decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante el Decreto Supremo 003-97-TR, en donde se establece con toda claridad que “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**”.

Es decir las normas comunes establecen que para la contratación a tiempo determinado el plazo máximo es de cinco años.

Este plazo máximo de cinco años se ha venido aplicando por las distintas instancias jurisdiccionales laborales; sin embargo, siempre ha existido duda cuando se trata de establecer cuál es el plazo máximo para los contratos modales para obra o servicio específico en razón que la ley no ha establecido un plazo límite.

Los contratos modales que comúnmente los conocemos como los contratos a plazo fijo se encuentran regulados en los artículos 53 y siguientes del Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, y dentro de ellos encontramos, concretamente en el artículo 63 de la señalada ley, a los denominados “contratos modales para obra determinada o servicio específico”.

Estos contratos son los que se celebran con un objeto previamente establecido, es decir, aquellos en virtud de los cuales se acuerda que la labor será para cumplir determinado encargo, siempre y cuando dicho objeto sea de duración

determinada, lo que quiere decir que debemos partir de que el motivo para dar inicio al contrato es temporal.

En otras palabras, la obra o el servicio para la cual se contrata al trabajador debe ser de duración determinada, por lo cual no cabe contratar bajo esta modalidad cuando la obra o el servicio no tenga un término. Debe precisarse que cuando nos referimos a la duración determinada del contrato, también incluimos a aquellos casos en los que no se conoce la fecha cierta de la culminación de la obra o el servicio, pero se tiene certeza de que van a culminar.

Lo vertido supone la característica principal de esta modalidad de contratación y que en la práctica permite prorrogar los contratos hasta la culminación de la obra o del servicio, con lo cual el legislador permite seguir contratando al trabajador con sucesivas prórrogas hasta que termine el objeto que dio inicio al contrato.

Es importante señalar que como la norma no ha establecido expresamente un plazo máximo para esta modalidad de contratación, en la práctica se han venido dando una serie de reclamos relacionados con estos contratos, en razón de que muchos de los contratados han prestado sus servicios por años y años – superando el plazo máximo establecido en el artículo 74 de la ley de Productividad y Competitividad Laboral - sin que se sepa con claridad si su vínculo laboral es indefinido o no, es decir, si solo podrán ser despedidos por una causa legalmente justificada o no, lo que evidentemente contraviene el fundamento de los contratos sujetos a modalidad, y particularmente la *ratio legis* del artículo 63 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, pues como indicamos anteriormente, la esencia de los contratos sujetos a esta modalidad es que son de plazo determinado por su misma naturaleza.

Vemos pues que la norma no ha establecido un plazo máximo para estos contratos, sólo dice que será hasta que culmine la obra o servicio, entonces cabe la pregunta, ¿hasta cuándo se debe entender que puede prolongarse esta obra o servicio?.

Es este el punto neurálgico en estos contratos sujetos a modalidad, máxime si diversos autores coinciden que en todo caso su duración máxima es de 5 años, como

por ejemplo el profesor Gómez Valdez, cuando señala al referirse a los caracteres de este contrato que “Son contratos renovables, sujetos a las mismas condiciones de la celebración del contrato inicial; sin embargo su duración máxima de estos contratos no podrá exceder 5 años”¹ y precisa “pensamos que las renovaciones pueden presentarse de forma regular hasta topar el plazo máximo de 5 años establecido por la norma, plazo máximo a tener en consideración en el desarrollo de los contratos modales en general”.²

En consecuencia, nos encontramos ante un vacío legal o también llamada “laguna del derecho” que conforme lo señala Rafael Bielsa, “es cuando la solución del caso no encuadra en los conceptos legales, por no ser claros”³, que la jurisprudencia se está encargando de cubrirla, sin embargo, queda sin una respuesta clara el por qué la Corte Suprema ha establecido que el plazo máximo de contratación sea 8 años, ya que los argumentos expuestos en las sentencias antes anotadas también podrían haber servido de sustento para establecer 10, 11 ó 12 años de plazo máximo.

Antes de entrar a analizar el argumento de las sentencias Supremas, no debemos dejar de lado la precisión necesaria en la conceptualización de estos contratos modales. En efecto, si vemos que la denominación de estos contratos son “contratos para obra determinada o servicio específico”, de primera impresión nos lleva a una ligera confusión con los contratos “de locación de servicios y de obra” que se encuentran regulados en los artículos 1764 y 1771 del Código Civil. Esta confusión, debe quedar aclarada, por cuanto los primeros, (contratos para obra determinada o servicio específico) son modalidades contractuales reguladas por el ordenamiento laboral, en razón que en su ejecución existe la característica ineludible de la subordinación; mientras que en los segundos (contratos de locación de servicios y de obra) pertenecen al ámbito del Derecho Civil, dado que en su cumplimiento no se presenta esta característica de subordinación laboral o también llamada por la doctrina española como la “integración del trabajador al círculo rector del empleador”.

¹ Gómez Valdez, Francisco, *El Contrato de Trabajo, Parte Modal, Especial y Atípica, Parte II*, Editorial San Marcos, Perú, 2000, página 103.

² Gómez Valdez, Francisco, *El Contrato de Trabajo, Parte Modal, Especial y Atípica, Parte II*, Editorial San Marcos, Perú, 2000, página 106.

³ Bielsa, Rafael, *Los conceptos jurídicos y su terminología*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1961, página 47.

Al respecto cabe citar al doctor Guillermo Cabanellas cuando se refiere al Derecho Laboral en relación al Derecho Civil, y que es aplicable para diferenciar uno de otro, que “En los contratos especiales, un contenido análogo se bifurca hacia una u otra de estas ramas jurídicas por una nota peculiar: así, el aspecto lucrativo lleva el trabajo doméstico a la esfera laboral, mientras que la falta de subordinación o dependencia retiene a las profesiones laborales en el campo civil”⁴

1. ANALISIS DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA DEL PERU

Definido así, que nos estamos refiriendo a los contratos regidos por el ámbito laboral, en el que el desempeño de la labor se cumple en forma personal, apreciamos que los pronunciamientos jurisdiccionales señalan que si bien estos contratos expresan un acuerdo de voluntades (definido por la doctrina como la consensualidad) por más respetable que parezca no puede operar sin ningún referente valorativo, porque ello significaría no reconocer un derecho fundamental sino un mecanismo de eventual desnaturalización de tales derechos, y por ello, enmarcado en el principio de causalidad mediante el cual la duración del vínculo laboral debe ser garantizada mientras subsista la fuente que le dio origen se debe analizar su naturaleza especial, accidental y temporal.

En este orden de ideas, se señala que si estos contratos no se encuentran sujetos a un plazo máximo para su duración, no por ello se puede distorsionar su especial naturaleza accidental y temporal, por lo que para evitar un supuesto ejercicio abusivo del derecho, se debe aplicar el Principio de Razonabilidad el cual consiste en la afirmación esencial de que “el ser humano, en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforme a la razón, se trata de una especie de límite o freno formal y elástico al mismo tiempo aplicable en aquellas áreas del comportamiento donde la norma no puede prescribir límites muy rígidos ni en un sentido ni en otro, y sobre todo, donde la norma no puede prever la infinidad de circunstancias posibles”.

En el caso particular de las Ejecutorias de Casación Nros. 1009-2004-Lima y 1004-2004-Tacna se verifica que efectivamente se desarrolló una labor subordinada a

⁴ Cabanellas, Guillermo, *Compendio de Derecho Laboral Tomo I*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires –Argentina, página 166.

lo largo de aproximadamente once años, y que este tiempo de labor sometido al anterior Principio de Razonabilidad no puede asumir que dicha prestación de servicios haya tenido el carácter temporal, por lo que aplicando además el Principio de Proporcionalidad asume “el criterio jurisprudencial” que los servicios prestados bajo un contrato de obra determinada o servicio específico por un lapso igual o superior a ocho años acarrear la desnaturalización del contrato de trabajo y por consiguiente se vuelven indefinidos en su duración.

Adicionalmente, a este criterio es importante precisar que si bien la Sala Suprema indica que en el caso concreto se refiere a la labor prestada en un Proyecto Especial del Estado, pues en los argumentos no se hace el sustento de cuál sería la diferencia con un empleador que no tenga tal calidad, por cuanto los principios aplicados, del mismo modo son pertinentes para otra clase de empleadores.

En consecuencia, llegamos a preguntarnos ¿por qué ocho o más años es el tiempo en el cual ya se desnaturaliza el contrato de trabajo sujeto a modalidad para obra determinada o servicio específico?, acaso no hubiese sido mejor aplicar la norma común para esta clase de contratos que es de cinco años (segundo párrafo del artículo 74 de la ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo 003-97-TR), por cuanto, repetimos, los principios aplicados de Razonabilidad y Proporcionalidad también podrían sustentar este tiempo de cinco años.

Consideramos que esta aplicación de cinco años abundaría en una mejor aplicación de las normas legales laborales por cuanto estaríamos ante un término uniforme para los contratos modales, además que al estar estandarizado este plazo no se podría dar pie a otro tipo de interpretaciones jurisdiccionales en el sentido que extender hasta el plazo de casi ocho años, podría considerarse como una discriminación entre los trabajadores contratados a plazo fijo.

No debemos olvidar que en el Derecho Laboral es de aplicación obligatoria el Principio Protector, en el cual el Juez en caso de resolver un conflicto, sin que exista al respecto regla fijada con anterioridad, debe actuar cubriendo la falencia de éste, es decir debe resolver el conflicto según el criterio de justicia al que debe adecuarse la relación entre las partes, es en esa situación que el Juez debe referirse a los principios del derecho del trabajo, el de la justicia social, de la equidad y de la buena fe y así

resolver con un sentido más favorable al trabajador, por ello, establecer condiciones que hagan diferente el trato en los trabajadores, va a repercutir en situaciones de interpretación distintas, lo que como es lógico no redundará en una situación clara que haga más viable la conducción de la relación laboral.

La Constitución Política de 1993, señala en el numeral 2) del artículo 2º, que “Toda persona tiene derecho: A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”, en tal sentido, si se presentara algún cuestionamiento referido a que el trabajador contratado bajo modalidad de obra determinada o servicio específico considere que no se le puede aplicar un requisito (no previsto en la ley) que debe tener como mínimo 8 años para recién considerar desnaturalizado su contrato a diferencia del resto de trabajadores contratados a plazo fijo en los cuales se exige únicamente 5 años y que por tal motivo se considera discriminado, pues puede dar lugar a que otro Magistrado considere que efectivamente se presenta un caso discriminatorio y por consiguiente ampare su petición.

Esta situación de discriminación se encuentra prohibida por todas las legislaciones del mundo así como cita Vasquez Vialard: “Ciertos textos constitucionales han condenado el trato diferencial a los obreros y empleados, sea por razones de raza, color u otro motivo (Constitución de Cuba de 1940, art. 74) o por causa de origen, opiniones o creencias (Preámbulo de la Constitución Francesa de 1946). La de Portugal de 1976 consagra la igualdad en materia laboral, sin distinción de edad, sexo, raza, nacionalidad, religión o ideología (art. 53)⁵, y siendo así, pues es claro que invariablemente cualquier reclamo basado en esta causa será acogido.

Se ha citado también en las resoluciones Supremas, el Principio de Primacía de la Realidad, el cual es un principio general del derecho que en el trabajo presenta rasgos muy particulares. De conformidad con el mismo, cuando no hay correlación entre lo que ocurrió en los hechos y lo que se pactó o aun se documentó, debe darse primacía a los primeros. Prima la verdad de los hechos (no la forma), sobre la apariencia.

⁵ Vasquez Vialard, Antonio, *Tratado de Derecho del Trabajo Tomoll*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, Buenos Aires-Argentina, 1982, página 737.

Este Principio se encuentra en nuestra legislación, en el artículo I de la Ley Procesal del Trabajo 26636, con el nombre de Principio de Veracidad, el cual establece, como afirma Carhuatocto Sandoval, que el juez de trabajo no debe conformarse con la verdad aparente, contenida muchas veces en documentos suscritos por las partes, sino que debe buscar el conocimiento de la verdad real, teniendo en cuenta que los hechos priman sobre los documentos.⁶

Del mismo modo, el profesor argentino Plá Rodríguez, señala “que en caso de discordia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge del documento o acuerdo, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos⁷ . Definiciones todas que coinciden que en el campo laboral el Juez debe aplicar no lo que está pactado sino lo que emerge de la relación y actividad real.

Este Principio que en los últimos años viene siendo utilizado con mucha continuidad, sobretodo para resolver casos en los cuales se encuentran reclamos de trabajadores contratados bajo contratos de locación de servicios o también llamados servicios no personales, también se aplica para el caso de nuestro estudio, es decir el Juez, verifica que no existe una norma que establezca un plazo máximo para los contratos para obra determinada o servicio específico, pero el trabajador ha venido laborando por años y años, entonces verifica que se está desnaturalizando la esencia del contrato modal, cual es el de la temporalidad, porque como bien dice la sentencia Suprema “no es razonable asumir que la prestación de servicios que perdure once años tenga tal carácter”.

En este punto coincidimos con la sentencia Suprema, porque efectivamente, si los contratos modales han sido introducidos en nuestro ordenamiento legal laboral para permitir al empleador recurrir a ellos con el objeto de atender necesidades de personal por un motivo eminentemente temporal, pues el hecho de no establecer un plazo máximo de estos contratos para obra determinada o servicio específico, no puede ser una forma de ejercicio abusivo de un derecho.

⁶ Carhuatocto Sandoval, Henry, *El Principio de Primacía de la Realidad*, Editorial Rao S.R.L., Lima-Perú, 2004, página 20.

⁷ Plá Rodríguez, Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Editorial Depalma, 2da. Edición, Buenos Aires-Argentina, página 243.

Consideramos que constituye el ejercicio abusivo de un derecho en razón que si se aprovecha del vacío legal de la falta de fijación del plazo máximo de contratación y se mantiene al trabajador por varios años, entonces estamos contraviniendo no sólo el carácter temporal sobre el cual se han inspirado los contratos modales, sino que también estaríamos vulnerando la presunción contenida en el artículo 4 del Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo 728, que establece enfáticamente que “en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”.

Es ésta la norma general que impera en toda contratación laboral, es decir, la ley siempre va a presumir que la contratación o el vínculo laboral del trabajador es a tiempo indeterminado y que los casos de contratación a plazo fijo sólo serán por causas y motivos temporales debidamente acreditados y contemplados en nuestro ordenamiento legal, como por ejemplo, los contratos por inicio o lanzamiento de una nueva actividad, cuyo plazo máximo es de tres años; los contratos por necesidades de mercado, cuyo plazo máximo es de cinco años; los contratos por reconversión empresarial, cuyo plazo máximo es de dos años; los contratos accidental-ocasional, cuyo plazo máximo es de seis meses al año; los contratos accidental de suplencia, cuyo plazo máximo es la que resulte necesaria según las circunstancias; el contrato de emergencia, cuyo plazo máximo es lo que dure la emergencia; los contratos intermitentes cuyo plazo máximo es lo que dure la intermitencia y el contrato de temporada, cuyo plazo máximo es el fin de la temporada para la cual fue contratado. Todos ellos como repetimos siempre por una causa o motivo de carácter temporal.

Quizá algunos discrepen con nuestra posición, tal vez recurriendo al nuevo concepto de la flexiseguridad o “flex security”, tan mencionada hoy en día y más aún en épocas actuales de crisis económica mundial, el cual está relacionado con un nuevo marco de las relaciones laborales entre trabajadores y empleadores.

En efecto, con ella lo que se busca es compatibilizar altos niveles de flexibilidad laboral para la empresa sin que el trabajador pierda por ello seguridad. La flexiseguridad propone no tener que elegir entre flexibilidad o seguridad, sino intentar armonizar formas de trabajo flexibles con garantías de protección social, como el acceso a la formación profesional o un seguro de desempleo.

Se dice que la flexiseguridad no pretende garantizar un empleo para toda la vida, sino la empleabilidad permanente del trabajador de manera que no tenga problemas para encontrar un nuevo trabajo si se queda desempleado.

Esto está bien, y coincidimos que se deben desterrar las formas y tendencias a hacer rígido el sistema laboral, ya que ha quedado demostrado con las experiencias pasadas que un mercado laboral rígido en nada ayuda a la creación de empleo sino muy por el contrario se vuelve en una forma de protección acérrima pero sólo a un grupo reducido de trabajadores, dejando fuera de su ámbito protector a la gran masa laboral que no cuenta con un empleo y que por la existencia de normas rígidas en la contratación no ve facilitada su contratación.

Por ello, nuestra posición de que se debe unificar el tiempo de duración de los contratos modales de obra o servicio, no es para que torne rígida la contratación sino para que se tengan bien definidas las reglas de contratación y que no quede en la apreciación subjetiva de los actores sociales de la relación laboral así como de los magistrados la aplicación del tiempo de duración de los mismos.

Y esto, como ya dijimos, concuerda perfectamente con el derecho fundamental a la no discriminación, punto en el cual todas las legislaciones del mundo coinciden, como por ejemplo el artículo 14 de la Constitución Española que señala “Los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”; o el artículo 8vo. de la Constitución Uruguaya, que dice: “Todas las personas son iguales ante la ley no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o de las virtudes”; del mismo modo, en Alemania, el artículo 3.1 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949, señala que todos los seres humanos son iguales ante la ley y el Tribunal Constitucional Federal lo interpretó como la prohibición de la arbitrariedad, definiendo el principio como “El principio de igualdad se viola cuando, con base en una diferencia o igualdad de trato, no se puede encontrar una justificación razonable resultante de la naturaleza de las cosas, de motivos objetivamente comprensibles, en definitiva, cuando la disposición deba ser considerada como arbitraria”; y también el artículo 2do. Inciso 2do de la constitución Peruana, que dice: “Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley. Nadie debe

ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.

Para el Tribunal Constitucional del Perú, el principio constitucional de igualdad y el derecho fundamental a no ser discriminado regulan el disfrute de todos los derechos fundamentales e incluso de todo el ordenamiento jurídico. Considera además, que las exigencias del principio constitucional de igualdad y no discriminación son ejes centrales en la elaboración de las leyes y en la aplicación del derecho; y que la Constitución proclama la igualdad como valor fundamental y como principio del ordenamiento y la igualdad ante la ley y consecuente exclusión de la discriminación.

Esta noción de igualdad, que como lo expresa el Dr. Manuel Palomeque López “...es principio que debe quedar asegurado sin la menor vacilación...”⁸, si bien hace referencia a que la igualdad de trato significa prohibición de tratamiento desigual injustificado, es decir no se postula un tratamiento igualitario absoluto, sino que lo ilegal en la desigualdad en el trato sea injustificada por no ser razonable.

Y esto es sumamente importante debido a que al aplicar esta característica diferenciadora al caso en estudio, vemos que el criterio de la Sala Suprema del Perú para establecer que el plazo de 8 años es el tiempo máximo de estos contratos incurre en un “tratamiento desigual injustificado”, debido a que no existe razón ni fundamento para amparar ese criterio jurisdiccional.

Al respecto cabe citar al Dr. Wilfredo Sanguinetti Raymond cuando señala “Si la fijación de un límite temporal máximo para la duración de estos contratos no se encuentra, como se acaba de ver, en la naturaleza de las cosas, no parece que los jueces estén facultados para establecerlo. Si acaso esta es una tarea que competiría al legislador, ha optado por no ejercerla. Por lo demás, el establecimiento de un plazo de tan dilatados alcances sin aportar ninguna razón para su fijación en ese concreto punto no solo carece de justificación sino que puede resultar contraproducente desde la perspectiva de la tutela de los derechos de los trabajadores implicados en este tipo de contrataciones...”⁹, y esto es cierto, los Jueces no tienen capacidad legislativa,

⁸ Palomeque López, Manuel Carlos, *El Derecho Constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo*, Gráficas Verona S.A., Salamanca-España, 2004, página 93.

⁹ Sanguinetti Raymond, Wilfredo, *Los contratos de trabajo de duración determinada*, Gaceta Jurídica S.A., imprenta Editorial El Buho E.I.R.L., Lima-Perú, noviembre 2008, página 79.

esta facultad corresponde al Poder Legislativo conforme lo establece la Constitución Política del Perú, los jueces, que pertenecen al Poder Judicial, tienen la potestad de administrar justicia con arreglo a la Constitución y a las leyes, y en el caso que se encuentren ante una falta de norma jurídica, deben aplicar el inciso 3 del artículo 184 del Decreto Supremo 017-93-JUS Texto Unico Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que señala “A falta de norma jurídica pertinente, los Magistrados deben resolver aplicando los principios generales del Derecho y preferentemente los que inspiran el Derecho Peruano”.

Vemos pues, que si el Tribunal Supremo deseaba establecer como precedente que el plazo máximo de 8 años es para los contratos modales de obra o de servicio, debió en primer lugar invocar esta norma antes señalada y en segundo lugar debió fundamentar con claridad y exactitud cuáles eran los principios generales del derecho, en este caso, laboral, que sustentaban la decisión plasmada en su sentencia.

Esto no ha sucedido, ya que al revisar la sentencia expedida por la Sala Suprema ésta no contiene ningún argumento que sustente su posición.

No debemos dejar de lado que dentro de la doctrina contemporánea y precisamente la europea, encontramos sustento para nuestra posición de que no debe haber discriminación en la regulación entre unos y otros trabajadores, por ello cuando sostenemos que la no discriminación es un derecho fundamental inherente al trabajador, necesariamente nos topamos con el concepto de derechos laborales inespecíficos.

Al respecto es ineludible citar al Dr. Carlos Palomeque López, quien al referirse a este tipo de derechos señala que “Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores y, por lo tanto, se convierten en verdaderos derechos laborales por razón del sujeto y de la naturaleza de la relación jurídica en que se hacen valer, en derechos constitucionales laborales inespecíficos” agregando “Y es que, naturalmente, la celebración de un contrato de trabajo <no

implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano>”.¹⁰

En efecto, el sustento que hace el Dr. Palomeque López, quien es considerado el “padre” de esta corriente doctrinaria y quien fuera distinguido por la Universidad Católica Andrés Bello de Caracas Venezuela en el 2003, calificando la noción de derechos laborales inespecíficos como “terminología magistralmente acuñada por el profesor Palomeque López”, se refiere a que dentro de la relación laboral también se ejercen los derechos fundamentales recogidos por la Constitución, así entre ellos encontramos el derecho a la no discriminación, lo que quiere decir que si se planteara una reclamación para que a un trabajador contratado bajo modalidad de obra o servicio no se le aplique el criterio jurisprudencial de que su contrato puede ser hasta 8 años, porque ello constituye un acto de discriminación debido a que la norma general establece como plazo máximo 5 años, entonces, habría un sólido argumento legal y doctrinario para obtener un pronunciamiento a su favor.

Nuestra parte insiste en que la contratación por obra o servicios debe tener un límite en su tiempo y no ser intemporal, y esta posición, contraría los argumentos de un sector de expertos jus laboristas quienes sostienen que establecer un tiempo en la duración de estos contratos sería, incluso, atentatoria contra los trabajadores ya que de darse el caso de un proyecto que tenga por duración unos 10 años, entonces, si existiera un límite de tiempo para contratar a los trabajadores como máximo por 5 años, entonces ellos estarían siendo perjudicados.

Al respecto, nuestra parte no comparte esta aseveración, dado que en ningún caso un proyecto que dure 10 años, se procede a contratar a los trabajadores por 10 años, en todos los casos y sin temor a equivocarnos, nunca se ha procedido a contratar a los trabajadores por todo el período que dure el proyecto, siempre se han efectuado las contrataciones por períodos que oscilan entre 6 meses o 1 año, los cuales se renuevan periódicamente, extendiéndose en el tiempo.

Y esto es así porque el proyecto o la obra no tiene un tiempo fijo de duración en su inicio, se sabe cuando comienza pero no se sabe cuando termina, se tiene por

¹⁰ Palomeque López, Manuel Carlos, *Derechos fundamentales generales y relación laboral: los derechos laborales inespecíficos*, Gráficas Varona S.A., Salamanca-España, 2004, páginas 163-164.

cierto que sí va a terminar en determinado momento, pero no se sabe cuando, por ello sostener que se estaría perjudicando al trabajador no resulta atinado, propiciando así esta contratación temporal y por plazos prorrogables una incertidumbre y zozobra en el contratado, lo que no ampara nuestro ordenamiento laboral.

Adicionalmente, se sostiene que tampoco se podría establecer un plazo en la contratación modal por obra en servicio en razón que se crearía un problema en el momento que termina la obra, ya que en ese momento no se podría dar por terminada la relación laboral y se estaría atentando contra la economía del empleador debido a que tendría que abonar una indemnización por despido.

En relación a este otro argumento, del mismo modo no coincidimos, debido a que de presentarse esa situación, es decir el término de la obra o del servicio, sí se podría dar por terminada la relación laboral y sin necesidad de pago alguno adicional al trabajador por concepto de indemnización por despido.

En efecto, en el ordenamiento laboral peruano, específicamente el artículo 49 del Decreto Supremo 03-97-TR, Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo 728, se prevé los casos de la terminación de los contratos de trabajo por disolución de la empresa, es decir, si un proyecto creado temporalmente ya concluyó el objeto por el cual fue creado, entonces estamos ante un caso clarísimo de disolución de la empresa, por lo cual se puede dar por terminada la relación laboral en forma legal.

Pues bien, puede darse el caso que sea una empresa que funciona en determinado rubro y recurre a esta modalidad de contratación cuando se le presenta la ocasión de cumplir una obra o servicio que cuyo término (de la obra) no va a significar que tenga que disolverse la empresa. En relación a ello, pueden darse dos situaciones, como expondremos a continuación:

- a) Que la misma empresa contrate a los trabajadores para esa obra o servicio. Esto se puede hacer recurriendo a esta modalidad de contratación, pero siempre observando el plazo máximo de 5 años y si la obra o servicio llegara a durar más tiempo, pues está en todo el derecho de contratar “otros” trabajadores para que sigan cumpliendo esa labor.

Aquí no se podría argumentar que se perjudica al trabajador que ha venido laborando, porque este criterio de contratación modal máxima de 5 años, ya

se aplica en las otras modalidades contractuales, y muy por el contrario, el trabajador al estar enterado hasta cuando es su tiempo máximo de contratación, no sólo no lo deja en la incertidumbre sino que le permite planificar y prever su futuro laboral y económico, ya que incluso sus compromisos de índole monetario los podrá planificar teniendo en claro cuál es su horizonte laboral.

b) Que la empresa recurra a la contratación externa.

Es decir si la empresa tiene una obra o servicio por cumplir, puede recurrir a la tercerización u outsourcing, sistema empresarial al cual recurren muchas empresas y que han demostrado, cuando son bien utilizadas, ser una excelente herramienta de gestión empresarial.

Esto permitirá que los trabajadores que realicen la labor, mantengan una relación laboral con la empresa tercerizadora quien a su vez es la responsable de sus derechos laborales y quien también deberá ceñirse al plazo de 5 años de contratación, propuesto en el presente trabajo, o también puede darse el caso que sea contratado a plazo indefinido si es que la empresa tercerizadora tiene una gran actividad laboral con distintos y varios clientes que buscan sus servicios especializados, por lo cual el motivo temporal no existiría.

Vemos pues que en todos los casos existen sólidos argumentos para mantener nuestra posición que no resulta razonable ni justificado extender el plazo de contratación modal por obra o servicio más allá de los 5 años, lo que no concuerda con la posición del Dr. Toyama Miyagusuko, cuando al referirse a los pronunciamientos jurisprudenciales que comentamos, señala: “consideramos acertado el criterio de la Corte Suprema al haber inaplicado para los contratos de obra o servicio específicos las disposiciones legales que disponen que los contratos a plazo fijo no pueden superar los cinco años de duración; sin embargo estimamos necesaria una revisión de la consideración de que estos contratos no deben tener una duración mayor de ocho años” agregando que para él “el plazo máximo debe ser el < que resulte necesario>, en relación a la obra o servicio específico que motivaron la contratación temporal. Puede el plazo final ser de un año, cinco años, ocho años o diez años. Piénsese, por ejemplo, en la construcción de una obra hidroeléctrica cuya duración es de diez años: en este caso, no debería existir una restricción para el

término del contrato de trabajo por vencimiento del plazo, resulta razonable y nada arbitrario esta consideración normativa”.¹¹

Como vemos, las posiciones contrarias a la nuestra, también cuentan con argumentos válidos y razonables, sin embargo, consideramos que dentro del respeto y la libertad de ideas, consideramos que la nuestra contiene mayores y más sólidos argumentos que nos permiten reafirmar que sí es posible legal y doctrinariamente sostener que la duración de estos contratos modales de obra o servicio tengan un plazo máximo de cinco años.

No coincidimos tampoco con la aseveración del Dr. Arce Ortiz cuando señala que la fragmentación en obras determinadas de las labores permanentes de la empresa “podría determinar la virtual desaparición de la contratación por tiempo indefinido”¹²

En efecto, nuestra posición es que se debe limitar el tiempo de duración de los contratos para obra determinada o servicio específico, pero de ninguna manera estamos sosteniendo que no existan los contratos temporales, creemos que estos contratos son necesarios, que no sólo permiten un mejor manejo empresarial de sus políticas de personal, sino que también estos contratos incentivan la contratación promoviendo la creación de mayores puestos de trabajo y por ende beneficiando al empleo decente que es una de las aspiraciones del derecho laboral.

CONCLUSIONES

Es loable, la constante preocupación de los Tribunales Supremos del Perú por suplir los vacíos que se presentan en las relaciones contractuales laborales, lo que hacen a través de la jurisprudencia, la misma que a tenor de la definición del profesor argentino Vásquez Vialard, es “el resultado de la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos del derecho, lo que da lugar a la formación por los tribunales superiores de criterios que si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente

¹¹ Toyama Miyagusuko, Jorge, *Los contratos de trabajo y otras instituciones del derecho laboral –La relación laboral: constitución y desarrollo*, Gaceta Jurídica S.A., Imprenta Editorial El Búho EIRL, Lima-Perú, diciembre 2008, páginas 81 y 82.

¹² Arce Ortiz, Elmer, *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*, Palestra, Lima, 2008, páginas 170-171.

autorizados y dignos con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa”¹³, y que en nuestro ordenamiento laboral es una fuente del Derecho.

Además tener como fuente una sólida y constante jurisprudencia concuerda en una mejor administración de justicia por estar íntimamente ligada a lo que la doctrina denomina como la Teoría de la Predictibilidad, es decir con los antecedentes de pronunciamientos judiciales estaremos más confiados de lo que va a suceder en el futuro al resolver el caso cuestionado, porque conocer anticipadamente cuál será el resultado de un proceso judicial en base a los hechos, las pruebas aportadas y las normas jurídicas aplicables al caso, otorga confiabilidad, garantía y seguridad jurídica. A su vez la seguridad jurídica genera estabilidad en muchos aspectos: social, económico, cultural, internacional y por consiguiente la predictibilidad es, a todas luces, lo más beneficioso y ventajoso para una Nación y sobretodo para los justiciables.

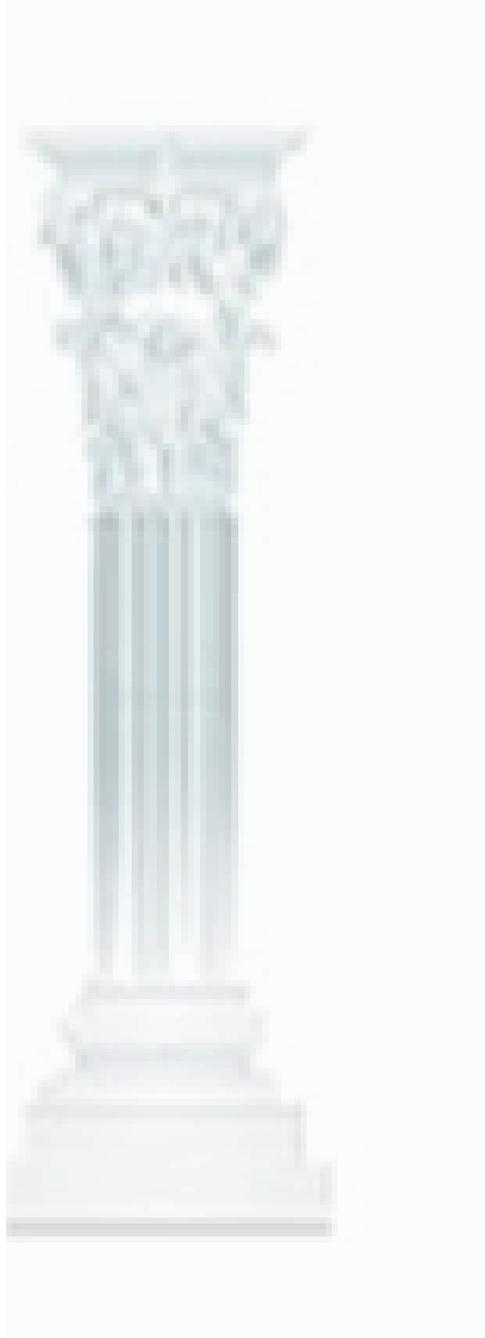
Se dice que la predictibilidad aleja la corrupción porque si un ciudadano acude al Poder Judicial a solicitar la defensa o el amparo de un derecho aportando las pruebas que lo legitiman en el derecho reclamado, y existiendo además las normas jurídicas aplicables al caso, sabrá perfectamente que el resultado de su proceso será favorable, pues se han cumplido con las condiciones necesarias para que así sea. Situación que, como es obvio, repercute tanto en una mejor administración de justicia como en la imagen del Poder Judicial.

Por ello, resaltando la actitud de la Corte Suprema de ir cubriendo los vacíos de nuestra legislación laboral, concluimos que lamentablemente a nuestro criterio no es acertada la tendencia jurisprudencial de establecer que para el caso de los contratos laborales modales para obra determinada o servicio específico se establezca que si se prolongan de ocho años a más recién en ese tiempo se desnaturalizan y se vuelven indefinidos, porque pensamos que es preferible seguir el mismo esquema fijado por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo 003-97-TR, en su artículo 74, donde establece que esta modalidad de contratación tiene un plazo en conjunto de no más de 5 años, lo que no sólo es más ajustado al espíritu temporal de estos contratos sino que también coadyuva a una mejor aplicación de las

¹³ Vasquez Vialard, Antonio, *Tratado de Derecho del Trabajo, Tomo II*, Editorial Astera de Alfredo y Ricardo Depalma SRL., Buenos Aires – Argentina, 1982, página 443.

normas del derecho laboral que como todos sabemos, en nuestra realidad, no se encuentran compiladas en un Código ni en una Ley General, lo que hace más difícil su conocimiento y aplicación tanto para los trabajadores como para los empleadores.

Lima, 28 de marzo del 2009.



BIBLIOGRAFIA

- Palomeque López, Manuel Carlos, *El Derecho Constitucional de igualdad en las relaciones de trabajo*, Gráficas Verona S.A., Salamanca-Espana, 2004.
- Sanguinetti Raymond, Wilfredo, *Los contratos de trabajo de duración determinada*, Gaceta Jurídica S.A., imprenta Editorial El Buho E.I.R.L., Lima-Perú, noviembre 2008.
- Gómez Valdez, Francisco, *El Contrato de Trabajo, Parte Modal, Especial y Atípica, Parte II*, Editorial San Marcos, Perú, 2000.
- Bielsa, Rafael, *Los conceptos jurídicos y su terminología*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, Argentina, 1961.
- Cabanellas, Guillermo, *Compendio de Derecho Laboral Tomo I*, Bibliográfica Omeba, Buenos Aires –Argentina.
- Vasquez Vialard, Antonio, *Tratado de Derecho del Trabajo Tomo II*, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo Desalma, Buenos Aires-Argentina, 1982.
- Carhuatocto Sandoval, Henry, *El Principio de Primacía de la Realidad*, Editorial Rao S.R.L., Lima-Perú, 2004.
- Plá Rodríguez, Américo, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Editorial Desalma, 2da. Edición, Buenos Aires-Argentina.
- Toyama Miyagusuko, Jorge, *Los contratos de trabajo y otras instituciones del derecho laboral –La relación laboral: constitución y desarrollo*, Gaceta Jurídica S.A., Imprenta Editorial El Búho EIRL, Lima-Perú, diciembre 2008.
- Arce Ortiz, Elmer, *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*, Palestra, Lima, 2008.