GUILLERMO BOZA PRÓ
RAÚL SACO BARRIOS*

CAPÍTULO 8

El contrato de trabajo en el Perú

SUMARIO. 1. El contrato de trabajo frente a la ley y otras fuentes del derecho laboral. 1.1. Naturaleza y función del contrato de trabajo. 1.2. El contrato de trabajo en el sistema de fuentes del derecho laboral. 2. Formación del contrato de trabajo. 2.1. Límites a la voluntad de las partes. 2.1.1. La autonomía privada y los principios protector y de la irrenunciabilidad de derechos del Derecho del Trabajo. 2.1.2. Reservas de empleo exigidas por el ordenamiento laboral. 2.1.2.1. Personas con discapacidad. 2.1.2.2. Contratación de trabajadores extranjeros. 2.1.2.3. Derecho de preferencia de los trabajadores afectados por la terminación de la relación de trabajo por causas objetivas: el caso fortuito y la fuerza mayor; motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos. 2.1.3. Convenio arbitral. 2.2. Partes de los contratos de trabajo. 2.2.1. El trabajador. 2.2.1.1. Concepto. 2.2.1.2. Denominación. 2.2.1.3. Clasificación. 2.2.1.4. Trabajadores incluidos en el régimen laboral de la actividad privada por disposición especial. 2.2.1.5. Trabajadores excluidos del régimen laboral de la actividad privada por disposición especial. 2.2.1.6. Situaciones *sui generis*: "contrato" entre parientes consanguíneos, "contrato" entre cónyuges, contrato entre concubinos. 2.2.1.7. Situaciones especiales: personal de dirección, trabajadores (que desempeñan cargos) de confianza. 2.2.1.8. Trabajador socio o asociado. 2.2.2. El empleador. 3. Elementos del contrato de trabajo. 3.1. Prestación personal de servicios. 3.2. Remuneración. 3.3. Subordinación. 4. Clases de contratos de trabajo. 4.1. Modalidades vigentes. 4.1.1. Contrato de trabajo de duración indeterminada. 4.1.1.1. Forma. 4.1.1.2. Período de prueba. 4.2. Formas atípicas de trabajo. 4.2.1. Atipicidad respecto a la duración del contrato de trabajo. 4.2.1.1. Contratos de trabajo sujetos a modalidad. 4.2.1.2. Contratos de trabajo para exportación no tradicional. 4.2.1.3. Contratos de trabajo en los Ceticos y en zona franca. 4.2.2. Atipicidad respecto a la duración de la jornada de trabajo. 4.2.2.1. Contrato de trabajo a tiempo parcial. 4.2.2.2. Jornadas acumulativas de trabajo. 4.2.3.

---

* Los apartados 1 y 3 han sido elaborados por Guillermo Boza Pró, profesor principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú; los apartados 2 y 4 estuvieron a cargo de Raúl Saco Barrios, profesor ordinario del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Atipicidad respecto al lugar de la prestación de servicios. 4.2.3.1. Contrato de trabajo a domicilio. 4.2.3.2. Teletrabajo. 5. Referencias.

1. EL CONTRATO DE TRABAJO FRENTE A LA LEY Y A OTRAS FUENTES DEL DERECHO LABORAL

1.1. NATURALEZA Y FUNCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Podemos definir el contrato de trabajo como el acuerdo de voluntades entre un trabajador y su empleador, que da inicio a una prestación subordinada de servicios a partir del cual se establecen, expresa o tácitamente, los derechos y obligaciones a los que deben sujetarse ambas partes en el desarrollo de dicha relación contractual: el trabajador pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador, a cuyas órdenes se sujeta, y este la retribuye y se apropia de los frutos del trabajo de aquel. Esta no es, por cierto, una definición de origen legal, pues no existe en el ordenamiento jurídico peruano norma alguna que establezca una definición del contrato de trabajo ni tampoco norma que, con carácter general, regule su posición en el sistema de fuentes del derecho o que explique cómo se articula el contrato de trabajo con el resto de fuentes del derecho laboral. Al respecto, cabe precisar que el Artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL), referido al contrato de trabajo, se limita a exigir, para su existencia, la concurrencia de tres elementos: prestación personal de servicios, remuneración y subordinación. Sobre estos elementos volveremos más adelante.

En cualquier caso, más importante que el establecimiento de una definición, consideramos que lo fundamental es prestar atención a la naturaleza del contrato de trabajo y a la función que cumple como fuente de regulación de derechos laborales, porque, como todo contrato, el de trabajo surge también de la voluntad de los sujetos que lo conciertan. Pero su peculiaridad no está en su génesis, es decir, en la forma en que se origina, sino en lo que las partes –en particular, el trabajador– comprometen con dicho contra-

to[1]. Y es que la singularidad –y paradoja– del contrato de trabajo es el uso que hace de su libertad una persona para someterse a otra. Como señala Goldín (2014): "El contrato de trabajo significa libertad en la medida en que expresa el poder del hombre sobre sí mismo para comprometer sus esfuerzos, pero implica también sometimiento, en cuanto hace posible el predominio de mayor poder de un hombre sobre otro" (p. 33). El contrato de trabajo supone pues, o legitima, una relación de desigualdad entre las partes del contrato: uno manda y el otro obedece. Se trata, por cierto, de una particularidad consustancial y necesaria a la relación de trabajo.

El contrato de trabajo, al regular una relación jurídica económica entre dos partes, posee unas características bien señaladas: el trabajador pone su fuerza de trabajo a disposición del empleador para que este la dirija, a cambio del pago de una retribución. Esto genera una relación de sujeción en la que el trabajador somete su libertad a un tercero para que este (el empleador) dirija su actividad. Es claro que se trata de una sumisión estrictamente jurídica y voluntaria, que no afecta la personalidad del trabajador, quedando incólumes los derechos inherentes a la persona del trabajador (dignidad, honor, intimidad y el resto de derechos que nuestro ordenamiento jurídico le atribuye a la persona humana). Pero esta relación contractual tiene también una finalidad económica porque, con sus servicios, el trabajador pretende generar los medios materiales o bienes económicos necesarios para su subsistencia; y, al mismo tiempo, hay un aprovechamiento de la fuerza de trabajo de ese trabajador por parte del empleador, para que este consiga también un fin económico. Esta clara relación de intercambio, de naturaleza onerosa (trabajo por retribución, trabajo por cuenta ajena), es por necesidad subordinada, y no podría funcionar de otra manera, porque esta es la forma que tiene el empleador de garantizar el éxito de su emprendimiento económico[2]. El trabajador se priva voluntariamente "de

---

1 Como señala Elmer Arce Ortiz (2013, p. 418), conforme a los Artículos 140 y 219 del Código Civil (normativa a la que acudimos a falta de legislación expresa en el ámbito laboral), "no puede haber contrato de trabajo sin cumplir los requisitos de consentimiento de los contratantes, objeto cierto y fin lícito". El propio autor resalta que el objeto del contrato es la delimitación de la prestación de servicios comprometida por el trabajador.

2 Señala Román de la Torre (1993, p. 87), que la finalidad última del empleador es

su libertad en la ejecución del trabajo" (Supiot, 2008, p. 68), y cuando lo hace, genera una relación contractual que, de modo alguno, puede considerarse un vínculo entre iguales; todo lo contrario, de partida (*ab initio*) nos enfrenta a una relación claramente desigual o de carácter asimétrico.

Al respecto, cabe resaltar lo señalado por Sinzheimer, para quien el Derecho del Trabajo ha seguido el siguiente derrotero: "Desde el hombre como cosa al derecho Civil, en que el hombre es reconocido como sujeto de relaciones de igualdad, para culminar en el Derecho Social, en que el hombre es acogido en su condición de desigualdad" (citado por Goldín, 2014, p. 33, nota 13). Precisamente, una de las funciones –además de la pacificadora del conflicto social– que se le atribuye al Derecho del Trabajo es la tuitiva o protectora, al ser esta una disciplina jurídica compensadora del desequilibrio de la relación de trabajo. Y antes que rechazar esa particular situación de desequilibrio, el Derecho del Trabajo actúa sobre ella, procurando "una distribución de poderes y límites" (Goldín, 2014, p. 33)[3]. Porque, no es que se busque anular esa peculiar relación de poder que se presenta en el contrato de trabajo, ya que lo central, lo que resulta *medular* en el contrato de trabajo, como nos recuerda Ojeda Avilés (2008), "es el poder jerárquico ejercido por el empresario sobre el trabajador". Para eso surge dicho contrato, "para poner de relieve tal aspecto", sin que eso signifique descuidar la búsqueda o defensa de "un equilibrio real mediante contrapoderes" internos y externos al contrato de trabajo, como el reconocimiento de derechos mínimos a favor del trabajador, en el primer caso, y el establecimiento de una normativa garantista de los derechos de libertad sindical (sindicación, negociación colectiva y huelga) en el segundo (Ojeda

---

"rentabilizar la prestación de trabajo, obteniendo la máxima utilidad de este con vistas al fin o beneficio productivo, económico o patrimonial que pretende obtener y en la que encajaría la nota de ajenidad". Véase también Wilfredo Sanguineti Raymond (2013, p. 124).

3 Para Otto Khan-Freund (1987, p. 49), lo primordial del Derecho del Trabajo es "regular, reforzar y limitar" tanto el poder de los empresarios como el de las organizaciones sindicales. Es por eso que, el propio autor, concluye que: "El propósito fundamental del Derecho del Trabajo siempre ha sido, y nos atrevemos a decir que siempre lo será, constituir un contrapeso que equilibre la desigualdad de poder negociador que es necesariamente inherente a la relación de trabajo" (Otto Khan-Freund, 1987, p. 52).

Avilés, 2008, p. 103). En definitiva, la asimetría consustancial al contrato de trabajo se ve compensada –no eliminada– con su sumisión a la ley y a la autonomía colectiva.

1.2. EL CONTRATO DE TRABAJO EN EL SISTEMA DE FUENTES DEL DERECHO LABORAL

Lo señalado en el acápite anterior (1.1) marca una clara diferencia del rol que cumple la autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho civil. Es necesario hacer este contraste, porque permite entender la verdadera naturaleza y función del contrato de trabajo y explica, al mismo tiempo, la ubicación de esta fuente de regulación de derechos laborales en el sistema de fuentes[4]. En el derecho civil el acuerdo de voluntades tiene un papel fundamental. La ley, excepcionalmente indisponible, resulta supletoria respecto del contrato. La disposición de derechos es la regla, la indisponibilidad es la excepción. Un caso claro de esto último es el contemplado en el Artículo 5 del Código Civil, relativo a los derechos de la persona, y que establece que: "El derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión. Su ejercicio no puede sufrir limitación voluntaria". Y es que, en definitiva, como señala el Artículo 1354 del Código Civil: "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo". Con la misma lógica, el Artículo 1356 del propio Código establece que: "Las disposiciones de la ley sobre los contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas".

Lo pactado adquiere entonces una naturaleza casi sacrosanta y, por lo tanto –como regla–, no se permite su modificación por la voluntad unilateral de alguna de las partes del contrato (*pacta sunt servanda*): "Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las

4 Cabe precisar –y sobre esto se volverá más adelante– que el contrato de trabajo no es propiamente una fuente de derecho, sino tan solo una fuente de obligaciones.

partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla", reza el Artículo 1361 del Código Civil.

No ocurre lo mismo con el contrato de trabajo, dada la propia lógica de este contrato y la naturaleza compensadora o tuitiva del derecho laboral, sin que ello signifique, por cierto, que carezca de sentido lo que puedan pactar empleador y trabajador en el respectivo contrato. En este orden de ideas, son dos las características que merecen resaltarse del contrato de trabajo. De un lado, su carácter residual como fuente reguladora de la relación de trabajo, en la medida que gran parte de los derechos y obligaciones que conforman el contenido de dicha relación están ya predeterminadas por otras fuentes de mayor importancia y prevalencia: la Constitución, la ley, el reglamento, el convenio colectivo, etcétera (aplica aquí el principio de jerarquía normativa). De otro lado, y en directa relación con lo anterior, el contrato de trabajo es concebido como una suerte de contrato de adhesión, por cuanto lo regulado por esas otras fuentes resulta, en su mayor parte, un mínimo indisponible para la autonomía individual (aplica aquí el principio de irrenunciabilidad de derechos).

La autonomía de la voluntad de las partes, por tanto, opera o se expresa fundamentalmente en la parte genética de la relación laboral, es decir, cuando los contratantes expresan libremente su intención de celebrar un contrato de trabajo. Una vez celebrado el contrato las partes saben –deberían saberlo– que quedan sujetas a un contenido que deben respetar y que son los mínimos fijados por la heteronomía estatal (ley) y la autonomía colectiva (convenios colectivos), pudiendo actuar sobre esos mínimos o ante la ausencia de los mismos. De no ser así, el margen del poder empresarial y la posibilidad de imponer determinado contenido al contrato de trabajo –que de por sí son bastantes amplios, dada la asimetría de la relación laboral–, serían prácticamente ilimitados, no cumpliendo entonces el Derecho del Trabajo su función equilibradora[5].

---

5 Como nos recuerda Miguel Gutiérrez Pérez (2011, p. 126), son contados los casos en los que el contrato de trabajo llega a expresar la voluntad real del trabajador. Véase también Miguel Rodríguez-Piñero (2003, p. 112), para quien "El Derecho del Trabajo y la limitación de la autonomía privada que implica no se propone sólo pues reducir el espacio regulador del contrato, sino también establecer límites al grado de sujeción

En razón de lo expuesto es que el contrato de trabajo se ubica en el último escalafón del sistema de fuentes. Al respecto cabe recordar que las distintas fuentes de regulación de derechos que conforman nuestro ordenamiento jurídico no operan en forma desvinculada o anómica. Por el contrario, se encuentran estructuradas en un sistema determinado, en el que se organizan y actúan en función de dos criterios: jerarquía y competencia[6]. Nuestro ordenamiento ha apostado por la jerarquía como criterio preponderante para la estructuración de su sistema de fuentes. Esto se refleja con claridad en los Artículos 51 y 138 de la Constitución, que han establecido la jerarquía de la Constitución sobre cualquier otra norma legal, la de la ley sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente en forma descendente en el orden establecido. Teniendo en cuenta este criterio, y siguiendo a Predieri (1984), es posible organizar el sistema de fuentes en cuatro niveles: constitucional, primario, secundario y terciario.

En el nivel constitucional se ubican la Constitución y el resto de normas con jerarquía constitucional, como es el caso de los tratados internacionales sobre derechos humanos[7]. Cabe destacar la centralidad que tienen estos tratados en nuestro ordenamiento jurídico. De un lado, cumplen una importante función interpretativa de acuerdo con lo establecido en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, la misma que señala que las normas relativas a los derechos y libertades que la Constitución

---

del trabajador y a los posibles excesos en el ejercicio de los poderes empresariales que la debilidad contractual del trabajador no podría contrarrestar".

6 El criterio de jerarquía atribuye un rango o nivel a cada una de las fuentes y las clasifica verticalmente en diversos niveles en una escala descendente de mayor a menor. De forma tal que, al estar ubicadas en forma escalonada, la fuente del peldaño o nivel inferior se encuentra subordinada a la del nivel superior. Por su parte, el criterio de competencia no actúa en forma vertical, sino que organiza a las fuentes horizontalmente a partir de un reparto de facultades normativas en función de la materia. De esta manera, a cada órgano productor le corresponde, en forma exclusiva y excluyente, la regulación de determinadas materias, se entiende que de diferente naturaleza, de modo tal que ningún órgano productor pueda invadir el ámbito de competencia normativa del otro.

7 A diferencia de su antecesora, la Constitución actual no tiene una referencia expresa del nivel constitucional de los tratados sobre derechos humanos; no obstante, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido que estos se ubican en dicho nivel.

reconoce se interpretan conforme a la Declaración Universal de Derechos Humanos y a los tratados internacionales sobre las mismas materias ratificados por Perú. De esta manera, el conjunto de todas estas disposiciones conforman un Bloque de Constitucionalidad.

De otro lado, a partir del Artículo 3 de la propia Constitución, queda clara su opción por un listado abierto (*numerus apertus*) de derechos constitucionales. Es decir, como expresamente señala el indicado precepto, los derechos fundamentales de la persona no se agotan en el catálogo de derechos expresamente consagrados en la Constitución, sino que comprende también a "otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno", pudiendo incorporarse entonces, por esta vía, diferentes derechos de la persona, entre ellos los de naturaleza laboral.

La regulación de los derechos laborales en el ámbito internacional la encontramos, con carácter general, en los instrumentos internacionales de derechos humanos propiamente dichos (como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos o el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales); y, con carácter específico, en los convenios internacionales de trabajo adoptados por la Organización Internacional de Trabajo (OIT). La finalidad de estos últimos es estandarizar a nivel mundial los derechos laborales que dichos tratados regulan; de ahí que los derechos consagrados en los convenios de la OIT, se entiendan como mínimos que pueden ser ampliados o mejorados a nivel interno por los Estados que los han ratificado. En esa medida, el Artículo 19.8 de la Constitución de la Organización del Trabajo establece que:

> En ningún caso podrá considerarse que la adopción de un convenio o de una recomendación por la Conferencia, o la ratificación de un convenio por cualquier Miembro, menoscabará cualquier ley, sentencia, costumbre o acuerdo que garantice a los trabajadores condiciones más favorables que las que figuren en el convenio o en la recomendación".

En el nivel primario ubicamos a la ley y a las normas con rango de ley: decretos legislativos, decretos de urgencia, leyes regionales, ordenanzas

municipales, tratados internacionales (que no versen sobre derechos humanos) y sentencias del Tribunal Constitucional que declaran inconstitucional una norma. En el nivel secundario se ubican el reglamento (decretos supremos) y el resto de normas de carácter reglamentario, incluidas las sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la República anulatorias de normas reglamentarias recaídas en procesos de acción popular.

Finalmente, el nivel terciario recoge a las normas producto de –o relacionadas con– la autonomía privada, como son el convenio colectivo de trabajo, el reglamento interno de trabajo y la costumbre.

Ahora bien, el contrato de trabajo no es, en estricto, una fuente de derecho, en el sentido de que no crea derecho objetivo. En efecto, lo regulado en el contrato de trabajo no tiene un alcance general, impersonal y abstracto, eficaz frente a todos (*erga omnes*), que son las notas características de toda fuente de derecho, sino únicamente un alcance particular, destinado a regular una situación o relación concreta: la de los sujetos que celebraron el referido contrato; por lo que a ellos únicamente se les aplica. Y por las razones anteriormente expresadas, es claro su sometimiento a las normas provenientes de la heteronomía estatal y de la autonomía convencional. En esa medida, la ubicación que correspondería al contrato de trabajo sería el nivel terciario y por debajo de todas las fuentes de origen normativo antes señaladas[8].

2. FORMACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

Este apartado del informe refiere en concreto la formación del contrato de trabajo. Aquí desarrollamos los límites a la voluntad de las partes y las partes del contrato de trabajo.

Al efecto, planteamos dos consideraciones previas. En primer lugar advirtamos que no existe en el Perú un Código del Trabajo, una Consolidación de Leyes del Trabajo, una Ley General del Trabajo o una Ley del

---

8 Rodríguez-Piñero (2003, p. 114) entiende que "Las reglas laborales imperativas se aplican al contrato de trabajo por los criterios de ordenación jerárquica de las fuentes reguladoras de la relación de trabajo", por lo que el rol que le otorga al contrato de trabajo es el de una "norma" secundaria o accesoria.

Contrato de Trabajo. Sin embargo, los aspectos básicos del contrato de trabajo –su nacimiento, desarrollo y extinción– están regulados principalmente por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, aprobado por el Decreto Supremo 3-97-TR del 21 de marzo de 1997) y por el Reglamento del Decreto Legislativo 728 (aprobado por el Decreto Supremo 1-96-TR del 24 de enero de 1996). A estos, respectivamente, nos referiremos en adelante como "LPCL" y el "Reglamento".

En segundo lugar, y en tanto que describimos el tratamiento de cuestiones jurídicas específicas por el ordenamiento laboral nacional, en caso de requerir explicaciones o precisiones doctrinarias, nos permitimos citar preferentemente autores peruanos.

Por *formación del contrato* entendemos el procedimiento seguido en procura del consentimiento de las partes que lo celebran[9].

En el ámbito del Derecho del Trabajo y a propósito de la *formación del contrato de trabajo*, consideramos los *límites impuestos a la voluntad de las partes* y las *partes del contrato de trabajo*.

Con relación a los límites impuestos a la voluntad de las partes, importan, en primer lugar y con un enfoque principista, la "autonomía" privada y los principios protector y de la irrenunciabilidad de derechos del Derecho del Trabajo; en segundo lugar, ciertas reservas de empleo exigidas por el ordenamiento laboral, y en tercer lugar, la posibilidad o imposibilidad de las partes respecto a acordar el arbitraje como medio de composición de los conflictos jurídicos de trabajo.

Respecto a las partes del contrato de trabajo, nos referimos al trabajador y al empleador.

---

9 El contrato se forma "mediante el consentimiento, que es el encuentro de la oferta con la aceptación" (Manuel de la Puente y Lavalle, 1983, t. I, p. 120), "por la coincidencia y unión de la oferta y de la aceptación" (*ibid.*, p. 13). En consecuencia, "la formación del contrato es, en realidad, un *procedimiento*" (Manuel de la Puente y Lavalle, 2001, t. I, p. 97). En el Derecho Civil se consideran las distintas etapas seguidas por los contratantes para que se produzca tal formación: la oferta, la aceptación y el consentimiento (véase Manuel de la Puente y Lavalle, 1983, t. I, p. 148).

2.1. LÍMITES A LA VOLUNTAD DE LAS PARTES

2.1.1. LA "AUTONOMÍA" PRIVADA Y LOS PRINCIPIOS PROTECTOR Y DE LA IRRENUNCIABILIDAD DE DERECHOS DEL DERECHO DEL TRABAJO

La *autonomía privada*[10] –de libre juego en el Derecho común, y soporte de la *libertad de contratar*[11], de la *libertad contractual*[12] y de la *primacía de la voluntad de los contratantes*[13]– opera restringidamente al interior del Derecho del Trabajo: cuando de relaciones individuales se trata y debido

---

10 "Se entiende por 'autonomía', en general, el poder de darse normas de por sí, por lo cual el concepto de autonomía viene, en cierta forma, a identificarse con el concepto de 'soberanía'. Esta autonomía puede ser concedida por el Estado a una autoridad, caso en el cual estamos frente a las normas que constituyen el ordenamiento jurídico que son obligatorias para todos, o bien atribuida [...] a los sujetos privados, quienes de esta manera pueden dictar normas para regular sus propias conductas. Tal segunda potestad recibe el nombre de 'autonomía privada'. Se dice, por ello, que en virtud de esta autonomía los hombres son soberanos para vincularse obligatoriamente entre sí, dentro de los cauces del ordenamiento jurídico» (Manuel de la Puente y Lavalle, 2001, t. I, p. 197). La "autonomía privada" es, entonces, "el poder reconocido a las personas para regular, dentro del ordenamiento jurídico, sus propios intereses y crear libremente relaciones jurídicas entre sí" (*ibid.*, p. 199).

11 Constitución, Artículo 2, inciso 14: Toda persona tiene derecho "a contratar con fines lícitos siempre que no se contravengan leyes de orden público". En tal virtud, "la noción de libertad individual [Constitución, artículo 2, inciso 24: "Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe"] se traduce en la *libertad de contratar*, o sea la libertad concedida a las personas para que, de común acuerdo, puedan crear, regular, modificar o extinguir entre sí relaciones jurídicas patrimoniales" (Manuel de la Puente y Lavalle, 2001, t. I, p. 199; cursivas añadidas); en suma, "la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata, sabiendo que con ello se va a crear derechos y obligaciones" (*ibid.*, pp. 199-200).

12 Código Civil, Artículo 1354: "Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo". La *libertad contractual* es, pues, "la de determinar el contenido del contrato, o sea el modelado del mismo" (Manuel de la Puente y Lavalle, 2001, t. I, p. 200). Esta libertad "presupone" la libertad de contratar (*ibid.*).

13 Código Civil, Artículo 1356: "Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas".

a la desigualdad existente entre las partes –advertida sencillamente en la realidad y subrayada por la subordinación del trabajador al empleador–, tal "autonomía" es manifiestamente dispar y debe ser constreñida.

Tengamos en cuenta que la *protección del trabajador* –en toda relación o contrato de trabajo considerado jurídicamente débil frente al empleador– constituye el *principio y fundamento* del Derecho del Trabajo. Por ello, el Derecho del Trabajo confiere tutela preeminente al trabajador. Las normas protectoras consecuentes –determinantes de derechos y beneficios mínimos reconocidos al trabajador– serían "letra muerta" si se permitiera a este acordar situaciones o condiciones lesivas o desconocedoras del amparo previsto en favor suyo[14]. Entonces, al lado del *principio protector* actúa el *principio de la irrenunciabilidad de derechos*, en atención al cual el trabajador tiene prohibido pactar –en una relación o contrato específicos– derechos y beneficios inferiores a los fijados por el ordenamiento laboral[15].

Así las cosas, es claro que la voluntad de las partes celebrantes del contrato individual de trabajo está limitada por el principio de la irrenunciabilidad de derechos del Derecho del Trabajo. Como anotaba Pasco Cosmópolis (2003b), el principio de la irrenunciabilidad de los derechos laborales es:

---

14 De por sí, "una de las grandes realidades y al mismo tiempo problema de las disposiciones del Derecho del Trabajo protectoras del trabajador es su *inaplicación* por aquellos a quienes van dirigidas o por quienes deben hacerlas cumplir" (Jorge Rendón Vásquez, 2007, p. 55). Ciertamente, la "función protectora" del trabajador del Derecho del Trabajo "se configura por la limitación de la voluntad del empleador en el curso de la relación laboral, impuesta por la mayor parte de normas laborales, limitación que implica, correlativa e inmediatamente, una protección del trabajador. Su origen reside en la presión de los trabajadores para tratar de reducir la supremacía económica y social de los empleadores, magnificada por la irrestricta libertad de contratación de la fuerza laboral prescrita por el liberalismo económico desde la Revolución Industrial" (*ibid.*, p. 71).

15 "La irrenunciabilidad de los derechos atribuidos al trabajador constituye, según la doctrina, un principio laboral en sí misma. Ahora bien, desde una cierta perspectiva podríamos considerar que integra o al menos se complementa con el principio protector, puesto que la irrenunciabilidad representa una forma de proteger al trabajador" (Mario Pasco Cosmópolis, 2008, p. 536).

> De honda prosapia social y tiene por esencial función impedir que aquéllos sean conculcados, mediante subterfugios o a través de fraude abierto, basados en el estado de necesidad del trabajador, quien, urgido por el imperativo de satisfacerlas, puede muchas veces sacrificar derechos ciertos a cambio de recibir un pago insuficiente o incluso apenas sí conservar el puesto de trabajo (p. 323).

Para Neves (2016), el principio de la irrenunciabilidad de derechos "es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del titular de un derecho recaigan sobre derechos originados en normas imperativas y sanciona con la invalidez la transgresión de esta regla" (p. 131). Según Boza (2011), el principio de irrenunciabilidad "opera como un mecanismo de autodefensa normativa en apoyo del trabajador, que por su inferior posición contractual frente al empresario, podría terminar dejando de lado, aún contra su voluntad, derechos que le concede el ordenamiento jurídico" (p. 175). Y tiene doble fundamento: "El espíritu protector que inspira al derecho del trabajo y el carácter imperativo de las normas que informan dicha disciplina" (p. 175) –sobre esto último, "la calificación de orden público que merece gran parte de las normas laborales, impide que los derechos reconocidos en ellas sean desconocidos por la autonomía privada, contando para ello el propio ordenamiento jurídico con mecanismos de garantía interna que procuran lograr la plena eficacia de sus normas" (p. 176).

Según el Artículo 23 de la Constitución: "El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado [...]. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo"[16].

El principio de la irrenunciabilidad de derechos consta igualmente en el Derecho positivo peruano. Ante todo, el Artículo 26, inciso 2 de la Constitución decreta expresamente que en la relación laboral y al lado de otros principios, se respeta el "carácter irrenunciable de los derechos

16 Sin duda, el principio protector informa o inspira todos y cada uno de los preceptos constitucionales alusivos al trabajo; concretamente, los artículos 22 al 28.

reconocidos por la Constitución y la ley"[17-18]. A su vez, el Artículo 43, inciso a) de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo determina que, entre otras características, la convención colectiva de trabajo: "Modifica de pleno derecho los aspectos de la relación de trabajo sobre los que incide. Los contratos individuales quedan automáticamente adaptados a aquella y no podrán contener disposiciones contrarias en perjuicio del trabajador"[19]. En el orden procesal, importa el Artículo IV del Título Preliminar de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, acerca de la "Interpretación y aplicación de las normas en la resolución de los conflictos de la justicia laboral".

---

17 Para PASCO (2003b), "la Constitución precisa que la irrenunciabilidad alcanza a los derechos que ella y la ley consagran, acabando así con todo cuestionamiento a la pretendida intangibilidad de los convenios o *derogatio in pejus* de los derechos convencionales y contractuales" (p. 323). A juicio de NEVES (2016), sin embargo, la proclamación constitucional del carácter irrenunciable de los derechos reconocidos "por la Constitución y la ley" es doblemente imprecisa "porque –de un lado– ni todos los derechos nacidos de la ley son irrenunciables, dado que los beneficios originados en las normas dispositivas o partes dispositivas de las normas no tienen ese carácter; ni –del otro– solo esos derechos son irrenunciables, sino también los surgidos de las demás normas imperativas, entre ellas, especialmente los convenios colectivos, que no pueden dejarse sin efecto por la autonomía individual" (p. 136). En rigor, el mandato constitucional sobre el principio de la irrenunciabilidad debe entenderse referido a los derechos del trabajador surgidos de normas imperativas –tal como consideran el Proyecto (art. XIII) y el Anteproyecto (art. XI) de la Ley General de Trabajo, que entre los "principios del 'ordenamiento laboral' señalan adecuadamente la "irrenunciabilidad de los derechos del trabajador nacidos de normas imperativas".

18 Como afirma RENDÓN (2007), "aunque en esta disposición se ha omitido la indicación al pacto en contrario nulo, es evidente que la irrenunciabilidad tiene como efecto la nulidad del acto de renuncia del derecho reconocido por la Constitución o la ley" (p. 76). En cualquier caso, estimamos aplicable el Artículo V del Título Preliminar del Código Civil: "Es nulo el acto jurídico contrario a las leyes que interesan al orden público o a las buenas costumbres".

19 Esto, con estricta sujeción a cuanto ordena el Artículo 28, inciso 2 (segunda parte), de la Constitución: "La convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado".

2.1.2. RESERVAS DE EMPLEO EXIGIDAS POR EL ORDENAMIENTO LABORAL

Existen ciertas *reservas de empleo exigidas por el ordenamiento laboral*[20] –restrictivas de la voluntad del empleador– respecto a la personas con discapacidad, a la protección del empleo de trabajadores nacionales ante la contratación de trabajadores extranjeros y a la recontratación de trabajadores.

2.1.2.1. PERSONAS CON DISCAPACIDAD

La Constitución manda que el Estado proteja al impedido que trabaja[21]. Existe, entonces, un *régimen laboral especial para las personas con discapacidad*[22].

Al respecto, se tiene establecida una "cuota de empleo": "Las entidades públicas están obligadas a contratar personas con discapacidad en una proporción no inferior al 5 % de la totalidad de su personal, y los empleadores privados con más de cincuenta trabajadores en una proporción no inferior al 3 %"[23]. Las Empresas Promocionales de Personas con Discapacidad

---

20 Como dice RENDÓN (2000), estas disposiciones "que obligan a contratar" tienen sustento normativo en el Artículo 22 de la Constitución: "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona" (p. 31). Obviamente, "el derecho al empleo no tendría ninguna posibilidad de realizarse si no se dieran medidas para asegurar el ingreso a la actividad remunerada de quienes necesiten ser ocupados" (*ibid.*).

21 Constitución: Artículo 7 (segunda parte): "La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención, readaptación, y seguridad"; y Artículo 23 (primer párrafo): "El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan".

22 La contratación de personas con discapacidad está normada por la Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, su reglamento, una Norma Técnica y el "Protocolo de Fiscalización de la Cuota de Empleo para personas con discapacidad aplicable a los empleadores del sector privado".

23 Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, Artículo 49.1.

son las constituidas como persona natural o jurídica, bajo cualquier forma de organización o gestión empresarial, que cuentan por lo menos con un 30 % de personal con discapacidad; el 80 % de este desarrolla actividades directamente vinculadas con el objeto social de aquellas[24].

2.1.2.2. CONTRATACIÓN DE TRABAJADORES EXTRANJEROS

Se fija una *reserva para los trabajadores nacionales* a través del señalamiento de porcentajes mínimos acerca de las personas a contratar y de las remuneraciones.

En efecto: las empresas nacionales o extranjeras podrán contratar personal extranjero en una proporción de hasta del 20 % del número total de sus servidores, empleados y obreros. Sus remuneraciones no podrán exceder del 30 % del total de la planilla de sueldos y salarios[25].

Sin embargo, se introducen excepciones y exoneraciones a estos porcentajes limitativos[26].

2.1.2.3. DERECHO DE PREFERENCIA DE LOS TRABAJADORES AFECTADOS POR LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO POR CAUSAS OBJETIVAS: EL CASO FORTUITO Y LA FUERZA MAYOR; MOTIVOS ECONÓMICOS, TECNOLÓGICOS, ESTRUCTURALES O ANÁLOGOS

Según el Artículo 52 de la LPCL:

> Los trabajadores afectados por el cese en los casos contemplados en los incisos a) [el caso fortuito y la fuerza mayor] y b) [motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos] del artículo 46 gozan del derecho de preferencia para su readmisión en el empleo si el empleador decidiera contratar directamente

---

24 Ley 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad, Artículo 54.

25 Decreto Legislativo 689, Ley para la contratación de trabajadores extranjeros, Artículo 4.

26 Decreto Legislativo 689, Ley para la contratación de trabajadores extranjeros, Artículos 3 (supuestos de excepción) y 6 (supuestos de exoneración).

> o a través de terceros nuevo personal para ocupar cargos iguales o similares dentro de un año de producido el cese colectivo. En tal caso, el empleador deberá notificar por escrito al ex trabajador, con quince (15) días naturales de anticipación, en el domicilio que el trabajador haya señalado en la empresa. En caso de incumplimiento, el ex trabajador tendrá derecho a demandar judicialmente la indemnización que corresponda [...].

Como hace notar Rendón (2001), "esta preferencia constituye, en verdad, un derecho a la reincorporación" (p. 33) porque "si el empleador prescindiese de quienes tienen la prioridad, éstos podrían solicitar su reingreso y el empleador, de no admitirlos, sería condenado al pago de una indemnización semejante a la correspondiente al despido arbitrario" (Rendón Vásquez, 2001, p. 33).

2.1.3. CONVENIO ARBITRAL

Al momento de celebrar un contrato de trabajo, las partes no pueden pactar una *cláusula arbitral* para fijar el acuerdo de someter a arbitraje la composición de los conflictos jurídicos de trabajo que pudieran derivar del contrato o relacionarse con este. El *convenio arbitral* procede solamente al término del contrato de trabajo y puede estipularse únicamente con trabajadores que hayan percibido una remuneración más o menos significativa –de monto superior al indicado al efecto por la legislación–.

Según la sexta disposición complementaria de la Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo:

> Las controversias jurídicas en materia laboral pueden ser sometidas a arbitraje, siempre y cuando el convenio arbitral se inserte a la conclusión de la relación laboral y, adicionalmente, la remuneración mensual percibida sea, o haya sido, superior a las setenta (70) Unidades de Referencia Procesal (URP)[27].

---

27 Ley Orgánica del Poder Judicial, primera disposición complementaria única: "Para los efectos de fijación de cuantías, tasas, aranceles y multas previstas en esta Ley o las establecidas en la legislación procesal especial, se aplica la Unidad de Referencia Procesal (URP). [...] Corresponde al órgano de gobierno y gestión del Poder Judicial, fijar al inicio de cada año judicial, el monto de la Unidad de Referencia Procesal". En el

2.2. PARTES DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO

2.2.1. EL TRABAJADOR

2.2.1.1. CONCEPTO

"Trabajador" es toda *persona física*[28] que presta libremente servicios subordinados o dependientes a otra –física o jurídica– a cambio de una remuneración. Tal prestación de servicios debe ser, además, personalísima o *intuito personae* ("por razón de la persona").

2.2.1.2. DENOMINACIÓN

A los trabajadores se les llama simplemente así: *trabajadores*. Sin embargo, pueden encontrarse algunas otras denominaciones: "empleados", "obreros", "asalariados", "operarios"… Antiguamente, y en atención al tipo de servicios prestados por el trabajador, se hablaba usualmente de "empleados" y "obreros": la palabra "empleados" correspondía a los trabajadores cuya prestación de servicios era predominantemente intelectual, y la voz "obreros" a los trabajadores cuya prestación de servicios es predominantemente física o manual. Ambas categorías podían tener o percibir derechos y beneficios comunes, pero podían también atribuirse u otorgarse derechos y beneficios distintos o específicos a cada una de ellas. En la práctica, y como resultado de la tendencia a igualar la situación de los trabajadores, esta distinción ha caído en desuso. La ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, utiliza también la denominación "prestador de servicios".

2.2.1.3. CLASIFICACIÓN

Se distingue entre los "trabajadores del sector privado" y los "trabajadores del sector público" –habitualmente llamados "trabajadores públicos",

---

año 2017, la Unidad de Referencia Procesal asciende a S/. 405,00 (aproximadamente, USD 123,00; tipo de cambio al 30 de septiembre: S/. 3,30). En consecuencia, 70 URP equivalen a S/. 28 350,00 (USD 8.590,91).

28 "Persona física": "Individuo de la especie humana" (Real Academia Española, 2014).

"servidores públicos" o "servidores civiles"–. O, por lo general, entre "trabajadores del régimen laboral de la actividad privada" y "trabajadores del régimen laboral de la actividad pública". Por cuanto concierne concretamente a los *trabajadores del régimen laboral de la actividad privada*, coexisten un "régimen general" y determinados "regímenes especiales". En tal virtud, la legislación peruana regula la situación de los "trabajadores en el régimen general" y la de los "trabajadores en regímenes especiales".

Entre los *trabajadores en regímenes especiales* tenemos: trabajadores agrarios, artistas, trabajadores de hospedaje y restaurantes, trabajadores del hogar, trabajadores en construcción civil, trabajadores extranjeros, futbolistas profesionales, trabajadores médicos, trabajadores menores de edad, trabajadores migrantes, trabajadores mineros, obstetrices [sic], periodistas profesionales colegiados, trabajadores pescadores, porteadores o cargadores manuales, trabajadores portuarios, profesores de la enseñanza particular, químicos farmacéuticos, trabajadores con discapacidad, trabajadores en las micro y pequeñas empresas…

2.2.1.4. TRABAJADORES INCLUIDOS EN EL RÉGIMEN LABORAL DE LA ACTIVIDAD PRIVADA POR DISPOSICIÓN ESPECIAL

En algunos sucesos, y aunque no estemos frente a una relación laboral, la ley concede al "deudor de trabajo" ciertos derechos y beneficios propios de los trabajadores (Neves, 2016, p. 50). Opera, entonces, una "equiparación" de labores, consistente en extender los límites del Derecho del Trabajo por la vía de conceder a los individuos que realizan el servicio ciertos derechos y beneficios del ordenamiento laboral y de la seguridad social (Neves, 2016, pp. 52-53). Al efecto, "el dato que la ley toma en cuenta para proceder de este modo es el de la situación socioeconómica de quienes desempeñan la labor. Si se considera que esta es similar a la que –no necesariamente […], pero sí comúnmente– acompaña a los trabajadores, entonces puede efectuarse la extensión. La cuestión central es, pues, la dependencia económica" (Neves, 2016, p. 53).

Así ocurre con los *socios trabajadores de las Cooperativas de Trabajadores* –cuyo "objeto exclusivo" debe ser la prestación de servicios de intermediación

laboral[29]–, quienes, cuando destacados a una empresa usuaria, gozan de los derechos y beneficios que corresponden a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada[30]. También, con los *trabajadores "estibadores terrestres" o "transportistas manuales en carretillas y triciclos" que laboran en mercados o terminales terrestres o en establecimientos análogos* y que no dependan exclusivamente de un solo empleador, quienes tienen derecho a gozar "de un mes de descanso vacacional pagado dentro de cada ciclo anual de trabajo y, asimismo, a una compensación por tiempo de servicios con valor equivalente a la suma que perciban por un mes de descanso anual"; igualmente, tienen derecho a ser beneficiarios de la seguridad social en salud[31].

2.2.1.5. TRABAJADORES EXCLUIDOS DEL RÉGIMEN LABORAL DE LA ACTIVIDAD PRIVADA POR DISPOSICIÓN ESPECIAL

Aun cuando existan los elementos esenciales del contrato de trabajo –prestación personal de servicios, remuneración y subordinación–, la ley puede "descalificar" la relación como laboral y atribuirle otra naturaleza (Neves, 2016, p. 50). De alguna forma, es el caso de quienes prestan servicios mediante cualquiera de las denominadas *modalidades formativas laborales* –el aprendizaje (con predominio en la empresa o con predominio en el centro de formación profesional; prácticas pre profesionales), la práctica profesional, la capacitación laboral juvenil, la pasantía (la pasantía en la empresa y la pasantía de docentes y catedráticos) y la actualización para la reinserción laboral–, reguladas por la Ley 28518, ley sobre Modalidades Formativas Laborales, cuyo Artículo 3 dispone: "Las modalidades formativas no

---

29 Ley 26726, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores.

30 Ley 26726, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, Artículo 7.

31 Ley 25047, Artículo 1. Esta ley ha sido reglamentada por el decreto supremo 10-2011-TR del 27 de julio de 2011.

están sujetas a la normatividad laboral vigente, sino a la específica que la presente contiene".

2.2.1.6. SITUACIONES SUI GÉNERIS: "CONTRATO" ENTRE PARIENTES CONSANGUÍNEOS, "CONTRATO" ENTRE CÓNYUGES, CONTRATO ENTRE CONCUBINOS

Nuestra legislación refiere expresamente la contratación entre los parientes consanguíneos y la "contratación" entre cónyuges.

Al respecto, la segunda disposición final y complementaria de la LPCL manda:

> Interprétase [sic] por vía auténtica, que la prestación de servicios de los parientes consanguíneos hasta el segundo grado, para el titular o propietario persona natural, conduzca o no el negocio personalmente, no genera relación laboral; salvo pacto en contrario. Tampoco genera relación laboral, la prestación de servicios del cónyuge[32].

A su vez, el Artículo 312 del mismo Código Civil prescribe: "Los cónyuges no pueden celebrar contratos entre sí respecto de los bienes de la sociedad".

En este contexto, la prestación de servicios a los padres, a los abuelos, a los hermanos, a los hijos y a los nietos no origina una relación laboral. Tampoco, la prestación de servicios del o de la cónyuge.

Desde nuestro punto de vista, y a falta de una previsión legal expresa, la prestación de servicios del concubino o de la concubina sí engendra una relación laboral: las normas de excepción o restrictivas de derechos no se aplican analógicamente[33]. En algún caso, se ha resuelto que "la relación

---

32 De acuerdo con el Artículo 236 del Código Civil: "El parentesco consanguíneo es la relación familiar existente entre las personas que descienden una de otra o de un tronco común. El grado de parentesco se determina por el número de generaciones. En la línea colateral, el grado se establece subiendo de uno de los parientes al tronco común y bajando después hasta el otro. Este parentesco produce efectos civiles sólo [sic] hasta el cuarto grado".

33 Código Civil, Artículo IV del Título Preliminar: "La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía".

convivencial existente entre la demandante y uno de los socios de la empresa para la que aquélla prestó servicios, no anula la relación laboral existente en tanto no se trata de un supuesto de trabajo familiar" (Resolución de la Sala Laboral del 22 de julio de 1996)[34].

2.2.1.7. Situaciones especiales: personal de dirección, trabajadores (que desempeñan cargos) de confianza[35]

El Artículo 43 de la LPCL versa acerca del "Personal de dirección y de confianza":

> Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquél las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.
>
> Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquéllos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

Están comprendidos en los alcances de esta disposición "todos los trabajadores que directamente o por promoción accedan a puestos de dirección o de confianza"[36].

En la designación o promoción del trabajador, no se ampara el abuso del derecho o la simulación[37].

---

34 Referida en *Manual del Régimen Laboral* (actualización de octubre 2012, p. 2.2).

35 José Montenegro Baca sostenía que "trabajadores de confianza" son todos los trabajadores quienes han merecido la confianza del empleador al ser contratados; y que, por eso mismo, debe decirse mejor "trabajadores *que desempeñan* cargos de confianza".

36 LPCL, Artículo 44.

37 LPCL, Artículo 44.

Los trabajadores de regímenes especiales se rigen por sus propias normas[38].

El Reglamento establece el procedimiento para calificación de puestos de dirección o de confianza (debe identificárselos y determinárselos, comunicarse por escrito a los trabajadores que sus cargos han merecido una tal calificación, y consignarse esta en planillas y boletas de pago) y las consecuencias de la inobservancia de tal calificación (no enerva la condición de la que se trate) y de las calificaciones indebidas (los trabajadores afectados pueden accionar judicialmente, dentro de treinta días calendario de notificados con la comunicación respectiva)[39].

2.2.1.8. TRABAJADOR SOCIO O ASOCIADO

Un trabajador puede ser socio o asociado de la sociedad o asociación, respectivamente, con la que tiene convenido un contrato de trabajo. Ello no obstante y en tanto que trabajador, tiene derecho a todos los derechos y beneficios fijados para cualesquiera trabajadores. Aunque en tal caso la persona reúna la calidad de socio o asociado y la de trabajador, una y otra constituyen "posiciones" jurídicas diferentes: por un lado, la sociedad o asociación son personas jurídicas independientes de los miembros que las constituyen o componen; por otro lado, el vínculo jurídico derivado del contrato de sociedad o de la afiliación a una asociación es de carácter mercantil o civil –respectivamente– mientras que la relación generada por el contrato de trabajo convenido entre la sociedad o la asociación y el trabajador es de índole laboral.

Como reza el Artículo 12 del Anteproyecto de la Ley General de Trabajo, "la condición de socio, accionista, director, apoderado o mandatario no excluye la de trabajador cuando haya prestación personal, subordinada y remunerada de servicios".

---

38 LPCL, Artículo 45.

39 Reglamento, Artículos 59 a 61.

2.2.2. EL EMPLEADOR

El empleador es el beneficiario de los servicios prestados por el trabajador y quien, por lo tanto, remunera a este.

Puede ser una persona natural o física, o una persona jurídica. Cuando es persona jurídica, puede ser de carácter no estatal ("privado") o estatal ("público"). En tanto que persona jurídica, puede tener cualquier configuración jurídica: una asociación o una fundación –ambas reguladas por el Código Civil y sin fines de lucro– o una sociedad –regulada por la Ley General de Sociedades y con fines de lucro–.

Puede ser también un grupo de empresas, una empresa de servicios complementarios o una de servicios temporales.

3. ELEMENTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO

Como se vio al inicio del presente trabajo, el Artículo 4 de la LPCL exige la concurrencia de tres elementos para la existencia de un contrato de trabajo: prestación personal, remuneración y subordinación; pero, además de concurrir efectivamente dichos elementos, se presume que dicho contrato es de duración indeterminada. Los tres elementos señalados han sido calificados como esenciales por la doctrina, puesto que la ausencia de alguno de ellos nos conduciría a un contrato de naturaleza distinta a la laboral (civil o mercantil, por ejemplo); en otras palabras –o en sentido inverso–, y en eso radica su esencialidad, es necesaria la presencia de todos ellos para que haya contrato de trabajo. Sin embargo, esto no supone desconocer que, de estos tres elementos, la nota distintiva del contrato de trabajo es, sin duda alguna, la subordinación. Como sentencia Supiot, no es un elemento más de su definición, "es el elemento que lo distingue de todos los contratos" (Supiot, 2008, p. 71).

Interesa destacar la presunción establecida en el precepto citado. No se trata de la consagración de la presunción de "laboralidad", sino únicamente de una presunción de la indeterminación del plazo del contrato de trabajo[40].

---

40 La llamada presunción de laboralidad está expresamente recogida en el Artículo 23.2 de la Ley Procesal del Trabajo, precepto que señala que: "Acreditada la prestación personal

Esto significa que, una vez configurado el contrato de trabajo por la presencia de los tres elementos esenciales, se presume que la relación laboral es de carácter indefinido. La presunción establecida *ex lege* supone, por tanto, únicamente una preferencia por los contratos a plazo indefinido, al mismo tiempo que muestra el carácter excepcional de los contratos bajo modalidad. No obstante, se trata de una presunción relativa, por lo que podrá demostrarse en cada caso, y siempre que se cumplan los requisitos señalados en la propia LPCL, que el contrato de trabajo está sujeto a alguna modalidad (contrato de naturaleza temporal o a plazo fijo). En cualquier caso, esta es una situación que –en teoría– apuntala el principio de continuidad o estabilidad de la relación laboral y que es acorde con la regla constitucional de protección contra el despido arbitrario consagrada en el Artículo 27 de la Constitución, y que, en concordancia con el Artículo 22 de la propia norma constitucional, referida al derecho al trabajo, supone necesariamente reconocer, en forma simultánea y en un mismo nivel, tanto la estabilidad de entrada (preferencia por los contratos a plazo indefinido) como la de salida (es decir, la resolución del contrato de trabajo no puede responder al arbitrio del empleador, sino a circunstancias objetivas)[41].

Veamos ahora, en forma sucinta, cada uno de los tres elementos esenciales del contrato de trabajo.

---

de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario". Esta presunción, como señala WILFREDO SANGUINETI RAYMOND (2003, p. 42), opera como un mecanismo de garantía de "la aplicación de las normas laborales, haciendo frente a los intentos evasivos que en ese ámbito pueden producirse"; pero se trata claramente de una presunción *iuris tantum*, es decir, "susceptible de ser enervada, mediante la acreditación por quien niega para sí la condición de empleador", de que no que se produjo prestación alguna de servicios o que, de haberse producido, la prestación no era de naturaleza laboral (*ibid.*, p. 45).

41 No obstante, la propia LPCL se habría encargado de desvirtuar el planteamiento anterior, ya que son muchas las formas previstas en su seno de saltarse con garrocha la contratación a plazo indefinido, lo que supone, en definitiva, la inaplicación de las normas de protección contra el despido arbitrario (como, por ejemplo, el establecimiento de un listado bastante amplio de modalidades de contratación y de supuestos de extinción del contrato de trabajo distintos al despido).

3.1. PRESTACIÓN PERSONAL DE SERVICIOS

Según el artículo 5 de la LPCL, "los servicios, para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa sólo por el trabajador como persona natural". Este precepto alude a la calidad personalísima de la labor exigida al trabajador, por lo que no puede valerse de terceros para realizarla (es el trabajador el que pone a disposición del empleador su propia fuerza de trabajo, y no la de otros). Solo por excepción, el trabajador podrá valerse de familiares que dependan de él, cuando la naturaleza de las labores lo justifique. Es el caso del trabajo a domicilio, en el que básicamente por un tema de imposibilidad de fiscalización directa de las labores por parte del empleador, la LPCL permite que el trabajador se ayude de sus familiares. En la actualidad, otras formas de trabajo a distancia, como el teletrabajo, no desvirtúan la naturaleza personal del contrato de trabajo; es más, las herramientas telemáticas que se utilizan en la ejecución de la prestación de trabajo permiten mayores grados de fiscalización de la labor realizada.

3.2. REMUNERACIÓN

El contrato de trabajo es un contrato oneroso y tiene una clara finalidad económica, tanto para el trabajador como para el empleador; por lo tanto, la labor prestada por el trabajador debe ser remunerada. Precisa la Constitución que: "Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento" (Art. 23, cuarto párrafo); que: "El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, su bienestar material y espiritual" (Art. 24, primer párrafo), y que: "El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquier otra obligación del empleador" (Art. 24, segundo párrafo).

Conforme al Artículo 6 de la LPCL, constituye remuneración:

> El íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se les dé, siempre que sea de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como el desayuno, el almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa.

A renglón seguido el mismo precepto señala que no constituye remuneración el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto[42]. Asimismo, el Artículo 7 de la propia norma se remite a los Artículos 19 y 20 de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (en adelante, LCTS), a efectos de completar la lista de los conceptos que no califican como remuneración: los pagos o gratificaciones extraordinarias, toda forma de participación en las utilidades de la empresa, la asignación por movilidad, la bonificación por educación, las condiciones de trabajo, entre otros conceptos. Como se puede apreciar, gran parte de estos conceptos tienen una clara naturaleza contraprestativa –pues, en rigor, se otorgan como consecuencia del trabajo prestado– y suponen un incremento patrimonial del trabajador, pero es solo por mandato expreso del legislador que carecen de ellas. Si tenemos en cuenta el carácter alimentario y prioritario de la remuneración y que, además, es base de cálculo para el pago de diferentes beneficios laborales y de aportes y contribuciones sociales de cargo, fundamentalmente, del empleador, no parece difícil entender que el listado de conceptos establecidos en los Artículos 19 y 20 de la LCTS es claramente excepcional, lo que exige una interpretación restrictiva de dichos preceptos legales[43]. La intención del legislador no parece haber sido otra que la de abaratar el costo de la mano de obra.

---

42 El otorgamiento de prestaciones alimentarias a través de vales es una versión moderna y más sofisticada de la forma como se retribuía a los trabajadores en los albores del Derecho del Trabajo, época en la que era frecuente que el trabajador percibiera como pago por sus servicios vales que sólo podían ser canjeados en establecimientos del propio empleador. Hoy en día, sin embargo, la característica más importante de la remuneración es la libertad que tiene el trabajador para poder disponer de ella. Por ello, la Ley 28051, que regula las prestaciones alimentarias, establece una serie de límites a su otorgamiento, como que sólo podrá emplearse para otorgar aumentos salariales, y no para reducir la remuneración que estuviese percibiendo el trabajador; o que no podrá superar el 20 % del monto de la remuneración percibida por el trabajador beneficiado, ni tampoco podrá ser mayor de dos remuneraciones mínimas vitales (actualmente S/. 1,700.00). Además, no se trata de un sistema obligatorio, por lo que su implementación requiere de acuerdo individual o colectivo entre las partes.

43 Esta misma lógica excepcional y restrictiva puede predicarse de la posibilidad que tiene el empleador de pagar la remuneración en especie. Si, además, una de las características

3.3. SUBORDINACIÓN

La subordinación supone –para decirlo en los términos de la LPCL– la prestación de un servicio bajo la dirección de otro (Art. 9). Estamos ante un vínculo jurídico que nace entre el trabajador y el empleador, en virtud del cual, como se ha visto, el primero pone a disposición del segundo su fuerza de trabajo y le confiere, simultáneamente, el poder de dirigirla. Son, necesariamente, las dos caras de una misma moneda: quien ofrece su actividad a alguien que se sujeta a las órdenes que este pueda impartirle en el ejercicio de dicha actividad. Por ello, se derivan de la subordinación una serie de facultades en favor del empleador, y que están recogidas en el propio Artículo 9 de la LPCL. Así, el empleador "tiene las facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier obligación o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador".

En consecuencia, el empleador tiene libertad para organizar su emprendimiento económico y, para ello, respecto de sus trabajadores, se le reconocen las facultades de dirección, fiscalización y sanción. Ahora bien, la subordinación es un elemento contingente, es decir, es un *poder jurídico* que detenta el empleador, pero no siempre tiene que ser ejercitado, mucho menos con la misma intensidad en cada ocasión. Por lo tanto, la falta de ejercicio de alguna de las facultades inherentes al poder de dirección (por ejemplo, el empleador constata una infracción y no la sanciona), no desvirtúa ni hace que desaparezca la subordinación.

De otro lado, el segundo párrafo del Artículo 9 antes citado, establece que: "El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de los criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo". Es aquí donde queda situado el *ius variandi* empresarial y, más precisamente, el denominado *ius variandi*

---

principales de la remuneración es su libre disponibilidad, esto exige que, si no toda, al menos la mayor parte de la remuneración sea pagada en dinero.

ordinario, es decir, la facultad que se le reconoce al empleador de poder adaptar o modificar la prestación debida por el trabajador por razones de un adecuado funcionamiento de la empresa, pero referido concretamente a condiciones o situaciones accesorias o secundarias de las que inicialmente pactaron las partes[44], porque las modificaciones de mayor calado, aquellas que suponen una modificación sustancial de las condiciones de trabajo, forman parte del *ius variandi* extraordinario y no pueden quedar en el terreno de la decisión unilateral del empleador.

Los supuestos contemplados en el citado precepto (la forma y modalidad de la prestación de servicios y algunos aspectos referidos al tiempo de trabajo), así como la exigencia de ajustar la medida empresarial a determinados criterios (razonabilidad y necesidad del centro de trabajo), permiten concluir, sin mayores objeciones, de un lado, que las modificaciones que puede realizar el empleador son de carácter ordinario, accesorio o no sustancial; y de otro, que dicha facultad empresarial es excepcional, razón por la que se encuentra sujeta al cumplimiento de ciertos requisitos. En rigor, se trata de una medida que debe responder a una doble causa objetiva (razonabilidad y necesidad) y que, de no cumplirse, acarrea su nulidad. Por lo tanto, no estamos ante un acto arbitrario, que responda al mero capricho del empleador, sino ante una decisión empresarial que debe estar debidamente motivada para que sea realmente objetiva.

4. CLASES DE CONTRATOS DE TRABAJO

Esta parte del informe refiere a las clases de contratos de trabajo, en particular a las *modalidades contractuales* vigentes en nuestro país y las *formas atípicas de trabajo*.

---

44 En sentido similar ARCE ORTIZ (2013, pp. 453 y 459-460), quien lo denomina *ius variandi* "habitual" o "común"; y OSCAR ERMIDA URIARTE (1989, p. 34), para quien "la variación solo puede recaer sobre las modalidades de trabajo, es decir, sobre aspectos secundarios o accidentales, no esenciales o fundamentales, y que generalmente se refieren a la forma, manera o modo de realizarse el trabajo".

4.1. MODALIDADES VIGENTES

En términos generales, podemos referir las modalidades contractuales como sigue:

Modalidades contractuales: por las características de los contratos y condiciones laborales, es posible establecer distintas clasificaciones de las diferentes modalidades que adopta este contrato con relación a: su forma (escrito o verbal), clase de actividad (privada o de servicio público), remuneración (comisión, especie, participación en beneficios), sujetos (adultos o menores), horarios de trabajo (diurnos o nocturnos), lugar donde se efectúan (a domicilio, local del empresario, teletrabajo), etcétera.

La tipología del contrato de trabajo puede establecerse en función de la duración del mismo, de tal manera que la configuración temporal de la relación laboral da lugar a la construcción de diversos tipos contractuales. De este modo se contraponen el contrato por tiempo indefinido y el contrato de duración determinada (Montoya Melgar, 2011, p. 485).

En el Derecho del Trabajo peruano, existen todas estas "modalidades"[45].

Desde otro punto de vista y con mayor especificidad, hablamos de *contrato de trabajo típico y contratos atípicos.*

Contrato de trabajo típico y contratos atípicos: son aspectos determinantes de la tipicidad o atipicidad del contrato de trabajo, la duración del contrato de trabajo, el número de empleadores, la duración de la jornada de trabajo y el lugar donde se presta el servicio (véase Efrén Córdova, citado por Pasco Cosmópolis, 2012, p. 495).

Así, pues, *contrato de trabajo típico* es el que tiene duración indeterminada y corresponde al trabajo prestado para un solo empleador, en jornada de tiempo completo y en el establecimiento de este.

En la otra mano, *contratos de trabajo atípicos* son los que carecen de alguno de tales aspectos: los de duración determinada –en la legislación peruana, los denominados contratos de trabajo "sujetos a modalidad"[46]–,

---

45 En esta sección, presentaremos el contrato de trabajo por tiempo indefinido y los contratos de trabajo de duración determinada ("sujetos a modalidad"), el contrato de trabajo a domicilio y el teletrabajo.

46 *Infra* 4.2.1.1.

aquellos contratos en los que existe más de un empleador –a saber, las situaciones de pluriempleo[47] y de intermediación laboral respecto a las empresas de servicios temporales[48]–, los contratos de trabajo en jornadas (también) atípicas –por ejemplo, de tiempo parcial (*part time*)[49] o acumulativas[50]– y los contratos de trabajo en los cuales los servicios se prestan fuera del establecimiento del empleador –contratos de trabajo a domicilio[51] y teletrabajo[52]–.

A continuación, nos ocupamos del *contrato de trabajo de duración indeterminada* –y del *período de prueba*–; mientras que las *formas atípicas de trabajo* –vinculadas a sendas modalidades contractuales– las explicamos en el acápite 4.2.

4.1.1. CONTRATO DE TRABAJO DE DURACIÓN INDETERMINADA

Los contratos de trabajo de duración indeterminada tienen una duración indefinida, no previsible. No existe, en ellos, una fecha concreta de terminación.

Con todo, la indeterminación o indefinición en el tiempo no es absoluta, no solo porque en el extremo el fallecimiento del trabajador –o del

---

47 El pluriempleo importa el desempeño de varios empleos por el mismo trabajador.

48 La intermediación laboral respecto a las empresas de servicios temporales genera una relación "triangular" y, por ende, importa la existencia de un "empleador real" –empleador de hecho– y de un "empleador formal" –empleador de derecho–. En efecto, de acuerdo con el Artículo 11, inciso 1, de la Ley 26726, Ley que regula la actividad de las empresas especiales de servicios y de las cooperativas de trabajadores, las empresas de servicios temporales "son aquellas personas jurídicas que contratan con terceras, denominadas usuarias, para colaborar temporalmente en el desarrollo de sus actividades, mediante el destaque de sus trabajadores para desarrollar las labores bajo el poder de dirección de la empresa usuaria correspondientes a los contratos de naturaleza ocasional y de suplencia" previstos en la LPCL (véase *infra* 4.2.1.1).

49 *Infra* 4.2.2.1.

50 *Infra* 4.2.2.2.

51 *Infra* 4.2.3.1.

52 *Infra* 4.2.3.2.

empleador si es persona natural– o su incapacidad –absoluta y permanente– determinan la extinción de la relación laboral, sino también porque en cualquier momento el trabajador o el empleador, por decisión unilateral, o las partes, por acuerdo entre ellas, pueden dar fin al contrato.

A propósito de la duración del contrato de trabajo, los contratos de trabajo de duración indeterminada son, pues, contratos típicos.

4.1.1.1. FORMA[53]

El Artículo 4 de la LPCL establece: "En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado".

El contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece.

También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna.

Apreciamos fácilmente que, en principio, el contrato de trabajo es un *contrato no formal o consensual*[54]: se perfecciona con el solo acuerdo de las

---

53 Para la validez del acto jurídico, se requiere la "observancia de la forma prescrita bajo sanción de nulidad" (Código Civil, Art. 140, inciso 4). "Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente" (Código Civil, Art. 143; libertad de forma). "Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto" (Código Civil, Art. 144; formas *ad solemnitatem* y *ad probationem*). El acto jurídico es nulo "cuando no revista la forma prescrita bajo sanción de nulidad" (Código Civil, Art. 219, inciso 6).

54 "En un sentido técnico jurídico estricto se habla de contratos formales, que son los que tienen una forma taxativamente impuesta por el ordenamiento jurídico, y contratos no formales, en los cuales la adopción de la forma es libre. Los contratos formales se subdividen, a su vez, en dos categorías: contratos formales *ad probationem* (determinada forma es exigida para la prueba del contrato) y contratos formales *ad solemnitatem* (determinada forma es exigida para la validez del contrato). Es respecto a los contratos no formales que se hace referencia al hablar de los contratos consensuales, o sea los que se concluyen por el mero consentimiento sin exigirse una forma determinada

partes, no demanda la observancia de solemnidades o formalidades. Por lo tanto, puede celebrarse tanto verbalmente como por escrito.

Así ocurre con el contrato de trabajo por tiempo indeterminado: puede celebrarse verbalmente o por escrito. Cuando celebrado por escrito, no es preciso que el empleador lo ponga en conocimiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo.

4.1.1.2. PERÍODO DE PRUEBA

El Artículo 10 de la LPCL regula el *período de prueba:* "El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario".

Las partes pueden pactar un término mayor en caso de que las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.

Así regulado, el período de prueba es un *elemento natural*[55] del contrato de trabajo; a saber, opera sin necesidad de una estipulación expresa al respecto.

(aunque la forma existe obviamente en todos los casos). Debe observarse, sin embargo, que si bien es cierto que en los contratos formales *ad probationem* no existe libertad de forma, ya que debe adoptarse la que la ley o la convención establecen, esta forma no es constitutiva (no es necesaria para la existencia del contrato, sino únicamente para su prueba), de tal manera que los contratos formales *ad probationem* son, en realidad, contratos consensuales desde que para su conclusión sólo es necesario el consentimiento, a diferencia de los contratos formales *ad solemnitatem* en los que la formalidad es un requisito indispensable para la formación del consentimiento" (MANUEL DE LA PUENTE Y LAVALLE, 2001, t. I, pp. 132-133). "El hecho de que el contrato exista aun cuando no revista la forma *ad probationem*, no resta que, si bien con menores efectos que la forma *ad solemnitatem*, el contrato debe revestir aquella forma para que despliegue con toda su amplitud su eficacia (inclusive la probatoria)" (*ibid.*, t. II, p. 143).

55 "Se consideran como naturales aquellos elementos que son consecuencia de la celebración de cada contrato o grupo de contratos [...], los que no siendo esenciales en el

4.2. FORMAS ATÍPICAS DE TRABAJO

Consideramos la atipicidad respecto a la duración del contrato de trabajo, a la duración de la jornada de trabajo y al lugar de la prestación de servicios.

4.2.1. ATIPICIDAD RESPECTO A LA DURACIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

4.2.1.1. CONTRATOS DE TRABAJO SUJETOS A MODALIDAD[56]

Concepto y denominación

Los contratos de trabajo de duración determinada solo tienen vigencia durante cierto tiempo: al celebrárselos, se fija la oportunidad de su terminación.

Con relación a ellos, juegan tres consideraciones fundamentales: a) El *principio de continuidad* del Derecho del Trabajo, en atención al cual –y entre otros aspectos– deben preferirse los contratos de trabajo de duración indeterminada a los de duración determinada –si el trabajador vive de su trabajo y de la remuneración que este le procura, es natural que la relación laboral dure el mayor tiempo posible–[57]; b) El llamado *principio*

---

contrato, se entienden pertenecerle, sin necesidad de cláusula especial [...]. En el caso de estos elementos naturales, ellos operan si las partes no estipulan expresamente que no se apliquen al contrato, o sea cuando renuncian a los efectos de estos elementos" (Manuel de la Puente y Lavalle, 1983, t. I, pp. 129-130).

56 Acerca de los contratos de trabajo sujetos a modalidad, puede verse: Elmer Guillermo Arce Ortiz (2008), Oxal Víctor Ávalos Jara (2008), Mario Pasco Cosmópolis (2012, pp. 495-511) y Wilfredo Sanguineti Raymond (2008).

57 "Si es que el contrato de trabajo tiene vocación de permanencia, su duración debiera ser la de la causa que lo motivó: de persistir esta, el contrato debiera continuar. En esa línea, la contratación temporal debiera corresponder a una necesidad transitoria, que recién al desaparecer haría posible la extinción del contrato. Es esta la característica que, elevada a la categoría de principio del Derecho Laboral, se reconoce como Principio de Continuidad" (Pasco Cosmópolis, 2012, p. 496).

de causalidad[58], merced al cual los contratos temporales deben responder a una *causa objetiva*[59], y c) La posibilidad de recurrir a la contratación temporal únicamente para la *cobertura de puestos no permanentes* del centro de trabajo[60]. En atención a tales consideraciones, *la contratación de duración indeterminada es la regla; la de duración determinada, la excepción*.

En el Perú, se los denomina *contratos de trabajo sujetos a modalidad*[61]. Por su "temporalidad", son atípicos respecto a la duración del contrato de trabajo.

Marco legal

Los contratos de trabajo sujetos a modalidad están regulados por el Artículo 4 (segundo párrafo) y los Artículos 53 al 83 de la LPCL, y por los Artículos 75 al 87 del Reglamento. Además, existe una vasta jurisprudencia sobre ellos, tanto de la Justicia Constitucional (Tribunal Constitucional) como de la Justicia del Trabajo (Salas de la Corte Suprema y de las Cortes Superiores de Justicia).

Conforme al Artículo 4 (segundo párrafo) de la LPCL:

---

58 "Como todos sabemos, la estabilidad laboral no solo está referida a la terminación justificada de la relación laboral (estabilidad de salida), sino también a la imprescindible congruencia que debe existir entre el carácter de las labores a realizar (permanentes o temporales) y la duración del contrato de trabajo (indefinido o temporal), de manera que en materia laboral se impone el respeto al principio de causalidad en la contratación temporal, que señala que solo se puede recurrir a vínculos laborales a plazo fijo cuando las labores a realizar tienen la misma característica" (ALFREDO VILLAVICENCIO RÍOS, "Prólogo" en ARCE ORTIZ, 2008, p. 13).

59 LPCL, Artículo 72.

60 A saber, los puestos no incluidos en el organigrama de la organización.

61 La inclusión de los contratos "intermitente" y "de temporada" –ambos, contratos en sí mismos de carácter permanente– e incluso la de los contratos "por inicio o incremento de actividad" y "por reconversión empresarial" –ambos, de "temporalidad" inexistente o desvirtuada– entre los contratos de trabajo "sujetos a modalidad" explica acaso el cambio de la denominación *contratos de duración determinada* o *contratos temporales* –de fácil comprensión– a la de "contratos de trabajo sujetos a modalidad".

> El contrato de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad. El primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece.

De acuerdo con el Artículo 53 de la misma LPCL:

> Los contratos de trabajo sujetos a modalidad pueden celebrarse cuando así lo requieran las necesidades del mercado o mayor producción de la empresa, así como cuando lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio que se va a prestar o de la obra que se ha de ejecutar, excepto los contratos de trabajo intermitentes o de temporada que por su naturaleza puedan ser permanentes.

Clasificación

Así conceptuados y para la legislación, los contratos sujetos a modalidad admiten la *clasificación* siguiente:

– Son *contratos de naturaleza temporal:* el contrato por inicio o lanzamiento de una nueva actividad, el contrato por necesidades del mercado y el contrato por reconversión empresarial[62].

– Son *contratos de naturaleza accidental:* el contrato ocasional, el contrato de suplencia y el contrato de emergencia[63].

– Son *contratos de obra o servicio:* el contrato específico, el contrato intermitente y el contrato de temporada[64].

Al lado de los nueve contratos mencionados, son también contratos sujetos a modalidad los *contratos de trabajo del régimen de exportación de productos no tradicionales* –regulados por el Decreto Ley 22342–[65] y los contratos temporales que se ejecuten en los Ceticos –Centros de Exportación, Transformación, Industria, Comercialización y Servicios, ubicados en las

---

62 LPCL, Artículo 54.

63 LPCL, Artículo 55.

64 LPCL, Artículo 56.

65 LPCL, Artículo 80.

ciudades de Ilo, Matarani y Paita– y en la Zofratacna –Zona Franca y Zona Comercial de Tacna–[66].

Sin perjuicio de la clasificación legal y según el Artículo 82 de la LPCL:

> Cualquier otra clase de servicio sujeto a modalidad no contemplado específicamente […] podrá contratarse, siempre que su objeto sea de naturaleza temporal y por una duración adecuada al servicio que debe prestarse[67].

Duración

La LPCL refiere la *duración* de cada una de estas modalidades[68] dentro de los plazos máximos señalados para cada una de ellas. Sin embargo, pueden celebrarse contratos por períodos menores siempre que sumados no superen dichos límites. En cualquier caso y aunque pueden celebrarse sucesivamente con el mismo trabajador diversos contratos bajo distintas modalidades, estos, en conjunto, no deben superar una duración máxima de cinco años[69]. Tales plazos máximos se computan desde el inicio de la prestación efectiva de servicios[70]. Ahora bien, los contratos modales culminan en la oportunidad convenida por las partes; de haber padecido alguna suspensión, no se prorrogan automáticamente[71]. Naturalmente, los contratos modales pueden concluir en cualquier momento: por decisión unilateral (renuncia o retiro voluntario del trabajador, despido por causa justa) o por acuerdo entre ambas ("mutuo disenso" entre trabajador y empleador).

---

66 LPCL, Artículo 81.

67 La LPCL "extendió un abanico tan extenso y variado que bastaba un poco de imaginación para encajar cualquier situación fáctica dentro de alguna de las nueve modalidades abiertas por la norma, con el agregado de que, a esas se añadía una fórmula extensiva: 'Cualquier otra clase de servicio sujeto a modalidad no contemplado específicamente en el presente Título podrá contratarse'" (MARIO PASCO COSMÓPOLIS, 2012, p. 502).

68 Véase *infra*.

69 LPCL, Artículo 74.

70 Reglamento, Artículo 86.

71 Véase *Manual del Régimen Laboral* (actualización de julio 2017, p. 10.4).

Requisitos

La LPCL establece también los *requisitos formales para la validez* de los contratos de trabajo sujetos a modalidad: deben constar necesariamente por escrito y por triplicado, y consignar expresamente su duración y las causas objetivas[72] determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral[73]. A su vez, la *renovación de los contratos modales* está sujeta a las mismas formalidades de la celebración del contrato inicial[74].

El empleador debe entregar al trabajador una copia del contrato de trabajo en un plazo de tres días hábiles contados desde el inicio de la

---

72 "Admitir el contrato temporal no causal representa permitir que el empleador fije, de modo unilateral y hasta arbitrario, un plazo cualquiera, no determinado por una contingencia constatable. Por eso las legislaciones por lo general limitan su utilización, llegando incluso a la prohibición del plazo no derivado de un hecho verificable" (MARIO PASCO COSMÓPOLIS, 2012, p. 497). Sobre la causa objetiva determinante de la contratación sujeta a modalidad, citamos las ejecutorias siguientes: "La justificación de la existencia de razones que determinan la necesidad de la contratación temporal es una exigencia que debe cumplirse en el acto mismo de la celebración del contrato, mediante la consignación expresa en su texto de la causa objetiva pertinente [...]. No resulta válida la justificación posterior con la que se pretenda subsanar la omisión de señalar la causa objetiva de contratación" (Tribunal Constitucional, Sentencia del 12 de diciembre de 2012; expediente 1181-2012-PA/TC, Lima; referida en: *Manual del Régimen Laboral*, actualización de abril de 2015, p. 14.B). "En aplicación del deber especial de protección de los derechos fundamentales que informa los procesos constitucionales, si en el caso se observa que el contrato sujeto a modalidad ha sido desnaturalizado, en cuanto no consigna la causa objetiva determinante de la contratación temporal de la demandante, debe concluirse que los sucesivos contratos laborales a plazo determinado, encubrieron una relación de naturaleza indeterminada" (Tribunal Constitucional, Sentencia del 31 de enero de 2011; expediente 2148-2010-PA/TC, Loreto; *idem*, actualización de noviembre 2014, p. 14). "Si en un contrato para obra determinada sólo se invoca la causal y no se señala de manera descriptiva la causa objetiva que justifica la contratación, no se han observado las formalidades exigidas por la ley para la validez y eficacia del contrato sujeto a modalidad; en consecuencia, la relación laboral es una de naturaleza indeterminada" (Sentencia del 20 de marzo de 2006; casación 1443-2004, Lima; *idem*, actualización de noviembre 2014, p. 13).

73 LPCL, Artículo 72.

74 Reglamento, Artículo 87.

prestación de servicios[75], o de ser el caso –entendemos– de producida la continuidad de estos y suscrito oportunamente el documento que recoja el acuerdo de renovación.

Los contratos de trabajo sujetos a modalidad *no requieren ser presentados a la Autoridad Administrativa de Trabajo*, pero esta puede ordenar la verificación de los requisitos formales a efectos de determinar la existencia de simulación o fraude en la contratación modal, sin perjuicio de la multa que se puede imponer al empleador por el incumplimiento incurrido[76].

– *Causa objetiva*

El Código Civil peruano no comprende a la "causa"[77] entre los elementos indispensables del acto jurídico, en general, ni del contrato, en particular.

Ello no obstante y entre los "requisitos formales para la validez de los contratos" sujetos a modalidad, el Artículo 72 de la LPCL establece que estos constarán por escrito, "debiendo consignarse en forma expresa [...] las causas objetivas determinantes de la contratación"[78-79]. Al parecer, esta norma acoge la definición de "causa" referida por el *Diccionario de la lengua española* según la cual "causa" es: "En los negocios jurídicos, [la] razón objetiva determinante de las obligaciones que se asumen en ellos y que condiciona su validez" (RAE, 2014).

Según Luz Pacheco Zerga (2012):

---

75 Reglamento, Artículo 83.

76 LPCL, Artículo 73.

77 La *causa* "se confunde, ya con el objeto, ya con el concierto de voluntades, ya con los móviles que determinan este concierto, según las diversas clases de contratos" (Henri Capitant, citado por Manuel de la Puente y Lavalle, 1983, t. I, p. 127).

78 Pese al carácter general del Artículo 72 de la LPCL y respecto al contrato de trabajo (sujeto a modalidad) "por necesidades del mercado", el Artículo 58 (segundo párrafo) de la misma LPCL ordena: "En los contratos temporales por necesidades del mercado, deberá constar la causa objetiva que justifique la contratación temporal".

79 "Cuando el legislador se refiere a los contratos [de trabajo] sujetos a modalidad existe una referencia [a la causa] no sólo explícita sino esencial para legitimar la contratación a plazo determinado, según se aprecia de la lectura del art. 72" de la LPCL (Luz Pacheco Zerga, 2012, p. 31).

> La causa del contrato de trabajo es la atribución de la utilidad patrimonial del trabajo realizado durante un cierto tiempo, a cambio de una remuneración, cuya contrapartida es el poder de ordenar la prestación del trabajo al preciso fin que el empresario la destine. Y de sancionar disciplinariamente, dentro de los márgenes de la razonabilidad, los incumplimientos del trabajador" (p. 53).

Y sobre la "causa legal" impuesta por la LPCL a los contratos de trabajo sujetos a modalidad, asevera que:

> Obedece a que el ordenamiento laboral peruano privilegia la contratación a plazo indefinido sobre la de plazo determinado. En consecuencia, la ausencia de causa objetiva, así como de la identificación precisa del objeto del contrato, trae como consecuencia la desnaturalización de los contratos sujetos a modalidad, que se convierten en indefinidos (Pacheco Zerga, 2012, p. 31)[80].

– *Forma*

Los contratos de trabajo sujetos a modalidad son *contratos formales*: deben celebrarse y constar necesariamente por escrito[81]. Más precisamente, son contratos formales *ad solemnitatem*: la forma escrita es un requisito exigido para la validez del contrato de trabajo sujeto a modalidad[82].

Los contratos de trabajo sujetos a modalidad no precisan ser presentados a la Autoridad Administrativa de Trabajo, pero esta puede ordenar una verificación dirigida a determinar la existencia de simulación o fraude en la contratación modal[83].

---

80 "Resultaría así no admisible, y hasta reprobable, la contratación temporal incausada [sic], no sustentada en un requerimiento objetivo, sujeta o derivada de la simple voluntad de una de las partes –el empleador–, encubierta bajo la apariencia de bilateralidad contractual" (Mario Pasco Cosmópolis, 2012, p. 497).

81 LPCL, Artículos 4 y 72.

82 LPCL, Artículos 4 y 72. En efecto, este Artículo 72 –según el cual "Los contratos de trabajo a que se refiere este Título ['De los contratos de trabajo sujetos a modalidad'] necesariamente deberán constar por escrito […]"– se ubica en el capítulo regulador de los "Requisitos formales para la validez de los contratos" de trabajo sujetos a modalidad.

83 LPCL, Artículo 73.

Período de prueba

En los contratos de trabajo sujetos a modalidad, rige el *período de prueba*[84]. Este solo opera en el contrato primigenio, a no ser que los sucesivos contratos modales pactados con el mismo trabajador impliquen el desempeño de tareas notorias y cualitativamente distintas a las desempeñadas anteriormente[85].

Derechos y beneficios de los trabajadores

En el ámbito de los *derechos y beneficios* de los trabajadores contratados a modalidad, intervienen el respeto al *principio de igualdad de oportunidades sin discriminación*[86] y cuanto concierne a la terminación del contrato de trabajo por la sola decisión del empleador sin mediar causa justa (véase Pasco Cosmópolis, 2012, p. 504).

Así, pues, los trabajadores contratados mediante contratos sujetos a modalidad gozan de los mismos derechos –individuales y colectivos– y perciben los mismos beneficios que por ley, pacto o costumbre tuvieran los trabajadores del mismo centro de trabajo contratados a plazo indeterminado[87]. Una vez concluido el período de prueba y mientras dure el contrato modal, tienen derecho a la *estabilidad laboral* y, en consecuencia, gozan de *protección contra el despido arbitrario*: si el empleador resolviera arbitrariamente el contrato, abonará al trabajador una *indemnización* equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con un límite de doce remuneraciones[88].

Desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad

Pasco (2012) destacaba las circunstancias relacionadas:

---

84 LPCL, Artículo 75.

85 Reglamento, Artículo 84.

86 Constitución, Artículo 26, inciso 1.

87 LPCL, Artículo 79. Véase también: Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, Artículo 7, incisos 1 y 2.

88 LPCL, Artículos 79 y 76.

> Con la eventual disfuncionalidad entre el contrato y la realidad, ante el uso impropio de contratos, que tienen una finalidad, requisitos y características específicos, para cubrir el desempeño de tareas ordinarias, que debieran en puridad ser objeto de contratación común; esto es, situaciones de desnaturalización del contrato o de divergencia entre el contenido del mismo y la realidad (p. 504).

A propósito de esta *desnaturalización de los contratos de trabajo sujetos a modalidad*, se ha establecido que estos se considerarán como de duración indeterminada[89]: si el trabajador continúa laborando después del vencimiento del plazo acordado, "o después de las prórrogas pactadas, si éstas exceden del límite máximo permitido"[90]; cuando el contrato modal es uno para obra determinada o servicio específico y el trabajador continúa laborando después de concluidos la obra o servicio contratados sin convenirse una prórroga; si de haberse pactado un contrato de suplencia, el titular del puesto sustituido no se reincorpora cuando debe hacerlo y el trabajador suplente prosigue laborando, o cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude. También, cuando se "recontrata" bajo modalidad a un trabajador permanente cesado sin que haya transcurrido un año del cese[91].

Ciertamente, la contratación sujeta a modalidad no puede ser usada para limitar o perjudicar la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva, interferir en la actividad de las organizaciones sindicales, sustituir trabajadores en huelga o afectar la situación de los dirigentes protegidos por el fuero sindical[92]. Los trabajadores pueden interponer denuncias ante la Autoridad Administrativa de Trabajo o recurrir al Poder Judicial para solicitar la verificación de la naturaleza de los contratos de trabajo sujetos

---

89 LPCL, Artículo 77.

90 En rigor, debe entenderse que este supuesto de desnaturalización se concreta cuando el trabajador continúa laborando después del plazo acordado en el contrato original o en cualquiera de las prórrogas convenidas. Al parecer, la norma –con la curiosa redacción que hemos entrecomillado y que comentamos en esta nota– ha querido enfatizar la situación extrema: la continuación de la prestación de servicios cuando se trata de una prórroga cuyo vencimiento ha alcanzado el máximo permitido.

91 LPCL, Artículo 78.

92 Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, Artículo 7, inciso 3.

a modalidad, y tienen derecho "a impugnar la no renovación de un contrato para perjudicar el ejercicio de la libertad sindical y de negociación colectiva o en violación del principio de no discriminación" en procura de su reposición en el empleo y de las indemnizaciones, costos y costas que corresponda declarar judicialmente, sin perjuicio de la imposición de multas[93].

Tipos de contratos de trabajo sujetos a modalidad

Veamos brevemente los distintos *tipos de contratos de trabajo sujetos a modalidad*; concretamente, la definición legal de cada cual y sus peculiaridades:

Contratos de naturaleza temporal

– *Contrato por inicio o incremento de actividad*[94]
La contratación "temporal" *por inicio de nueva actividad* toma en cuenta el "inicio de una nueva actividad empresarial" y entiende por tal "tanto el inicio de la actividad productiva, como la posterior instalación o apertura de nuevos establecimientos o mercados, así como el inicio de nuevas actividades o el incremento de las ya existentes dentro de la misma empresa".

Su duración máxima es de tres años.

– *Contrato por necesidades del mercado*[95]
El contrato temporal *por necesidades del mercado* se celebra para "atender incrementos coyunturales de la producción, originados por variaciones sustanciales de la demanda en el mercado, aun cuando se trate de labores ordinarias que formen parte de la actividad normal de la empresa y que no pueden ser satisfechas con personal permanente".

La causa objetiva debe "sustentarse en un incremento temporal e imprevisible del ritmo normal de la actividad productiva, con exclusión de las

93 Ley 29245, Ley que regula los servicios de tercerización, Artículo 7, inciso 4.

94 LPCL, Artículo 57.

95 LPCL, Artículo 58.

variaciones de carácter cíclico o de temporada que se producen en algunas actividades productivas de carácter estacional".

Este contrato puede ser renovado sucesivamente hasta por cinco años.

– *Contrato por reconversión empresarial*[96]

El contrato "temporal" *por reconversión empresarial* se celebra por resultado de "la sustitución, ampliación o modificación de las actividades desarrolladas en la empresa, y en general [de] toda variación de carácter tecnológico en las maquinarias, equipos, instalaciones, medios de producción, sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos". Su duración máxima es de dos años.

Contratos de naturaleza accidental

– *Contrato ocasional*[97]

El contrato accidental *ocasional* se celebra para atender necesidades transitorias diferentes a la actividad usual del centro de trabajo. Su duración máxima es de seis meses al año.

– *Contrato de suplencia*[98]

El contrato accidental *de suplencia* se celebra con el objeto de que un trabajador sustituya a un trabajador estable de la empresa, cuyo vínculo laboral esté suspendido por alguna causa justificada prevista en la legislación.

El empleador deberá reservar el puesto a su titular, quien mantiene su derecho de readmisión; la reincorporación oportuna del trabajador suplido provoca la terminación del contrato de suplencia.

Esta modalidad comprende la cobertura de un puesto permanente de trabajo, cuyo titular debe desempeñar temporalmente otras tareas en el mismo centro de trabajo.

---

96 LPCL, Artículo 59.

97 LPCL, Artículo 60.

98 LPCL, Artículo 61.

El contrato de suplencia debe indicar la fecha de su extinción[99]. Su duración será la que sea necesaria según las circunstancias.

– *Contrato de emergencia*[100]
El contrato *de emergencia* se celebra para cubrir necesidades ocasionadas por caso fortuito (sucesos naturales) o fuerza mayor (sucesos atribuibles a terceros).

El caso fortuito o la fuerza mayor se configuran "por su carácter inevitable, imprevisible e irresistible"[101]. Su duración coincide con la de la emergencia.

Contratos para obra o servicio

– *Contrato para obra determinada o servicio específico*[102]
El contrato *para obra determinada o servicio específico* se celebra "con objeto previamente establecido y de duración determinada"[103].

---

99 Reglamento, Artículo 77.

100 LPCL, Artículo 62.

101 Reglamento, Artículo 78.

102 LPCL, Artículo 63. PASCO (2012) escribía: "El contrato para obra o servicio determinado está sometido a término final de carácter relativamente incierto, pues depende del tiempo que se invierta para la ejecución de la obra o la realización del servicio. No resulta adecuado al respecto el señalamiento de un plazo en tiempo fijo, pues si la obra o el servicio no quedaran concluidos se haría necesaria, bien una prórroga del contrato, bien una recontratación para el mismo objetivo; en la otra mano, si concluyeran antes de la fecha fijada, la obra estaría terminada pero el contrato subsistiría formalmente vigente. Ambas anomalías se superan si el término del contrato es la obra o el servicio mismos, pudiéndose, sí fijar un plazo máximo a efectos de que la ejecución no quede librada a la voluntad de la propia parte obligada" (p. 498).

103 Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido que: "no puede interpretarse la calificación de tales requisitos [objeto previamente establecido, duración determinada] fuera del marco constitucional"; que esta modalidad "no puede ser empleada para [la ejecución de] labores de naturaleza permanente que podrían ser realizadas por un trabajador estable", lo que "vulneraría el contenido del derecho al trabajo"; y que "si bien la norma legal que regula la modalidad 'por obra determinada' o 'servicio específico' prevé que pueden realizarse las renovaciones necesarias, ello no constituye

Podrán celebrarse las renovaciones que sean necesarias para la conclusión de la obra o servicio. Su duración será la que resulte necesaria[104].

No obstante, en algunas ocasiones la Justicia del Trabajo ha resuelto que el plazo máximo de duración de los contratos para obra determinada o servicio específico no debe ser mayor de ocho años[105].

---

una habilitación para que se contraten bajo obra determinada o servicio específico labores permanentes de la empresa que son igualmente realizadas por un trabajador de contratación indefinida en el mismo centro de labores", lo que "evidenciaría un fraude en el empleo de esta modalidad" (Tribunal Constitucional, Sentencia del 7 de noviembre de 2007; expediente 10777-2002-PA/TC, Lima; referida en: *Manual del Régimen Laboral*, actualización de noviembre de 2014, p. 14.3). También: "Un contrato por servicio específico se desnaturaliza cuando la causa objetiva de contratación, contenida en un contrato por incremento de actividad suscrito y ejecutado con anterioridad por el trabajador, es la misma y, además, no se especifica cuál es el servicio por el cual aquel es contratado. Ello evidencia que la utilización de dicha modalidad es utilizada con el único propósito de simular labores de naturaleza permanente" (Tribunal Constitucional, Sentencia del 14 de abril de 2010; expediente 5828-2009-PA/TC, Lima; referida en: *Manual del Régimen Laboral*, actualización de noviembre 2014, p. 14.5). "De acuerdo a [sic] su naturaleza, el contrato de trabajo para servicio específico es de duración determinada, ya que tiene como elemento justificante para su celebración la temporalidad, ocasionalidad [sic] o transitoriedad del servicio que se va a prestar. En consecuencia, si se contrata a un trabajador mediante esta modalidad para que desempeñe labores de naturaleza permanente y no temporal, se habría simulado la celebración de un contrato de duración determinada, en vez de uno de duración indeterminada" (*ibid.*).

104 Las partes pueden convenir la duración del contrato para obra determinada o servicio específico, pero esta "sólo podrá mantenerse en dicha calidad hasta el cumplimiento del objeto del contrato" (Reglamento, Art. 79).

105 Corte Suprema de Justicia de la República, Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria; Sentencia del 20 de marzo de 2007; casación 2182-2005 Puno: "Si bien esta forma de contratación laboral [para obra determinada o servicio específico] [...] no se encuentra sometida expresamente a un plazo máximo para su duración, ello en modo alguno puede distorsionar su especial naturaleza accidental y temporal al punto de aperturar [sic] por este vacío un supuesto de ejercicio abusivo del derecho [...] por tal razón su límite temporal debe ser definido en cada caso concreto" (sexto considerando). "[...] esta sala suprema [...] entiende que los servicios prestados por el actor por un lapso superior a los ocho años acarrean sin duda alguna la desnaturalización del contrato de trabajo modal [...]" (noveno considerando). Entre otras ejecutorias, también: Corte Suprema de Justicia de la República, Sala Transitoria de Derecho

– *Contrato intermitente*[106]

El contrato *intermitente* se celebra "para cubrir las necesidades de las actividades de la empresa que por su naturaleza son permanentes pero discontinuas"[107].

En el "contrato escrito" deberá indicarse con la mayor precisión las circunstancias o condiciones que deben ocurrir para que se reanude en cada ocasión la labor intermitente[108].

Sentado lo anterior –la celebración de un contrato intermitente, de carácter permanente, pero con períodos de "suspensión perfecta"[109]–, es posible también que los contratos intermitentes se efectúen con un mismo trabajador[110], quien tendrá un *derecho preferencial* en la [re]contratación[111]. Tal derecho puede consignarse en el contrato primigenio y opera automáticamente, "sin necesidad de requerirse de nueva celebración de contrato o renovación"[112].

Constitucional y Social; Sentencia del 4 de julio de 2006; casación 1004-2004; y: Corte Suprema de Justicia de la República, Primera Sala de Derecho Constitucional y Social; Sentencia del 30 de enero de 2006; casación 1809-2004 Lima.

106 LPCL, Artículos 64 al 66.

107 Por ello, el contrato intermitente "suele ser permanente en el tiempo con períodos de suspensión perfecta de la relación laboral" (*Manual del Régimen Laboral*, actualización de noviembre de 2014, p. 14.6).

108 En consecuencia, el contrato intermitente es un "contrato con vocación de permanencia con períodos de prestación de servicios seguidos de suspensión perfecta de labores" (*ibid.*).

109 La "suspensión perfecta" del contrato de trabajo se produce "cuando cesa temporalmente la obligación del trabajador de prestar el servicio y la del empleador de pagar la remuneración respectiva, sin que desaparezca el vínculo laboral" (LPCL, Artículo 11, primer párrafo).

110 Así, existirán "varios contratos intercalados con los períodos en los que no se presta el servicio" (*Manual del Régimen Laboral*, actualización de noviembre de 2014, p. 14.6).

111 Como ocurre con los contratos de temporada, entendemos que el tratamiento legal de los contratos intermitentes considera tres opciones: "contratos independientes, que se celebran en cada oportunidad en que los servicios son requeridos; derecho de preferencia, que otorga una prioridad para el reingreso; y suspensión, que supone un solo contrato que sufre interrupciones" (Mario Pasco Cosmópolis, 2012, p. 499).

112 Debe entenderse, sin necesidad de que tales contratos o renovación se realicen por

El término para ejercitar este derecho de preferencia es de cinco días hábiles, contados desde la notificación al trabajador del reinicio de la actividad en el centro de trabajo[113].

En cualquier supuesto, el tiempo de servicios y los derechos o beneficios sociales del trabajador bajo esta modalidad se determinan en función del tiempo efectivamente laborado.

– *Contrato de temporada*[114]

El contrato *de temporada* se celebra para "atender necesidades propias del giro de la empresa o establecimiento, que se cumplen sólo en determinadas épocas del año y que están sujetas a repetirse en períodos equivalentes en cada ciclo en función a la naturaleza de la actividad productiva".

Esta modalidad puede usarse igualmente por los empleadores que desempeñen actividades de carácter continuo y permanente durante todo el año para atender los incrementos regulares y periódicos del nivel de la actividad normal de la empresa, resultantes de un aumento sustancial de la demanda durante una parte del año. También, para la contratación de personal en las ferias.

En estos contratos deberán constar por escrito: la duración de la temporada, la naturaleza de la actividad del empleador y la de las labores del trabajador.

Si el trabajador es contratado por un mismo empleador por dos temporadas consecutivas o tres alternadas, tendrá derecho a ser contratado en las temporadas siguientes. Al efecto, el trabajador deberá presentarse ante el empleador dentro de los quince días anteriores al inicio de la temporada, vencidos los cuales caducará su derecho de readmisión. La duración de estos contratos depende de la amplitud de la temporada.

---

escrito. En otras palabras, podrá haber varios contratos intermitentes (sucesivos) celebrados con el mismo trabajador pero solo el contrato original deberá constar por escrito.

113 Reglamento, Artículo 80.

114 LPCL, Artículos 67 al 71.

4.2.1.2. CONTRATOS DE TRABAJO PARA EXPORTACIÓN NO TRADICIONAL

El decreto Ley 22342, Ley de Promoción de Exportaciones No Tradicionales, regula el régimen laboral de los *contratos para atender operaciones de exportación no tradicional*[115].

Destacamos los aspectos siguientes:

– Por el contrato para exportación no tradicional se conviene la prestación de servicios de producción para exportación de materias primas o manufacturas no tradicionales en empresas industriales entregadas a la exportación no tradicional, que ejecuten esta función directamente o por intermedio de terceros, y que exporten el 40 % del valor de su producción anual efectivamente vendida.

– Las empresas industriales de exportación no tradicional pueden contratar personal eventual en el número que requieran, *con sujeción a las reglas previstas para la celebración de contratos de trabajos sujetos a modalidad*, a fin de atender operaciones de producción para exportación en las condiciones señaladas a continuación: la contratación requiere la existencia de un contrato de exportación u orden de compra o documento que la origine y un programa de producción de exportación para satisfacerlos; los contratos se celebrarán para obra determinada en términos de la totalidad del programa y/o de sus labores parciales integrantes y podrán realizarse entre las partes cuantas veces sea necesario; en cada contrato debe especificarse la labor a efectuar[116] y el contrato de exportación u orden de compra o documento

---

115 Los contratos para exportación no tradicional son actualmente muy criticados. Entre otros, por GONZALES RAMÍREZ (2016, p. 54), ARCE ORTIZ (2013, pp. 196-197), PASCO COSMÓPOLIS (2012, p. 501) y CUADROS LUQUE y SÁNCHEZ REYES (2008a, pp. 153-170; 2008b, pp. 140-141).

116 Estas labores deben indicarse también en el contrato de exportación u orden de compra o documento que la origine, "como supuesto habilitante para la celebración del contrato de trabajo" (*Manual del Régimen Laboral*, actualización de junio 2015, p. 16.1).

que origine la exportación, y el contrato debe constar por escrito sin requerir ser presentado a la Autoridad Administrativa de Trabajo[117].

Surge una duda acerca de qué trabajadores pueden contratarse mediante los contratos de trabajo para exportación no tradicional. Al parecer,

> podrán ser aquellos dedicados propiamente al desarrollo de la actividad productiva, como sucede con los trabajadores de planta que fabrican o elaboran los productos destinados a la exportación. Sin embargo, es más dudoso el tema en el caso de los trabajadores administrativos de la empresa. [...] la contratación temporal de trabajadores bajo el régimen de exportación no tradicional puede implicar también al personal administrativo siempre que esté vinculado directamente a las labores de la producción a exportarse. [...] Todas aquellas actividades que formen parte indispensable del sistema correspondiente a la producción a ser exportada serán pasibles de ser cubiertas mediante contratos de exportación no tradicional, sean operativas y/o administrativas (Gonzales Ramírez, 2016, p. 57).

---

117 En rigor, debe aplicarse el Artículo 72 de la LPCL: "Los contratos de trabajo a que se refiere este título [De los contratos de trabajo sujetos a modalidad] necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado [...]". Y no obstante los Artículos 80 –"Los contratos de trabajo del régimen de exportación de productos no tradicionales a que se refiere el Decreto Ley n.º 22342 [Ley de Promoción de Exportaciones No Tradicionales] se regulan por sus propias normas. Sin embargo, le[s] son aplicables las normas establecidas en esa Ley sobre aprobación de los contratos. [...]"–, 83 de la LPCL –sobre la aplicación supletoria de esta a propósito de los "Requisitos formales para la validez de los contratos" de trabajo sujetos a modalidad "en cuanto no se oponga a la normatividad específica" de la contratación laboral del régimen de exportación no tradicional–, y 32, inciso d, del Decreto Ley 22342 –respecto a que el contrato de trabajo del régimen de exportación no tradicional "será presentado a la Autoridad Administrativa de Trabajo, para su aprobación dentro de sesenta (60) días, vencidos los cuales si no hubiere pronunciamiento se tendrá por aprobado"–. Creemos que *los contratos de trabajo con empresas industriales de exportación no tradicional no requieren ser presentados a la Autoridad Administrativa de Trabajo*, por la deficiente redacción del Artículo 80 ("sin embargo", "esa Ley") aludido y porque la LPCL no prevé tal presentación entre los requisitos formales establecidos para la contratación sujeta a modalidad.

A propósito del plazo de contratación, el Tribunal Constitucional ha resuelto que:

> La sola suscripción de un contrato de trabajo sujeto a esta modalidad por más de diez años no puede ser considerada como un supuesto de desnaturalización, salvo que se demuestre que la empleadora no es una empresa industrial de exportación no tradicional o si en el contrato no se consigna en forma expresa la causa objetiva determinante de la contratación; que es el contrato de exportación, orden de compra o documentos que la originan y el programa de producción de exportación para satisfacer el contrato o la orden[118].

Los trabajadores contratados según las reglas del régimen laboral de los contratos de trabajo para exportación no tradicional tienen derecho a percibir los mismos beneficios que por ley, pacto o costumbre tuvieran los trabajadores del respectivo centro de trabajo contratados a plazo indeterminado; y a la estabilidad laboral durante el tiempo que dure el contrato, una vez superado el período de prueba[119].

Toda vez que los contratos de trabajo para exportación no tradicional son contratos sujetos a modalidad[120], la indemnización por el despido arbitrario de dichos trabajadores es la misma que la fijada en tal caso para cualesquiera de aquellos contratos: una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato con el límite de doce remuneraciones[121].

4.2.1.3. CONTRATOS DE TRABAJO EN LOS CETICOS Y EN ZONA FRANCA

Los contratos de trabajo de ejecución en los Ceticos –Centros de Exportación, Transformación, Industria, Comercialización y Servicios, ubicados

---

118 Tribunal Constitucional, Sentencia del 5 de noviembre de 2010; expediente 1148-2010-PA/TC, Arequipa; referida en: *Manual del Régimen Laboral*, actualización de junio 2015, p. 16.2.

119 LPCL, Artículos 83 y 79.

120 Capítulo IX –"De los otros contratos sujetos a modalidad"– del Título II –"De los contratos de trabajo sujetos a modalidad"– de la LPCL.

121 LPCL, Artículo 76.

en las ciudades de Ilo, Matarani y Paita– y en la Zofratacna –Zona Franca y Zona Comercial de Tacna– se regulan por normas especiales[122].

Los contratos de trabajo en los Ceticos pueden ser de duración indeterminada o a plazo determinado. En el segundo supuesto deben respetar las formalidades establecidas para los contratos de trabajo sujetos a modalidad, al tiempo que su uso debe sustentarse en una necesidad eventual y accidental –en función de los servicios que pueden prestarse en los Ceticos–[123].

4.2.2. ATIPICIDAD RESPECTO A LA DURACIÓN DE LA JORNADA DE TRABAJO

Desarrollamos sintéticamente los contratos de trabajo a tiempo parcial y las jornadas acumulativas.

4.2.2.1. CONTRATO DE TRABAJO A TIEMPO PARCIAL[124]

En el más amplio sentido, los *contratos de trabajo a tiempo parcial* son los contratos de jornada incompleta o reducida[125], también llamados *part*

---

122 De acuerdo con el Artículo 81 de la LPCL, los contratos temporales de trabajo que se ejecuten en las zonas francas así como los correspondientes a cualquier otro régimen especial –es decir, los contratos de trabajo en los Ceticos– se regulan por sus propias normas. Adviértase que cuanto importa respecto a los contratos relativos a los Ceticos y a la Zofratacna es el lugar de su ejecución y no el de la suscripción de los documentos que los recogen (véase ARCE ORTIZ, 2013, p. 196).

123 Véase *Manual del Régimen Laboral*, actualización de junio de 2015, p. 17. Solo están exceptuadas de justificar tal eventualidad a la vez que pueden contratar trabajadores por el lapso que sea necesario, las empresas que estaban establecidas en el Ceticos de Ilo al momento de entrada en vigencia del Decreto legislativo 842 (esto es, el 31 de agosto de 1996) (véase *Manual del Régimen Laboral*, actualización de julio de 2013, p. 18.1).

124 Al respecto puede verse FERNANDO GARCÍA GRANARA (2003, pp. 145-173), cuyas secciones I, II y III versan, respectivamente, sobre las "Notas típicas de la contratación a tiempo parcial", "La regulación del contrato a tiempo parcial" y "La regulación parcial de los beneficios laborales en los trabajadores a tiempo parcial".

125 "El contrato a tiempo parcial se considera especial en tanto no responde al modelo de contratación a jornada completa" (GARCÍA GRANARA, 2003, p. 145).

time. Conciernen, pues, a una jornada de trabajo de duración inferior a la jornada ordinaria establecida por el empleador[126].

Por consiguiente, estos contratos de trabajo a tiempo parcial son atípicos respecto a la duración de la jornada de trabajo.

Ahora bien, conforme a la LPCL (Art. 4) y al Reglamento (Arts. 11 a 13):

– Por el contrato de trabajo a tiempo parcial, las partes acuerdan una jornada de trabajo inferior a cuatro horas diarias[127].

– El empleador no tiene límites para la celebración de estos contratos de trabajo a tiempo parcial. De esta manera, la contratación laboral a tiempo parcial no es excepcional sino abierta (García Granara, 2003, p. 153).

– Los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a todos los beneficios laborales, siempre que para su goce o percepción no sea requisito cumplir, al menos, cuatro horas diarias de labor. Así, por ejemplo, los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a vacaciones[128]

---

126 Por jornada parcial "se entiende aquella que resulta menor de ocho horas o inferior a la que rige en el centro de trabajo" (*Compendio Laboral*, AELE, Lima, 2011, p. 158). Según García Granara (2003), "la idea del contrato a tiempo parcial consiste en un contrato de trabajo con un pacto de jornada inferior a la que rige para el trabajador a tiempo completo, que pueda ser comparable" (p. 149). En sentido similar, Rendón Vásquez (2001): "No existen definiciones de las jornadas y semanas a tiempo completo y a tiempo parcial. Se podría decir que las primeras son aquellas establecidas con carácter general en un centro de trabajo que se aproximan a las máximas señaladas por la Constitución [ocho horas diarias, cuarenta y ocho horas semanales]; las segundas son jornadas y semanas inferiores a las primeras" (p. 241).

127 Reglamento, Artículo 11: "Los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a los beneficios laborales, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro (4) horas diarias de labor". Con un enfoque basado en la legislación relativa a la remuneración mínima, Rendón Vásquez (2001) consigna que "la jornada de cuatro horas o más da derecho a percibirla; si es inferior a cuatro horas, la remuneración mínima a pagarse es proporcional al tiempo de trabajo. Se considera, por ello, que el trabajo a tiempo parcial es el cumplido en períodos diarios menores de cuatro horas" (p. 241). En cualquier circunstancia, la legislación nacional –al parecer– tendría una "concepción estricta" sobre el trabajo en régimen de tiempo parcial, de jornada incompleta o reducida o *part-time*: solamente sería tal el trabajo prestado en una jornada inferior a cuatro horas diarias.

128 Por lo menos, seis días por año. Esto, con base en el Convenio sobre las vacaciones

y a seguro de vida, y perciben la asignación familiar, las gratificaciones legales –por Fiestas Patrias y Navidad– y la participación en las utilidades de la empresa; pero no tienen derecho a la compensación por tiempo de servicios ni gozan de protección contra el despido arbitrario[129].

– Con vistas a establecer el derecho a aquellos beneficios laborales y para la determinación del cumplimiento de dicho requisito (cuatro horas diarias de labor), se considera el promedio resultante de dividir el número de horas de la jornada semanal del trabajador entre cinco o seis días –según corresponda–[130].

---

pagadas, 1936 (n.º 52) de la OIT –ratificado por el Perú–; que no sujeta el derecho al descanso vacacional al cumplimiento de una jornada diaria específica: "Toda persona a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, después de un año de servicio continuo, a unas vacaciones anuales pagadas de seis días laborables, por lo menos" (Art. 2, párr. 1); y aun cuando el Reglamento del decreto legislativo 713, sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, aprobado mediante el decreto supremo 12-92-TR del 2 de diciembre de 1992, dispone que tiene derecho a descanso vacacional (treinta días) el trabajador que cumpla una jornada ordinaria mínima de cuatro horas (diarias) siempre que haya cumplido, dentro del año de servicios, el récord vacacional pertinente (art. 11). En suma, "ni la Constitución [Art. 25, segundo párrafo *ab initio*: "Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados"] ni el Convenio excluyen a los trabajadores que laboran menos de cuatro horas y, por tanto, tendría derecho al descanso vacacional" (García Granara, 2003, p. 158).

129 LPCL, Artículo 22 (primer párrafo): "Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada". Esto, pese a que el Artículo 27 de la Constitución preceptúa lisamente y sin distinciones: "La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario". En consecuencia, se ha entendido que la previsión normativa contenida en el Artículo 22 transcrito es inconstitucional: niega la protección contra el despido arbitrario a los trabajadores contratados a tiempo parcial (véase Gonzales Ramírez, 2016, p. 82; también García Granara, 2003, pp. 157-158, quien también extiende la inconstitucionalidad del Artículo 22 de la LPCL respecto a los Artículos 2 inciso 2 –receptor del principio de igualdad ante la ley– y 23 –sobre el derecho al empleo– de la Constitución).

130 La jornada semanal del trabajador podría ser, por ejemplo, de dos, tres o cuatro días –esto es, menor a la jornada semanal corriente en el centro de trabajo: por ejemplo, de cinco o seis días– y tener jornadas de cuatro o más horas por día de trabajo (véase *Manual del Régimen Laboral*, actualización de mayo de 2010, p. 16).

– El contrato de trabajo a tiempo parcial debe celebrarse y constar necesariamente por escrito[131]. Sin embargo, nada se dice explícitamente respecto al carácter de esta forma escrita[132]: a saber, si aquella constituye un requisito indispensable para la validez (forma *ad solemnitatem*) o la prueba (forma *ad probationem*) de estos. Algunos autores afirman que son contratos formales *ad solemnitatem*[133]; otros, en cambio, sostienen que son contratos formales *ad probationem*[134]. En cualquier caso y desde un punto de vista práctico, la inobservancia de la forma escrita para el contrato de trabajo a tiempo parcial determina que: de ser esta *ad probationem*, el acto "no puede hacerse valer, no produce en realidad efecto alguno"[135]; de ser ella *ad solemnitatem*, el acto inexistente por deficiencia de forma tampoco surte efectos[136].

– Para su registro, los contratos de trabajo a tiempo parcial deben ser puestos en conocimiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo dentro de los quince días naturales (calendario) de su suscripción[137]. Esta obligación es "netamente informativa" (Gonzales Ramírez, 2016, p. 79). En consecuencia, su incumplimiento –aunque importa una infracción en

---

131 LPCL, Artículo 4; Reglamento, Artículo 13.

132 LPCL, Artículo 4 (tercer párrafo): "También puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna". Reglamento, Artículo 13 (*ab initio*): "El contrato a tiempo parcial será celebrado necesariamente por escrito".

133 Véase Gonzales Ramírez (2016, p. 79), Toyama Miyagusuku (2015, p. 79 y nota 122) y Arce Ortiz (2013, pp. 313-314).

134 Véase García Granara (2003, p. 154) y Rendón Vásquez (2001, p. 242). En verdad, "es inocultable que los legisladores, y aun los codificadores civiles, no se percatan con frecuencia de las importantes consecuencias de esta regla ["Sólo deben considerarse actos solemnes aquellos para los cuales la ley sanciona con nulidad la ausencia de la forma prescrita"], e imponen formas a determinados actos, como requisitos para su validez pero sin sancionar con nulidad su inobservancia, lo que determina que el acto, pese a la deficiencia de la forma prescrita, conserve su validez" (De la Puente y Lavalle, 2001, t, I, p. 137).

135 Véase De la Puente y Lavalle (2001, t. II, p. 144), a propósito, en general, de los contratos *ad solemnitatem*.

136 Véase también De la Puente y Lavalle (2001, t. II, p. 144), a propósito, en general, de los contratos *ad probationem*.

137 Reglamento, Artículo 13. En Lima y Callao, el registro se realiza a través del portal institucional (vía web) del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

materia de relaciones laborales–[138] no repercute sobre la validez o eficacia del contrato de trabajo a tiempo parcial[139] (véase Gonzales Ramírez, 2016, p. 81).

Cuando el trabajador labora menos de cuatro horas diarias en promedio, debe percibir, por lo menos, una remuneración equivalente a la parte proporcional de la remuneración mínima vigente; para este cálculo, se toma como base el correspondiente a la jornada ordinaria del centro de trabajo donde presta servicios[140].

Adicionalmente, cabe entender que los contratos de trabajo a tiempo parcial:

– Pueden celebrarse por tiempo indeterminado o a plazo fijo.

– Pueden concertarse para la prestación de cualesquiera tareas: permanentes o temporales, ordinarias o complementarias[141].

– Admiten las horas extraordinarias –horas extras– de trabajo[142]. Ello no obstante y desde la óptica del empleador, no creemos prudente la concesión habitual de horas extras a los trabajadores contratados en régimen de tiempo parcial: en aplicación del principio de la primacía de la realidad y respecto a ellos, podría sostenerse razonablemente la existencia de una

---

138 Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo (aprobado por el decreto supremo 19-2006-TR del 28 de octubre de 2006), Artículo 23.1: es infracción leve en materia de relaciones laborales, "No comunicar y registrar ante la autoridad competente, en los plazos y con los requisitos previstos, documentación o información siempre que [el incumplimiento] no esté tipificado como infracción grave".

139 Para Fernando García Granara (2003), "la comunicación al Ministerio de Trabajo tiene fines exclusivos de registro y no de control de la legalidad" del contenido y efectos del contrato de trabajo a tiempo parcial (p. 154).

140 Decreto supremo 16 del 31 de octubre de 1962, Artículo 3; resolución ministerial 91-92-TR del 3 de abril de 1992, Artículo 3.

141 Véase *id.*, actualización de mayo 2010, p. 16. También *Compendio Laboral* (AELE, Lima, 2011, p. 158).

142 Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo (Decreto supremo 8-2002-TR del 3 de julio de 2002), Artículo 20: "Se considera trabajo en sobretiempo a aquel que exceda de la jornada ordinaria vigente en el centro de trabajo, aun cuando se trate de una jornada reducida".

jornada ordinaria de duración superior a la convenida documentalmente y, de ser el caso, pretenderse el otorgamiento de los derechos y beneficios que requieran la prestación de servicios en régimen de tiempo completo o, por lo menos, en una jornada diaria de cuatro o más horas[143].

En otro orden, se ha sostenido que cuando acordados verbalmente, el trabajador tendría derecho a gozar los derechos y a percibir los beneficios previstos para los trabajadores que laboran cuatro horas diarias o más (Gonzales Ramírez, 2016, p. 80); y que por eso mismo y con relación al empleador, la inobservancia de la forma escrita restaría "rentabilidad" a la contratación laboral a tiempo parcial (Gonzales Ramírez, 2016, p. 81). Sin embargo, debemos tener presente que la inobservancia de la forma escrita no implica considerar a ultranza que la relación laboral esté sujeta a una jornada a tiempo completo o, en toda circunstancia, superior a cuatro horas diarias; en rigor, habrá que evaluar individualmente cada caso para esclarecer, en los hechos, si ocurrió o no una ampliación de la jornada de trabajo, y así determinar qué derechos o beneficios asisten al trabajador[144].

4.2.2.2. JORNADAS ACUMULATIVAS DE TRABAJO[145]

Son también contratos de trabajo atípicos, respecto a la duración de la jornada de trabajo, los que generan una prestación de servicios en *jornadas acumulativas*.

---

143 Se habla, entonces, de la "desnaturalización" de la contratación a tiempo parcial, que "se produce cuando una supuesta jornada parcial pactada es en la realidad a tiempo completo; es decir, cuando en los documentos hay un contrato a tiempo parcial, pero en los hechos el trabajador en cuestión labora por un tiempo igual o por encima de las cuatro (4) horas diarias o en promedio a la semana. La intervención en estos casos del principio de primacía de la realidad resulta crucial para descubrir que las labores evaluadas se realizan en una jornada ordinaria pese al contrato a tiempo parcial formalmente celebrado" (Gonzales Ramírez, 2016, p. 77).

144 Como afirma Rendón Vásquez (2001), "la ausencia de documento escrito por las partes hace presumir la existencia de un contrato a tiempo completo, presunción que podría ser desvirtuada por cualquier medio probatorio que demostrase el tiempo parcial" (p. 242).

145 Al respecto, puede verse Raúl Saco Barrios (2006, pp. 107-144).

Las jornadas acumulativas implican una acumulación de horas y días de labor, y de días de descanso. Permítasenos recordar que ellas:

> Aparecen impuestas por la realidad, las exigencias de la producción, los intereses de los propios trabajadores, la naturaleza de las cosas y la razón misma. Al parecer, su desconocimiento o rechazo implicaría la imposibilidad de desarrollar determinadas actividades o, en todo caso, una drástica subida de los costos para la operación de éstas (Saco Barrios, 2006, p. 118).

Son empleadas comúnmente en la minería y la explotación de petróleo.

Pasco explicaba que en las jornadas acumulativas, "la jornada ordinaria máxima es sobrepasada en el día y en la semana, sin que el exceso sea reputado como trabajo extraordinario, y que será compensado no con el pago de una remuneración con sobretasa sino con descanso" (Pasco Cosmópolis, 2003a, p. 621). Se las llama igualmente "jornadas compensatorias" (Vega Ruiz, 2005, p. 124).

Sobre el punto, el Artículo 25 (primer párrafo) de la Constitución dispone:

> La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. En caso de jornadas acumulativas o atípicas, el promedio de horas trabajadas en el período correspondiente no puede superar dicho máximo.

Interesan también: el Convenio (núm. 1) sobre las horas de trabajo (industria), 1919 –ratificado por el Perú mediante la resolución legislativa 10195 del 23 de marzo de 1945–; el decreto legislativo 713, sobre descansos remunerados[146]; la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 854, aprobado por el decreto supremo 7-2002-TR del 3 de julio de 2002); el

---

146 Decreto Legislativo 713, Artículo 2: "Cuando los requerimientos de la producción lo hagan indispensable, el empleador podrá establecer regímenes alternativos o acumulativos de jornadas de trabajo y descansos respetando la debida proporción, o designar como día de descanso uno distinto al domingo, determinando el día en que los trabajadores disfrutarán del descanso sustitutorio en forma individual o colectiva".

decreto supremo 8-2002-TR del 3 de julio de 2002, Reglamento de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, y con relación a la minería, el decreto supremo 3-94-EM del 14 de enero de 1994, que aprueba el Reglamento de diversos títulos del Texto Único Ordenado de la Ley General de Minería.

Con todo, la negociación colectiva parece la vía mejor para establecer y regular estas jornadas acumulativas de trabajo[147].

En este contexto, el Tribunal Constitucional ha resuelto[148] –a título de "precedente vinculante"[149]– que las jornadas atípicas:

> En cualquier tipo de actividades laborales, no pueden superar el promedio de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana, ya sea que se trate de un período de tres semanas, o de un período más corto, como lo dispone la Constitución y el Convenio n.º 1 de la OIT. Considerando que el artículo 25 de la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarentiocho [sic] horas semanales, ésta prevalecerá sobre cualquier disposición internacional o interna que imponga una jornada semanal mayor, puesto que se trata de una norma más protectora[150].

---

147 Véase RENDÓN VÁSQUEZ (2001, p. 213). También SACO BARRIOS (2006, p. 136). El Artículo 5 del Convenio (n.º 1) sobre las horas de trabajo (industria), 1919, *cit.*, considera la posibilidad de recurrir a la negociación colectiva "en los casos excepcionales en que se considere inaplicables los límites señalados en el Artículo 2 [ocho horas por día y cuarenta y ocho horas por semana]" (párrafo 1); sin embargo, "la duración media del trabajo, calculada para el número de semanas determinado en dichos convenios, no podrá en ningún caso exceder de cuarenta y ocho horas por semana" (párr. 2).

148 Tribunal Constitucional, Sentencia del 17 de abril de 2006; expediente 4635-2004-AA/TC, sobre el proceso de amparo seguido por el Sindicato de Trabajadores de Toquepala y Anexos contra Southern Perú Copper Corporation.

149 Código Procesal Constitucional, Artículo VII del Título Preliminar: "Precedente. Las sentencias del Tribunal constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente". En el punto 4 de la parte resolutiva de la sentencia citada, se precisa que "los criterios previstos en los fundamentos 28, 29 [...] constituyen precedente vinculante inmediato".

150 Tribunal Constitucional, sentencia del 17 de abril de 2006, *cit.*, fundamento 29.

El Tribunal Constitucional también ha estimado que: "En el caso particular de los trabajadores mineros, la jornada razonable de trabajo no puede ser mayor de ocho horas diarias y debe considerar una jornada semanal razonable, atendiendo a las específicas condiciones laborales de los trabajadores mineros"[151]. El mismo Tribunal Constitucional ha aclarado que:

> No son compatibles con la Constitución las jornadas atípicas o acumulativas que en promedio superen las ocho horas diarias y cuarentiocho [sic] semanales para un período de tres semanas, o un período más corto [...]. Ello no quiere decir que las jornadas acumulativas, atípicas o concentradas sean de tres semanas, *sino que su promedio se computa en períodos de tres semanas*. Por tanto, las jornadas acumulativas, atípicas o concentradas que superen tal promedio, no serán compatibles con la Constitución[152].

También como precedente vinculante y a propósito de las jornadas acumulativas, el Tribunal Constitucional ha introducido un "*test* de protección de la jornada máxima para los trabajadores mineros"[153]. Si no se satisface, "procederá la limitación de las jornadas acumulativas o atípicas"[154]: "La jornada razonable de trabajo no puede ser mayor de ocho horas diarias y debe considerar una jornada semanal razonable, atendiendo a las específicas condiciones laborales de los trabajadores mineros"[155].

En cualquier circunstancia, las jornadas acumulativas que en promedio superen las ocho horas diarias y cuarenta y ocho semanales para un período de tres semanas, o un período más corto, "son incompatibles con la Constitución"[156].

---

151 *Ibid.*, fundamento 28.

152 Tribunal Constitucional, resolución del 11 de mayo de 2006; mediante la que se resuelve un pedido de aclaración de la sentencia del 17 de abril de 2006, *cit.*; fundamento 14 de aquella respecto al fundamento 29 de esta.

153 Tribunal Constitucional, resolución del 11 de mayo de 2006, *cit.*, fundamento 15; respecto al fundamento 28 de la sentencia del 17 de abril de 2006, *cit.*

154 Tribunal Constitucional, resolución del 11 de mayo de 2006, *cit.*, fundamento 16.

155 Tribunal Constitucional, sentencia del 17 de abril de 2006, *cit.*, fundamento 28.

156 Tribunal Constitucional, sentencia del 17 de abril de 2006, *cit.*, punto 3 del fallo –con

4.2.3. ATIPICIDAD RESPECTO AL LUGAR DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Tratamos sucintamente el contrato de trabajo a domicilio y el teletrabajo.

4.2.3.1. CONTRATO DE TRABAJO A DOMICILIO

El *contrato de trabajo a domicilio* es un *contrato atípico* respecto al lugar donde se presta el servicio.

Por lo común, el trabajador labora en el centro de trabajo o establecimiento del empleador[157]. Excepcionalmente, algunos trabajadores se desempeñan fuera de tales ambientes: choferes, vendedores, cobradores, visitadores médicos…

El contrato de trabajo a domicilio configura una situación singular: el trabajador labora en su domicilio –en su propia casa–. Generalmente, es utilizado para la realización de actividades vinculadas con la industria y con la artesanía[158].

El contrato de trabajo a domicilio tiene las especificidades siguientes:

---

la redacción de reemplazo insertada por el mismo Tribunal Constitucional, resolución del 11 de mayo de 2006, *cit.*, fundamento 17, letra c–.

157 "Sin duda, dicha particularidad es sumamente importante, tanto así que representa un indicio de *laboralidad* que ante su acreditación contribuye enormemente al reconocimiento de una relación de trabajo" (Gonzales Ramírez, 2016, p. 89; cursivas añadidas).

158 Para Gonzales Ramírez (2016), "El trabajo a domicilio se sustenta en la necesidad de atender un sector de la actividad económica que dado su desarrollo exige formas especiales de vinculación laboral. Con mayor incidencia esta forma de contratación laboral se presenta en el sector de la manufactura y confecciones, a través del cual las empresas textiles encargan a determinados trabajadores las confecciones de prendas de vestir u otros artículos desde su domicilio u otro lugar […] distinto al centro de trabajo del empleador" (pp. 89-90). Según Rendón Vásquez (2001), el trabajo a domicilio es utilizado "en la confección de prendas de vestir, en la industria del calzado, en la copia de textos y en otras actividades donde se pone en juego la habilidad personal del trabajador, los instrumentos de producción son relativamente pequeños y no se requiere el trabajo inmediato en cadena" (p. 706).

– El trabajo se realiza en el domicilio del trabajador y tolera, por eso mismo, la intervención de ayudantes.

– Dichas peculiaridades no afectan el elemento personalísimo –esencial al contrato de trabajo–. Entre otros motivos, porque es muy difícil o prácticamente imposible verificar o controlar tal suceso.

– La subordinación se exterioriza a través de instrucciones para ejecutar el trabajo y el control de la obra efectuada. Los instrumentos de trabajo pueden ser entregados al trabajador por el empleador o proporcionarlos este a cambio de una retribución; en cualquier circunstancia, el empleador es quien pone la materia prima para la realización de la tarea (Gonzales Ramírez, 2016).

En esta línea, el Artículo 5 de la LPCL establece:

> Los servicios para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa sólo por el trabajador como personal natural. No invalida esta condición que el trabajador pueda ser ayudado por familiares directos que dependan de él, siempre que ello sea usual dada la naturaleza de las labores.

Adicionalmente, la LPCL (Arts. 87 a 96) y el Reglamento (Art. 106), regulan el contrato de trabajo a domicilio. Entre otros aspectos:

– "Trabajo a domicilio" es el que se ejecuta, habitual o temporalmente, de forma continua o discontinua, por cuenta de uno o más empleadores, en el domicilio del trabajador o en el lugar designado por el empleador, sin su supervisión directa e inmediata. El empleador tiene la facultad de regular el método y las técnicas del trabajo que se va a realizar. En la producción de bienes inmateriales y salvo que exista pacto expreso en contrario, el derecho a la propiedad intelectual del bien producido lo reserva el empleador.

– El contrato de trabajo a domicilio se celebra por escrito y en triplicado; una de estas copias debe remitirse a la Autoridad Administrativa de Trabajo para su registro[159].

---

159 LPCL, Artículo 91. En Lima y Callao, el registro se realiza vía web en el denominado

4.2.3.2. TELETRABAJO

Por *teletrabajo* entendemos, en general, "el trabajo a distancia prestado mediante el uso de las telecomunicaciones" (Saco Barrios, 2007, p. 331). En particular y para el Derecho del Trabajo, *teletrabajo* es eso mismo: el trabajo a distancia prestado mediante el uso de las telecomunicaciones; aunque de manera personal, remunerada y subordinada. De todos modos, admitimos que "el teletrabajador aplica habitual y principalmente la telemática: utiliza conjuntamente las técnicas de la telecomunicación y de la informática para la transmisión a distancia de información" (Saco Barrios, 2007, p. 333).

A saber, el desenvolvimiento de la informática y de la electrónica:

> Al segmentar las etapas de producción de bienes que anteriormente requerían grandes máquinas, como en la actividad editorial y de imprenta, o un contacto inmediato permanente, como en la labor del secretariado, ha impulsado el trabajo a domicilio, el que puede efectuarse también como teletrabajo, una modalidad en la cual la labor y su resultado pueden ser encargados y transmitidos a través de la comunicación electrónica (Rendón Vásquez, 2001, pp. 706-707).

Así concebido, el teletrabajo es, para el Derecho del Trabajo, una modalidad atípica de prestación de servicios respecto al lugar donde estos se efectúan.

La Ley 30036, Ley que regula el teletrabajo[160], publicada el 5 de junio de 2013, y su reglamento, aprobado por el decreto supremo 17-2015-TR del 2 de noviembre de 2015, fijan los aspectos básicos de esta figura.

Entre otros puntos, según esta ley y reglamento:

– El teletrabajo es considerado una "modalidad especial de prestación de servicios", "caracterizada por la utilización de tecnologías de la información y las telecomunicaciones" y definido como:

"Sistema de contratos y convenios de modalidades formativas" del portal del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo.

160 La denominación "Ley que regula el teletrabajo" nos parece imprecisa: dicha ley no regula todo tipo de teletrabajo sino únicamente el realizado de manera personal, subordinada y remunerada.

> El desempeño subordinado de labores sin la presencia física del trabajador, denominado "teletrabajador", en el centro de trabajo del empleador con quien mantiene vínculo laboral, a través de medios informáticos, de telecomunicaciones y análogos, mediante los cuales se ejercen a su vez el control y la supervisión de las labores (Ley 30036).

Coadyuvan a tipificar esta subordinación, "la provisión por el empleador de los medios físicos y métodos informáticos, la dependencia tecnológica[161] y la propiedad de los resultados, entre otros".

– Puede convenirse el teletrabajo por cualesquiera modalidades de contratación, sujetas a los requisitos y condiciones previstos por las normas pertinentes. En todos los casos, el contrato de trabajo debe constar por escrito[162].

5. REFERENCIAS

ARCE ORTIZ, E. G. (2013). *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Lima: Palestra Editores.

ARCE ORTIZ, E. G. (2008). *La contratación temporal en el Perú*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

ÁVALOS JARA, O. V. (2008). *Contratos de trabajo temporal. Un estudio práctico sobre los contratos sujetos a modalidad*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

---

161 Llama la atención la referencia a la "dependencia tecnológica", que, salvando las distancias, evoca en parte la idea de la "subordinación técnica" –planteada antiguamente, al lado de la "subordinación jurídica", de la "subordinación económica", y de la "subordinación social"– como una de las concepciones propuestas por la doctrina del Derecho del Trabajo para explicar la noción de subordinación (por ejemplo, véase PLÁ RODRÍGUEZ, 1991, pp. 21-30).

162 Desde nuestro punto de vista y por cuanto toca al teletrabajo, el contrato de trabajo de duración indefinida debe también constar por escrito. En efecto, el Artículo 5 (segunda parte) de la Ley 30036, Ley que regula el teletrabajo, es drástico: "Pueden utilizarse todas las modalidades de contratación [...]. En todos los casos, el contrato de trabajo debe constar por escrito".

Boza Pró, G. (2011). *Lecciones de Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Cuadros Luque, F., & Sánchez Reyes, C. (2008a). Efectos de la política de fomento del empleo temporal en la actividad textil exportadora. En W. Sanguineti Raymond, *Los contratos de trabajo de duración determinada* (pp. 153-170). Lima: Gaceta Jurídica.

Cuadros Luque, F., & Sánchez Reyes, C. (2008b). La contratación temporal en el Perú: la informalidad escondida. En W. Sanguineti Raymond, *Los contratos de trabajo de duración determinada* (pp. 137-152). Lima: Gaceta Jurídica.

De la Puente y Lavalle, M. (2001). *El contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. Lima: Palestra Editores.

De la Puente y Lavalle, M. (1983). *Estudios sobre el contrato privado*. Lima: Cultural Cuzco.

Ermida Uriarte, O. (1989). *Modificación de condiciones de trabajo por el empleador*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi.

García Granara, F. (2003). El contrato a tiempo parcial en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo. *Laborem*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 3, 145-173.

Goldín, A. (2014). Algunos rasgos definitorios de un Derecho del Trabajo en proceso de cambio. *Thémis*, n.º 65, Lima.

Gonzales Ramírez, L. Á. (2016). *El contrato de trabajo y sus modalidades*. Lima: Gaceta Jurídica.

Gutiérrez Pérez, M. (2011). *Ciudadanía en la empresa y derechos fundamentales inespecíficos*. Murcia: Ediciones Laborum.

Khan-Freund, O. (1987). *Trabajo y Derecho* (M. Galiana Moreno, trad.). Madrid: Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.

Manual del Régimen Laboral (publicación de actualización periódica y hojas intercambiables editado por Editorial Economía y Finanzas, Lima).

Montoya Melgar, A. (dir.) (2011). *Derecho del Trabajo (Textos y Materiales)*. Madrid: Aranzadi.

Neves Mujica, J. (2016). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ojeda Avilés, A. (2008). La genealogía del contrato de trabajo. *Palestra del Tribunal Constitucional*, Lima, III(5).

Pacheco Zerga, L. (2012). Los elementos esenciales del contrato de trabajo. *Revista de Derecho, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura*, 13, 29-54.

Pasco Cosmópolis, M. (2003a). Contratos de trabajo en jornada atípica. Atipicidad en los dos extremos: jornada parcial y jornada acumulativa. En P. Kurczyn Villalobos & C. A. Ruiz Hernández (coords.), *Estudios jurídicos en homenaje al doctor Néstor De Buen Lozano* (pp. 619-644). México: Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Pasco Cosmópolis, M. (2003b). El tema del trabajo en el Derecho Constitucional peruano. En *El trabajo y la Constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea* (pp. 313-331). Madrid: Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales.

Pasco Cosmópolis, M. (2008). El principio protector en el proceso laboral. En *Trabajo y Seguridad Social. Estudios jurídicos en homenaje a Luis Aparicio Valdez* (pp. 517-538). Lima: Editora Jurídica Grijley-Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Pasco Cosmópolis, M. (2012). Los contratos temporales: exposición y crítica. Revista *Derecho PUCP*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, (68), 495-511.

Plá Rodríguez, A. (1991). *Curso de Derecho Laboral. Contratos de Trabajo*, t. II, vol. I. Montevideo: Ediciones Idea.

Predieri, A. (1984). El sistema de fuentes del derecho. En *La Constitución española de 1978*. Madrid: Ed. Civitas S. A.

Real Academia Española (2014). *Diccionario de la lengua española* (23ª ed., Edición del Tricentenario). Madrid: Espasa Libros.

Rendón Vásquez, J. (2001). *Derecho del Trabajo individual. Relaciones individuales en la actividad privada*. Lima: Ediciones Edial.

Rendón Vásquez, J. (2007). *Derecho del Trabajo. Teoría general*. Lima: Editora Jurídica Grijley.

Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M. (2003). El principio de indisponibilidad de los derechos laborales y el nuevo papel de la autonomía contractual. En L. E. De la Villa Gil & L. López Cumbre (dirs.), *Los principios del Derecho del Trabajo*. Madrid: Centro de Estudios Financieros.

Román de la Torre, M. D. (1993). *Poder de dirección y contrato de trabajo*. Valladolid: Ediciones Grapheus.

Saco Barrios, R. (2007, diciembre). El teletrabajo. *Derecho PUC*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 60, edición de aniversario, 325-350.

Saco Barrios, R. (2006). Protección de los trabajadores y jornadas acumulativas. *Laborem*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, n.º 6, 107-144.

Sanguineti Raymond, W. (2003). La presunción de laboralidad: una pieza clave para el rearme institucional del derecho del trabajo en el Perú. *Laborem*, n.º 3, Lima.

Sanguineti Raymond, W. (2008). *Los contratos de trabajo de duración determinada*. Lima: Gaceta Jurídica.

Sanguineti Raymond, W. (2013). *Derecho del Trabajo. Tendencias contemporáneas*. Lima: Grijley.

Supiot, A. (2008). *Derecho del Trabajo* (Patricia Rubini-Blanco, trad.). Buenos Aires: Heliasta.

Toyama Miyagusuku, J. (2015). *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico*. Lima: Gaceta Jurídica.

Vega Ruiz, M. L. (ed.). (2005). *La Reforma Laboral en América Latina: 15 Años después*. Lima: OIT.