

RELACIONES DE TRABAJO ESPECIALES: EL CASO DE LAS MODALIDADES FORMATIVAS

Mario PASCO COSMÓPOLIS*

SUMARIO: *Primera parte. Relaciones de trabajo especiales. I. Contratos de trabajo típicos, atípicos y especiales. II. Relaciones de trabajo especiales en la legislación peruana. Segunda parte. Las modalidades formativas. I. El cambio en el marco conceptual. II. La formación profesional en la Constitución y la ley peruana vigentes. III. Modalidades formativas en el anteproyecto de Ley General de Trabajo. IV. Naturaleza jurídica de las modalidades formativas.*

PRIMERA PARTE RELACIONES DE TRABAJO ESPECIALES

Objeto del derecho laboral es el trabajo personal, subordinado y remunerado. Contrato de trabajo existe, por ende, allí donde se dan, de manera copulativa, los señalados elementos esenciales: trabajo personal, remuneración y subordinación.

Pero el trabajo asume una variedad y multiplicidad enorme de relaciones, y, como correlato, el derecho del trabajo provee un también vasto arsenal de modalidades contractuales que, sin desprenderse del estereotipo, se adaptan a las necesidades propias de cada situación.

El gran maestro Mario de la Cueva señaló que “Con el nombre de trabajos especiales se conocen diversas actividades que si bien dan nacimiento a relaciones que revisten los caracteres fundamentales de la relación de

* Catedrático principal de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho y de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

trabajo, presentan sin embargo algunas características particulares que exigen normas adecuadas para su mejor desenvolvimiento”.¹

Gran parte de la doctrina y las legislaciones suelen hablar de contratos de trabajo especiales. Alfredo Montoya Melgar apunta más hacia la dirección marcada por De la Cueva, y señala que

...aunque convencionalmente se suele distinguir el contrato común de trabajo —que vendría a ser el arquetipo teórico de contrato— y los contratos especiales —que serían desviaciones de tal arquetipo—, en rigor ha de llegarse a la “negación de que en la práctica exista un contrato de trabajo común diferenciable de los especiales”, toda vez que al ir referido cada contrato a una determinada rama de actividad productiva es objeto de una disciplina específica representada por la correspondiente norma sectorial. Ello impide que todos los contratos “comunes” reciban una regulación y posean un contenido idénticos. De lo que cabe hablar, con mayor precisión, es de la existencia de una regulación básica, común a la generalidad de los contratos, con independencia de la normativa profesional específica que resulte de aplicación a cada uno de ellos; tal “derecho común” de la contratación laboral... cede, sin embargo, en el supuesto de determinadas relaciones laborales, que oponen su especialidad incluso frente a la ordenación “básica” o “común”. Dichas relaciones quedan sometidas, verdaderamente, a regímenes especiales de trabajo...²

No muy distinto es el parecer de De Buen quien busca separar, más que los contratos, la regulación de los mismos:

Los derechos especiales implican, en realidad, una modificación de las reglas relativas a la duración, suspensión, rescisión y terminación de las relaciones de trabajo y establecen regímenes diferentes de condiciones de trabajo particularmente con respecto a jornadas y a derechos y obligaciones de patrones y trabajadores. En ocasiones se establecen condiciones superiores a las generales... o se cambia el régimen de la cuantificación del salario variable...³

¹ Cueva, Mario de la, *El nuevo derecho mexicano del trabajo*, México, Porrúa, 1974, p. 433.

² Montoya Melgar, Alfredo, *Derecho del trabajo*, 5a. ed., Madrid, Tecnos, 1984, p. 475.

³ Buen, Néstor de, *Derecho del trabajo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1996, t. II, p. 414. En ediciones posteriores, su enfoque del tema es básicamente igual, aunque con diferente formulación.

Nuestra aproximación al tema distingue *prima facie* entre el contrato de trabajo típico y los contratos atípicos, y luego entre la relación de trabajo común y las relaciones especiales; y, dentro de éstas, entre las que llegan a configurar regímenes especiales y aquellas que, sin dejar de plasmarse en contratos comunes, tienen algunas características propias.

La ponencia seguirá, en esta primera parte, el esquema esbozado en las líneas precedentes: desarrollará las variedades contractuales y las proyectará a la legislación peruana.⁴ En su segunda parte, la ponencia abordará un tipo muy peculiar de relación laboral, que se refleja genéricamente en las denominadas “modalidades formativas”, para situarlas en su perspectiva teórica, referirlas luego a la legislación peruana vigente y al novedoso planteo que al respecto propone la Ley General de Trabajo, para concluir en el debate cenital: su naturaleza jurídica, tópico sobre el cual hay diversas propuestas.

I. CONTRATOS DE TRABAJO TÍPICOS, ATÍPICOS Y ESPECIALES

Contrato de trabajo típico es, según valiosa categorización sentada por Efrén Córdova,⁵ el que corresponde a una prestación de servicios continua, a tiempo completo y dentro del centro de trabajo de un único empleador. Atípico, dentro de esa misma categorización, es el que carece de alguna de esas notas, bien porque no es permanente, sino temporal o eventual, bien porque se desarrolla en una jornada distinta a la común u ordinaria, o se ejecuta fuera del taller u oficina, como en el caso del trabajo a domicilio, o en el que interviene más de un empleador, en lo que se suele denominar relación triangular o en condiciones de intermediación.

Contrato de trabajo especial es, en cambio, aquel que —sea típico o atípico— presenta características o peculiaridades cuya singularidad es

⁴ En las coordinaciones previas entre los organizadores y los ponentes del VI Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Querétaro, México, septiembre de 2004), se acordó un esquema de este tipo: panorama de los contratos especiales en el país de cada ponente y desarrollo de uno o más de ellos, en razón de su interés o importancia. Por nuestra parte, hemos creído útil incorporar no sólo lo vigente, sino lo que se avecina, en caso de adoptarse en breve una Ley General del Trabajo.

⁵ Ponencia al Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Caracas, 1985, publicada asimismo en la revista *Derecho Laboral*, Montevideo, núm. 142, abril-junio de 1986.

tan manifiesta que deben estar necesariamente regulados por ordenamientos específicos.⁶

En el contrato atípico falta alguna de las notas características que generalmente suelen acompañar a la relación laboral, pero dicho contrato puede darse tanto dentro del campo común del ordenamiento como dentro de un campo especial. Así, por ejemplo, el contrato a tiempo parcial (*part time*), que es atípico por no corresponder al cumplimiento de la jornada normal de trabajo, puede darse lo mismo en una fábrica u oficina, como dentro de un estatuto específico (construcción civil, *v. gr.*).

El contrato especial, en cambio, puede no ser atípico, porque reúne todos los atributos del contrato típico: ser una prestación continua, rendida para un solo empleador, a jornada completa y dentro del centro de trabajo; y, sin embargo, corresponder a una actividad específica distinta de la común, como sucede en algunos países con el personal de alta dirección.

Hay, finalmente, contratos especiales que son al mismo tiempo atípicos, como los de los artistas y deportistas, por ejemplo.

No se debe confundir la naturaleza de los contratos atípicos ni de los contratos especiales con aquellas situaciones fronterizas a las que la doctrina italiana bautizó como de trabajo “parasubordinado”, que escapan de las fronteras del derecho laboral. En aquéllos están presentes los elementos esenciales del contrato de trabajo y son, por ende, contratos laborales; en éstas, en cambio, la nota “subordinación” no se da de modo evidente o sencillamente no se da, lo que las coloca fuera de nuestra disciplina jurídica, aun cuando el esfuerzo doctrinario lucha por expandir linderos a fin de incorporarlas.

El contrato de trabajo especial —objeto de esta ponencia— puede serlo por la actividad del empleador —como el caso de la construcción civil— o por la índole de la prestación del trabajo como el trabajador de confianza, que bien puede laborar para una empresa industrial o comercial o de cualquier actividad productiva o de servicios.

Por último, y en lo atinente a la terminología más apropiada, hemos acogido por razones obvias la propuesta como tema para este VI Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Se utilizan en la doctrina y en las legislaciones otros términos semejantes, a saber:

⁶ *Cfr.* Mirolo, René Ricardo, “La Ley General de Trabajo y los ordenamientos especiales”, *La protección del trabajo en el mundo moderno. Libro homenaje a Alfredo J. Ruprecht*, Tijuana, México, Cárdenas 1987, p. 1121.

relaciones laborales especiales o relaciones especiales de trabajo, contratos de trabajo especiales o contratos especiales de trabajo, o regímenes especiales o estatutos especiales o contratos comunes con peculiaridades.

II. RELACIONES DE TRABAJO ESPECIALES EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

La legislación laboral peruana, todavía dispersa e invertebrada, aunque en vías de consolidación en una Ley General del Trabajo en actual debate, contiene normas que configuran dos grandes bloques sobre la materia en estudio: a) regulaciones propiamente especiales, esto es, con diferencias profundas y radicales respecto del contrato de trabajo ordinario y que configuran regímenes privativos, y b) contratos de trabajo comunes, en los que se insertan algunas peculiares características.

Los expondremos por separado.

1. *Regímenes especiales de contratación laboral*

Configuran o representan regímenes especiales, que generan contratos de índole laboral, aunque distintos en aspectos cruciales de los contratos comunes, los siguientes:

A. *Construcción civil: Decreto legislativo 727, Resoluciones ministeriales 051-96-TR y 104-2002-TR*

La característica esencial de este régimen es la temporalidad; por ello no son de aplicación las normas sobre el periodo de prueba.

El régimen laboral de construcción civil se caracteriza por otorgar a los trabajadores bonificaciones por conceptos propios de la actividad, así tenemos los siguientes:

- Bonificación unificada de construcción, por desgaste de herramientas y ropa, por alimentación, por compensación por falta de agua potable y por especialización del operario.
- Pasajes.
- Por contacto directo con el agua.
- Por altura.

La compensación por tiempo de servicios —CTS— es del 15% del total de los jornales básicos percibidos los días efectivamente trabajados (no

se cuentan los domingos), 12% corresponde a la CTS propiamente dicha y 3% corresponde a la sustitución de la participación en las utilidades.

B. Trabajadores del hogar: Ley 27986 y Reglamento, Decreto supremo 015-2003-TR

Personas que realizan labores de aseo, cocina, lavado, asistencia, cuidado de niños y demás propias de la conservación de la residencia o casa-habitación, que no importen lucro para el empleador y su familia.

Existen dos modalidades para la prestación del trabajo doméstico, denominadas “cama adentro” y “cama afuera” (artículos 15 y 16 de la Ley). La modalidad debe ser necesariamente pactada por ambas partes, sin que exista la posibilidad de una determinación unilateral por ninguna de las partes (artículo 8o. del Reglamento).

Tienen derecho a CTS, gratificaciones y vacaciones a razón de 50% del régimen general.

C. Menores: Código de los Niños y Adolescentes, Ley 27337, modificada por la Ley 27571

La edad mínima requerida para autorizar el trabajo de menores se establece del siguiente modo:

- Para labores agrícolas no industriales: 15 años.
- Para labores industriales, comerciales o mineras: 16 años.
- Para labores de pesca industrial: 17 años.
- Para otras modalidades: 14 años.
- Excepciones: si las labores a desarrollar no perjudican la salud, el desarrollo del adolescente, ni obstaculizan su asistencia a los centros educativos se podrá conceder autorización a partir de los 12 años.

Los adolescentes, con edad entre 12 y 18 años, requieren autorización para trabajar, tramitada ante la autoridad administrativa de trabajo. Los municipios provinciales y distritales son los competentes para los casos de trabajo doméstico o en forma independiente.

La jornada laboral de los adolescentes deberá ceñirse a límites:

- Entre 12 y 14 años: hasta 4 horas diarias y 24 horas semanales.
- Entre 15 y 18 años: hasta 6 horas diarias y 36 horas semanales.

El trabajo nocturno, en principio, está prohibido para los adolescentes. En casos excepcionales, el juez podrá dar autorización para adolescentes entre 15 y 18 años, siempre que no exceda de 4 horas diarias.

Se consideran trabajos prohibidos los trabajos realizados en el subsuelo, aquellos que impliquen la manipulación de pesos excesivos o sustancias tóxicas y las actividades en las que su seguridad o la de otras personas dependan de la responsabilidad del adolescente.

D. Trabajo portuario: Ley 27866 y su Reglamento, Decreto supremo 003-2003-TR y modificatorias

Conjunto de labores que se efectúan en los puertos privados de uso público y en los puertos públicos, sean éstos marítimos, fluviales, lacustres, para realizar las faenas de carga, descarga, estiba, desestiba, transbordo o movilización de mercancías, desde o hacia naves mercantes, entre bodegas de la nave y la bahía, dentro del área operativa de cada puerto.

Se entiende por trabajador portuario a la persona natural que, en subordinación al empleador portuario, realiza algunas de las actividades antes señaladas. Para poder prestar servicios como tal, se requiere inscripción en un registro a cargo de la entidad administradora del respectivo puerto.

Las remuneraciones y beneficios sociales se calculan por jornada o destajo, y por el tiempo efectivamente laborado. Los pagos se realizan en forma cancelatoria de acuerdo con los siguientes porcentajes: descanso semanal obligatorio 16.67%; gratificaciones legales 16.67%; CTS 8.33%, vacaciones 8.33%.

Con respecto al seguro social, por la naturaleza discontinua y eventual de los servicios, las prestaciones de salud se le otorgarán al trabajador sin exigir la continuidad laboral, a no ser que hayan transcurrido más de tres meses sin prestar labor alguna.

E. Profesores de enseñanza particular: Ley 28044, Ley General de Educación y Decreto supremo 019-90-ED

Los profesores que prestan servicios en centros de gestión no estatal tienen derecho a una remuneración reajutable con el costo de vida; participar en programas de capacitación, perfeccionamiento y especialización profesional, a vacaciones remuneradas durante dos meses: enero y febrero, entre otros derechos establecidos en las leyes laborales y en la Constitución.

La jornada de trabajo de los profesores no debe exceder de 24 horas semanales, cada hora pedagógica tiene una duración de 45 minutos.

F. Porteadores o cargadores manuales: Ley 27607

Porteadores son trabajadores independientes que, con su propio cuerpo, transportan vituallas, equipo, enseres de uso personal y otros bienes necesarios para expediciones con fines turísticos, deportivos o de otra índole; por lugares donde no ingresan vehículos motorizados (artículo 1o.)

El porteador presta sus servicios bajo contrato de trabajo en la modalidad de servicios específica, suscrito entre el porteador y las empresas prestadoras de servicios turísticos. Está prohibida la intermediación o cualquier otra modalidad que permita reemplazar la actividad personal y directa del porteador contratado (artículo 4o.)

Al porteador le corresponde recibir 1.2% de la UIT⁷ por cada día de trabajo cuya duración haya sido de ocho horas (artículo 6o.)

G. Artistas: Ley 28131 y Decreto-ley 19479

La Ley 28131 es aplicable a los artistas, intérpretes o ejecutantes y a los técnicos vinculados a la actividad artística (artículo 1o.). Se considera empleador a toda persona natural o jurídica que contrata con el artista bajo régimen laboral para que realice sus interpretaciones o ejecuciones (artículo 5.1a.).

Para que un artista extranjero actúe en el país requiere contar con contrato de trabajo artístico puesto en conocimiento del MTPE suscrito antes de su ingreso en el país, pase internacional extendido por el sindicato peruano que agrupe a los artistas de la especialidad o género que cultiva el artista extranjero, visa que corresponda al artista.

H. Futbolistas profesionales: Ley 26566

Son considerados futbolistas profesionales los que en virtud de una relación de carácter regular se dedican voluntariamente a la práctica de fútbol dentro del ámbito de una organización por cuenta y dirección de un club, a cambio de una remuneración.

⁷ La UIT es la unidad impositiva tributaria que se utiliza para mantener actualizados los valores monetarios a efectos impositivos, pero se utiliza generalizadamente como patrón de ajuste por inflación. Cada UIT equivale aproximadamente a 930 dólares.

El futbolista profesional tiene, entre otros, los siguientes derechos: ser beneficiario del régimen de prestaciones de salud y pensiones; descanso semanal, descanso en los días feriados y descanso vacacional, participación en su transferencia en el pago que realice el club adquirente (artículos 1o. y 7o.).

I. *Trabajo familiar: segunda disposición complementaria, transitoria, derogatoria y final de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral*

La prestación de servicios de los parientes consanguíneos hasta el segundo grado para el titular o propietario persona natural, no genera relación laboral como tampoco la prestación de servicios del cónyuge.

2. *Contratos comunes con peculiaridades*

Son contratos comunes u ordinarios, pero que presentan algunas características peculiares, los siguientes:

A. *Personal de dirección y trabajadores de confianza*

El personal de dirección y los trabajadores de confianza constituyen dos categorías laborales, específicas respecto del régimen común y a la vez distintas entre sí.

Personal de dirección es el 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; así como también a aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

Salvo en las materias que se indica a continuación, el personal de dirección y de confianza ostentan los mismos derechos que el resto de los trabajadores.

Los trabajadores de dirección y de confianza gozan de protección adecuada contra el despido arbitrario, mas no de estabilidad. Por ello, en ca-

so de despido arbitrario sólo tienen derecho al pago de la indemnización, pero no a obtener su reposición en el trabajo.

Por otro lado, es con el personal de dirección con el que las empresas suelen celebrar convenios de remuneración integral —previstos para trabajadores que perciben una remuneración no menor de dos unidades impositivas tributarias—, la cual es computada por periodo anual y comprende todos los beneficios legales y convencionales aplicables a la empresa, con excepción de la participación en las utilidades.

Finalmente, en cuanto a derechos colectivos, la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo niega, en principio, al personal de dirección y a los trabajadores de confianza la posibilidad de afiliarse a un sindicato, a menos que el estatuto de la organización sindical lo autorice expresamente. Adicionalmente, están excluidos del ámbito de aplicación de las convenciones colectivas de trabajo, así como del ejercicio del derecho de huelga.

B. Minería: Decreto supremo 030-89-TR; Resolución ministerial 091-92-TR; Decreto supremo 014-92-EM y Decreto supremo 46-2001-TR

Los trabajadores mineros tienen derecho a percibir el ingreso mínimo minero, equivalente a la remuneración mínima vital incrementada en 25%.

Es obligación del empleador informar a los trabajadores del riesgo relacionado con las labores que se realizan y de las medidas de prevención y protección aplicables; proporcionarles los equipos de protección adecuados, contar con servicios adecuados para primeros auxilios y observar todas las medidas necesarias para la protección de la vida y la salud de los trabajadores.

La edad de jubilación depende de la labor desarrollada, del lugar de prestación del servicio y del grado de peligrosidad, toxicidad e insalubridad a que esté expuesto el trabajador:

- 45 años de edad y 20 años de aportación para los trabajadores de minas subterráneas.
- 50 años de edad y 25 años de aportación para los trabajadores de minas a tajo abierto.
- 50 a 55 años de edad y 30 años de aportación para los trabajadores de centros de producción minera.

C. *Microempresa: Ley 28015*

Este régimen laboral tiene como finalidad el fomentar la formalización y desarrollo de microempresas y mejorar las condiciones de los derechos de los trabajadores.

Para la aplicación de este régimen, el número total de trabajadores no debe exceder de diez, y el monto de sus ventas anuales no debe exceder de 150 UIT.

Los trabajadores sujetos a este régimen deben tener una remuneración no menor que la remuneración mínima vital.

En cuanto a jornada, horarios y trabajo en sobretiempo, éstos se rigen por la normativa del régimen común aplicable. No obstante, no es de aplicación a los centros donde se labore en horario nocturno la remuneración mínima con la sobretasa del 35%.

Respecto al descanso vacacional, los trabajadores sujetos a este régimen tienen derecho (como mínimo) a 15 días calendario por año completo de servicio; dicho descanso puede reducirse de 15 a 7 días por acuerdo escrito de las partes.

La indemnización por despido injustificado es de 15 remuneraciones diarias por cada año completo de servicios, con un límite máximo de 180 remuneraciones diarias.

D. *Sector agrario: Ley 27360, y su Reglamento, Decreto supremo 049-2002-AG*

Se encuentran comprendidas dentro de este régimen las siguientes personas:

- Las que desarrollan actividades de cultivo o crianza, con excepción de la industria forestal y de la actividad agrícola.
- Las que realicen principalmente actividad agroindustrial fuera de Lima y Callao (exclusión: actividades agroindustriales relacionadas con trigo, tabaco, semillas oleaginosas, aceites y cervezas).

Los trabajadores tienen derecho a percibir una remuneración diaria no menor a S/. 16 nuevos soles, siempre y cuando laboren más de cuatro horas diarias. Esta remuneración incluye CTS, gratificación por navidad y por fiestas patrias.

El descanso vacacional remunerado es de 15 días calendarios por año completo de servicios.

La indemnización por despido arbitrario es de 15 remuneraciones diarias por cada año completo de servicios, con un máximo de 180.

E. Trabajadores de hospedajes, restaurantes y similares

Los trabajadores que laboren en establecimientos dedicados a prestar servicios de alojamiento y/o expendio de comidas y bebidas se rigen por la legislación común para trabajadores empleador y obreros.

Las remuneraciones, propinas y cualquier otro tipo de ingreso de los trabajadores no están sujetas a descuentos por concepto de faltas, roturas, pérdidas y multas.

F. Sector salud

Dentro del sector salud podemos distinguir cuatro regímenes especiales correspondientes a los siguientes profesionales: médicos (Decreto legislativo 559), cirujano dentista (Ley 27878), osbtrtrices (Ley 27853 y Decreto supremo 008-2003-SA) y enfermeras (Ley 27669).

La jornada laboral común para todos los profesionales del sector salud es de 6 horas diarias ininterrumpidas, 36 horas semanales o 150 horas mensuales.

Un factor común y de gran relevancia para la legislación laboral en la materia es la regulación de la jornada de guardia, mediante la cual se busca garantizar a la población asistencia ininterrumpida. La jornada de guardia es de doce horas, y puede exceder dicho límite en casos excepcionales. Quedan excluidos de la jornada de guardia los profesionales mayores de 50 años o imposibilitados por razones de enfermedad, según lo establece el artículo 9o. de la Ley 23536, norma de aplicación a todos los profesionales de la salud.

El trabajo prestado en los días que correspondan al descanso semanal y a los días feriados no laborables da derecho a percibir una sobretasa del 100%.

G. Periodistas: Ley 24724, Decreto supremo 001-88-TR

La jornada ordinaria de trabajo para los periodistas no puede ser mayor de 5 días ni de 40 horas a la semana, sea cual fuere su centro de trabajo.

La ley otorga un día adicional de descanso; el empleador puede otorgar el día inmediato anterior o inmediato posterior al día de descanso regular, ya que el periodista debe gozar de 48 horas continuas de descanso.

En ningún caso la remuneración de los corresponsales permanentes será menor al ingreso mínimo legal.

H. Trabajadores extranjeros: Decreto legislativo 689, Ley para la Contratación de Trabajadores Extranjeros y Reglamento, Decreto supremo 014-92-TR

La contratación de trabajadores extranjeros está sujeta al régimen laboral de la actividad privada. Las empresas nacionales o extranjeras podrán contratar a personal extranjero en una proporción no mayor al 20% del número total de servidores; asimismo sus remuneraciones no podrán exceder del 30% del total de la planilla de sueldos y salarios.

Los contratos de trabajo son a plazo determinado, con una duración no mayor a 3 años, prorrogable; el empleador se obliga a capacitar al personal nacional en la misma ocupación.

En ningún caso las remuneraciones derechos y beneficios del personal extranjero serán menores de los reconocidos para el régimen laboral de la actividad privada.

SEGUNDA PARTE LAS MODALIDADES FORMATIVAS

El campo de la formación profesional —o su sigla, FP, como corrientemente se la identifica— estuvo representado tradicionalmente en el Perú, como en muchos otros países, por el llamado “contrato de aprendizaje”, cuya plantilla básica, con las naturales adaptaciones propias de los usos e idiosincracia locales, era similar en todas partes.

Primero en Europa, en los ochenta, y luego en América a principios de los noventa, se produjo la incorporación de figuras jurídicas novedosas, que incorporan elementos inéditos en su formulación, dentro de los cuales y en varios países está el de su segregación del campo laboral, y que representan asimismo un giro en lo que ha sido la orientación tradicional en esta materia.

I. EL CAMBIO EN EL MARCO CONCEPTUAL

Lo acontecido no es un fenómeno aislado. Ya el maestro Barbagelata,⁸ una autoridad continental en la materia, apuntaba que las leyes sancionadas en los últimos años en algunos países adoptan definiciones que “sin abandonar en todos los casos la consideración de finalidades educativas y las referencias a la contribución de la FP a la realización y al desarrollo de los individuos y al mejoramiento de los niveles de vida de los trabajadores, parecen inclinarse mayoritariamente a priorizar los objetivos económicos, así como la inserción en el empleo”.

En esa línea, las leyes que han incidido en el tema estuvieron estrechamente ligadas a objetivos de promoción del empleo, de donde se colige un cambio en las prioridades: se procura facilitar la creación de puestos de trabajo con fines de empleo y, a través de ellos, formar al joven o aprendiz, y no, como era lo tradicional, formar primero al joven para que se inserte después, en mejores condiciones, al mercado laboral. Es sintomático, por ejemplo, que en el Perú los nuevos contratos formativos fueran introducidos por una ley denominada, precisamente, de Fomento del Empleo: Decreto legislativo 728.⁹

Con ello a la vista, el maestro uruguayo considera que los objetivos que ahora se privilegian son de tres tipos, los que pueden a su vez ser

...complementarios y de límites imprecisos y desde luego no excluyentes:...

a) Satisfacer la necesidad de la respectiva comunidad nacional de contar con los recursos humanos aptos para mantener o impulsar su desarrollo económico; b) Satisfacer las necesidades de las empresas en cuanto a disponer de mano de obra cualificada y, consiguientemente, ubicación de éstas en el centro de atención de los sistemas de formación profesional, c) Ayudar a la inserción y reinserción en el mercado del empleo.¹⁰

⁸ Barbagelata, Héctor Hugo, *Formación y legislación del trabajo*, Montevideo, CINTERFOR-OIT, 1996, p. 8.

⁹ La Ley de Fomento del Empleo, por mandato de una disposición transitoria del Decreto legislativo 855, fue dividida posteriormente en dos partes: en una, titulada Ley de Productividad y Competitividad Laboral se incorpora todo lo relativo al contrato de trabajo, y es por ello, más allá de su título, una ley del contrato de trabajo; en la otra, titulada Ley de Formación y Promoción Laboral, como su nombre refleja, aparecen los contratos formativos —de formación laboral juvenil y de prácticas preprofesionales—, ambos calificados como no laborales.

¹⁰ Barbagelata, *Formación..., cit.*, nota 8, p. 9.

Por su parte, la doctrina española¹¹ entiende que la normativa

...atribuye a los contratos formativos fines variados. El primero de ellos es la formación en el trabajo, ya sea mediante la puesta en práctica de los conocimientos previamente adquiridos, ya sea mediante el aprendizaje de un oficio. Pero también cumple otras funciones secundarias: por un lado, la inserción de los jóvenes en el mercado de trabajo, y por otro la selección de personal por parte de las empresas.

El contrato de aprendizaje tradicional se ligaba por lo general a entidades de carácter estatal o paraestatal encargadas de impartir la capacitación laboral, y estuvo inserto dentro del marco conceptual de la Recomendación 57 de la OIT de 1939. Más cercanamente en el tiempo, empero, Recomendaciones como la 88 de 1950 (sobre formación profesional de adultos), la 117 de 1962 y la muy reciente de 2004, así como el Convenio 142 de 1975, sobre el desarrollo de los recursos humanos, representan en cierta forma un grado de evolución hacia modalidades que vinculan más estrechamente la formación al “desarrollo de las aptitudes individuales para comprender individual o colectivamente cuanto concierne a las condiciones de trabajo y al medio social e influir sobre ellos”.

En su visión actual se potencia la formación “en” el puesto, tanto o más que “para” el puesto de trabajo. Es decir, la formación dentro del taller y no sólo, o no tanto, en las escuelas o centros externos al mismo. Las notas características de la formación profesional, en su moderna conceptualización, según Hugo Barreto, tienen relación con: acciones tendientes a la adquisición de conocimientos y habilidades a emplear en el mundo del trabajo; llevadas a cabo por una pluralidad de agentes educativos y sociales; realizadas preponderantemente (pero de ningún modo únicamente) por fuera del circuito formal de enseñanza.¹²

Barretto glosa y comenta tres definiciones propuestas para formación profesional, aportadas con ocasión de un evento internacional, en cita que es útil transcribir in extenso. Dice al respecto que

...uno de ellos entiende por formación profesional el “conjunto de modalidades de aprendizajes sistematizados que tienen como objetivo la preparación sociolaboral para y en el trabajo desde el nivel de introducción al mun-

¹¹ Martín Valverde, Antonio *et al.*, *Derecho del trabajo*, 8a. ed., Madrid, Tecnos, 1999, p. 521.

¹² Barretto Ghione, Hugo *et al.*, *Derecho de la formación profesional en Uruguay*, Montevideo, CINTERFOR-OIT, 2003, p. 14.

do del trabajo hasta el de alta especialización... Esta definición de relación estrecha con la concepción de la formación continua ya que las sociedades del conocimiento exigen de sus miembros el desarrollo de una profesionalidad a lo largo de la vida”. En otro caso se concibe la formación como “aquellas actividades formativas que tienen como objetivo la adquisición de nuevas capacidades profesionales o el desarrollo o mejora de las que ya se tienen, siempre que estén relacionadas con la actual ocupación de la persona o con expectativa de futuras ocupaciones”. Como se puede ver, la primera de las definiciones resulta más comprensiva de diversas expresiones formativas que la segunda, aunque la referencia a la sistematización delata su procedencia puramente ideal, dado lo arduo que supone toda organización sistémica de la formación. Un tercer ejemplo... las define de la siguiente manera: La formación profesional en su acepción más amplia, designa todos los procesos educativos que permiten, al individuo, adquirir y desarrollar conocimientos teóricos y operacionales relacionados con la producción de bienes y servicios, sean esos procesos desarrollados en las escuelas o en las empresas. Nótese la referencia, por primera vez explícita, de la multiplicidad de organismos que pueden intervenir prestando servicios formativos, dato de profunda raigambre en ese país (Brasil).¹³

No obstante, el propio Barretto propone una definición muy sencilla: “En definitiva, formación profesional refiere al proceso de educación o adiestramiento en la práctica de un empleo, facultad u oficio inherente al trabajo remunerado”.¹⁴

Proyectándola a una dimensión axiológica y teleológica, la

...concepción acuñada como la opción consensuada para aumentar la competitividad en base a la calificación de las personas involucradas en la producción, ha seguido enriqueciéndose y ha dado paso a una concepción multidimensional con tres enfoques complementarios: a) como derecho humano fundamental, y por ende generador de la obligación del Estado de formular políticas al respecto; b) como factor de desarrollo económico basado en la competitividad y componente de las políticas activas de empleo; y c) como promotora del trabajo decente, requisito y componente a la vez de ese concepto.¹⁵

¹³ *Ibidem*, pp. 16 y 17.

¹⁴ *Ibidem*, p. 13.

¹⁵ Ferreira, María Carmen, *La formación profesional en el Mercosur*, Montevideo, CINTERFOR-OIT, 2003, p. 28.

II. LA FORMACIÓN PROFESIONAL EN LA CONSTITUCIÓN Y LA LEY PERUANA VIGENTES

La Constitución Política del Perú (1993), en lo relativo a la educación en general, indica que ésta prepara “para la vida y el trabajo” (artículo 14) y señala que es deber del Estado “promover condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo” (artículo 23).

Este mandato aparece desarrollado por la legislación en tres moldes, que corresponden a tres tipos de formación profesional. De ellas, el contrato de aprendizaje tiene vieja data y responde a la conceptualización clásica. No sucede lo mismo con la formación laboral juvenil y la práctica preprofesional, a cuyos recipientes, con afán de diferenciación, se los denomina “convenios”, regulados por el título I de la Ley de Formación y Promoción Laboral bajo la rúbrica de “Capacitación para el trabajo”, y son desarrollados en tres capítulos.

1. *El contrato de aprendizaje clásico*

El contrato de aprendizaje ha sido “la modalidad de formación más antigua y por mucho tiempo la única”,¹⁶ y consiste en la “adquisición de una calificación por un joven a través de un proceso que se cumple fundamentalmente dentro de una relación contractual, por el desempeño progresivo de tareas en una situación real de trabajo, bajo las instrucciones del propio empleador o de un trabajador experimentado”.

Es definido como aquél por el cual “el aprendiz se obliga a prestar servicios a una empresa, por tiempo determinado, a cambio de que ésta le proporcione los medios para adquirir formación profesional sistemática e integral de la ocupación para cuyo desempeño ha sido contratado y le abone la asignación mensual convenida”.

No está previsto un tiempo máximo para el contrato, el cual tiene como edades límite 14 años en el mínimo y 24 años en el máximo, siempre y cuando los jóvenes acrediten haber concluido sus estudios primarios.

La asignación mensual del aprendiz no puede ser inferior al monto de la remuneración mínima vital vigente en la oportunidad del pago.

¹⁶ Barbagelata, Héctor Hugo, *Formación..., cit.*, nota 8, p. 37.

El aprendizaje tiene dos modalidades: dentro del taller, en la forma señalada en el párrafo anterior, o en una institución formativa especializada, de las que hay varias con carácter oficial; entre ellas, como las más notorias, el Servicio Nacional de Adiestramiento en Trabajo Industrial (Senati), para las actividades comprendidas en la Gran División 3 de la Clasificación Industrial Uniforme de las Naciones Unidas (CIIU), el Servicio Nacional de Capacitación para la Industria de la Construcción (Sencico), y el Centro de Formación en Turismo (Cenfotur), que se financian con aportes obligatorios de los empleadores, así como instituciones privadas.

El aprendiz es asegurado obligatorio de la seguridad social, en términos idénticos al trabajador común.

2. *La formación laboral juvenil*

La formación laboral juvenil (como la práctica preprofesional) representa aquello que Adrián Goldín,¹⁷ con referencia a la República Argentina, califica como “deslaboralización subjetiva” de los contratos, “que deriva de colocar una cierta relación laboral al margen de las normas del Derecho del Trabajo”, o como proceso de “huida del Derecho del Trabajo, orientado a tratar como no dependientes a vínculos y prestaciones que se reconociera otrora la condición que hoy se procura eludir”.¹⁸

Tiene por objeto proporcionar a los jóvenes entre 16 y 25 años de edad, que no han culminado sus estudios escolares, o que habiéndolo hecho no siguen estudios técnicos o superiores, o que haciéndolo no los han concluido, los conocimientos teóricos y prácticos en el trabajo a fin de incorporarlos a la actividad económica en una ocupación específica. Como límites se prevé que el convenio no puede tener una duración mayor a doce meses y que el número de jóvenes en formación no exceda del 10% del total del personal de la empresa pudiéndose incrementar este último porcentaje en un 10% adicional, pero condicionado a la contratación de jóvenes discapacitados o mujeres con responsabilidades familiares.¹⁹ El pago en los convenios de

¹⁷ Goldín, Adrián, *El trabajo y los mercados. Sobre las relaciones laborales en Argentina*, Buenos Aires, Eudeba, 1997, p. 151.

¹⁸ Goldín, Adrián, “El futuro del Derecho del Trabajo”, *El futuro del derecho del trabajo. En homenaje al Colegio Nacional de Buenos Aires*, Zavalia, 1997, p. 65.

¹⁹ Los límites mencionados han sido fijados recientemente a través de la Ley 27404, del 21 de enero de 2001, modificatoria de la Ley de Formación y Promoción Laboral, y que entrara en vigencia el 21 de marzo de 2001.

formación laboral juvenil, que no es calificado como remuneración, sino como subvención, no puede ser menor a la remuneración mínima vital cuando se cumpla el horario habitual establecido en la empresa; en caso de ser inferior, será proporcional. La formación laboral juvenil se puede realizar fuera de la jornada y horario habitual de la empresa, y, en caso de que se dé en jornada u horario nocturno, sólo procede previa autorización expresa de la autoridad administrativa de trabajo.²⁰

3. *Prácticas preprofesionales*

Para el convenio de prácticas preprofesionales, el practicante no requiere haber finalizado su carrera profesional; al contrario, corresponde a quien estudia y trabaja a la vez, obteniendo formación especializada o superior en las áreas que correspondan a su formación académica. En el caso de los egresados, la práctica no puede ser mayor al plazo exigido por el centro de estudios como requisito para obtener el grado o título respectivo; generalmente esto equivale a un año.

La subvención del practicante no puede ser inferior al mínimo legal o a la proporción correspondiente al tiempo efectivo de permanencia, con excepción de los consultorios profesionales asociados, los cuales deben pagar a sus practicantes una subvención mensual no menor al 50% de la establecida para el régimen general.

Se prevé como obligación de la empresa, a la finalización de los convenios mencionados —tanto de formación como de prácticas—, otorgar un certificado de capacitación laboral o de prácticas preprofesionales, según corresponda. Los practicantes tienen opción preferencial —no automática— de admisión en las empresas en que hayan realizado su capacitación. En la práctica no constituye más que una buena intención de la norma.

III. MODALIDADES FORMATIVAS EN EL ANTEPROYECTO DE LEY GENERAL DE TRABAJO

El anteproyecto de Ley General del Trabajo, tal como fue evacuado por la comisión de expertos, no innovaba en la tipología vigente en materia de modalidades formativas, pero sí lo hacía y muy profundamente

²⁰ Aspecto modificado por la Ley 27404.

en la definición de su naturaleza jurídica, sus requisitos y efectos. Mantenía los tres modelos —aprendizaje, formación laboral juvenil y prácticas preprofesionales—, pero definía su naturaleza calificándola de mixta o dual,²¹ reconocía a favor de los aprendices y jóvenes en formación los derechos laborales básicos y planteaba exigencias de seriedad en la formación a través de programas previos y controles posteriores.

En el debate en el seno del Consejo Nacional del Trabajo, el anteproyecto ha sido enriquecido de modo notable en la tipología, pero en cambio ha generado una innecesaria ambigüedad en el tema que más nos interesa: la naturaleza jurídica.

Conforme al actual anteproyecto, las modalidades formativas son tipos especiales de convenios que relacionan el aprendizaje teórico y práctico, sujetos a la normatividad específica de su capítulo, mas no a las normas generales de la ley.

Las modalidades formativas incluidas en el texto propuesto son:

1. *Aprendizaje*

Se caracteriza por realizar parte del proceso formativo en las empresas, previa formación inicial y complementación en un centro de formación profesional. La finalidad de esta modalidad consiste en complementar la formación adquirida en el centro, así como consolidar el desarrollo de habilidades sociales y personales relacionadas al ámbito laboral.

El convenio de aprendizaje se celebra entre la empresa, el centro de formación profesional y el aprendiz. Este último debe tener por lo menos 14 años y haber concluido como mínimo estudios primarios.

A. Aprendizaje con predominio en la empresa

El proceso formativo se realiza mayormente en la empresa, con espacios programados de aprendizaje en el centro de formación profesional. Este convenio se celebra entre una empresa patrocinadora, un aprendiz y un centro de formación profesional autorizado para realizar esta modalidad. La jornada no podrá superar las 8 horas diarias o 48 semanales.

²¹ Las modalidades formativas son “tipos especiales de contratación de naturaleza mixta, que combinan el cumplimiento de labores propias de la actividad del empleador con instrucción teórica y el desempeño de tareas programadas de capacitación y formación laboral”, postulaba el artículo 81 del primer anteproyecto.

B. Aprendizaje con predominio en un centro de formación profesional: prácticas preprofesionales

Permite a la persona en formación, durante su condición de estudiante, aplicar sus conocimientos, habilidades y aptitudes mediante el desempeño de una situación real de trabajo.

Esta modalidad se plasma en un convenio de aprendizaje celebrado entre una empresa, una persona en formación y un centro de formación profesional.

El tiempo de duración de ambos convenios depende de la duración de la formación y el nivel de calificación de la ocupación. La jornada no podrá superar las 6 horas diarias o 30 semanales.

2. Práctica profesional

Busca consolidar los aprendizajes adquiridos a lo largo de la formación profesional, así como ejercitar el desempeño en una situación real de trabajo. Se realiza mediante un convenio celebrado entre una empresa y un egresado de un centro de formación profesional, con duración no mayor a doce meses, salvo excepciones específicas. La jornada no podrá superar las 8 horas diarias o 48 semanales.

3. Capacitación laboral juvenil

Se caracteriza por realizar el proceso formativo en las empresas, permitiendo que los beneficiarios se desempeñen en una situación real de trabajo. Su finalidad es que el joven entre 16 y 23 años, que no haya culminado o ha interrumpido la educación básica, o habiéndola culminado no sigue estudios superiores, adquiera conocimientos teóricos y prácticos en el trabajo, a fin de incorporarlos en la actividad económica.

El número de beneficiarios no puede exceder al 20% del total del personal del área u ocupación, ni del 20% del total de trabajadores con vínculo laboral. Dicho número podrá incrementarse en 10% sólo si este porcentaje se compone de jóvenes discapacitados o jóvenes madres. En caso de empresas con más de tres trabajadores y menos de diez, se podrá contratar sólo un beneficiario.

La duración del convenio no debe ser mayor a seis meses en ocupaciones de poca calificación, de poca o ninguna complejidad y con niveles menores de responsabilidad, prorrogables hasta por un periodo similar; y

no mayores a 24 meses en ocupaciones de mayor calificación, mayor complejidad y con mayores niveles de responsabilidad. Los periodos de capacitación intermitentes o prorrogados no pueden exceder en conjunto de 12 o 24 meses, según corresponda, en la misma empresa. La jornada no podrá superar las 8 horas diarias o 48 semanales.

4. *Pasantía*

A. *Pasantía en la empresa*

Busca relacionar al beneficiario con el mundo del trabajo y la empresa, en la cual implementa lo aprendido en el centro de formación y se informa de las posibilidades de empleo y la dinámica de los procesos productivos, a efectos de que refuerce la capacitación laboral adquirida.

La pasantía en la empresa se realiza mediante un convenio celebrado entre una empresa, un beneficiario de 14 años o más y un centro de formación profesional o centro educativo facultado para la capacitación laboral. Su duración no puede ser mayor a 3 meses.

B. *Pasantía de docentes y catedráticos*

Vincula a docentes y catedráticos del sistema de formación profesional con los cambios socioeconómicos, tecnológicos y organizaciones del sector productivo, a fin de insertarlos en los procedimientos de enseñanza en los centros de formación profesional. Su finalidad es mejorar los conocimientos tecnológicos de innovación y prospección de los docentes y catedráticos, que permitan construir vínculos entre la empresa y el centro de formación profesional.

El convenio se celebra entre una empresa, un docente o catedrático y un centro de formación profesional, y su duración no debe superar los 3 meses.

En los convenios de pasantía la jornada quedará establecida en el convenio y no podrá superar las 8 horas diarias ni las 48 horas semanales. La duración de la jornada para los estudiantes de los últimos grados de educación secundaria será determinada por el Ministerio de Educación.

5. *Actualización para la reinserción laboral*

Esta modalidad formativa es una novedad absoluta en la legislación peruana, y se caracteriza por realizar el proceso de actualización para la

reinserción en las empresas, permitiendo a los beneficiarios la recalificación, desempeñándose en una situación real de trabajo, con acceso a servicios de formación y orientación para insertarse en el mercado laboral.

La finalidad es mejorar la empleabilidad, así como las posibilidades de reinserción de trabajadores no ocupados entre 45 y 65 años con desempleo prolongado mayor a doce meses continuos, habiéndose desempeñado como empleados u obreros.

El número de beneficiarios no puede exceder al 20% del total del personal del área u ocupación ni del 20% del total de trabajadores con vínculo laboral. Dicho número podrá incrementarse en 10% sólo si este porcentaje se compone de beneficiarios con discapacidad. En caso de empresas con más de tres trabajadores y menos de diez, se podrá suscribir convenio con un adulto.

Los beneficiarios no pueden haber tenido vínculo laboral con la empresa, salvo que haya transcurrido mínimo un año del cese, y no hubieran tenido relación de servicios personales en ese lapso. Asimismo, deben ser desempleados, sin incluir los que tengan un negocio. Las empresas no pueden usar esta modalidad como medio de presión para que trabajadores en actividad accedan a ella.

El plazo del convenio no puede ser mayor a doce meses, prorrogable por otro periodo no mayor a doce meses cuando ello esté previsto y se justifique por el plan diseñado. Los beneficiarios sólo pueden acceder a esta modalidad una sola vez.

La jornada no podrá superar las 8 horas diarias o 48 semanales.

6. Normas comunes a las modalidades formativas

El anteproyecto, en su actual versión, contorna una definición sobre la naturaleza jurídica de las modalidades formativas y apela a la ambigüedad y el eufemismo en alguno de sus enunciados. Así, evita utilizar la expresión contrato, sustituyéndola por convenio, y a la remuneración la denomina subvención, pero no llega al extremo de deslaboralizarlas en forma explícita, como hace la legislación vigente.

Las obligaciones de las personas en formación consisten fundamentalmente en acatar las disposiciones formativas asignadas por la empresa, cumplir con diligencia las obligaciones convenidas, observar las normas de la empresa y cumplir el programa que desarrolle la empresa.

Las obligaciones de la empresa se centran en cumplir los planes y programas que rijan la formación, proporcionar dirección técnica y medios para la formación, pagar la subvención mensual convenida, otorgar descanso semanal y feriados subvencionados, y descanso de 15 días subvencionado cuando el convenio dure más de 12 meses, otorgar una subvención adicional equivalente a media subvención mensual cada 6 meses, no cobrar suma alguna por la formación, cubrir los riesgos de enfermedad y accidentes a través de Essalud o un seguro privado, brindar las facilidades para que el beneficiario voluntariamente se afilie a un sistema pensionario, emitir los informes que requiera el centro de formación profesional, y otorgar el respectivo certificado al término del convenio.

En todos los casos la jornada formativa responde a las necesidades de la persona en formación y dependerá del convenio suscrito, no pudiendo superar los límites previstos en cada uno.

La subvención económica mensual no puede ser inferior a la remuneración mínima cuando se cumpla la jornada máxima prevista para cada tipo de modalidad formativa. En caso de que la jornada sea menor, el pago será proporcional.

Se exceptúa de lo dispuesto en el párrafo anterior el convenio de pasantía, cuya subvención mensual no puede ser inferior al 30% de la remuneración mínima. Sólo si la pasantía se realiza asociada a las necesidades de cada curso obligatorio requerido por el centro de formación, el pasante no recibirá subvención alguna.

Asimismo, en el caso del convenio de actualización para la reinserción laboral, los beneficiarios recibirán una subvención mensual no menor a dos remuneraciones mínimas.

La subvención económica no tiene carácter remunerativo y no está afecta al pago del impuesto a la renta, otros impuestos, contribuciones ni retención alguna, salvo casos expresos.

No se puede incluir como beneficiario de ninguna modalidad a personas que tengan relación laboral con sus empleadores, en los casos que empresas de intermediación laboral destaquen personal bajo estas modalidades.

IV. NATURALEZA JURÍDICA DE LAS MODALIDADES FORMATIVAS

1. *La formación profesional como derecho y deber*

Dígase como introducción a la naturaleza de las modalidades formativas que la formación profesional, como el trabajo mismo, es un derecho y un deber. En tanto que derecho del trabajador, genera para los empleadores la obligación de impartirla. En tanto que deber, impone al trabajador la obligación de capacitarse y concede al empleador la potestad para exigirselo.

Es más, Barbagelata²² afirma “que existe una sostenida tendencia hacia el reconocimiento a la FP como un Derecho Humano Fundamental”, que se rastrea ya en el preámbulo de la Constitución de la OIT y en la Declaración de Filadelfia (1944), pero que alcanza “su pleno y universal reconocimiento al más alto nivel en dos instrumentos de singular jerarquía y alcance general: la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) de 1948, y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDSC) de 1966”,²³ como también en el Protocolo de San Salvador (1988), complementario de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en materia de derechos económicos, sociales y culturales.

La formación profesional ha sido objeto, además, de numerosos convenios y recomendaciones de OIT: números 53 de 1936 y 169 de 1946, pero en especial los Convenios 140 (1973) y 142 (1975), y las Recomendaciones 148 (1973) y 150 (1975), revisada esta última en la conferencia del 2004, que adoptó la nueva “Recomendación sobre el desarrollo de los recursos humanos”.

Por ser el documento más reciente y, por ende, el más actual, y por los conceptos que diseña, es pertinente glosar algunos de los que la Recomendación propone:

- a) En primer lugar, la Recomendación despliega el concepto de desarrollo de los recursos humanos en tres tareas específicas: educación, formación y aprendizaje permanente.
- b) Destaca en todo momento que estas tareas son responsabilidad de todos: gobiernos, empleadores, trabajadores, y que la formulación

²² Barbagelata, Héctor Hugo, *Formación...*, cit., nota 8, p. 38.

²³ *Ibidem*, p. 39.

- y aplicación de políticas de desarrollo de recursos humanos debiera estar asentada y sustentada en el diálogo social.
- c) Define algunos términos muy importantes: “Aprendizaje permanente”, que engloba todas las actividades de aprendizaje realizadas a lo largo de la vida con el fin de desarrollar las competencias y cualificaciones; “competencias”, que abarca los conocimientos, las aptitudes profesionales y el saber hacer que se dominan y aplican en un contexto específico; “cualificaciones”, que designan la expresión formal de las habilidades profesionales del trabajador, reconocidas en los planos internacional, nacional o sectorial; y “empleabilidad”, que se refiere a las competencias y cualificaciones transferibles que refuerzan la capacidad de las personas para aprovechar las oportunidades de educación y de formación que se les presenten con miras a encontrar y conservar un trabajo decente, progresar en la empresa o al cambiar de empleo y adaptarse a la evolución de la tecnología y de las condiciones del mercado de trabajo.
 - d) La educación y la formación son un derecho para todos, por lo que los gobiernos, en colaboración con los interlocutores sociales, deben esforzarse por asegurar el acceso de todos al aprendizaje permanente.
 - e) La consecución del aprendizaje permanente debería basarse en un compromiso explícito: por parte de los gobiernos, de invertir y crear las condiciones necesarias para mejorar la educación y la formación en todos los niveles; por parte de las empresas, de formar a sus trabajadores; y por parte de las personas, de desarrollar sus competencias y trayectorias profesionales.

En cuanto a la FP como deber, el maestro uruguayo señala que su calificación explícita como tal resalta como un nuevo fenómeno en legislaciones como la argentina: Ley 24.467, artículo 9o., y en la china, Ley del Trabajo, artículo 2o.²⁴

2. *Naturaleza jurídica de las modalidades formativas convencionales*

Se ha destacado, al analizarse la naturaleza jurídica de los nuevos contratos formativos, la existencia de

²⁴ *Ibidem*, p. 46.

...dos tesis opuestas, que derivan de las fórmulas consagradas por el derecho positivo y, entre ambas, múltiples variantes. Una de las posiciones polares, que se solía identificar como doctrina francesa, sostiene que el contrato de aprendizaje es diferente del de trabajo, y que, sólo por extensión, se le aplican ciertas normas del derecho laboral. Para ello, se atribuye carácter decisivo a la instrucción que el jefe de empresa imparte o hace impartir al aprendiz. Para la doctrina que en alguna época se designaba como alemana, el contrato de aprendizaje es un contrato de trabajo, con algunas particularidades no esenciales.²⁵

Este debate ha tomado nuevo cuerpo a raíz de las innovaciones legislativas de las últimas décadas del siglo XX.

Las normas peruanas vigentes respecto del Convenio para la Formación Laboral Juvenil y el Convenio de Práctica Preprofesional los privan de contenido y naturaleza laborales, y, sin calificarlos en manera alguna ni encuadrarlos dentro de una determinada categoría jurídica, los sitúan más bien dentro de una especie de “limbo” jurídico impreciso y difuso.

Como consecuencia de ello, al no encontrarse vinculado laboralmente, el aprendiz, practicante o joven en formación no tiene derecho a las prestaciones de la seguridad social ni a la protección de las normas laborales. Sólo se prevé la contratación, a cargo de la empresa contratante, de un seguro que cubra los riesgos de enfermedad y accidentes en el trabajo, o, en su defecto, la empresa debe asumir directamente el costo de esas contingencias, supuesto que ocurre mayormente.

Lo curioso en el caso peruano es que ambas definiciones —la del contrato de trabajo y las de los convenios formativos—, no obstante su evidente implicancia, formaron parte en su origen de una misma norma legal, la Ley de Fomento del Empleo (Decreto legislativo 728).

Para examinar el importante tema de la naturaleza jurídica de estos instrumentos contractuales, caben por hipótesis cuatro posibilidades, a saber:

1. Que no se los considere de naturaleza laboral, que es la posición adoptada por la legislación vigente al momento en que se elabora esta ponencia.

²⁵ Barbagelata, Héctor Hugo, *Derecho del trabajo. Los contratos de trabajo y sus modalidades*, t. II: *Fundación de Cultura Universitaria*, Montevideo, 1980. p. 44. En intervención oral con ocasión del XV Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, el maestro uruguayo precisó que ya no podía seguirse llamando “francesa” a tal teoría, dada la evolución normativa producida en dicho país en años más recientes.

2. Que se consideren contratos de trabajo comunes.
3. Que se consideren contratos de trabajo especiales.
4. Que se tipifiquen como contratos de naturaleza sui géneris.

A continuación examinaremos estas opciones.

A. Las modalidades formativas como instrumentos no laborales

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral, desprendida de la original Ley de Fomento del Empleo (Decreto legislativo 728), sienta lo siguiente: “Artículo 4o. En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado...”.

Desarrolla los elementos esenciales —trabajo personal, remuneración y subordinación— del modo siguiente:

Artículo 5o. Los servicios, para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa sólo por el trabajador como persona natural...

Artículo 6o. Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualesquiera sean la forma o denominación que se le dé, siempre que sea de su libre disposición...

Artículo 9o. Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene 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 infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador...

No representa ningún esfuerzo advertir que en los convenios formativos están presentes de modo evidente e innegable esos tres elementos esenciales.

En efecto, lo que el aprendiz, joven en formación o practicante aporta a la empresa o entidad que los recibe es trabajo personal, el cual es obviamente aprovechado por ésta para la producción o el servicio al que está dedicada.

Lo que aquél recibe de la empresa o entidad es una suma en dinero a la que la norma, buscando precisamente la diferenciación, evita denominar remuneración, y eufemísticamente bautiza como subvención económica. Cierto es que el joven o practicante recibe algo más, que es el objeto teó-

rico de su permanencia en la empresa: la formación profesional; pero este hecho no desvirtúa ni desvanece el hecho central de que obtiene también un ingreso económico tangible, que es equivalente, en la mayoría de las situaciones previstas, nada menos que a la remuneración mínima aplicable al trabajador común.

Finalmente, es inevitable comprobar que la persona está sujeta a una marcada subordinación, traducida en las facultades que el empleador tiene para normar las labores, impartir las órdenes y sancionar los incumplimientos.

Por donde se las mire, pues, las relaciones que se entablan entre la empresa y el joven son de naturaleza laboral, sin atisbo alguno de duda. Con mayor razón aún si uno de los principios cimeros del derecho del trabajo es el de primacía de la realidad, contrastada en estos casos no con el contrato formal en sí, que sólo es un correlato, sino con la ley, que se revela además como contradictoria consigo misma.

Mario Garmendia,²⁶ con referencia a la legislación uruguaya, pero con criterios que son válidos universalmente, califica como “manifiesto error”, el pretender, para enfatizar las finalidades de tenor educativo, hacerlo mediante el desplazamiento de toda reminiscencia laboral en el vínculo que se crea a partir de la pasantía.

Sin embargo —agrega—, basta una rápida lectura de las disposiciones que contiene para advertir la artificialidad del intento, así como las complicaciones que del mismo habrán de derivarse. Por lo demás, queda en evidencia la visión equivocadamente sesgada de sus redactores, quienes contrariamente a lo que hubiera sido natural, pretendieron ocultar la naturaleza laboral del contrato, seguramente a partir del preconcepto de que cualquier derivación hacia dicho ámbito conspiraría contra el éxito de la figura creada. Muchos inconvenientes se hubieran ahorrado con la opción más sencilla y sincera de no ocultar lo inocultable y asumir la verdadera naturaleza jurídica de la relación, para luego introducirle los elementos especiales o excepcionales que hubiera condicionado la consecución de las finalidades formativas que mediante ella se persiguen.

Similar es la crítica de Vieira, Villavicencio y Cortés²⁷ con referencia a la legislación, destacando que ello

²⁶ Garmendia Arigón, Mario, *Derecho del trabajo y formación*, Montevideo, CINTERFOR-OIT, 2003, p. 74.

²⁷ Vieira, Marta *et al.*, *Diálogo social y formación en el Perú*, Montevideo, CINTERFOR-OIT, 2004, p. 26.

...ha sido cuestionado en tanto se señala que en realidad se trata de un régimen especial laboral en virtud de la formación que recibe el participante, pero esa situación no justifica una exclusión total de la consideración como trabajador. Sin embargo, la finalidad de ella es evidente, puesto que conduce a que no gocen de ningún beneficio laboral y a que la subvención que perciben no esté sujeta a pago alguno por concepto de aportes a la seguridad social.

B. Las modalidades formativas como un contrato laboral común

Aceptar lo evidente —la naturaleza laboral de los contratos formativos— no significa desconocer algo también obvio: no son un contrato ordinario.

La sola coexistencia en quien presta el servicio de una doble condición: trabajador y estudiante, y la índole dual de la contraprestación que recibe, que es salario, pero también y fundamentalmente formación, hace que se trate de una relación de naturaleza muy especial, de modo que adosarla al contrato común sería contrario a su naturaleza, perjudicial para su eficacia y, a la larga, destructivo de su viabilidad.

C. Las modalidades formativas como un contrato de trabajo especial

En nuestra opinión, lo más claro, lo más nítido y transparente que la legislación debe hacer es reconocer y atribuir a estas prestaciones la naturaleza laboral que realmente les corresponde; y, sin desmedro de ello, diseñar un esquema propio de derechos y beneficios que, al tiempo de apartarse del común, recoja instituciones esenciales a toda relación de trabajo, y que hoy, o bien no aparecen, o bien se dan de modo colateral o desdibujado.

Esas instituciones, en nuestra opinión, tienen que ser al menos las que la Constitución política consagra como fundamentales a saber: el derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure para el trabajador y su familia el bienestar material y espiritual (artículo 24), una jornada ordinaria de trabajo máxima de ocho horas por día o cuarenta y ocho por semana, así como descanso semanal y vacacional (artículo 25), adecuada protección contra el despido arbitrario (artículo 27), reconocimiento de los derechos colectivos de libre sindicación, negociación colectiva y

huelga (artículo 28) y participación en las utilidades (artículo 29), enmarcado todo ello en los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, *e in dubio pro operario* (artículo 26).

Reconocer a quienes se sujetan a los contratos formativos estos derechos esenciales no sería nada excepcional; antes bien, representaría admitir lo obvio —que se trata de relaciones de trabajo— y atribuirles lo mínimo, que es el piso conceptual creado por la Constitución y del cual no debería escapar ninguna relación laboral.

Hacerlo, por lo demás, consolidaría la base jurídica de tales relaciones sin generar cargas excesivas para la empresa, ya que, como se repite, se trata sólo de los derechos básicos e insoslayables, que no deben ser desconocidos a nadie y por nadie.

D. Las modalidades formativas como contratos especialísimos

En realidad, nuestro planteamiento va un poco más allá. Sin desmedro de lo señalado líneas arriba como conjunto mínimo de derechos que deben ser garantizados a partir de la categorización de estos contratos como laborales, consideramos que se trata en verdad de contratos sui géneris, especialísimos, únicos y distintos de todos los demás existentes en el mundo laboral.

Como apropiadamente se define, tanto en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo original, como en el modificado, la naturaleza de estos contratos es mixta, ya que combina el cumplimiento de labores propias de la actividad del empleador con instrucción teórica y el desempeño de tareas programadas de capacitación y formación laboral.