

LA ESTABILIDAD LABORAL

Boletín informativo, elaborado por el comité de defensa del SUNTNP y distribuido por la Sec. de Prensa y Propaganda. N° 004

Julio 2005

La estabilidad laboral ha sido descrita y reconocida como el rasgo más trascendente del sistema de relaciones individuales de trabajo en el Perú. Desde su aparición abrupta en 1970, con el D.L. 18471, hasta su regulación por la Ley N° 24514, pasando por su reconocimiento como derecho constitucional. La estabilidad laboral ha sido fuente de encendida polémica, que ha polarizado de modo irreconciliable a sus defensores y a sus detractores

Al examinar la Ley de Fomento al Empleo no pueden dejar de tenerse en cuenta los condicionantes y limitaciones jurídicas a que estuvo sometida: el D. Leg. 728 tenía que respetar el derecho a la estabilidad laboral consagrado en el artículo 48 carta constitucional. De lo contrario, habría sido fulminado prima facie por el parlamento, pero además, podría haber sido cuestionado por vía de la acción de inconstitucionalidad ante el Tribunal de

Garantías Constitucionales ; o podría ser inaplicado por jueces y tribunales en ejercicio de la facultad conferida por el art. 236 constitucional .

La Ley 25327, por su parte, facultaba a legislar respecto del fomento del empleo “flexibilizando las modalidades de contratación laboral pero respetando las normas constitucionales de estabilidad y los derechos adquiridos. Flexibilizar “las modalidades” de contratación significa normar sobre todas ellas; típicas (a plazo indeterminado) y atípicas (sujetas a modalidad) por lo que la facultad comprendía prácticamente todo lo referido al contrato de trabajo. De otro lado, se puso como tope las normas constitucionales dejándose así abierta la posibilidad de modificar leyes, como la 24514 y el D.L. 18138.

LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL D. LEG. 728.

Nos limitaremos a destacar las principales innovaciones en esa materia; marco conceptual del despido; las causas justas de despido; el despido nulo y el cese colectivo por necesidades de funcionamiento de la empresa.

El marco conceptual: La extinción de la relación laboral como concepto genérico y el despido como situación específica.

La legislación anterior no sólo precisaba las causas de extinción de un contrato de trabajo, sino que, de modo equívoco, incluía indiscriminadamente dentro del campo de la estabilidad laboral una serie de supuestos que, en sentido estricto y con apego a la Constitución Política, debían tener un tratamiento legal aparte y diferente.

Ello surgía del error conceptualizado de considerar al despido como un concepto genérico y no específico, sin diferenciarlo de la terminación de la relación en sentido concreto.

El despido es un acto unilateral y recepticio; consiste en la acción de una sola de las partes- el empleador – autorizado por la ley para poner término al contrato; recepticio por que el acto se completa con la recepción de la comunicación por el trabajador.

Se asumió una concepción multívoca del término “estabilidad”, que daba categoría semejante a la falta grave (causal de despido) y a las situaciones objetivas de la empresa (terminación de la relación por iniciativa del empleador, previa autorización administrativa).

El problema se agravaba por no haberse contemplado en la ley algunas causales individuales, relacionadas con la capacidad del trabajador.

En la nueva Ley se marcan claramente las diferencias entre las causas genéricas de extinción del vínculo laboral y las específicas que tienen que ver con el despido, materia esta última que es la única a la que se aplica el concepto de la estabilidad laboral , y además se han agregado nuevas causas de extinción.

ESTABILIDAD LABORAL Y DESPIDO

El despido es propiamente el campo al que se contrae la aplicación de la estabilidad laboral, al ser ésta definida por la Constitución como la prohibición del despido sin causa o ad nutum.

En esta parte del Decreto Legislativo 728 es clara la influencia estructural y conceptual del convenio 158 de la OIT que trata sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

LAS CAUSAS JUSTAS DE DESPIDO

El Dec. Leg. 728 incorpora nuevas causas de despido, relacionadas con la capacidad del trabajador concretamente.

El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de las labores;

El rendimiento deficiente del trabajador en relación a su capacidad y con el rendimiento promedio en las labores y condiciones similares;

La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

Las dos primeras (detrimento de facultades o ineptitud, y rendimiento deficiente) deberán ser perfilados más nítidamente por vía reglamentaria y principalmente, jurisprudencial.

En lo relativo a la conducta del trabajador, se hace el distingo entre la falta grave que es definida en abstracto como “ La infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanen del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la existencia de la relación

y otras causas. Las faltas graves son, con apenas matices diferentes las mismas contempladas en la ley N° 24514

Las otras causas contienen importantes diferencias en la relación a la Ley 24514, a saber :

La condena penal por delito doloso faculta al despido aunque no se produzca inasistencia al centro de trabajo. La ley 24514 equívocamente parecía sancionar la privación de la libertad motivada para la reclusión penal mientras que el Decreto Legislativo N° 728 sancionada al hecho del mismo de la condena “Por delito doloso”, ya que la índole de la infracción hace que quien la cometa sea un delincuente cuya permanencia en la empresa es obviamente insostenible.

La inhabilitación que puede conllevar despido no sólo es la judicial, sino también la administrativa, como por ejemplo la del chofer al que le cancelen la licencia o breveté por conducir en estado de ebriedad.

PROCEDIMIENTO PARA EL DESPIDO

Un primer caso de gran importancia es que se desmitifica la solemnidad ritual del despido al determinarse que es caso de incumplimiento de las formalidades no esenciales, el juez debe igual pronunciarse sobre el fondo del asunto.

La forma nunca puede subordinar al fondo, salvo cuando es de tal naturaleza importante que de erige en elemento sustancial o ad valitatum del acto de despido. Tal es el caso de la imputación de la causa, no sólo para permitir el elemental derecho de defensa del trabajador frente a la conducta o incapacidad que se le causa, sino porque no puede ser invocada en juicio aquella falta que no fue objeto de debido u oportuno señalamiento.

DERECHOS DEL TRABAJADOR: LOS ASPECTOS PROCESALES .

Al haberse desritualizado el despido, haciendo prevalecer la verdad real sobre la apariencia formal, el juez deberá pronunciarse sobre el fondo aunque se hayan cometido leves infracciones formales en el trámite. Se acaba así con la poca entera actitud de muchos jueces que se escudaban en el incumplimiento del rito para evitar pronunciarse sobre la materia sustantiva .

El juez, por otra parte, no tiene ya la facultad de ordenar reposiciones transitorias si se han cumplido todas las formalidades requeridas, aunque sí mantiene la de fijar asignación provisional.

Finalmente, el cambio más importante es el contenido en el artículo 72 del Decreto, pues en el caso de trabajadores contratados a partir de su vigencia, el juez podrá sustituir la reposición del trabajador por el pago de una indemnización si las condiciones no hicieran razonable la primera. Esta medida trascendental pone en manos del juez la responsabilidad de sentenciar de acuerdo a lo que la razón y los hechos imponen en determinadas situaciones de conflicto extremo.

DESPIDO NULO

El Decreto Legislativo N° 728 introduce una figura jurídica nueva en materia de despido: el despido nulo, entendiendo como tal los despidos antisindicales, los discriminatorios y los tengan por motivo la represalia o el embarazo.

Nulo es inexistente; la nulidad de un despido, en los casos previstos por la ley, conlleva, por tanto, tetrotraer las cosas de manera absoluta al estado anterior. Este es un efecto más radical y eficaz que el previsto para los casos comunes de despido injusto o incausado.

He aquí las principales diferencias:

No tiene el juez la facultad de sustituir la reposición por el pago de la indemnización que le concede el artículo del Derecho Legislativo 728 en el caso del Despido común.

Las remuneraciones dejadas de percibir se devengan desde el momento del despido mismo común se devengan sólo desde la fecha de interposición de la demanda.

Acarrea dificultad práctica la demostración del despido nulo, ya que más que de causa habría que hablar de motivo, esto es, el resorte psicológico que genera la decisión de despedir. El motivo es siempre subjetiva y, por lo tanto, virtualmente indemostrable.

¿Quién lo prueba? El artículo 75 precisa al respecto que quién invoca a una causa vinculada con la capacidad o con la conducta del trabajador, y deberá probarla . Si lo hace, ya no interesan los motivos. Si no prueba la causa , en cambio , y el trabajador le ha imputado o acusado de una motivación innoble cualquiera de las señaladas en el artículo 65, es el trabajador el que deberá demostrar que ese motivo existe. Si éste no lo prueba, el despido será improcedente o injustificado, pero no nulo.

SITUACIONES DE EXCEPCION.

Se separan los cargos de dirección de los puestos de confianza, que antes estaban mezclados indistintamente

Personal de dirección: Es el que ejerce representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, que sustituye o comparte con el empleador las funciones de administración y control, y de cuya actividad o grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.

Trabajadores de confianza son los que laboran en contacto personal directo con el empleador o su personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información reservada. Igualmente quienes presentan informes o dan opiniones al personal de dirección, influyendo en la información de las decisiones empresariales.

Quienes desempeñan cargos de dirección o de confianza no pueden reclamar reposición en el empleo, sino sólo indemnización en caso de despido injusto. Tal situación especial se extiende a aquellas actividades reconocidas como “regímenes especiales”, de la que la más típica es construcción civil, pero también a la micro y pequeña empresa. Calificando como tal a la que cuenta con menos de 20 trabajadores.

CESE COLECTIVO POR CAUSA OBJETIVAS.

El artículo 86 separa a 4 grupos de causas, cada uno de los cuales tiene un tratamiento procesal propio: caso fortuito y fuerza mayor; liquidación y disolución, quiebra de la empresa; causa económica, técnica, estructural o análoga, y por necesidad de funcionamiento de la empresa.

Sólo la última de estas causales interese destacar, por ser novedad absoluta en nuestro ordenamiento.

De acuerdo al artículo 90 del Decreto Legislativo N° 728, el empleador puede cesar, hasta el 5% de su personal durante cada año calendario, abonándole la indemnización por despido injustificado y obligándose a mantener el nivel normal del empleo mediante la cobertura, dentro de los 60 de siguientes, de los vacantes producidas. Los trabajadores reemplazantes deberán percibir las mismas condiciones de trabajo y remuneraciones que los cesantes.

Esta es, sin duda, la causal que mayores dificultades de aplicación puede tener, por su aparente vaguedad o imprecisión. Es también uno de los aspectos más criticados de la ley.

Se piensa que constituye una causal abierta y, por lo tanto, discrecional para el empleador, quién podría utilizarla para prescindir de trabajadores “incómodos”. De ese modo, por la laxitud de la causal, se estaría coonestando un verdadero despido arbitrario.

No advierten los detractores dos aspectos capitales, que derivan de la ubicación de esta causal dentro del capítulo del cese colectivo por causas objetivas. Dichos aspectos son, precisamente, que debe tratarse de un cese colectivo y que la causa debe ser objetiva. Ello elimina de raíz la presunta violación al principio constitucional de la estabilidad. En efecto:

El cese debe comprender a un grupo o conjunto de trabajadores afectados por la existencia de una situación común a todos ellos.

No se trata de que el empleador pueda espigar entre todos sus trabajadores y decidir a capricho a quienes va a privar de su empleo, o que sobre cada uno de los laborantes penda una suerte de “espada de Democles”, que habrá de caerle a aquél que arbitrariamente escoja el empleador, sino de la existencia de una causa de naturaleza colectiva, es decir que afecte a un sector determinado de la población laboral.

La causa que se invoque debe ser demostrable. No puede depender de la sola voluntad patronal, si no que, como expresa la rúbrica debe ser “objetiva”.

El problema exegético se traslada entonces, de la teoría a la práctica. ¿Cuáles son o cuales pueden ser esas causas objetivas basadas en las necesidades?

La respuesta tiene que ser casuística, por vía de ejemplos, he aquí algunos:

El caso de una empresa petrolera que explota plataformas “off-shore”, a las que abastece mediante un engorroso sistema de remolcador, chatas y lanchones. Si dicha empresa se decidiera a reemplazar el sistema por uno más moderno, rápido y eficiente mediante helicópteros, es obvio que puede reemplazar al personal de mar por personal aéreo.

Cualquier otra solución a ese caso, distinta de la prevista en la ley, resulta insatisfactoria, salvo, tal vez, la capacitación del personal, es decir, su reconversión técnica; pero, ¿ resulta razonable suponer que es posible hacer de un buen patrón de remolcador un piloto de helicóptero confiable?

La sustitución en bloque de tareas que obsoletan rápidamente- caso del télex frente al fax, la máquina de escribir, la teneduría de libros contables y otros frente a las computadoras, etc.

Adviértanse que a través de esta causal no se produce una reducción de la planilla: la ley exige la sustitución del personal cesante por personal nuevo con remuneraciones y beneficios por lo menos iguales, si no superiores. El trauma social de los ceses se ve compensando por las nuevas contrataciones subsiste, si el trauma individual, pero ¿hay otra solución?

Polémica, audaz, la incorporación de esta causal introduce aires de modernidad a la ley al favorecer la capacitación y la reconversión, que habrán de ser cuestiones vitales para las empresas y para el país si de verdad logran insertarse y afrontar los desafíos de una competencia implacable en una economía mundial globalizada. El tiempo y los pronunciamientos administrativos deberán perfilar mucho mejor esta novedosa figura.

Como en efecto lo fue, aunque con clara intencionalidad política por 20 senadores, mayoritariamente aprista, con argumentos de una inconsistencia y de una pobreza conceptual realmente pasmosas, imperdonables dada la alta investidura de los accionantes.

Esta forma de control de la constitucionalidad es conocida como oblicua o indirecta a diferencia de la que corresponde al TGC que es directa. Las otras, que son la relación colectiva de trabajo, el derecho procesal del trabajo y aquellos institutos vinculados a las relaciones con el Estado (derecho tutelar) o con las situaciones anteriores, posteriores o paralelas a la relación laboral, tales como los mecanismos de empleo, capacitación laboral, seguridad social, etc; son también partes importantes de este derecho, pero nos limitaremos a tratar exclusivamente el tema del epígrafe.

Si entendemos el derecho individual de trabajo, como “el conjunto de normas jurídicas que fijan las bases generales que deben regular las prestaciones individuales de servicios...” (1).Las relaciones individuales de trabajo, comprenderán principalmente la regulación de las distintas modalidades contractuales en que se presta el trabajo humano, las peculiaridades de tal contratación, especialmente en lo relacionado con su formación y extinción, las reglas aplicables a la prestación del trabajo, la forma de hacer efectivo el cumplimiento de las normas vigentes en la materia”(2).

1.- Definición

En concordancia con las nociones expuestas, podemos definir entonces al contrato individual de trabajo, como el “ acuerdo de voluntades en virtud del cual el trabajador se compromete libremente a prestar sus servicios al empleador en forma personal y subordinada, por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad a cambio de una remuneración (3).

Acuerdo de voluntades como acto jurídico generador, libertad de contratación propia de la autonomía de la voluntad consagrada en la Constitución (Art. 2, Inciso 13 y Art. 42), servicios personales y subordinados como característica propia de la relación laboral y duración indeterminada como presunción propia de la continuidad como principio de la relación laboral, o modal como excepción a dicho principio y siempre en los casos y bajo la forma que señala la ley.

Desde luego que para nosotros queda superada la disquisición por la que se contraponen relación laboral como hecho del trabajo con consecuencias jurídicas y contrato de trabajo (teorías de la incorporación al empleo y el contrato, como hechos generadores) pues consideramos que en la raíz de toda relación laboral hay un contrato entendido como acuerdo de voluntades que crea la relación laboral, aun cuando esta se encuentre regida por un derecho tutelar o estatuto imperativo de observancia obligatoria para las partes.

Forma, Duración y Prueba del Contrato.

2.1 El contrato de trabajo no es formal, salvo las excepciones legales que señalaremos mas adelante, de tal manera que se perfecciona por acuerdo de voluntades y por su ejecución por el trabajador.

Puede decirse entonces que el contrato individual de trabajo puede ser verbal o escrito, requiriéndose esta ultima forma en los casos expresamente señalados por la ley, como son el contrato a tiempo parcial (D.Leg. 728, Art. 37); los contratos sujetos a modalidad que además deben ser aprobados por la Autoridad Administrativa de Trabajo (D. Leg. 728, Art. 115); el contrato a plazo fijo del Régimen de Exportación de productos No Tradicionales que debe ser aprobado por la autoridad

administrativa de trabajo (D. L. 22342, Art. 32 D. Leg. 728. Art. 123); el contrato en zonas Francas, Industriales y Turísticas (D. Legs. 704 Arts. 14,15,16 y 728, Arts. 124 y 126); el contrato de embarque conforme al Reglamento de Capitanías y de la Marina Mercante Nacional; el contrato de artistas, remitiendo copia de la Autoridad de Trabajo (D. L. 19479 y D. S. 049-89-TR del 31.10.89); el contrato de los maestros de educación particular, remitiendo copia al ministerio de trabajo y a la dirección regional o zonal de educación (D. S. 05-84-ED del 15-02-84); el contrato de trabajo de extranjeros (D. Leg. 689); y el contrato de trabajo temporal de deportistas profesionales (D. Leg. 328 del 01-02-85).

2.2 La duración del contrato del trabajo tal como lo hemos señalado en la definición (ver 1. supra) puede ser por tiempo indeterminado o sujeta a modalidad.

En principio, se presume que toda relación laboral es a tiempo indeterminado pues la continuidad en el empleo, como principio del derecho laboral, supone que el trabajador ingresa a trabajar con animo de permanecer en el trabajo mientras desee y pueda

hacerlo; es decir, mientras no se encuentre comprendido en una situación de terminación o extinción de la relación laboral.

Por ello, la carga de la prueba sobre la duración de los servicios recae en el empleador. Es decir conforme lo señalado acertadamente la RTT de 9-4-1 (4); acreditada al existencia de una relación laboral corresponde al empleador probar la eventualidad del servicio; caso contrario, se presume que estos prestan a plazos indeterminados.

En cuanto a los contratos sujetos a modalidad, estos pueden celebrarse por excepción; es decir, requieren de causa que los justifique, pues se trata de contratos para obra o servicio determinado, o sometidos a condición a plazo, siempre en aquellos casos y con los requisitos que señala la ley (fondo y forma).

El D. Leg. N° 728, señala a su Art. 37° precisamente este requisito al establecer los principios antes señalados: y

La presunción de continuidad del contrato; y

El carácter excepcional de los contratos modales.

Así mismo, la referida disposición señala que pueden celebrarse dentro de los principios anunciados, contratos a tiempo parcial (partime Job) sin limitación alguna. Estos contratos implican jornadas menores o reducidas o el conocido medio tiempo.

2.3 La prueba de la existencia del contrato de trabajo recae sobre el trabajador, tal como lo señalan las RTT del 24-11-82 y 14-3-85

Sin embargo, es importante señalar que acreditado o admitido el vinculo laboral, la prueba sobre su naturaleza (dependiente o no) o de sus características es de cargo del empleador y están vinculadas al principio de la primacía de la realidad conforma al cual el contenido prevalece sobre la forma .En otras palabras, los hechos que fluyen de la presentación laboral, priman sobre lo pactado en el contrato o sobre lo que aparezcan los documentos de la empresa .

Las RTT del 22-5-80, 26-9-90, 9-9-88 y 21-11-88, establecen que en la determinación del vinculo laboral dependiente (naturaleza y características) prima el contenido de la relación sobre los documentos (contratos) suscritos y sobre las denominaciones que las partes hayan adoptado, pues el contrato de trabajo es un contrato realidad.

Evidentemente, que este principio va mas allá de la simple prueba del contrato o de su calificación, pues tiene aplicación en todos los aspectos de la realidad laboral vinculados a la falta de concordancia entre realidad y forma.

Objeto del Contrato y Elementos Tipificantes.

3.1 El contrato individual de trabajo, tiene por objeto la prestación laboral subordinada por parte del trabajador. De allí su carácter ético social, ya que el trabajo por ser humano, personal, vital, alimenticio, social y medio de realización personal, es inseparable de la persona física que lo realiza, convierte a esta protagonista de la presentación en el objeto de esta, no es un sentido de mercancía sino como centro de

imputación de derechos y deberes propios de la prestación y como elemento fundamental de la producción.

Por ello, el objeto debe ser determinado o determinable (índole de los servicios), lícito o no prohibido por la Ley y posible física y jurídicamente, pudiendo pactarse desde luego las condiciones que acuerden las partes, sin contravenir garantías y derechos acordados por la Ley o convenios de colectivos o individuales, con carácter irrenunciable, principio laboral consagrado en el Artículo 57 de la Constitución.

3.2 Sus notas típicas, son las de presentación personal, subordinación, exclusividad, profesionalidad, continuidad, generosidad. La presentación personal es propia de la relación laboral pues el trabajo, como dijimos, es el objeto de ella, no deslígale de la persona del trabajador, quien no puede ser reemplazado por decisión propia. Tal potestad corresponde solamente al empleador, titular del poder directivo o jerárquico, que implica “Aspectos básicos referidos a su facultad organizativa, a la sumisión del trabajador y al ejercicio de ciertas facultades disciplinarias dentro de la empresa” .

La subordinación es propia del trabajo por cuenta ajena o dependiente, en que las decisiones deben tomarse por quien contrata los servicios y puede definirse según señala Cabanellas, como “el estado de limitación de autonomía del trabajador al cual se encuentra sometido en sus presentaciones, por razón de su contrato” .

La exclusividad, debe ser entendida como consecuencia de la presentación laboral, personal y subordinada, como el derecho que tiene el empleador de contar con los servicios del trabajador durante el tiempo y condiciones pactadas, en forma exclusiva. De allí que constituya falta grave, conforma al artículo 61 del Decreto Legislativo 728, el quebrantamiento de la buena fe laboral, y la competencia desleal.

La profesionalidad debe ser entendida como la capacidad o especialidad en el trabajo, producto del desempeño de las funciones asignadas durante el período razonablemente prolongado de la presentación laboral.

La continuidad, no es más que el derecho que tiene el trabajador de permanecer en su trabajo al servicio del empleador, mientras quiera o mientras hacerlo. Es decir, que la actividad laboral no modal, que es aquella que se desarrolla a plazo indeterminado, sólo puede ser interrumpido por causas objetivas. De allí se desprende, como bien señala Plá Rodríguez (10), la presunción de plazo indeterminado del contrato de trabajo, salvo prueba en contrario; la flexibilidad para admitir transformaciones del contrato; el mantener el contrato a pesar de incumplimiento o nulidades; las inadmisibilidad de la rescisión unilateral por el empleador sin causa justificada; la interpretación de las interrupciones de los contratos como son simples suspensiones y la prolongación de los contratos en casos de sustitución del empleador (continuidad del empleo por sucesión).

La onerosidad proviene de las características señaladas en el numeral 3.1., por las cuales y de acuerdo con la garantía del Artículo 42 de la constitución, no puede existir trabajo sin la debida remuneración.

Capacidad de las partes y aprobación.

Para celebrar contrato de trabajo, es necesario tener 18 años de edad (Art. 42 del Código Civil o contar, tanto para contraerlo como para resolverlo, con autorización de quien tiene la patria potestad, si el contratante es menor de 18 años.

Los cónyuges, tienen la libertad de actividad laboral. Con el asentimiento expreso o tácito del otro cónyuge, pudiendo intervenir el juez en caso de negativa de uno de ellos, conforme los dispone el artículo 293 del Código Civil.

Tratándose de contratos modales y en aquellos casos señalados en el numeral 2.1, se requiere aprobación del contrato, aunque ésta se produce a la sola presentación del mismo a la Autoridad Administrativa de Trabajo conforme a las normas de D. Leg. N° 728.

El contrato individual a plazo indeterminado, no requiere aprobación conforme los dispone el D. S. 5-86-TR del 20-1-86

Período de prueba.

El período de prueba en los contratos a plazo indefinido es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza estabilidad en el empleo, conforme al artículo N° 43 del D. Leg. 728.

Sin embargo, de acuerdo con la misma norma, se puede pactar en contrato escrito un período mayor, cuando las labores a desarrollarse requieran de un período de capacitación o adaptación. O que por su naturaleza justifique tal prolongación. La ampliación o prolongación del período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados y de un año en el caso de personal de dirección o que desempeña cargos de confianza.

El artículo 44 de la misma ley, señala que se encuentra exonerados del período de prueba los trabajadores que ingresen por concurso; los que ingresen, salvo que lo hagan en puesto cualitativa y notoriamente distinto al que ocupará anteriormente; y en aquellos casos en que se haya estipulado expresamente.

El porcentaje de personal en período de prueba en una empresa, conforme al Artículo 45, no puede exceder de 10 % del total de trabajadores, salvo inicio o ampliación de actividades u otra eventualidad debidamente comprobada, así como en los contratos de trabajo para exportación no tradicional o en zonas francas industriales y turísticas.

Contratos sujetos a Modalidad.

Estos contratos pueden celebrarse cuando así lo exija la naturaleza temporal o accidental del servicio u obra ejecutarse o en cualquier caso no contemplado en la Ley, siempre que su objeto sea de naturaleza temporal y su duración adecuada al servicio a prestarse. Se exceptúan los contratos de temporada e intermitentes que por su naturaleza pueden ser permanentes (11).

Los trabajadores permanentes que cesen no podrán ser contratados bajo modalidad, salvo que haya transcurrido un año del cese.

6.1.- Son contratos de naturaleza temporal:

Los de inicio o incremento de actividad, entendiéndose por tales, tanto el inicio de la actividad productiva, como la posterior apertura de nuevos establecimientos o mercados, o el inicio de nuevos establecimientos o mercados, o el inicio de nuevas actividades o incrementos de las existencias en la empresa.

Los que se celebran por necesidades del mercado, para atender incrementos coyunturales de producción por variaciones sustanciales de la demanda, aún tratándose de actividades ordinarias de la empresa que no pueden ser satisfechas por el personal permanente, debiendo constar en el contrato la causa objetiva. No se incluyen las variaciones de carácter cíclico o de temporada que se producen en actividades estacionales.

Los de reconversión empresarial, son los celebrados en caso de sustitución, ampliación o modificación de las actividades desarrolladas en la empresa y, en general, toda variación de carácter tecnológico en las maquinas equipos, instalaciones, medios de producción sistemas, métodos y procedimientos productivos y administrativos.

6.2.- Son contratos de naturaleza accidental:

El contrato ocasional para atender necesidades transitorias distintas a la actividad habitual del centro de trabajo.

El de suplencia, para sustituir a un trabajador estable con vínculo suspendido por causa prevista en la ley o en disposiciones convencionales. El puesto se reserva al titular quien, al reingresar, extingue la suplencia. Se incluyen en este caso, la cobertura de puestos de trabajo estables cuyo titular por razones administrativas debe desempeñar otro cargo en la empresa o centro de trabajo en forma temporal.

De emergencia, para cubrir las necesidades provenientes de caso fortuito o fuerza mayor.

6.3.- Son contratos para obra o servicio:

El celebrado con objeto previamente establecido y de duración determinada.

Intermitente, es el celebrado para cubrir actividades permanentes pero discontinuas. Pueden celebrarse con el mismo trabajador, quien tiene preferencia para la contratación sucesiva.

Debe contener las condiciones para su renovación en cada oportunidad, considerándose como tiempo de servicios, el efectivamente laborado.

De temporada, es aquel que se cumple en determinadas épocas del año y se repiten en períodos equivalentes en cada ciclo, en función a la naturaleza de la actividad productiva. En ellos debe constar la duración de la temporada, el preaviso de 10 días antes de su conclusión si la temporada dura más de tres meses, la naturaleza de la actividad de la empresa, establecimientos o explotación y la naturaleza de las labores del trabajador.

El contrato por tres temporadas otorga derecho a ser contratado por las siguientes, si la suma de los períodos laborados supera en conjunto el año calendario, computado a partir de la primera temporada de trabajo. Para hacerse efectivo el derecho, el trabajador debe presentarse al empleador quince días antes del inicio de la temporada, vencidos los cuales caducará su derechos.

Se asimila al régimen de temporada, las actividades feriales y los incrementos regulares y periódicos del nivel de actividad normal de la empresa por aumento sustancial de la demanda en una parte del año, en los casos de actividad continua y permanente de la empresa durante todo el año.

6.4.- Los contratos de trabajo sujetos a modalidad, deben constar por escrito, en triplicado y ser presentados a la Autoridad Administrativa de Trabajo, debiendo constar en ellos la duración, causas objetivas de la contratación y demás condiciones de la relación laboral. Su aprobación es automática a sola presentación, debiendo contener la solicitud una declaración jurada sobre la naturaleza accidental o temporal del contrato. Ello no impide la verificación posterior por la Autoridad Administrativa de Trabajo, la cual si establece que la declaración jurada es falsa, el contrato se considera como una plazo indeterminado, sin perjuicio de la multa respectiva y la pertinente responsabilidad penal.

6.5.- Los contratos a plazo fijo no podrán exceder de los siguientes plazos:

Tres años el contrato de inicio o incremento de actividad.

Dos años el de reconversión empresarial.

Seis meses al año los contratos por necesidad de mercado y el contrato ocasional.

Lo que dure la emergencia o no más de un año, cuando se trata del contrato de emergencia.

La duración que sea necesaria cuando se trate de contratos de suplencia, obra determinada o servicio específico, intermitentes y de temporada (estos últimos pueden ser permanentes si su naturaleza lo permite).

Dentro de los plazos máximos y sin excederlos pueden celebrarse contratos por períodos menores o celebrarse en forma sucesiva en las distintas modalidades sin exceder a tres años.

En los contratos de obra determinada o servicio específico pueden celebrarse las renovaciones que sean necesarias para su cumplimiento.

En general, los contratos a plazo fijo terminan automáticamente a su vencimiento sin necesidad de aviso previo.

6.6.- El período de prueba no es aplicable a los contratos sujetos a modalidad; sin embargo, puede estipularse en el contrato un período de prueba que no podrá exceder de tres meses.

6.7.- Los contratos sujetos a modalidad se consideran de duración indeterminada:

cuando el trabajador continúa trabajando vencido el contrato o sus prorrogas, si éstas exceden el límite máximo permitido.

Cuando en los contratos de obra determinada o servicio específico, el trabajador continúa trabajando concluída la obra o el servicio específico, el trabajador continúa trabajando concluída la obra o el servicio.

Si la labor desempeñada no corresponde a la labor contratada (primacía de la realidad).

Si el titular del puesto sustituido no se reincorpora al servicio al vencimiento del término legal o convencional y el trabajador continúa trabajando.

6.8.- Otros contratos sujetos a modalidad son:

Los de exportación no tradicional, establecidos por el D. L. 22342, que permite contratar en forma temporal, sucesiva y renovada trabajadores para atender operaciones de producción para exportación, sin otros requisitos que un contrato o programa de exportación y las exigencias señaladas en el numeral 6.4 supra.

Se exceptúa del régimen a los trabajadores de la empresa dedicados a la producción de bienes para el mercado interno, los cuales deben ser estables.

Zonas Francas industriales y turísticas: gozan del mismo régimen que la exportación no tradicional de acuerdo con lo dispuesto por el D. Leg. 704, estando además exceptuadas de aplicar el régimen de participación en las utilidades, gestión y propiedad de la empresa.