

PACTOS TÍPICOS: LA INTERACCIÓN DE LA BUENA FE Y LA LIBERTAD DE TRABAJO

ISABEL HERRERA GONZALES PRATTO¹

Al momento de celebrar o durante la vigencia o a la conclusión del contrato de trabajo, las partes pueden establecer diversas cláusulas adicionales y pactos. Se ha convenido en llamar “pactos típicos” a los más recurrentes y presentes en nuestra legislación y en el anteproyecto de Código del Trabajo, texto según Resolución Ministerial N° 092-2022-TR (en adelante “El anteproyecto”). En este artículo abordaremos algunos pactos típicos a la luz de dos principios: la buena fe laboral y la libertad de trabajo.

73

1. LA BUENA FE LABORAL

Se ha dicho² que el principio de buena fe es poliédrico debido a sus distintas expresiones (“corrección y lealtad”, “cooperación”, “respeto a la palabra dada”, “compromiso al cumplimiento de las expectativas de la otra parte”, entre otras) que en definitiva revelan la necesidad de aprehender estándares (i) para evaluar el correcto actuar de los sujetos o (ii) para establecer reglas de interpretación de los comportamientos.

1 Especialista en Derecho Laboral graduada en 1992 por la Pontificia Universidad Católica del Perú, con Maestría en Derecho Internacional Económico por The University of Warwick (Inglaterra) y Diplomado en Recursos Humanos por la Universidad de Piura. Ha sido docente de Derecho Laboral en diversas universidades.

2 ESPINOZA ESPINOZA, J. (2013). El principio de la buena fe. En: Homenaje a Manuel De La Puente y Lavalle. Tomo II. Lima. pp. 779.

Según el artículo 1362° del Código Civil “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”. Con mayor agudeza, el Código Civil Español precisa que los contratos van más allá de lo expresamente pactado: “Los contratos [...] obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley” (artículo 1258°). Este fenómeno se denomina según Morales Hervias “relación obligatoria compleja”, porque un contrato contiene deberes de prestaciones principales (actividad nuclear), deberes de prestaciones secundarias (que dependen de la principal), y deberes accesorios o funcionales, que protegen la prestación principal, coadyuvan a la consecución de la utilidad comprometida, tutelan el interés de la prestación, y nacen de la ley y en concreto de la buena fe³.

Según Oscar Ermida⁴, el contenido ético del Derecho del Trabajo se condensa en la justicia, la equidad y la igualdad. A su vez, Mario Pasco⁵ indica que la esfera ética del contrato de trabajo se condensa en el principio de buena fe. Este principio trasciende a todos los contratos, es de mayor significación dentro de los contratos de tracto sucesivo - como lo es el contrato de trabajo, con una peculiaridad en el campo laboral: la fuerte implicación personal y la duración de la relación jurídica laboral⁶.

En el anteproyecto no figura dentro del Título Preliminar. Si bien es un principio-deber propio de los contratos y de la relación laboral, que no llega a ser un derecho fundamental⁷, debería incorporarse al mismo. La buena fe va más allá de un estándar de comportamiento. También es un parámetro de interpretación: permite apreciar aquellas características que, en el supuesto concreto, corresponderían a un comportamiento correcto.

3 MORALES HERVIAS, R. (2013). Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil, en: Revista Derecho PUCP, n° 71. pp. 58-60. Lima.

4 ERMIDA URIARTE, O. (2006). Ética y Derecho del Trabajo. En: Revista d'anàlisi De Dret Del Treball, [en línea], n° 1. pp. 24. <https://raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/58081>.

5 PASCO COSMÓPOLIS, M. (2013). Ética en las Relaciones Laborales. En: Homenaje Aniversario de la SPDTSS año de las Bodas de Plata de la SPDTSS. Lima. pp. 76.

6 Ibid., p. 72.

7 BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2009). Derechos fundamentales de la persona y relación de Trabajo. Lima. Fondo Editorial PUCP. pp. 187

En el anteproyecto el artículo 43° hace una mención al obrar de buena fe, pero entremezclado con otros aspectos ajenos al mismo, tales como la interdicción de la discriminación, la arbitrariedad y el abuso del derecho. Asimismo, el artículo 388° alude al uso reservado y de buena fe de la información que se entregue al sindicato, y el artículo 393° señala que las partes están obligadas a negociar de buena fe, lo que se concretiza en reconocer a la contraparte como interlocutor negocial y hacerlo con el propósito de celebrar un convenio colectivo. Sin embargo, este mismo principio ha sido eliminado del enunciado de las faltas graves relacionadas al incumplimiento de las obligaciones laborales (artículo 140° inciso 1), como si hubiese algún recelo del principio como medida de apreciación de la conducta del trabajador.

Sin duda la buena fe debería alumbrar tanto el campo de las relaciones individuales como el de las colectivas, y prevalecer como *principio-deber* en todo momento y sin excepciones.

2. LA LIBERTAD DE TRABAJO

Es un principio y un derecho fundamental. La Constitución peruana señala que toda persona tiene derecho “a trabajar libremente, con sujeción a la ley” (artículo 2° inciso 15).

A lo largo de su obra, Sergio Quiñones⁸ nos enseña que la libertad de trabajo admite tres facetas: (i) la libertad de entrada, al momento de constitución de la relación laboral, donde el trabajador es libre de decidir si, en qué, y para quién o cómo va a laborar. (ii) la libertad de trabajo al momento de ejecución de la relación laboral, que es libertad de pluriemplearse en sentido amplio, a la cual nos referiremos enseguida. (iii) la libertad de salida, que es al momento de la extinción del vínculo laboral, donde se protege la facultad de la persona de dejar de trabajar. Los límites a ésta última manifestación de libertad de trabajo vienen a ser los pactos de permanencia y el preaviso de renuncia⁹.

Velasco y Miranda subrayan que tanto la pluriactividad como el pluriempleo stricto sensu se reputan protegidas por el derecho constitucional de libertad de

8 QUIÑONES INFANTE, S. (2007). La libertad de trabajo: vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú. Lima. Palestra. 249 pp.

9 Ibid., p. 173-179.

trabajo. Así, un trabajador dependiente puede realizar de modo paralelo a su empleo un trabajo por cuenta propia (pluriactividad); o también podría pluriemplearse, es decir, brindar simultáneamente servicios en relación de dependencia a distintos empleadores¹⁰.

Sin embargo, existen limitaciones al pluriempleo, tanto en el sector privado (pactos de exclusividad) como en el sector público. Las limitaciones en el último caso emanan de las incompatibilidades y prohibiciones en el ejercicio de la función pública reguladas por ley expresa¹¹.

También se debe tener presente que dentro del régimen económico de la Constitución se asigna al Estado el rol de garantizar la libertad de trabajo y la libertad de empresa (artículo 59°), y en pos de esa finalidad, se agrega que el Estado facilita y vigila la libre competencia (artículo 61°). A esto último se refiere la defensa del adecuado funcionamiento del proceso competitivo que promueve la Ley de Represión de la Competencia Desleal, Decreto Legislativo N° 1044 (artículo 1°).

76

A propósito de la competencia desleal, Jorge Luis Acevedo¹² acota que, en el ámbito mercantil, aquella prohíbe no el daño al competidor, sino el empleo de medios ilícitos para competir –los actos contrarios a la buena fe empresarial. Mientras que, en el ámbito laboral, interviene el principio de buena fe, a la luz del cual no cabe admitir que el trabajador genere al empleador, a través de la competencia, un perjuicio que mercantilmente sería lícito. En efecto, la buena fe “apunta al equilibrio de los intereses de las partes”, a “su actuar correcto, sin afectar a la contraparte”¹³ como lo sugieren las expresiones: “corrección y lealtad”, “protección de la confianza”, “solidaridad” y “cooperación”, entre otras¹⁴. De este modo, la libertad de trabajo conversa o interactúa con el

10 VELASCO PORTERO, M.T. y Miranda Boto, J.M. (2021). Curso elemental de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Madrid. Tecnos. pp. 135.

11 QUIÑONES INFANTE, S. (2007). La libertad de trabajo: vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú. Lima. Palestra. pp. 149-153.

12 ACEVEDO MERCADO, J.L. (2003). La competencia desleal como falta grave en el Derecho del Trabajo. En: Derecho & Sociedad, n° 20. Lima. pp. 103. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechosociedad/article/view/17296>

13 ESPINOZA ESPINOZA, J. (2013). El principio de la buena fe. En: Homenaje a Manuel De La Puente y Lavalle. Tomo II. Lima. pp. 796.

14 Ibid., p. 779.

principio de buena fe laboral, acotando límites al pluriempleo y a la conducta del trabajador.

3. EL PERÍODO DE PRUEBA

El período de prueba permite el libre desistimiento del vínculo laboral sin originar una indemnización. Este tiempo se mantiene en tres meses en el anteproyecto, pero con dos recortes:

- I. Se elimina la ampliación del mismo, excepto para el personal de dirección (ha desaparecido la categoría de personal de confianza).
- II. Se acorta el tiempo en los contratos de trabajo de duración menor al año (máximo $\frac{1}{4}$ de la duración del contrato).

No parece correcto que se recorte drásticamente la utilidad del tiempo de mutuo conocimiento, más aún si tras esta etapa, se genera en nuestro ordenamiento un régimen de estabilidad absoluta.

4. EL PACTO DE REMUNERACIÓN INTEGRAL ANUAL

Este pacto permite a las partes de una relación laboral pactar la percepción de una remuneración integral computada por período anual, que comprenda todos o algunos de los beneficios sociales, tales como aquellos derivados de la ley, pacto o costumbre. En el anteproyecto se permite este pacto a partir de una remuneración anual de 40 Unidades Impositivas Tributarias, que es equivalente para el ejercicio 2022 a S/ 15,333.33 mensuales, monto que, de acuerdo al tamaño e ingresos de la mayor parte de las empresas peruanas, tendería a estar asociado a la remuneración del personal gerencial.

El anteproyecto exige registrar el convenio de remuneración integral anual, que es una forma de intervencionismo estatal sobre la autonomía privada no justificada. Esta interferencia también la vemos plasmada en los artículos 314° a 317° del anteproyecto, que exige comunicar la designación del personal de dirección y en el caso del gerente general registrar el contrato de trabajo escrito, registros que no tendrían por qué ser exigidos a las empresas, ni tampoco el registro del convenio de remuneración integral anual, que según lo indicado

pasaría básicamente a ser un pacto específico de ciertos empleados de nivel gerencial o subgerencial.

5. EXCLUSIVIDAD

La exclusividad emerge de un pacto de plena dedicación del trabajador, quien se compromete, durante la vigencia del contrato de trabajo, a no prestar sus servicios a otro empleador. Bajo el texto del anteproyecto sólo es válida si se celebra por escrito dentro de un contrato o convenio independiente (artículo 49°). La compensación por la exclusividad es en el anteproyecto por lo menos una remuneración mínima vital, cada mes. Se contempla el libre desistimiento del pacto sin otro requisito que un preaviso de treinta días. El incumplimiento es causa de despido y de una demanda de indemnización por los daños y perjuicios que se hubiera irrogado al empleador.

De esta manera, la exclusividad como pacto puede ser bastante fugaz. Lo que no implica que el trabajador quede en libertad para transgredir la buena fe descuidando sus obligaciones o para realizar actos de competencia desleal. El trabajador en este último caso, incurre en una conducta de disputar clientes a la empleadora de modo real o potencial, no tratándose de una simple concurrencia en la misma actividad.

En el anteproyecto la competencia desleal está contemplada en los artículos 48° (es obligación de los trabajadores no realizar en beneficio propio o de terceros actividades que califiquen como competencia desleal) y 140° (la competencia desleal es una falta que, según su gravedad, puede dar lugar al despido).

La exclusividad, al igual que otras notas características del contrato típico de trabajo (como la labor dentro de un centro de trabajo, con un horario fijo y a tiempo completo) han prevalecido por años. Diversas formas atípicas venían desplazando al mismo (contrato a tiempo parcial, teletrabajo, subcontratación, entre otros). Esta crisis del contrato típico y, por tanto, del rasgo de exclusividad sigue en aumento tras mayores cambios tecnológicos y nuevas formas de trabajo post pandemia.

6. PERMANENCIA

Mediante este pacto se pretende “asegurar que el trabajador permanezca en la empresa durante un período mínimo de tiempo”, bajo la premisa que ha recibido una formación de trascendencia mejorando notoriamente sus oportunidades laborales¹⁵.

En el anteproyecto (artículo 49º) el pacto de permanencia tiene validez si se consigna por escrito, dentro del contrato de trabajo o en un convenio independiente. Es preciso que concurren ciertos requisitos, entre ellos, que el empleador haya sufragado el costo de los estudios de especialización o perfeccionamiento; otorgando para ese efecto, una licencia (con o sin goce de haberes).

En el anteproyecto, se regula la duración de la permanencia: será proporcional al costo/tiempo de estudios, con un plazo máximo de dos años. Se señala asimismo que, si por causa del trabajador el vínculo se extingue antes del cumplimiento del compromiso de tiempo pactado, la infracción podrá generar una indemnización por daños y perjuicios.

En consecuencia, al igual que en otros ordenamientos se exige una inversión económica de la empleadora, una específica cualificación profesional, mas no necesariamente que más allá de la misma el trabajador se desempeñe en un proyecto o trabajo específico asociado a aquella.

7. PACTOS DE NO COMPETENCIA POST CONTRACTUAL

Como señalan Velasco y Miranda¹⁶, el trabajador va a “limitar sus posibilidades de ocupación futura”. El pacto busca evitar que un trabajador “se aproveche de los conocimientos adquiridos en una empresa, aplicándolos después a una actividad por cuenta propia o ajena”. Ello, siempre que, “según las circunstancias que concurren, pueda considerarse capaz de condicionar o afectar la posición de la empresa en el mercado, alterando su potencial de clientes”.

15 VELASCO PORTERO, M.T. y MIRANDA BOTO, J.M. (2021). *Curso elemental de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*. Madrid. Tecnos. pp. 139.

16 *Ibid.*, p. 140.

En el anteproyecto (artículo 50°) el pacto de no competencia tiene validez si se consigna por escrito. El presupuesto es el efectivo interés del empleador, económico o comercial, para que el trabajador se obligue a no realizar actividades que supongan competencia tras la extinción de la relación laboral. El plazo máximo es de un año (en otros ordenamientos es hasta dos años). Y la compensación económica que normalmente es abierta en otros ordenamientos, por ejemplo, si se paga por única vez, o si se paga periódicamente, ha preferido ser regulada en el anteproyecto indicando que será no menor a una remuneración mínima vital por cada mes que dure el pacto.

El incumplimiento del ex trabajador, según el anteproyecto, puede dar lugar a una indemnización por daños y perjuicios. Como indican Velasco y Miranda¹⁷, en la cuantificación de dicha indemnización se podrá tener en cuenta el perjuicio que la actividad realizada por el trabajador hubiera podido ocasionar en términos de pérdidas, disminución de ventas o clientes, sino también la propia compensación recibida por el trabajador a cambio del compromiso infringido.

17 Ibid., p. 141.