



FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO

**LA CONVENIENCIA DE REGULAR EL PACTO DE
PERMANENCIA LABORAL EN EL PERÚ Y
PROPUESTAS PARA UN CAMBIO LEGISLATIVO**

**PRESENTADA POR
JOSÉ RENATO PAREDES ROCA**

**ASESOR
ANTONIO FERNANDO VARELA BOHORQUEZ**

**TESIS
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

LIMA – PERÚ

2019



CC BY-NC-ND

Reconocimiento – No comercial – Sin obra derivada

La autora sólo permite que se pueda descargar esta obra y compartirla con otras personas, siempre que se reconozca su autoría, pero no se puede cambiar de ninguna manera ni se puede utilizar comercialmente.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>



USMP
UNIVERSIDAD DE
SAN MARTIN DE PORRES

**FACULTAD DE DERECHO
UNIVERSIDAD DE SAN MARTIN DE PORRES**

**LA CONVENIENCIA DE REGULAR EL PACTO DE PERMANENCIA LABORAL
EN EL PERÚ Y PROPUESTAS PARA UN CAMBIO LEGISLATIVO**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

**PRESENTADA POR:
JOSÉ RENATO PAREDES ROCA**

**ASESOR:
ANTONIO FERNANDO VARELA BOHORQUEZ**

LIMA, PERÚ

2019

DEDICATORIA

A mi hija, Catalina...

De hecho, ni lo va a leer pronto porque tiene tres años, pero si pudieran contarle el camino recorrido hasta aquí, les estaría agradecido eternamente.

J. RENATO PAREDES ROCA

AGRADECIMIENTOS

A Dios, por darme la fortaleza para mantener firme mis decisiones y ejecutarlas con responsabilidad en cada etapa de mi vida.

A María Julia Goicochea Jo, por compartir cada momento de alegría y tristeza conmigo, no sólo en el proceso de este trabajo, sino por ser siempre incondicional y nunca dejarme caer en el camino.

A mis padres, José y Carmen, por formarme como persona y enseñarme la convicción de seguir mis ideales lealmente y perseguir la felicidad siempre.

A Roland Jayo, Javier López y la Sra. María Julia Jo, por demostrarme que la amistad y el apoyo pueden venir incondicionalmente de las personas que te rodean sin que lo pidamos.

A mi madrina, Lucrecia Paredes, por sus palabras de aliento y coraje cuando más lo necesité.

A Camila, Diego y Josué, porque me enseñaron que la convivencia siempre puede llevarse mejor con ocurrencias y experiencias únicas.

A Jean-Carlo Costa, por contribuir con aportes esenciales que permitieron renovar mis ideas tanto para este trabajo, como para mi formación profesional.

A Carlos Pulcha, por las largas discusiones académicas y de vida que sirvieron de orientación tanto para mí como para este trabajo.

A Dante Botton y Germán Lora, por la oportunidad de desarrollar mis capacidades y criterio jurídico en una rama altamente rica como el derecho laboral.

A Alejandro Ruiz-Bravo, por el voto de confianza para empezar mi formación profesional en las prácticas de derecho.

A Adriana Barrera, por mostrarme la rebeldía que debe tener siempre una persona ante la adversidad y la personalidad que debe mantener un profesional.

Finalmente, a mi asesor, el Dr. Fernando Varela, por su guía para llevar a cabo el presente trabajo, tanto en enfoque como en contenido.

J. RENATO PAREDES ROCA

INDICE DE CONTENIDO

ABREVIATURAS Y SIGLAS	1
INTRODUCCIÓN	2
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO.....	9
1.1. Antecedentes de la investigación.....	9
1.1.1. “ <i>El pacto de permanencia como violación a la libertad de trabajo</i> ” por Mabel Rosmery Díaz Mechán y Víctor Alan Suclupe García.....	9
1.1.2. “ <i>Prohibiciones a la competencia del trabajador</i> ” por Diana Mayerli Díaz Plata	16
1.1.3. “ <i>El pacto de permanencia y otros pactos en la empresa</i> ” por Valentina Moreno Duque	17
1.2. Bases teóricas.....	18
1.2.1. El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales y el pacto de permanencia	19
1.2.2. El deber constitucional del Estado de promover de condiciones para el progreso económico y social del trabajador.....	22
1.2.3. La aplicación supletoria del derecho civil y el ejercicio abusivo del derecho como mecanismos de protección ante un pacto de permanencia ...	27
1.2.4. <i>In dubio contra stipulatorem</i> en lugar del <i>in dubio pro operario</i>	29
1.2.5. Posibilidad de revisión judicial del contrato de trabajo que incluya un pacto de permanencia en el empleo.....	33
1.2.6. Una aproximación al concepto de pacto de permanencia en el Perú	35
1.3. Definición de términos básicos.....	36
CAPÍTULO II: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN	41
2.1. Diseño metodológico.....	41
2.1.1. Tipo.....	41
2.1.2. Nivel.....	41
2.1.3. Método.....	42
2.1.4. Diseño	42
2.1.5. Técnica de recolección de datos	42
2.1.6. Técnica de procesamiento de datos	42
2.2. Procedimiento de muestreo	43
2.2.1. Procedimiento para seleccionar el ámbito y sujetos de estudio	43
2.2.2. Criterio para seleccionar el ámbito de estudio y sujetos de estudio .	44
2.3. Aspectos éticos	44
CAPÍTULO III: RESULTADOS	45

3.1	Alcances generales de la relevancia jurídica de la permanencia en el empleo	45
3.1.1	Los orígenes normativos del pacto de permanencia laboral en España	45
3.1.2	El pacto de permanencia como institución extranjera importada al Perú directamente	53
3.2	Una aproximación hacia los fundamentos de la permanencia laboral	87
3.2.1	Lo que pactamos realmente	87
3.2.2	La libertad de trabajo y su contenido constitucional protegido	122
3.2.3	Del pacto de permanencia laboral español.....	132
3.2.4	¿El pacto de permanencia laboral podría constituir un delito contra la libertad de trabajo?	149
3.3	Comportamientos que incumplen la obligación de permanencia laboral	164
3.3.1	De manera directa mediante la dimisión <i>ad nutum</i>	165
3.3.2	De manera indirecta mediante un despido justificado	167
3.4	Efectos del incumplimiento de la obligación de permanencia laboral ...	172
3.4.1	De la indemnización y su cálculo.....	172
3.4.2	De las cláusulas penales compensatorias.....	182
3.4.3	Reducción judicial de la cláusula penal	205
3.4.4	Mecanismos de cobro.....	215
3.5	Aspectos controvertidos relacionados a la permanencia laboral.....	235
3.5.1	Complementos salariales	235
3.5.2	Los <i>bonus</i> devengados por antigüedad ¿liberalidad por haber sido fiel a la empresa o condición de negocio jurídico para fidelizar?.....	248
3.5.3	Caso especial: el <i>signing bonus</i> o bono de firma.....	249
3.5.4	La permanencia laboral para un grupo económico.....	260
3.5.5	La permanencia laboral en los <i>stock options</i>	265
3.6	La permanencia laboral y temas conexos en otros países.....	268
3.6.1	La facultad de renunciar por causa justa en Colombia	268
3.6.2	La indemnización entregada por la permanencia laboral en Chile .	269
3.6.3	Del <i>employment bond</i> en la India	271
3.7	Sobre el impacto económico de la permanencia laboral.....	278
3.7.1	Un vistazo a las cifras oficiales.....	279
3.7.2	Estudios realizados en el sector privado	306
3.8	Consideraciones para una propuesta normativa que regule el pacto de permanencia laboral en el Perú	314

3.8.1	El pacto de permanencia laboral y las modalidades formativas laborales en el Perú.....	314
3.8.2	El contratos de trabajo a plazo determinado con pacto de permanencia laboral	317
3.8.3	El periodo de prueba en las relaciones laborales con la obligación de permanencia laboral	320
3.8.4	Efectos no deseados de un pacto de permanencia laboral regulado como en España.....	323
3.8.5	Aspectos procesales.....	338
3.8.6	Incentivos tributarios.....	343
CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN		350
4.1	Discusión principal	350
4.2	Discusión secundaria	351
CAPÍTULO V: CONCLUSIONES		353
5.1	Conclusión principal	353
5.2	Conclusiones secundarias	354
CAPÍTULO VI: RECOMENDACIONES O PROPUESTAS PARA UN CAMBIO LEGISLATIVO		364
FUENTES DE INFORMACIÓN		367
Referencias bibliográficas		367
Referencias electrónicas		372
Referencias hemerográficas.....		374
Referencias normativas nacionales.....		378
Referencias normativas internacionales.....		380
ANEXOS		381
I.	Anexo 4 (documento de compromiso y pacto de permanencia) de la directiva n.º 006-2013-MINEDU/VMGI-OAAE-UCG, “tramitación de solicitudes, ejecución, seguimiento y evaluación de la capacitación del personal del Ministerio de Educación”.....	381
II.	Formato n.3 (modelo de pacto de permanencia en el trabajo) de la directiva n.º 004-2013-BNP, “lineamientos para el beneficio de becas nacionales e internacionales otorgadas por el Estado y/o por la cooperación internacional para el personal que labora en la Biblioteca Nacional del Perú”.....	381
III.	Relación de entidades en tránsito al régimen de la Ley del Servicio Civil (SERVIR), actualizado hasta el 9 de enero de 2019.....	381
IV.	Anexo 4 (modelo de pacto de permanencia) del ‘Plan de Desarrollo de Personas (2014-2018)’, aprobado por el Comité de Elaboración del Plan de Desarrollo de las Personas (PDP) del Gobierno Regional de Tacna, a través del acta n.º 1-2014’CEPDP/GOB.REG/TACNA.....	381

V. Anexo (modelo de acta de compromiso) de la directiva n.º 007-2014-MIDIS/SG/OGA, “Lineamientos y procedimientos para la capacitación del personal de la Unidad Ejecutora N° 001: Sede Central del MIDIS”, del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social.....	381
VI. Resolución de acuerdo de directorio n.º 024-2016-APN/DIR, de fecha 2 de mayo de 2016, de la Autoridad Portuaria Nacional.....	381
VII. Anexo 2 (carta de compromiso de capacitación) del Plan de Desarrollo de las Personas Anualizado – PDP 2018, del Cofopri.	381
VIII. Correo respuesta a consulta laboral, de fecha 1 de agosto de 2018, sobre la existencia de normas laborales imperativas aplicables al PPL.	381
IX. Impresión de temario del ‘Diplomado en Nuevas Tendencias del Derecho del Trabajo y Procedimientos Laborales: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y Sunafil’ realizado en el 2017-I por la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.	381

INDICE DE TABLA

TABLA 1: PROYECTOS DE LEY ACUMULADOS AL PRIMER PROYECTO DE LA LGT	71
TABLA 2: LÍNEA TEMPORAL DE FUTBOLISTA QUE FUE FORMADO POR DOS CLUBES ANTES DE SER PROFESIONAL	77
TABLA 3: DIFERENCIAS ENTRE LA INDEMNIZACIÓN DERIVADA DE UN PPL Y POR DERECHO DE FORMACIÓN.....	82
TABLA 4: RELACIÓN ENTRE CONVENCIÓN, CONTRATO Y PACTO	89
TABLA 5: PRESTACIONES DE LA OBLIGACIÓN DE PERMANENCIA LABORAL	97
TABLA 6: CARACTERÍSTICAS DE LA CAUSA JURÍDICA EN UN PPL.....	100
TABLA 7: EQUILIBRIO DE INTERESES EN EL PPL.....	110
TABLA 8: CARACTERÍSTICAS EN LA CAUSA ECONÓMICA EN UN PPL	115
TABLA 9: ESENCIA DE LA LIBERTAD DE TRABAJO	124
TABLA 10: FASES DE LA LIBERTAD DE TRABAJO	126
TABLA 11: CARACTERÍSTICAS DE LA RENUNCIA AL EMPLEO.....	127
TABLA 12: COMPARACIÓN DE LAS HORAS EXTRAS Y EL PPL	157
TABLA 13: CARACTERÍSTICAS DEL TRABAJO FORZOSO	159
TABLA 14: CRITERIOS PARA FIJAR LA INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE UN PPL	176
TABLA 15: SUPUESTA DIFERENCIA DE CONCEPTOS INDEMNIZABLES POR INCUMPLIMIENTO DE UN PPL	178
TABLA 16: GASTOS CONEXOS PARA EJERCER FUNCIONES DE UN CARGO ESPECÍFICO (FERROVIARIO).....	180
TABLA 17: CONSIDERACIONES DEL AUTOR PARA CALCULAR LA INDEMNIZACIÓN POR INCUMPLIMIENTO DE UN PPL	181
TABLA 18: CONTENIDO DE UNA PRETENSIÓN PROCESAL	197

TABLA 19: CONSECUENCIAS DEL INCUMPLIMIENTO DE UNA OBLIGACIÓN LABORAL EN EL PERÚ	200
TABLA 20: ESPECIFICACIÓN DE LAS OBLIGACIONES DEL CC AL PPL.....	205
TABLA 21: CAUSALES PARA LA REDUCCIÓN JUDICIAL DE UNA PENALIDAD POR INCUMPLIMIENTO DE UN PPL	206
TABLA 22: PENALIDADES PACTADAS POR PERIODOS EN EL CASO CPR VS. EDWIN SIERRA	210
TABLA 23: CONSIDERACIONES DEL AUTOR PARA UNA REDUCCIÓN JUDICIAL DE PENALIDAD PROPORCIONAL	215
TABLA 24: RELACIÓN ENTRE CRÉDITOS DEBIDOS DEL TRABAJADOR Y EMPLEADOR PARA UNA POSIBLE COMPENSACIÓN.....	217
TABLA 25: CONCEPTOS QUE PUEDEN SER GARANTIZADOS POR LA CTS Y SUS INTERESES.	222
TABLA 26: PRESUPUESTO Y CAUSALES DE PROCEDENCIA PARA EL DERECHO DE RETENCIÓN	231
TABLA 27: DIAGRAMA DE RELACIÓN LABORAL CON DOS OBLIGACIONES.....	231
TABLA 28: ESQUEMA DE BONOS CON/SIN CONDICIÓN DE PRODUCTIVIDAD LABORAL	245
TABLA 29: EFICACIA SI SE EJECUTA PARTE DE LA PRESTACIÓN (ENTREGA DE BONUS) .	246
TABLA 30: EFICACIA SI NO SE EJECUTA LA PRESTACIÓN (ENTREGA DE BONUS)	247
TABLA 31: ESQUEMA DE LOS ARGUMENTOS DE LAS PERSONAS EN EL EJEMPLO DE BORASINO	252
TABLA 32: ESQUEMA DE PAGO DEL SIGNING BONUS OTORGADO A NEYMAR JR.	255
TABLA 33: CONCEPTOS INDEMNIZATORIOS DEMANDADOS POR EL F.C. BARCELONA ...	257
TABLA 34: INDICIOS PARA IDENTIFICAR A UN GRUPO DE EMPRESAS (ESPAÑA)	261
TABLA 35: EMPRESAS Y TRABAJADORES SEGÚN ACTIVIDAD ECONÓMICA ENERO 2018	282
TABLA 36: EMPRESAS Y TRABAJADORES SEGÚN ACTIVIDAD ECONÓMICA MAYO 2018 ..	282
TABLA 37: EMPRESAS Y TRABAJADORES SEGÚN ACTIVIDAD ECONÓMICA SETIEMBRE 2018	283
TABLA 38: EMPRESAS Y TRABAJADORES SEGÚN ACTIVIDAD ECONÓMICA NOVIEMBRE 2018 (CIFRAS PRELIMINARES)	283
TABLA 39: INDICADORES MENSUALES DE MOVILIDAD LABORAL EN EMPRESAS PRIVADAS FORMALES DE 10 Y MÁS TRABAJADORES, SEGÚN RAMA DE ACTIVIDAD ECONÓMICA – ENERO 2016– (PORCENTAJE)	285
TABLA 40: CARGO DEL INFORMANTE A LA ENCUESTA, SEGÚN CIUDAD, 2013 (DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL)	297
TABLA 41: ASISTENCIA A EVENTOS DE CAPACITACIÓN RELACIONADOS A LA GESTIÓN EMPRESARIAL, SEGÚN CIUDAD, 2012 (PARTICIPACIÓN PORCENTUAL)	298
TABLA 42: TEMÁTICA DE LOS CURSOS DE CAPACITACIÓN EN GESTIÓN EMPRESARIAL, SEGÚN CIUDAD, 2012 (DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL).....	299
TABLA 43: MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA QUE PARTICIPARON EN CURSOS Y/O SERVICIOS DE CAPACITACIÓN SOBRE TECNOLOGÍAS DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN, SEGÚN CIUDAD, 2012 (PARTICIPACIÓN PORCENTUAL)	300
TABLA 44: CURSOS Y/O SERVICIOS SOBRE TECNOLOGÍA DE INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN EN QUE PARTICIPARON LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA, SEGÚN CIUDAD, 2012 (DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL).....	301

TABLA 45: MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA QUE PARTICIPARON EN EVENTOS DE CAPACITACIÓN O TUVIERON ACCESO A INFORMACIÓN SOBRE OFERTAS DE SERVICIOS DEL SISTEMA FINANCIERO, SEGÚN CIUDAD, 2012 (PARTICIPACIÓN PORCENTUAL) .	302
TABLA 46: MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA QUE CAPACITARON A SUS TRABAJADORES OPERARIOS, SEGÚN CIUDAD, 2012 (PARTICIPACIÓN PORCENTUAL)	302
TABLA 47: INSTITUCIONES QUE CAPACITARON A LOS TRABAJADORES OPERARIOS DE LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA, SEGÚN CIUDAD, 2012 (DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL)	303
TABLA 48: DURACIÓN DE LOS EVENTOS DE CAPACITACIÓN A TRABAJADORES OPERARIOS DE LA MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA, SEGÚN CIUDAD, 2012 (DISTRIBUCIÓN PORCENTUAL)	303
TABLA 49: TRABAJADORES DE MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA QUE INCREMENTAN SUS DESTREZAS TÉCNICO-PRODUCTIVAS EN LAS LABORES QUE REALIZAN, SEGÚN CIUDAD, 2012.....	304
TABLA 50: MICRO Y PEQUEÑA EMPRESA QUE GASTARON EN CAPACITACIÓN DE SU PERSONAL, SEGÚN CIUDAD, 2012	305

INDICE DE ILUSTRACIONES

ILUSTRACIÓN 1: ARTÍCULO 47 DEL SEGUNDO PROYECTO DE LGT	4
ILUSTRACIÓN 2: PROGRAMA DEL DIPLOMADO VIRTUAL REALIZADO POR LA USMP (2017)	5
ILUSTRACIÓN 3: TESIS SOBRE EL PPL REALIZADA EN PIMENTEL, CHICLAYO (2013)	15
ILUSTRACIÓN 4: ARTÍCULO 21 DE LA LEY N.º 8/1980.....	46
ILUSTRACIÓN 5: ARTÍCULO 20 DEL REAL DECRETO 2205/1980	47
ILUSTRACIÓN 6: ARTÍCULO 8 DEL REAL DECRETO 1382/1985	48
ILUSTRACIÓN 7: ARTÍCULO 21 DEL PRIMER TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ET	49
ILUSTRACIÓN 8: ARTÍCULO 11 DEL REAL DECRETO 1331/2006	50
ILUSTRACIÓN 9: ARTÍCULO 21 DEL SEGUNDO TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY DEL ET.....	53
ILUSTRACIÓN 10: ARTÍCULO 6.6 DE LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL N.º 0122-2013-ED...	57
ILUSTRACIÓN 11: DOCUMENTO DE COMPROMISO Y PACTO DE PERMANENCIA (ANEXO 3 DE LA RESOLUCIÓN MINISTERIAL N.º 0122-2013-ED).....	58
ILUSTRACIÓN 12: ARTÍCULO 6.5.2 DE LA DIRECTIVA N.º 004-2013-BNP	59
ILUSTRACIÓN 13: ARTÍCULO 6.5.3 DE LA DIRECTIVA N.º 004-2013-BNP	59
ILUSTRACIÓN 14: ARTÍCULOS 3 Y 4 DEL ANEXO 4 (MODELO DE PACTO DE PERMANENCIA) DEL PLAN DE DESARROLLO DE PERSONAS DEL GOBIERNO REGIONAL DE TACNA (2014-2018)	63
ILUSTRACIÓN 15: ARTÍCULOS 3 Y 4 DEL ANEXO 4 (MODELO DE PACTO DE PERMANENCIA) DEL PLAN DE DESARROLLO DE PERSONAS DEL GOBIERNO REGIONAL DE TACNA (2014-2018)	64
ILUSTRACIÓN 16: ARTÍCULO 7.5 DE LA DIRECTIVA N.º 007-2014-MIDIS/SG/OGA.....	64
ILUSTRACIÓN 17: PARTE RESOLUTIVA DE LA RESOLUCIÓN DE ACUERDO DE DIRECTORIO N.º 024-2016-APN/DIR.....	65
ILUSTRACIÓN 18: PRIMERA PARTE CONSIDERATIVA DE LA RESOLUCIÓN DE ACUERDO DE DIRECTORIO N.º 024-2016-APN/DIR	66

ILUSTRACIÓN 19: SEGUNDA PARTE CONSIDERATIVA DE LA RESOLUCIÓN DE ACUERDO DE DIRECTORIO N.º 024-2016-APN/DIR	66
ILUSTRACIÓN 20: ARTÍCULO 9.3 DEL PLAN DE DESARROLLO DE LAS PERSONAS ANUALIZADO – PDP 2018	67
ILUSTRACIÓN 21: ARTÍCULO 53 DEL PRIMER ANTEPROYECTO DE LA LGT	69
ILUSTRACIÓN 22: PROYECTOS DE LEY ACUMULADOS AL PRIMER PROYECTO DE LGT	70
ILUSTRACIÓN 23: ARTÍCULO 47 DEL SEGUNDO PROYECTO DE LA LGT	72
ILUSTRACIÓN 24: EXPEDIENTE DEL SEGUNDO PROYECTO DE LA LGT	72
ILUSTRACIÓN 25: ARTÍCULO 46 DEL SEGUNDO ANTEPROYECTO DE LA LGT (EN CONSULTA)	73
ILUSTRACIÓN 26: RESPUESTA DEL MTPE A CONSULTA LABORAL SOBRE EXISTENCIA DE NORMAS QUE REGULEN EL PPL	74
ILUSTRACIÓN 27: ARTÍCULO 6 DEL REAL DECRETO 1006/1985 (QUE REGULA LA RELACIÓN LABORAL ESPECIAL DE LOS DEPORTISTAS PROFESIONALES).	75
ILUSTRACIÓN 28: ARTÍCULO 1 DEL REGLAMENTO DE INDEMNIZACIÓN POR DERECHOS DE FORMACIÓN DE LA FPF	76
ILUSTRACIÓN 29: ARTÍCULO 2 DEL REGLAMENTO DE INDEMNIZACIÓN POR DERECHOS DE FORMACIÓN DE LA FPF	77
ILUSTRACIÓN 30: ARTÍCULO 3 DEL REGLAMENTO DE INDEMNIZACIÓN POR DERECHOS DE FORMACIÓN DE LA FPF	78
ILUSTRACIÓN 31: REGLAMENTO SOBRE EL ESTATUTO Y TRANSFERENCIA DE JUGADORES (FIFA).....	79
ILUSTRACIÓN 32: ARTÍCULOS 20 Y 21 DEL REGLAMENTO DE LA FIFA	80
ILUSTRACIÓN 33: ANEXO 4 DEL REGLAMENTO DE LA FIFA	80
ILUSTRACIÓN 34: CONSIDERACIÓN PRINCIPAL PARA PROMULGAR EL REGLAMENTO DE INDEMNIZACIÓN POR DERECHOS DE FORMACIÓN.....	81
ILUSTRACIÓN 35: COMPETENCIAS DE LA CÁMARA DE CONCILIACIÓN Y RESOLUCIÓN DE DISPUTAS	84
ILUSTRACIÓN 36: ARTÍCULO 16.1 DE REAL DECRETO 1006/1985.....	185
ILUSTRACIÓN 37: COMPLEMENTOS SALARIALES, SEGÚN EL ART. 26 DEL ET	236
ILUSTRACIÓN 38: COMUNICADO OFICIAL DEL F.C. BARCELONA	254
ILUSTRACIÓN 39: PORCENTAJE DE LA POBLACIÓN JOVEN QUE NO ESTUDIA NI TRABAJA (2017).	281
ILUSTRACIÓN 40: INGRESO LABORAL PROMEDIO MENSUAL DE LA PEA OCUPADA PROFESIONAL TOTAL Y JUVENIL DEL SECTOR PRIVADO FORMAL, SEGÚN NIVEL DE ADECUACIÓN OCUPACIONAL, 2016 (SOLES)	288
ILUSTRACIÓN 41: TRABAJADORES PROFESIONALES DEL SECTOR PRIVADO FORMAL REGISTRADOS EN LA PLANILLA ELECTRÓNICA POR NIVEL DE EDUCACIÓN SUPERIOR CULMINADA, SEGÚN NIVEL DE ADECUACIÓN OCUPACIONAL, 2016.....	289
ILUSTRACIÓN 42: TASA DE INADECUACIÓN OCUPACIONAL DE LOS PROFESIONALES DEL SECTOR PRIVADO FORMAL, REGISTRADOS EN LA PLANILLA ELECTRÓNICA, SEGÚN CAMPOS DE EDUCACIÓN DE CARRERAS UNIVERSITARIAS Y CARRERAS NO UNIVERSITARIAS, 2016	290
ILUSTRACIÓN 43: TASA DE INADECUACIÓN OCUPACIONAL DE LOS PROFESIONALES DEL SECTOR PRIVADO FORMAL REGISTRADOS EN LA PLANILLA ELECTRÓNICA, SEGÚN RANGO DE AÑOS DE EGRESO DEL CENTRO DE ESTUDIO, 2016	291

ILUSTRACIÓN 44: POBLACIÓN EN EDAD DE TRABAJAR POR NIVEL EDUCATIVO, 2007-2017 (MILES DE PERSONAS).....	293
ILUSTRACIÓN 45: TASA DE DESEMPLEO ABIERTO, SEGÚN GRUPOS DE EDAD, 2007-2017 (PORCENTAJE)	295
ILUSTRACIÓN 46: POBLACIÓN EN EDAD DE TRABAJAR QUE ASISTE A UN PROGRAMA DE EDUCACIÓN BÁSICA O SUPERIOR UBICADO EN UN DISTRITO DIFERENTE AL QUE VIVE, SEGÚN DEPARTAMENTO 2017 (PORCENTAJE)	295
ILUSTRACIÓN 47: PAÍSES QUE ENFRENTAN DIFICULTAD EN LA CONTRATACIÓN	307
ILUSTRACIÓN 48: TOP 10 DE HABILIDADES DEMANDADAS EN PERÚ.....	309
ILUSTRACIÓN 49: ESTRATEGIAS QUE LOS EMPLEADORES ESTÁN USANDO PARA SUPERAR LA ESCASEZ DE TALENTO 2016-2018.....	311
ILUSTRACIÓN 50: SALARIO BASE MENSUAL DE CEO'S, DIRECTORES, GERENTES SR. Y GERENTES (2013, 2014 Y 2015) (MILES DE SOLES)	313
ILUSTRACIÓN 51: SALARIO BASE MENSUAL DE SUPERIORES/JEFES, PROFESIONALES Y OPERATIVOS (2013, 2014 Y 2015) (MILES DE SOLES)	313
ILUSTRACIÓN 52: GASTOS DE CAPACITACIÓN NECESARIOS DEDUCIBLES PARA EL IR DE 3° CATEGORÍA	345
ILUSTRACIÓN 53: GASTOS CONSIDERADOS POR LA LIR COMO DEDUCIBLES	345

INDICE DE ECUACIONES

ECUACIÓN 1: REGLA DE TRES SIMPLE DIRECTA APLICADO A LA REDUCCIÓN PROPORCIONAL DE UNA PENALIDAD.....	214
ECUACIÓN 2: PRIMERA SUMATORIA DE ELEMENTOS PARA DERECHO DE RETENCIÓN....	230
ECUACIÓN 3: SEGUNDA SUMATORIA DE ELEMENTOS PARA DERECHO DE RETENCIÓN...	232

RESUMEN

El propósito de la presente tesis ha sido brindar un aporte serio a la comunidad jurídica sobre una temática poco estudiada en el Perú: la permanencia laboral.

No es una sorpresa que nuestras autoridades copien instituciones jurídicas extranjeras para incluirlas en nuevas leyes para nuestro país sin un análisis real sobre la viabilidad y eficiencia. En consecuencia, el problema principal advertido en nuestra realidad es que existen trabajadores de la actividad privada y pública que suscriben pactos de permanencia en el empleo, a pesar de que no tenemos una regulación medianamente clara que permita un funcionamiento justo y eficiente. Como resultado, no existen incentivos que promuevan la contratación laboral ni el crecimiento económico y social de los trabajadores.

Asimismo, debemos señalar que las propuestas de regular este pacto son limitadas (pues sólo incluyen la 'especialización profesional'). Por ello, a través del método lógico deductivo y la técnica de análisis documental, se han obtenido resultados de diferentes fuentes doctrinarias, legislativas y jurisprudenciales a fin de verificar si es posible ampliar el ámbito de aplicación.

En ese sentido, y sin perjuicio de las discrepancias con los resultados obtenidos y las recomendaciones hechas, nuestra conclusión principal es que no sólo conviene regular dicho pacto en el Perú, sino también que es necesario. Así, sostenemos que no debe regularse una única causa o supuesto que excluya a los diferentes beneficios que pueden significar un incremento patrimonial o aumento del valor profesional del trabajador, a través del pacto de permanencia laboral.

ABSTRACT

The purpose of this thesis has been to provide a serious contribution to the legal community on a topic little studied in Peru: employment permanence.

It is not a surprise that our authorities copy foreign legal institutions to include them in new laws in our country without a real analysis on viability and efficiency. Consequently, the main problem noticed in our reality is that there are workers from the private and public sector who sign employment permanence agreements, despite we do not have clear rules that allow fair and efficient functioning. As a result, there are not much legal incentives that promote employment hiring or the economic and social growth of employees.

In addition, we should indicate that all the proposals to regulate such agreement are limited (since they only include the 'professional specialization', as in Spain). For this reason, through the logical deductive method and the documentary analysis technique, results have been obtained from different doctrinal, legislative and jurisprudential sources in order to verify if it is possible to expand the scope of application.

In that sense, despite the discrepancies with the results obtained and the recommendations made, our main conclusion is that it is not only appropriate to regulate said agreement in Peru, but also that it is necessary. Therefore, we maintain that a single cause or assumption that excludes the different benefits that may mean an increase in assets or increase in the professional value of the worker should not be regulated, through this employment permanence agreement.

ABREVIATURAS Y SIGLAS

CC	: Código Civil
CP	: Código Penal
Cofopri	: Organismo de Formalización de la Propiedad Informal
CTS	: Compensación por Tiempo de Servicios
DS	: Decreto supremo
ET	: Estatuto de Trabajadores
FIFA	: Federación Internacional de Fútbol Asociación
FPF	: Federación Peruana de Fútbol
INEI	: Instituto Nacional de Estadística e Informática
LGT	: Ley General del Trabajo
LIR	: Ley del Impuesto a la Renta
LPCL	: Ley de Productividad y Competitividad Laboral
MTPE	: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo
NLPT	: Nueva Ley Procesal del Trabajo, ley 29497
OIT	: Organización Internacional del Trabajo
PL	: Poder Legislativo
PJ	: Poder Judicial
PPL	: Pacto de permanencia laboral
Sunat	: Superintendencia Nacional de Aduanas y Administración Tributaria
TSJ	: Tribunal Superior de Justicia español
TUO	: Texto Único Ordenado
UIT	: Unidad Impositiva Tributaria
URP	: Unidad de Referencia Procesal

INTRODUCCIÓN

La permanencia en el empleo es un aspecto poco atendido y, como consecuencia de ello, poco estudiado en el Perú. Así, existen diversas situaciones jurídicas que podrían originar que un trabajador permanezca en el empleo. Sin embargo, en el presente trabajo nos concentraremos en el pacto de permanencia laboral (en adelante, 'PPL').

El primer antecedente normativo –desarrollado más adelante– lo encontramos en el ordenamiento jurídico español. Específicamente, en el artículo 21, numeral 4), real decreto legislativo n.º 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, 'ET'), el cual regula dicha institución de la siguiente manera: *“Cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. El acuerdo no será de duración superior a dos años y se formalizará siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios.”*

Ahora bien, el problema principal advertido durante el presente trabajo de investigación es que en el Perú –a diferencia de España– no tenemos una regulación clara y uniforme sobre este tema. Esta ausencia de regulación implica la

posibilidad de afectación de derechos subjetivos (intereses) de los trabajadores. Específicamente, nos referimos a la libertad de trabajo, en su faceta de salida.

Sin perjuicio de haberse desarrollado el porqué se afecta la libertad de trabajo en el numeral 3.1.2 del presente trabajo de investigación, podemos adelantar que el legislador peruano sí ha importado el PPL sólo para el caso del servidor civil. No obstante, debido a la falta de uniformidad de criterios, cada entidad ha adaptado y aplicado el PPL a su propia interpretación y conveniencia. En esta aplicación se ha observado vulneración al subprincipio de desproporcionalidad en sentido estricto. Por ejemplo, que una entidad exija más del doble del tiempo de permanencia laboral resulta inconstitucional.

Por ello, este pacto es nominado y –en cierta medida– típico en el contrato de trabajo, pues existen disposiciones normativas de carácter general en el régimen laboral público que –de alguna manera, aunque sin un orden claro– dan un contenido muy similar al pacto de permanencia regulado en España. Un ejemplo de ello se encuentra en el inciso c) del artículo 10° del decreto legislativo n.° 1025 ('Decreto Legislativo que aprueba Normas de Capacitación y Rendimiento para el Sector Público').

No obstante, en el régimen laboral privado no existe una disposición normativa que conceptualice qué es el PPL, qué contiene y cuáles son sus elementos, formalidades y alcances. Por ello, dicha institución no ha recibido el mismo tratamiento que otras instituciones o categorías jurídicas que son objeto de estudio del derecho del trabajo.

En este punto, es importante resaltar que dicha falta de regulación no ha pasado desapercibida por el Legislador, en tanto que existe el proyecto de ley n.° 04145/2014-CR, presentado con fecha 26 de enero de 2015, por el grupo parlamentario conformado por los partidos políticos de Acción Popular y Frente Amplio, sobre la iniciativa legislativa para aprobar la Ley General de Trabajo (en adelante, "proyecto de la LGT"), el cual incorpora dicho PPL de la siguiente manera:

Artículo 47º.- Pactos de permanencia y de exclusividad

Los pactos de exclusividad y de permanencia tienen validez cuando son celebrados por escrito y constan en el contrato de trabajo o en un convenio independiente.

Por el pacto de exclusividad el trabajador se obliga a no prestar otros servicios en régimen de subordinación o autonomía ni realizar actividad por cuenta propia, a cambio de una compensación económica. Si el trabajador incumple lo pactado, pierde el derecho a dicha compensación.

Por el pacto de permanencia el trabajador se obliga a continuar laborando durante determinado tiempo para el empleador cuando éste sufrague el costo de los estudios de especialización o perfeccionamiento y otorgue al trabajador licencia con o sin goce de remuneración. La permanencia se fijará en proporción al costo y tiempo de los estudios. Si el trabajador extingue la relación laboral antes del vencimiento del plazo pactado, el empleador tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios.

Ilustración 1: Artículo 47 del segundo proyecto de LGT

De esta forma se ha propuesto regular el pacto de permanencia para el régimen laboral privado –sin mayor análisis– a través del mismo supuesto de hecho que el caso español: los estudios de especialización o perfeccionamiento del trabajador

Como consecuencia de ello, no se tiene cuál es el enfoque jurídico y práctico que se debe tener en cuenta al momento de considerar el uso de este PPL en un contrato de trabajo, pues existen posiciones unánimes sobre este asunto en particular.

Por un lado, tenemos posiciones restrictivas en cuanto al uso del pacto de permanencia, las cuales pueden advertirse en ponencias académicas como la del Dr. Ernesto Aguinaga Meza, cuyo bloque temático fue “El pacto de permanencia como restricción al ejercicio del derecho fundamental a la libertad de trabajo”; o incluso quienes sugieren mediante trabajos de investigación que dicho PPL podría ser por sí mismo transgresor de derechos, en tesis tituladas “El pacto de permanencia como violación a la libertad de trabajo”. Estos asuntos han sido desarrollados en el capítulo del marco teórico.

En contraparte a ello, se encontró una posición académica que sugiere la posibilidad de usar el pacto de permanencia. Por ejemplo, se advirtió la existencia de un programa en un diplomado en derecho del trabajo, cuyo unidad II estuvo conformada por un bloque temático denominado: “Pactos que pueden integrar el contrato de trabajo: período de prueba, pacto de permanencia, pacto de exclusividad, pacto de

no competencia, entre otros.”, conforme se puede advertir a continuación (para mejor contraste de la fuente, véase los ‘Anexos’ a la presente tesis):

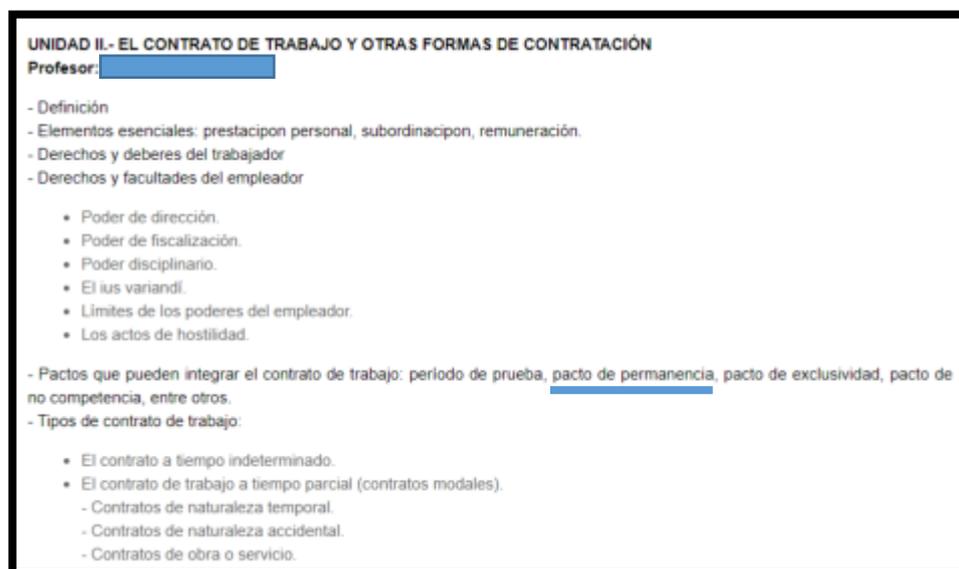


Ilustración 2: Programa del diplomado virtual realizado por la USMP (2017)

Fuente: Recuperado de http://www.derecho.usmp.edu.pe/diplomados_virtuales/2017-1/derecho_trabajo/temario.htm

Es más, incluso se ha encontrado una posición (específicamente, de la jurista Mónica Pizarro) que sostiene –mediante el artículo que se cita textualmente en el numeral 1.2.6 y que puede contrastarse en las ‘Fuentes de Información’ del presente trabajo de investigación– que el PPL es una forma de proteger la inversión privada, bajo el título de “*La Inversión en la capacitación de los trabajadores y los acuerdos de permanencia en el empleo*”. Estos asuntos han sido desarrollados en el capítulo del ‘Marco Teórico’ de la presente tesis.

Como consecuencia de esta falta de armonía en las posiciones antes referidas (si constituye una restricción a la libertad de trabajo o si es un pacto válido en el contrato de trabajo), el presente trabajo de investigación pretende responder al problema general planteado: ¿es conveniente regular el pacto de permanencia en el Perú?

No sólo dicho problema general puede advertirse de las posturas antes reseñadas, sino también cuestiones como: ¿el PPL realmente constituye una restricción a la libertad de trabajo? ¿Cómo podría regularse el PPL con respeto a los principios del derecho del trabajo y tutela de los intereses del trabajador y el empleador?

Por ello, el presente trabajo pretende demostrar la conveniencia de una regulación sobre el PPL que incluya reglas claras sobre qué es, en qué supuestos es válido, cuáles son sus presupuestos y alcances.

Como consecuencia de lo anterior, el presente trabajo también denota que el PPL no constituye una restricción a la libertad de trabajo, ni vulnera principios del derecho del trabajo, por lo que es razonable entender que nuestro ordenamiento jurídico sí otorga la validez (y protección) a dicho pacto, aun cuando se celebre en supuestos de hecho diferentes a los de estudio de especialización o perfeccionamiento del trabajador.

Las demostraciones antes referidas han abordado la necesidad de que el ordenamiento jurídico regule sólo una formalidad y un plazo legal máximo para pactar la permanencia en el empleo, pues nuestro derecho privado vigente cuenta con mecanismos de protección suficientes que tutelan los intereses del trabajador y empleador ante un eventual incumplimiento de dicho pacto.

La importancia teórica del presente trabajo radica en haber obtenido un nuevo conocimiento jurídico en el Perú: una aproximación del concepto del pacto de permanencia en el empleo. Ello enriquece la doctrina nacional, así como fortalecer los posibles fallos judiciales que se emitan sobre la materia.

La importancia social del presente trabajo radica en haber demostrado que el pacto de permanencia, a pesar de constituir efectivamente una restricción a la libertad de trabajo, conlleva a percibir beneficios altamente útiles para trabajadores y empleadores. Para los primeros porque cuentan con un mecanismo de satisfacción personal que les permitirá atender sus intereses (más allá de lo económico) a través de su empleador. Para los segundos porque cuentan con un mecanismo de

protección jurídicamente válido y eficiente a fin de no sólo tutelar su inversión, sino también retener el talento humano.

La importancia práctica del presente trabajo radica en haber reducido la incertidumbre jurídica para una contratación laboral más eficiente, segura y previsible, con la celebración de pacto de permanencia laboral. Nótese que tanto los empleadores y los trabajadores tienen la posibilidad de conocer anticipadamente cuáles son las reglas aplicables para cada caso en concreto y evitar consecuencias jurídicas no deseadas que desemboquen en conflictos judiciales innecesarios.

Dentro de los límites del presente trabajo, debemos referirnos al de carácter conceptual: se ha limitado en el análisis jurídico de la conveniencia de regular el PPL en nuestro país (ya que entendemos al pacto como una fuente de la obligación de permanencia en el empleo), así como en el impacto económico de dicha permanencia en la esfera del trabajador (por ejemplo, el cumplimiento de metas y/o proyectos personales como la concretización de su derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad).

Los antecedentes históricos, sociológicos o filosóficos del pacto de permanencia laboral no han sido objeto de un análisis exhaustivo en el presente trabajo; sin embargo, sí se han tomado en cuenta referencialmente algunos conceptos jurídicos con la finalidad de arribar a resultados, conclusiones y recomendaciones concretas (por ejemplo, como qué se entiende por la permanencia en el empleo en la jurisprudencia española o cómo ha sido tratada la facultad de renunciar por parte del trabajador en otros ordenamientos jurídicos).

Así, se ha alcanzado los objetivos formulados en el presente trabajo, principalmente sobre la base de disposiciones normativas vigentes y referencialmente sobre la base de otras disposiciones que puedan estar derogadas con la finalidad de entender la evolución del criterio del Legislador.

Cabe señalar que el presente trabajo sólo se ha limitado en alcanzar los objetivos planteados que tengan relación con el Perú, sin hacer un análisis exhaustivo e

infructuoso de ordenamientos jurídicos donde sí se haya regulado. No obstante, no se ha dejado de considerar regulaciones extranjeras de manera referencial para una mejor aproximación.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1.1. Antecedentes de la investigación

En el presente numeral –y sin perjuicio de haber desarrollado y analizado en el capítulo de resultados del presente trabajo de investigación– sólo se ha hecho referencia a los trabajos de investigación (de tipo tesis), así como la metodología utilizada en cada uno y sus respectivos resultados.

1.1.1. *“El pacto de permanencia como violación a la libertad de trabajo”* por Mabel Rosmery Díaz Mechán y Víctor Alan Suclupe García

Esta investigación es una tesis preparada en conjunto en el 2013 para optar por los títulos de abogado ante la Universidad Señor de Sipán (distrito de Pimentel, provincia de Chiclayo, departamento de Lambayeque). No obstante, debemos indicar que esta tesis recién habría sido publicada en el año 2017.

En primer lugar, debemos señalar que el título de dicha tesis (‘El pacto de permanencia como violación a la libertad de trabajo’) ya es sugestivo. Nótese que, si el PPL fuera una violación, entonces sería inconstitucional y, por ende, inválidos. Ello se desprende de una lectura rápida de la problemática planteada en la tesis elaborada por Díaz Mechán & Suclupe García (2017), que fue la siguiente:

2.- EL PROBLEMA

El problema en que se centró la investigación, fue aquel al que denominamos DISCREPANCIAS TEÓRICAS Y DISCORDANCIAS NORMATIVAS EN EL PACTO DE PERMANENCIA COMO VIOLACIÓN A LA LIBERTAD DE TRABAJO. (Ver anexo 3)

Este problema se encontró constituyendo parte de la problemática en tema: EL PACTO DE PERMANENCIA COMO VIOLACIÓN A LA LIBERTAD DE TRABAJO. (pág. 134)

Nótese que existe cierta similitud entre la problemática planteada por nosotros y la de Díaz Mechán & Suclupe García (2017), en tanto que nosotros sostenemos que 'La falta de armonía en las posturas en cuanto a si el pacto de permanencia constituye una restricción a la libertad de trabajo o si es un pacto válido en el contrato de trabajo genera como consecuencia que el problema general sea si conviene o no que sea regulado en el Perú.' Por su parte, dichos autores sostienen que existiría una 'discrepancia teórica'

No obstante, el objetivo general de nuestro trabajo es 'si es conveniente una regulación clara sobre el pacto de permanencia sobre qué es, en qué supuestos sería válido, y cuáles deben ser sus presupuestos y alcances'; mientras que el objetivo general de la tesis de Díaz Mechán & Suclupe García (2017) fue el siguiente:

2.2.1.- Objetivo General:

La investigación analizó el Pacto de Permanencia como Violación a la Libertad de Trabajo; con respecto a un Marco Referencial que integre: Planteamientos Teóricos relacionados con Normas, Legislación Extranjera; mediante un análisis cuantitativo con el apoyo de los programas Windows, Excel y Word; con el propósito de identificar las causas de cada parte del problema. (pág. 138)

De conformidad con el numeral 2.1.1 de la presente investigación, no hemos formulado hipótesis alguna. No obstante, la hipótesis de la tesis elaborada por Díaz Mechán & Suclupe García (2017) fue la siguiente:

2.3.1 Hipótesis Global

El Pacto de Permanencia como Violación a la Libertad de trabajo; se ve afectada por Discrepancias Teóricas y Discordancias Normativas; que está relacionados causalmente y se explican, por el hecho de que no conocía o no se ha aplicado bien algún Planteamiento Teórico, especialmente algún concepto básico; o, por haberse incumplido alguna de las Normas de la Constitución Política del Perú, reglamento interno de trabajo y la NLPT; o por no haberse aprovechado las legislaciones extranjeras. (pág. 139)

En este punto, debemos mencionar que –de conformidad con el numeral 2.1.4 de nuestra presente investigación– no hemos recurrido a variables. Por su parte, las ‘variables’ de la tesis elaborada por Díaz Mechán & Suclupe García (2017) fueron las siguientes:

2.4.1. Identificación de las Variables

Dados los cruces de las sub-hipótesis en la presente investigación, para poder contrarrestarlas; en la presente investigación se requirió obtener los datos de los dominios de los siguientes valores:

A = Variables de realidad

A1 = Trabajadores

A2 = Comunidad Jurídica

A3 = Operadores del Derecho

-B = Variables del Marco Referencial

-B1 = Conceptos básicos

-B2 = Normas

-B3 = Legislación Extranjera

-X = Variables del Problema

-X1 = Discrepancias Teóricas

-X2 = Discordancias Normativas (pág. 140)

La metodología de investigación usada por Díaz Mechán & Suclupe García (2017) fue la siguiente:

1. Tipo de investigación: experimental; en la medida que habría existido –al menos– una variable que ejerza un control sobre las demás.
2. Nivel: exploratorio; en la medida que sería el primer trabajo de investigación relacionado al PPL en el Perú, y por tanto sería el primer acercamiento a la problemática planteada en nuestro trabajo de investigación.
3. Método: lógico deductivo; en la medida que los autores aplicaron –a través de encuestas– el conocimiento jurídico detrás de un PPL a los particulares encuestados.
4. Diseño de la investigación: experimental; en la medida que las variables formuladas por tales autores fueron manipuladas –a través de encuestas– para hacer una medición de los objetivos planteados.
5. Técnica de recolección de datos: fichaje de resumen y encuestas a 110 personas de un total de 3,675 (pag. 145).
6. Técnica de procesamiento de datos: análisis documental (pag. 144).

Ahora bien, las conclusiones a las que arribaron Díaz Mechán & Suclupe García (2017) en su tesis fueron las siguientes:

- El pacto de permanencia es aquel por el cual el trabajador asume la obligación de trabajar para un empresario durante un periodo de tiempo, con el fin de poner en marcha un proyecto determinado o realizar un trabajo específico, tras haber recibido la formación especializada necesaria cuyo coste ha asumido el empresario.
- El pacto tiene que formalizarse por escrito de manera obligatoria.
- Se trata de un pacto individual entre el trabajador que ha recibido esa especialización formativa y la empresa.
- Para que el pacto de permanencia tenga validez se exige que el coste de la especialización profesional que recibe el trabajador o que va a recibir lo tiene que asumir la empresa.
- La finalidad que se persigue con esta formación especializada que recibe o va a recibir este trabajador es poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico.
- La duración que como máximo tiene que tener estos pactos es de dos años, no pudiendo superarse este periodo de tiempo en ningún caso.

- En el supuesto de que la relación laboral entre el trabajador y el empresario se extinguiese antes de finalizar el plazo pactado en el pacto de permanencia, el empresario tendrá derecho a recibir, por parte del trabajador, una indemnización por los daños y perjuicios causados. Con relación a este punto debemos señalar que la fijación de la indemnización, su cuantía y el momento de comienzo del cómputo deben determinarse por escrito, reuniendo dicha cláusula unos requisitos mínimos de proporcionalidad o equilibrio, de forma que no pudiese considerarse abusiva por la jurisdicción social en caso de controversia y demanda entre las partes. (pág. 165)

Ahora bien, nosotros no encontramos una relación directa entre las conclusiones y la hipótesis planteada por dichos autores. De hecho, según Díaz Mechán & Suclupe García (2017), la discrepancia teórica y discordancia normativa (el problema, de dicha tesis) se explicarían por el desconocimiento o inaplicación de alguna teoría o concepto básico, como la legislación extranjera (la hipótesis, según dicha tesis).

No obstante, ahí encontramos una falta de relación entre las conclusiones a las que se arriban y la verificación de la hipótesis. Si la idea es probar que no se conoce o no se aplica el PPL regulado en España, ¿la forma idónea era a través de cuestionarios?

Consideramos que las preguntas incluidas en el cuestionario no fueron correctamente formuladas. Por ejemplo, no vemos cómo ‘¿En el proceso laboral se aplica correctamente al pacto de permanencia?’ o ‘Razones por las que no se aplican las normas jurídicas al pacto de permanencia’ pueda verificar la hipótesis del desconocimiento o inaplicación de la legislación extranjera. (Díaz Mechán & Suclupe García, 2017, pág. 173)

Es decir, ¿por qué se preguntó a un operador jurídico peruano si conoce una norma extranjera? ¿acaso no es previsible que los nacionales no están obligados a conocer derecho extranjero? No hemos encontrado relación entre las conclusiones antes citadas y la metodología a través de encuestas.

Ahora bien, las mencionadas encuestas realizadas por Díaz Mechán & Suclupe García (2017) habrían arrojado las siguientes 'conclusiones parciales' que citamos a continuación:

Conclusión parcial 1:

Los trabajadores en un 68.88% tienen discrepancias teóricas acerca de los pactos de permanencia en la región Lambayeque, porque consideran que estos no son aplicables en un 31.12%

Conclusión Parcial 2:

Los magistrados y abogados no conocen en un 68.88% la necesaria regulación laboral en casos de pactos de permanencia en la región Lambayeque.

Conclusión Parcial 3:

Los operadores jurídicos en un 68.88% adolecen de discordancias normativas en la necesaria regulación laboral en casos de pactos de permanencia en la región Lambayeque.

Conclusión Parcial 4:

Los operadores judiciales desconocen en un 95% la normatividad extranjera al momento de aplicar los pactos de permanencia en la región Lambayeque. (pág. 163)

Estas 'conclusiones parciales' son realmente relevantes porque demuestran el desconocimiento del PPL español para los operadores jurídicos de Lambayeque. Sin embargo, esa no es la problemática ni la hipótesis planteada por la tesis de Díaz Mechán & Suclupe García (2017).

Respecto al análisis documental, tampoco encontramos una relación con las conclusiones. En el trabajo de investigación de Díaz Mechán & Suclupe García (2017) se tocan conceptualmente el principio de consensualismo (p. 17), los contratos atípicos (p. 21), la libertad de trabajo (p. 34), antecedentes constitucionales (p. 45), derechos constitucionales laborales (p. 51), los delitos contra los trabajadores (p. 74) y aspectos procesales (p. 83). No obstante, no se observa el análisis documental aludido para arribar a las conclusiones precitadas (p. 165)

Los únicos temas conceptuales que guarda cierta relación con la problemática planteada por Díaz Mechán & Suclupe García (2017) son el concepto de pacto de

permanencia (p. 85), derecho internacional –esencialmente, España– (p. 91) y jurisprudencia nacional y extranjera (p. 114). No obstante, tampoco se observa la verificación de la hipótesis (desconocimiento o inaplicación del PPL regulado en España en el Perú) y cómo es que se arriban a las ‘conclusiones’ de la página 165.

Es más, todas las conclusiones (p. 165) de la tesis de Díaz Mechán & Suclupe García (2017) son afirmaciones que se pueden desprender sin discrepancia alguna del artículo 21, numeral 4, del ET.

Además, el título de la tesis es sugerente en cuanto al PPL, pues se le cataloga como una ‘violación a la libertad de trabajo’, lo cual implicaría su inconstitucionalidad. Pero lo realmente investigado en el campo tuvo como propósito probar el desconocimiento (previsible e innecesario, en nuestra consideración) del PPL que se regula en España.

The image shows a screenshot of a digital repository page from the Universidad Señor de Sipán. The page title is "El pacto de permanencia como violación a la libertad de trabajo". It includes social media sharing icons for Facebook, Twitter, and a plus sign. A thumbnail of the thesis cover is displayed on the left, showing the university logo and the title. The main text on the right provides a summary of the thesis, discussing labor contracts, clauses, and the impact of the pact of permanence. Below the text, there are fields for "Ver" (Download) with two files: "Díaz - Suclupe.pdf (250.3Kb)" and "license.txt (1.707Kb)". The "URI" field contains the URL "http://repositorio.uss.edu.pe/handle/uss/1261". The "Colecciones" field lists "Escuela de Derecho [964]". The "Fecha" field shows "2013". The "Autor" field lists "Suclupe García, Víctor Alan" and "Díaz Mechán, Mabel Rosmery".

Ilustración 3: Tesis sobre el PPL realizada en Pimentel, Chiclayo (2013)

Fuente: Recuperado de <http://repositorio.uss.edu.pe/handle/uss/1261>

En suma, consideramos que el título de la tesis elaborada Díaz Mechán & Suclupe García (2017), el enfoque y la técnica de encuestas realizadas no se relacionaron con la problemática ni la hipótesis planteada por los autores.

1.1.2. “*Prohibiciones a la competencia del trabajador*” por Diana Mayerli Díaz Plata

Esta investigación es una tesis preparada por la autora para optar por el grado de Doctor en la Universidad Complutense de Madrid (España) en el año 2015. Si bien nuestro trabajo de investigación ha abordado una temática diferente a la de Díaz (2015) (quien aborda el estudio de las prohibiciones a la competencia del trabajador en la legislación española –compuestas por la prohibición de concurrencia desleal y el pacto de no competencia post contractual–) el pacto de permanencia no es ajeno a dicha tesis, pues muchos fundamentos que se deducen para el pacto de no competencia post contractual serían los mismos para el PPL.

Díaz (2015) recurre al método deductivo, pues, mediante un razonamiento lógico de las teorías recolectadas, determina la siguiente situación concreta de estudio:

Precisamente, una expresión de la facultad conferida a las partes intervinientes en la relación laboral de decidir cómo regular sus propios intereses y construir obligaciones libremente son los pactos del art. 21 ET. Por ende, la primacía y relevancia que le otorga el sistema jurídico a la voluntad de las partes en el ámbito contractual permite la configuración de las obligaciones de permanencia, plena dedicación y no competencia post-contractual. (págs. 91-92)

Sin perjuicio de haber sido desarrollado con mayor profundidad en el presente trabajo de investigación, como resultado principal obtenida por Díaz (2015) a través de dicha metodología deductiva, dicha autora sostiene que el PPL es un mecanismo de protección empresarial cuando afirma lo siguiente:

Las prohibiciones de competencia en el ámbito laboral se establecen junto a otros mecanismos de protección empresarial previstos en el art. 21 ET, estos son el pacto

de plena dedicación y el pacto de permanencia, que son temáticamente inconexos con nuestro tema, ya que obedecen a institutos jurídicos diferentes con finalidades distintas. Estos mecanismos de defensa de la unidad empresarial en el ámbito laboral se ven complementados por los previstos por el legislador en diferentes áreas del derecho. (pág. 350)

En suma, dicha tesis sí constituye un aporte concreto a la presente investigación.

1.1.3. *“El pacto de permanencia y otros pactos en la empresa”* por Valentina Moreno Duque

Esta investigación consiste en una memoria preparada por la autora para optar por el título profesional de abogado en la Universidad de Chile en el año 2003 que se centra en el PPL.

Para Moreno (2003), el hecho de que existan este tipo de pactos dentro del contrato de trabajo implica que el ordenamiento jurídico debe otorgar una tutela a través del reconocimiento de dicha institución, así como disposiciones normativas de carácter legal claras. Así, Moreno (2003) advierte cuál sería la causa de que empleadores y trabajadores utilicen el PPL cuando afirma lo siguiente:

Esta notoria necesidad de utilizar cada vez más este tipo de cláusulas, al parecer, es una consecuencia del progreso industrial y tecnológico que ha experimentado la economía mundial, sobre todo la de países desarrollados, lo que evidentemente trae aparejado una serie de secuelas en el mundo laboral. Es este fenómeno, en consecuencia, el que ha tenido influencia en el incremento de la demanda de trabajadores especializados o calificados y, por lo tanto, en el incremento de formación especializada de los trabajadores financiado por las mismas empresas en las que éstos trabajan (y es a través de estos pactos, sobre todo el de permanencia, que las empresas pueden asegurarse mediante la vinculación temporal del trabajador con la empresa). (pág. 4).

Moreno (2003) recurre al método deductivo, ya que –mediante un razonamiento lógico de las teorías recolectadas– determina una situación concreta de estudio:

Como ya he comentado anteriormente, la sola existencia del pacto de permanencia en la práctica contractual laboral (y también de los demás pactos que puedan presentarse en el contrato de trabajo) hace necesario que exista también un apoyo real, positivo y efectivo y que sea ajeno a las partes contratantes, para que en el evento de violarse ciertos derechos fundamentales de los trabajadores, como por ejemplo el de libertad contractual cuando se pacta que el trabajador no prestará sus servicios para ninguna otra empresa del mismo giro incluso un determinado tiempo después de terminado el contrato de trabajo, el trabajador afectado tenga la posibilidad de recurrir de una manera preestablecida y ante las autoridades preestablecidas. (pág. 13)

Como resultado principal obtenido por Moreno (2003) a través de dicha metodología deductiva, dicha autora sostiene que:

Los pactos como el de permanencia, el de no competencia, el de exclusividad y el de no competencia post-contractual son métodos de reacción frente al fenómeno de competitividad de las empresas, que ha ido en aumento con el asentamiento de la economía de mercado y con el creciente desarrollo de las nuevas tecnologías de la información, las que, como señalé en un principio, han generado, entre otros efectos, nuevas formas y condiciones de contratación en el ámbito laboral. Sin duda este fenómeno pone al trabajador en un plano muy incierto ya que como las formas de contratación van cambiando, lo usual es que la legislación, y por lo tanto la regulación de las relaciones laborales, sea modificada para adaptarse a los cambios de la realidad en forma posterior. (pág. 29)

En suma, dicha tesis sí constituye un aporte concreto a la presente investigación.

1.2. Bases teóricas

Para alcanzar los objetivos planteados en el presente trabajo de investigación ha sido indispensable analizar críticamente las principales teorías relacionadas a la problemática planteada, así como el punto de vista que asume el autor respecto de cada una de ellas.

1.2.1. El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales y el pacto de permanencia

En primer lugar, debemos partir de la premisa de que la naturaleza del derecho del trabajo –como rama autónoma– es netamente proteccionista. Por este motivo, este derecho está constituido por normas imperativas de cumplimiento obligatorio mayormente. Así, Gómez (1996) señala con razón que:

El Derecho del Trabajo se presenta como un conjunto de normas legales y reglamentarias de carácter imperativo, que envuelven el contrato de trabajo realizado bajo dependencia, no importando la naturaleza del contrato, la condición del trabajo u objeto social del empleador. Simplemente, por tratarse de normas de *orden público*, su cumplimiento es irrestricto; consecuentemente nadie, bajo pena de nulidad, podrá estipular condiciones inferiores a las establecidas en dicho ordenamiento tutelar, considerado también como un *mínimo intangible, e indispensable* según la OIT. (pág. 28)

Toyama (2001) refuerza la idea de que el fundamento de este principio es el carácter protector ante la asimetría que existe en la capacidad negocial del trabajador y el empleador, cuando señala que:

El principio de irrenunciabilidad de derechos se fundamenta en el carácter protector del Derecho Laboral en la medida que presume la nulidad de todo acto del trabajador que disponga de un derecho reconocido en una norma imperativa. Dada la desigualdad que caracteriza a las partes laborales, a diferencia del Derecho Civil, el ordenamiento laboral no confiere validez a todos los actos de disponibilidad del trabajador. La imposibilidad de lograr un equilibrio en la negociación entre empleador-trabajador genera que este último no cuente con la misma capacidad de disposición de sus derechos. (pág. 166)

Ahora bien, entendida la naturaleza jurídica del derecho del trabajo como presupuesto, resulta pertinente establecer qué se entiende por este principio, para lo cual nos remitimos a lo establecido por el Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el expediente n.º 008-2005-PI/TC, a través de la cual se señala que:

Hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley. Al respecto, es preciso considerar que también tienen la condición de irrenunciables los derechos reconocidos por los tratados de Derechos Humanos, toda vez que estos constituyen el estándar mínimo de derechos que los Estados se obligan a garantizar a sus ciudadanos [Remotti Carbonell, José Carlos: *La Corte Interamericana de Derechos Humanos, Estructura, funcionamiento y jurisprudencia*, Barcelona, Instituto Europeo de Derecho, 2003, p. 18]. En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, la renuncia a dichos derechos sería nula y sin efecto legal alguno. Así, conforme se desprende de lo previsto en el inciso 2) del artículo 26.º de la Constitución, la irrenunciabilidad sólo alcanza a aquellos “[...] derechos reconocidos por la Constitución y la ley”. No cubre, pues, a aquellos provenientes de la convención colectiva de trabajo o la costumbre. Por otro lado, debe precisarse que un derecho de naturaleza laboral puede provenir de una norma dispositiva o taxativa. En ese contexto, la irrenunciabilidad es sólo operativa en el caso de la segunda. La norma dispositiva es aquella que opera sólo cuando no existe manifestación de voluntad o cuando ésta se expresa con ausencia de claridad. El Estado las hace valer únicamente por defecto u omisión en la expresión de voluntad de los sujetos de la relación laboral. Las normas dispositivas se caracterizan por suplir o interpretar una voluntad no declarada o precisar y aclararla por defecto de manifestación; y por otorgar a los sujetos de una relación laboral la atribución de regulación con pleno albedrío dentro del marco de la Constitución y la ley. Ante este tipo de modalidad normativa, el trabajador puede libremente decidir sobre la conveniencia, o no, de ejercitar total o parcialmente un derecho de naturaleza individual. (pág. 24)

Lo anteriormente expuesto por el Tribunal Constitucional ya era concebido por un sector autorizado de nuestra doctrina nacional. Así, Neves (2004) señala que:

Un derecho puede nacer de una norma dispositiva o de una norma imperativa. En el primer caso, su titular puede decidir libremente sobre él. El acto que contenga esta decisión será uno de disposición. En el segundo caso, el titular del derecho no puede abandonarlo por su voluntad. Si lo hace, su acto será de renuncia. Mientras la disposición es válida; la renuncia, no. (pág. 102)

Ahora bien, resulta indispensable resaltar que la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (a través de la Casación Laboral n.º 10712-2014-Lima) señaló que es posible que un trabajador pueda renunciar a un derecho que tenga como fuente el contrato de trabajo:

Por su parte, esta Sala Suprema considera que para una correcta interpretación del inciso 2) del artículo 26º de la Constitución Política del Perú, referente al principio de irrenunciabilidad, los jueces de trabajo y las Salas Laborales deben tener en cuenta las siguientes reglas: 1) Los derechos cuya fuente de origen sea la ley o cualquier otra norma jurídica de origen estatal, sin importar su jerarquía, son de carácter irrenunciable para el trabajador individual, sin perjuicio de los pactos de reducción de remuneración que son aceptados por nuestro ordenamiento jurídico conforme la ley n.º 9463 de fecha diecisiete de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, cuya vigencia se reconoce; 2) Los derechos cuya fuente de origen es el convenio colectivo o laudo arbitral, tienen carácter irrenunciable para el trabajador individual, pero sí pueden ser objeto de renuncia, disminución o modificación por acuerdo entre la organización sindical y el empleador; este es el caso de la negociación colectiva *in peius*, la cual sólo puede acordarse entre los mismos sujetos colectivos y el mismo ámbito negocial; 3) Los derechos derivados del contrato de trabajo o de la decisión unilateral del empleador, pueden ser objeto de libre disposición por el trabajador individual, quien puede aceptar su disminución e incluso su supresión. (Jesús María Moisés Abarzuza Gil contra Telefónica del Perú S.A.A., 2015)

Así, nosotros seguimos la línea de pensamiento de los autores y sentencias precitados, por lo que nos sumamos a lo expuesto por Anacleto (2015), cuando resalta que la irrenunciabilidad de derechos sólo opera para los derechos adquiridos del trabajador que tengan como fuente la Constitución y la Ley, como señala a continuación:

El principio de irrenunciabilidad establece que no procede renuncia de derechos indisponibles o imperativos y que sólo es posible la renuncia de derechos de carácter dispositivo. Es necesario mencionar que la actual Constitución de 1993, en su artículo 26, numeral 2, indica que en toda relación laboral se respeta el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la Ley, el artículo en mención omite

indicar que los derechos reconocidos por los convenios colectivos de trabajo, son irrenunciables y no pueden dejarse sin efecto por un acto jurídico unilateral en perjuicio del trabajador. (pág. 81)

Así, bajo nuestro punto de vista, consideramos que el trabajador no renunciaría a los derechos que adquiriría si suscribe un PPL (por ejemplo, el derecho de exigirle a su empleador que asuma los costos de estudios de especialización). Este punto de vista ha sido desarrollado y explicado en el presente trabajo de investigación.

1.2.2. El deber constitucional del Estado de promover de condiciones para el progreso económico y social del trabajador

Como bien señala Sánchez Zapata (2016): «[...] el aspecto netamente referido al fomento de capacitación a favor del trabajador no es un tema esquivo en el contenido constitucional de nuestro país.» (págs. 30-31) En efecto, el artículo 23 de la Constitución Política del Perú de 1993 señala lo siguiente:

Artículo 23.- El Estado y el Trabajo

El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan.

El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo.

Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento. (Énfasis agregado).

Sobre el particular, Sánchez Zapata (2016) resalta la función regulatoria del Estado con relación a la capacitación académica de los trabajadores al señalar que:

Siendo ello así, podemos inferir de dicho artículo constitucional que parte del rol de Estado se centra en realizar acciones regulatorias tendientes a favorecer a los trabajadores a través de mecánicas de capacitación y formación continua para el correcto y mejor cumplimiento de sus funciones, según el puesto de trabajo que ocupen, ya que ello se direcciona a su vez en el óptimo nivel de productividad [...] (pág. 31)

La cita textual anterior merece una precisión adicional. Un 'óptimo nivel de productividad' puede ser alcanzado a través de una capacitación o formación académica. Sí, pero dicho mecanismo no es la única manera de optimizar el rendimiento laboral.

Si tenemos en consideración que la relación laboral es, ante todo, una relación humana entonces entenderemos que existen otras variables extrajurídicas que inciden en el rendimiento. Por ejemplo, el bienestar familiar, la autoestima o el clima laboral son variables que indudablemente influyen en la ejecución de un contrato de trabajo.

Por otro lado, no estamos de acuerdo con Sánchez Zapata (2016) al 100% cuando precisa que:

[...] la realidad refleja una falta de regulación normativa que precise alcances mínimos para la realización de convenio de formación académica, y en virtud de ello, la regulación en los pactos de permanencia que se puedan generar, formalidades para su mecánica operativa, así como beneficios o incentivos de carácter laboral, tributario o comercial, para de este modo incentivar al empleador nacional a efectos de poder atender más a dicho fomento de la educación del trabajo que establece la Constitución, [...] (pág. 31)

En primer lugar, y como se ha desarrollado más adelante en el numeral 3.2.1.3, no estamos de acuerdo con el autor precitado en el extremo de que todo PPL deba estar ligado necesariamente a un convenio de formación académica. La razón de ello es que el PPL puede obedecer a otras causas jurídicas merecedoras de tutela por parte del ordenamiento jurídico.

Asimismo, debemos mencionar que en el Perú sí existen disposiciones normativas que incentivan la educación del trabajador, conforme lo señala la Constitución. Una parte de ello ha sido desarrollada en el numeral 3.8.6 relacionado a los incentivos tributarios como una de las consideraciones para una regulación del PPL.

Ahora bien, el artículo 23 de la Constitución precitado también ha tenido un desarrollo en normas inferiores jerárquicamente. Así, tenemos el artículo 3 del TUO del decreto legislativo n.º 728, Ley de Formación y Promoción Laboral (aprobado mediante decreto supremo n.º 002-97-TR, de fecha 21 de marzo de 1997) que señala lo siguiente:

Artículo 3.- Son objetivos de la presente Ley:

- a) Promover el acceso masivo al empleo productivo dentro del marco de la política económica global del Poder Ejecutivo y a través de programas especiales de promoción del empleo;
- b) Mejorar los niveles de empleo adecuado en el país de manera sustancial, así como combatir el desempleo y el subempleo, en especial el que afecta a la fuerza laboral juvenil;
- c) Incentivar el pleno uso de la capacidad instalada existente en las empresas, dentro del marco de programas de reactivación económica;
- d) Estimular la inversión productiva en el sector privado, especialmente en las ramas de actividad con mayor capacidad de absorción de mano de obra;
- e) Coadyuvar a una adecuada y eficaz interconexión entre la oferta y la demanda en el mercado de trabajo; y,
- f) Fomentar la capacitación y formación laboral de los trabajadores como un mecanismo de mejoramiento de sus ingresos y la productividad del trabajo.

Pero la disposición normativa precitada no es la única que toca el tema de 'fomento de la capacitación y formación laboral'. Así, el artículo 1º del TUO del decreto legislativo n.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (aprobado mediante decreto supremo n.º 003-97-TR, de fecha 21 de marzo de 1997) señala que:

PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Artículo 1.- Son objetivos de la presente Ley:

- a) Fomentar la capacitación y formación laboral de los trabajadores como un mecanismo de mejoramiento de sus ingresos y la productividad del trabajo;*
- b) Propiciar la transferencia de las personas ocupadas en actividades urbanas y rurales de baja productividad e ingresos hacia otras actividades de mayor productividad;*
- c) Garantizar los ingresos de los trabajadores, así como la protección contra el despido arbitrario respetando las normas constitucionales; y,*

d) Unificar las normas sobre contratación laboral y consolidar los beneficios sociales existentes.

Años después, se promulgaría la ley n.º 28518, Ley sobre Modalidades Formativas Laborales. El artículo II del título preliminar señala lo siguiente:

Artículo II.- Objetivos

Son objetivos de la presente Ley:

- a. Coadyuvar a una adecuada y eficaz interconexión entre la oferta formativa y la demanda en el mercado de trabajo;*
- b. Fomentar la formación y capacitación laboral vinculada a los procesos productivos y de servicios, como un mecanismo de mejoramiento de la empleabilidad y de la productividad laboral y,*
- c. Proporcionar una formación que desarrolle capacidades para el trabajo, que permitan la flexibilidad y favorezcan la adaptación de los beneficiarios de la formación a diferentes situaciones laborales.*

Así, tenemos hasta tres (3) disposiciones normativas que tienen incidencia directa en la temática desarrollada:

- el inciso f) del artículo 3 del decreto supremo n.º 002-97-TR,
- el inciso a) del artículo 1 del decreto supremo n.º 003-97-TR; y
- el inciso b) del artículo II del título preliminar de la ley n.º 28518.

Entonces, la ‘capacitación y formación laboral’ sería la causa que justifique la celebración de un PPL válido en el Perú. No obstante, una lectura completa de los objetivos de las tres (3) leyes precitadas –es decir, de los demás incisos– nos da una visión más amplia de cómo entender al PPL o contextualizarlo en nuestra realidad nacional.

Sin lugar a duda, el PPL es una institución jurídica, motivo por el cual es objeto de investigación en el presente trabajo. También contiene una causa económica, lo cual ha sido desarrollado en el numeral 3.2.1.4 de la presente tesis. No obstante, el PPL también puede significar para un trabajador operario u obrero el medio que le permita alcanzar una educación que no podría alcanzar con sus propios recursos financieros.

Nótese aquí que lo nuestra Constitución propugna es que se alcance cierto grado de progreso económico o social. Por ello, no nos cabe duda de que el PPL puede también ser un vehículo que nos conduzca a eso.

Así, a propósito del artículo 3 del TUO de la Ley de Formación y Promoción Laboral, compartimos la visión macro que indica Sánchez Zapata (2016) cuando indica que:

[...] podemos observar la intención del legislador peruano de fomentar una política de incentivos para operar capacitación laboral en el trabajador con la finalidad no sólo de generarle un propio bienestar –económico y social–, sino también con la finalidad de incrementar el nivel de empleabilidad, y por consecuencia directa, de productividad en el país, [...] (pág. 31)

Estamos de acuerdo con la existencia de dicha intención política de incentivos (y expresada normativamente) para la capacitación laboral de los trabajadores. Por ello, consideramos que dicha política se estaría cumpliendo mientras menos obstáculos se creen legalmente a los medios jurídicos (como el PPL) que faciliten el objetivo.

En este punto, nos hacemos la siguiente reflexión. Si admitimos que el PPL sólo puede celebrarse ante una sola causa jurídica (léase, la ‘formación académica’) y se regula de esa manera, ¿no sería una regulación que va en contra de la función promotora del progreso económico del trabajador?

Nosotros consideramos –a modo de una conclusión preliminar– que dicho ‘progreso económico’ que indica nuestra Constitución puede alcanzarse a través un PPL válido que tenga causas jurídicas diferentes a la ‘formación académica’. Sólo a manera de ejemplo podríamos mencionar un bono de dinero o gastos de publicidad en la imagen del trabajador.

1.2.3. La aplicación supletoria del derecho civil y el ejercicio abusivo del derecho como mecanismos de protección ante un pacto de permanencia

Si bien no existen disposiciones normativas laborales vigentes que sean de aplicación para todo tipo de trabajador (pues sí existe para los servidores públicos), resulta pertinente considerar la posibilidad de aplicar a las normas de derecho civil para tutelar los intereses de las partes que suscriben un PPL. Así, Toyama (2012) sostiene que:

La aplicación del Derecho Civil es posible por la regla de la supletoriedad prevista en el título preliminar del CC. En efecto, el artículo IX de este dispositivo señala que “Las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que sean incompatibles con su naturaleza.” (pág. 451)

Sin embargo, como bien advierte el mismo Toyama (2012), aun cuando se pretende aplicar el derecho civil a una situación propia del derecho laboral para corregir una situación que vulnera los derechos de quienes suscriben un PPL (por ausencia de una disposición normativa), debemos advertir previamente si existe compatibilidad entre la norma que se pretende aplicar con la norma suplida:

La supletoriedad no es una regla inquebrantable que suponga que exista una aplicación inmediata o automática en todo lo no regulado, en este caso, por las disposiciones del CC. Resulta imprescindible apreciar si hay una compatibilidad entre la norma supletoria y las peculiaridades que rigen el área del Derecho donde se ubica la norma suplida. (pág. 451)

Por su parte, otro mecanismo de protección para evitar la vulneración de los derechos de quienes suscriben un PPL es el no amparo del ejercicio abusivo del derecho. En ese sentido, seguimos a Espinoza (2005), quien sostiene que:

El abuso de derecho, en tanto principio general, es un instrumento del cual se vale el operador jurídico para lograr una correcta y justa administración de justicia. Es aquí donde juega un rol decisivo la labor creativa y prudente del juez que debe estar atento

a reconocer nuevos intereses existenciales y patrimoniales, enfrentando audazmente modelos legislativos que los pretenden inmovilizar. (pág. 132)

En esa misma línea de pensamiento sobre este concepto debe advertirse que Vargas e Idrogo (2015) señalan que:

Entonces, el ejercicio abusivo del derecho como institución jurídica, es una forma de limitación a los derechos subjetivos fruto de una corriente socializadora del derecho. El acto abusivo supone una conducta permitida por la ley, pero rechazada por el juez, porque ha producido un perjuicio a un tercero. (pág. 123)

Sin embargo, Vargas e Idrogo (2015) también advierten que dejar la solución a la interpretación de los jueces no es suficiente, pues se advertiría que en la práctica judicial existen fallos contradictorios, así como imprecisión doctrinaria:

En ese orden, el ejercicio abusivo importa reconocer que no puede haber un ordenamiento positivo perfecto, sino que además éste debe complementarse con normas meta jurídicas, valores y nutrirse de la realidad y el derecho consuetudinario; mientras que el acto ilícito se encuentra tipificado por la ley, el acto abusivo es calificado, como tal, por el juez, en mérito a criterios que considere pertinentes emplear en cada caso concreto. Complementariamente, una parte del problema radica también en la imprecisión doctrinaria del tema, por cuanto la naturaleza jurídica del abuso del derecho no se halla perfectamente delimitada del derecho subjetivo; además de la controvertida disparidad entre fallos que deberían ser análogos por corresponder a situaciones análogas. (pág. 123)

En ese sentido, bajo nuestro punto de vista, consideramos –a modo de conclusión preliminar– que el trabajador y el empleador cuentan con mecanismos de protección suficientes para tutelar sus intereses al suscribir un PPL. Tales mecanismos son la aplicación supletoria del derecho civil y que la ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho, con la precisión de que ambos mecanismos deben ser aplicados con la consideración de las particularidades del caso en concreto.

Para mejor ilustración de esta postura –y sin perjuicio de haber desarrollado ello en el presente trabajo de investigación–, debemos mencionar que el incumplimiento de una obligación de permanencia laboral (a través de un PPL) puede ser resuelto a través de la aplicación supletoria del CC (del capítulo dedica a ‘inejecución de obligaciones’). Beltrán Pacheco (2008) sostiene esta posibilidad jurídica al señalar que: «El sistema de responsabilidad civil que se aplica para los daños sufridos en relaciones laborales es el sistema de inejecución de obligaciones.» (pág. 93)

1.2.4. *In dubio contra stipulatorem* en lugar del *in dubio pro operario*

El conocido principio constitucional *in dubio pro operario* se encuentra consagrado en el numeral 3 del artículo 26 de nuestra Constitución en los siguientes términos:

Artículo 26.- En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. [...]
2. [...]
3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

Como es conocido, este principio tiene como finalidad corregir la asimetría económica que existe entre el empleador y el trabajador. Dicha asimetría puede desembocar situación de abuso de poder en el marco de una subordinación entre las partes.

No obstante, no debemos caer en la idea de que toda asimetría *per se* debe ser vetada por el Derecho. La asimetría económica no es exclusiva del derecho laboral, sino también de otras ramas como el derecho del consumidor. Por ende, la sola existencia de asimetría no debe conllevarnos a concluir que lo que pactan dichas partes sea nulo. Por tal motivo, suscribimos las palabras de Chávez Núñez (2012) cuando se refiere a la asimetría en mención:

Ciertamente, existe desigualdad material entre el empleador y el trabajador, pero esta situación no impide que ambas partes ejerzan su derecho a la libre contratación, de lo contrario, si se entendiera que esa desigualdad implica la imposibilidad de celebrar

acuerdos, todos los contratos de trabajo y demás pactos que celebren el trabajador y el empleador sería nulos; [...] (pág. C5)

Por ello, el principio constitucional *in dubio pro operario* funciona como un mecanismo jurídico para que superar posibles situaciones que puedan desfavorecer al trabajador. Bringas Díaz (2013) nos indica que en el principio *in dubio pro operario*: «[...] nos encontramos ante la existencia de una norma con varios sentidos, lo cual implica que la misma pueda poseer varias interpretaciones, debiendo escoger el intérprete en caso de duda insalvable, la que sea más favorable al trabajador.» (pág. 27)

Este principio denota una manifestación del carácter protector del derecho del trabajo. Por ende, la 'interpretación favorable' supone que el constituyente ha decidido expresamente beneficiar al trabajador a través de una interpretación de la norma. Pero ¿qué debemos entender por 'norma' para efectos de este principio constitucional?

Nosotros concordamos con la línea de pensamiento que entiende por 'norma' en su sentido de disposición normativa de rango legal e inferior jerárquicamente (ley, reglamento, ordenanza, directiva). En ese sentido, coincidimos con Romero (2017) cuando sostiene que: «En consecuencia, en la legislación peruana el principio es una norma jurídica y, por lo tanto, de obligación aplicable por parte del juez o del intérprete.» (pág. 9)

No solamente autores nacionales entienden por 'norma' un sentido de disposición normativa de rango legal. También ello se puede desprender de la jurisprudencia emitida de nuestra Corte Suprema de Justicia de la República. Así, por ejemplo, en la casación laboral n.º 4961-2011-TACNA, de fecha 16 de mayo de 2012, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente señaló que:

VIGÉSIMO PRIMERO: [...] en tal sentido, tenemos que, frente a la disposición legal anotada, tanto el Juez como la Sala Superior no han optado por una interpretación de Ley favorable al trabajador, tal como lo recoge el principio del *in dubio pro operario*,

previsto en el inciso 3 del artículo 26 de la Constitución Política del Perú, cuya inaplicación resulta amparable; [...] (Rubén La Rosa Chagaray vs. Cooperativa de Ahorro y Crédito Toquepala, 2012)

En ese sentido, coincidimos con la siguiente cita textual de Bringas Díaz (2013) cuando sostiene que el principio *in dubio pro operario* sólo aplica cuando los dos o más sentidos provienen de una norma de rango legal o inferior. Por tanto, se puede concluir que dicho principio constitucional no debe ser aplicado cuando el sentido a dilucidar se trate de una norma que nace del propio contrato de trabajo, conforme podemos ver a continuación:

[...] se advierte que la interpretación favorable hace referencia solamente a normas jurídicas, que no es lo mismo a normas obligacionales del acto jurídico, que se interpretan vía los artículos 168 al 170 del Código Civil, ya que estos dispositivos son actos provenientes de la voluntad de las partes. [...] Por lo expuesto, los derechos nacidos de un contrato de trabajo al ser productos no normativos (no son normas jurídicas) no serían aplicables al principio *in dubio pro operario* por este hecho. (pág. 27)

Sin embargo, el hecho de que el referido principio constitucional no sea aplicable para una correcta interpretación de un PPL válido dentro de un contrato de trabajo, no significa que no existe un mecanismo que equipare o corrija esa asimetría económica entre las partes contractuales de la relación laboral. Por ende, debemos verificar si existe algún mecanismo propio del derecho civil que tenga un contenido social o protector que nos pueda servir de fundamento para la protección del trabajador.

En palabras del propio Bringas Díaz (2013), la idea es: «[...] lograr una igualdad a través de la Ley empleado válidamente un principio del Derecho Civil para la interpretación de los actos en que intervienen sujetos dispares: el *in dubio contra stipulatorem*.» (pág. 29)

En tal sentido, debemos recalcar la existencia del método de interpretación *in dubio contra stipulatorem*. Dicho método encuentra reconocimiento normativo en el artículo 1401 de nuestro CC, que señala lo siguiente:

Artículo 1401.- Las estipulaciones insertas en las cláusulas generales de contratación o en formularios redactados por una de las partes, se interpretan, en caso de duda, en favor de la otra.

En consecuencia, es válido concluir que si existiera una duda en cuanto al sentido o alcance de una obligación laboral creada mediante el contrato de trabajo (por ejemplo, un PPL), resulta aplicable método de interpretación *in dubio contra stipulatorem* para asegurar un nivel de protección jurídica mínima al trabajador. Así, en los mismos términos de Bringas Díaz (2013):

Por esta razón, habría que aplicar el principio *in dubio contra stipulatorem*, propio del Derecho Civil en los contratos de trabajo para proteger al trabajador en caso de duda sobre el sentido de una cláusula sin necesidad de la duda “insalvable” que es considerada para la interpretación de normas jurídicas [...]. Así, cuando exista una cláusula del contrato de trabajo en la que haya controversia sobre su sentido, además de utilizar los métodos de interpretación del acto jurídico, se favorecerá ante la duda, una interpretación que proteja al trabajador o que lo favorezca. (pág. 29)

Entonces, si se advirtiera la existencia de una cláusula que contiene un PPL con diversos sentidos, se debe optar por el que más favorezca a la parte que no redactó ni insertó los términos de la cláusula, como las condiciones o el plazo de la permanencia laboral a la que se obliga el trabajador.

Finalmente, debemos mencionar que existen autores nacionales que entienden que es el empleador quien redacta las cláusulas contractuales del contrato de trabajo. Por tal motivo, no sorprende que Sánchez Zapata (2016) señale que: «Por obvias razones, las estipulaciones que contenga el convenio serán, usualmente, dictadas por el empleador en la medida en que sea este quien asuma los gastos de formación o capacitación que se otorgue al trabajador, [...]» (pág. 32)

1.2.5. Posibilidad de revisión judicial del contrato de trabajo que incluya un pacto de permanencia en el empleo.

Finalmente, para efectos del presente trabajo, consideramos indispensable considerar que el PPL usualmente está contenido en una cláusula contractual, la cual puede ser sometida a revisión judicial. En consecuencia, debemos mencionar que la obligatoriedad de los contratos en general en el Perú se fundamenta en la locución latina *pacta sunt servanda*. Así, sobre este principio, Soto (2012) señala que:

El artículo 1361 del Código Civil peruano establece que: “Los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la voluntad común de las partes y quien niegue esa coincidencia debe probarla”. En esta norma encontramos positivizado el principio de la obligatoriedad del contrato o *pacta sunt servanda*, conforme al cual los contratos obligan a las partes contratantes y, por lo tanto, los pactos deben cumplirse. Este principio es consustancial al origen del derecho contractual, lo cual hace que no se cuestione su presencia. (pág. 201)

Así, seguimos la línea de pensamiento de Soto (2012) que señala que en virtud del principio *pacta sunt servanda* los contratos válidamente celebrados no pueden ser revisados por terceros, lo cual dota de seguridad jurídica a la contratación:

Una consecuencia del *pacta sunt servanda* es la intangibilidad o irrevocabilidad del contrato. Que el contrato sea intangible significa que una vez celebrado válidamente no podrá ser modificado o dejado sin efecto. La única forma de privar de efectos jurídicos al contrato será por un nuevo acuerdo, por la vía de la novación, la compensación (voluntaria), la condonación o el mutuo disenso. En este sentido, un contrato válidamente celebrado y no sujeto a ningún vicio de voluntad o defecto extrínseco no puede ser alterado por un tercero o, unilateralmente, por una de las partes, tampoco por el juez o por el legislador. (pág. 205)

Si consideramos que el PPL es una cláusula que puede encontrarse en el contrato de trabajo, sería posible invocar dicho fundamento para exigir las obligaciones a cargo del trabajador (permanencia en el empleo) y del empleador (beneficio directo

en el trabajador, como sufragar los costos de una especialización). Si bien dicha obligatoriedad en los contratos se encuentra consagrada en el artículo 62 de la Constitución Política del Perú, debemos mencionar el otro principio que opera como excepción, denominado *rebus sic stantibus*. Tal principio significa:

Locución latina usada en el Derecho Romano, que significa que se cumplirá un contrato sólo si la situación sigue igual. En el Derecho Internacional, se dice que sólo pueden dejar de cumplirse los tratados internacionales por cambios radicales, que lo convierten en uno de imposible ejecución. (Poder Judicial del Perú, 2007)

En ese sentido, la cláusula *rebus sic stantibus* permitiría la revisión judicial de los contratos en general (como el de trabajo). Así, Soto (2012) afirma que:

Un importante sector de la doctrina considera que el fundamento por el cual debe revisarse el contrato se debe a la existencia de la cláusula implícita o tácita *rebus sic stantibus*. Según esta cláusula, el cumplimiento de los contratos queda subordinado al mantenimiento del estado de las cosas existentes al momento de la celebración del contrato. (pág. 215)

En consecuencia, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto diferentes figuras jurídicas que permiten la revisión judicial de un contrato. Así, Soto (2012) señala:

Teniendo en cuenta que el contrato es un acuerdo de dos o más partes, y que, sobre la base de la autonomía privada, los contratantes tienen libertad para determinar el contenido de sus contratos, incorporando los términos, cláusulas y condiciones que mejor convengan a sus intereses, no queda la menor duda que ellas —las partes— pueden prever la revisión de sus propios contratos cuando se presenten situaciones que alteren las circunstancias contractuales (por ejemplo: incremento de precios, escasez de productos, imposibilidad de ejecutar la prestación, etcétera). Por lo tanto, resulta contraproducente decir que el contrato se puede revisar y modificar por un tercero que no ha intervenido en su celebración, ya que ello conllevaría a una falta de respeto al *pacta sunt servanda*, a la intangibilidad de los pactos y, desde luego, a la libertad contractual. Sin embargo, existen figuras jurídicas que permiten la revisión de los contratos por un tercero —juez, árbitro o legislador—, en determinadas situaciones. Estas figuras son: a) Lesión. b) Excesiva onerosidad de la prestación. c) Frustración

del fin del contrato. d) Cláusula penal excesiva. e) Cláusulas abusivas en los contratos predispuestos. (pág. 206)

Sin perjuicio de haber desarrollado en el presente trabajo de investigación cuál de las figuras antes citadas es aplicable como remedio ante un PPL contrario a derecho, cabe destacar que Soto (2012) sostiene que no en todo contrato podría aplicarse la revisión judicial al amparo de la cláusula *rebus sin stantibus* cuando señala que:

Coincido con ambos autores y considero que la cláusula *rebus sic stantibus* es peligrosa si se aplica sin más miramientos que un cambio en el estado o las circunstancias del contrato. Más aún, todo en la vida cambia, y en el tráfico patrimonial, en los negocios, las circunstancias siempre variarán. (pág. 215)

Por ello, podemos concluir que en todo contrato de trabajo que incluya un PPL siempre existirá la posibilidad jurídica de revisión judicial al amparo de la cláusula *rebus sin stantibus*, pues exigirle al trabajador la permanencia en el empleo cuando se han alterado las circunstancias que le motivaron a celebrarlo vulneraría sus derechos.

1.2.6. Una aproximación al concepto de pacto de permanencia en el Perú

En nuestra doctrina nacional, advertimos que el PPL se entiende como una sujeción del contrato de trabajo a un plazo que resultaría forzoso para el trabajador, por lo que habría una obligación adicional y restringe su derecho a decidir si trabaja y para quien (Pizarro Díaz, La inversión en la capacitación de los trabajadores y los acuerdos de permanencia en el empleo, 2012).

Por el contrario, nuestro punto de vista respecto al pacto de permanencia es que ni se relaciona ni vulnera la libertad de trabajo, así como tampoco agrega ninguna obligación adicional, si no que establece una consecuencia jurídica determinada en caso el trabajador extinga la relación laboral a pesar de haber establecido previamente una prestación determinada en el tiempo (Neves Mujica, 2004).

Podemos afirmar el PPL es aceptado dentro de los juristas en derecho laboral. Un ejemplo de ello es la siguiente cita textual que realiza Mejía Madrid (2002) a propósito del PPL como un límite razonable a la libertad de trabajo:

[...] el trabajador ejerce su libertad al trabajo al decidir la extinción de su relación laboral sin que tenga la necesidad de invocar algún motivo que la justifique. No obstante, el ejercicio de dicha libertad puede sufrir ciertas limitaciones que resulten razonables como son aquellas derivadas de la exigencia de aviso previo (artículo 18 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral) y el acuerdo de permanencia que puede haberse suscrito con el empleador [...] (pág. 235)

En conclusión, nuestro punto de vista sigue la línea de pensamiento de doctrina nacional autorizada, la cual sostiene que la contraprestación que reciba el trabajador –a propósito de la celebración del pacto de permanencia en el empleo– debe significar un beneficio para éste, ello a fin de que dicha cláusula no sea inválida (Toyama Miyagusuku, 2012, pág. 457).

1.3. Definición de términos básicos

Situación jurídica subjetiva: Para Morales (2011): “son las posiciones ideales que ocupan los sujetos luego de la ocurrencia del hecho jurídico. [...] es el producto de la calificación jurídica de un interés.” (pág. 129)

Relación jurídica: Según Morales (2011): “es el vínculo o la síntesis de situaciones jurídicas subjetivas.” (pág. 130)

Hecho: De acuerdo con Morales (2011): “es jurídico siempre y cuando la norma jurídica haya regulado previa e hipotéticamente ese hecho.” (pág. 57)

Hecho jurídico: Para Morales (2011): “pueden ser naturales o humanos, pero la misma norma jurídica no valora el querer y el conocer del comportamiento mismo. Ella sólo valora el solo acaecimiento.” (pág. 57)

Acto jurídico: Según Morales (2011): “es un acto de voluntad en el comportamiento. El sujeto quiere y conoce su comportamiento y la norma jurídica valora eso. Esa voluntad de comportamiento es considerada por la norma jurídica para la producción de los efectos jurídicos.” (pág. 57)

Negocio jurídico: también denominado, acto de autonomía privada. De acuerdo con Morales (2011): “es un poder privado de crear reglas productoras de efectos jurídicos. Los autores crear un reglamento de intereses o un programa de funcionamiento. La norma jurídica valora el reglamento o el programa creado por los privados quienes tienen capacidad normativa de producir efectos jurídicos. (pág. 57)

Libertad para contratar: Es un derecho constitucional regulado en el inciso 14 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú, que señala que «toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público». Ahora bien, este derecho se desarrolla en el artículo 62 del propio texto constitucional, conforme se observa a continuación:

La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato. Los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase. Los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley. (...)

En consecuencia, este derecho a la libre contratación ha sido conceptualizado por el Tribunal Constitucional (2015) de la siguiente manera:

52. El Tribunal Constitucional ha sostenido que el derecho a la libre contratación garantiza la facultad para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, a través del acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas. Igualmente, ha expresado que tal vínculo -fruto de la concertación de voluntades- debe estar referido a bienes o intereses que posean apreciación económica, y que este resulta válido siempre que tenga un fin lícito y que

no contravenga las leyes de orden público [SSTC 7339-2006-PA-TC, fundamento 47 y 02175-2011-PA-TC, fundamento 47]. (Caso Ley de Protección a la Economía Familiar)

En efecto, este derecho a la libre contratación supone una garantía a la facultad de los sujetos de derecho para constituir relaciones patrimoniales (económicas) lícitas, sin contravenir el orden público.

Por último, debemos señalar que el propio TC ha manifestado que el fundamento jurídico del derecho a la libre contratación es el principio de la autonomía privada, la cual supone una libertad de contratar (con quién, cuándo y dónde se desea contratar) y una libertad contractual (regular los términos de la relación patrimonial). En efecto, el Tribunal Constitucional (2015) ha señalado que:

53. En reiterada jurisprudencia [STC 00026-2008-PI-TC y STC 00028-2008-PI-TC (acumulados), fundamento 52, y STC 2185-2002-AA-TC, fundamento 2] el Tribunal ha establecido que el derecho a la libre contratación se fundamenta en el clásico principio de autonomía privada, el que, a su vez, dota al referido derecho de un doble contenido:

a. Libertad de contratar, también llamada libertad de conclusión, que es la facultad de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; y

b. Libertad contractual -que forma parte de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución (cf. STC 01405-2010-PA-TC, fundamento 12)-, también conocida como libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir, de común acuerdo, el contenido del contrato. (Caso Ley de Protección a la Economía Familiar)

Convención: Representa el género con relación a las otras dos categorías jurídicas siguientes. Para Arias-Schreiber (2006): “abarca un campo de acción muy amplio y se extiende a la creación, modificación, regulación y extinción de cualquier relación jurídica incluyendo los convenios de Derecho Internacional Público.” (pág. 68)

Contrato: Por concepto, esta categoría es el ejemplo del negocio jurídico por excelencia. Según Arias-Schreiber (2006): “el carácter patrimonial de la relación jurídica que origina”. (pág. 68)

Pacto: Podríamos afirmar que esta categoría jurídica está constituida por los acuerdos (principales y accesorios) que conforman al contrato. Según Arias-Schreiber (2006): “supone una noción más restringida que el contrato y es accesorio o secundario a éste: la retroventa es, en ese sentido, un pacto propio del contrato de compraventa y puede ser separado de ésta, sin suprimirla”. (pág. 69)

Inexistencia: también conocido como acto irrelevante. Para Morales (2011): “es la situación de ausencia de un contrato entendido éste como medio de regulación privada de intereses o de programación de intereses privados.” (pág. 329)

Ineficacia: De acuerdo con Morales (2011) hay: “validez de los actos de autonomía privada pero por hechos sucesivos a la celebración del contrato o por la ausencia de otros requisitos establecidos legalmente, el acto de autonomía privada se convierte en ineficaz sucesivamente con o sin retroactividad.” (pág. 309)

Definición, objeto y finalidad del derecho de trabajo: Debemos precisar que somos de la opinión de Cabanellas, citado por Dávalos (2016), quien afirma lo siguiente:

[...] para fijar una definición del derecho del trabajo, se deben tomar en cuenta distintos aspectos, como la naturaleza jurídica, la autonomía, los sujetos y el objeto. Del análisis de estos elementos derivará una definición acorde con el contenido de la disciplina, por lo que este estudio se impone antes de establecer dicha definición. (pág. 46)

Por tal motivo, para poder esbozar una definición, debemos responder la siguiente pregunta: ‘¿qué regula el derecho de trabajo?’. Para tal efecto, seguimos la línea de pensamiento que considera el profesor Neves (2004), quien sostiene que el objeto de esta rama del derecho es el: «trabajo humano, productivo, por cuenta ajena, libre y subordinado.» (pág. 15)

En cuanto a la finalidad de objeto de trabajo, nos remitimos al jurista mexicano Mario de la Cueva, citado por Dávalos (2016), quien sostiene que la finalidad de esta rama es la 'justicia social'. De ahí que compartamos –para efectos de la presente investigación– la siguiente definición de derecho de trabajo sostenida por tal autor: «El nuevo derecho es la norma que se propone realizar la justicia social en el equilibrio de las relaciones entre trabajo y el capital.» (pág. 47)

Finalmente, debemos precisar que nosotros entendemos de dicha definición que el objeto de estudio de esta rama del derecho son las diversas relaciones jurídicas que se producen entre el 'trabajo' y 'capital' en relación de subordinación entre los sujetos que conforman tales relaciones, independientemente de la personería jurídica de la figura del 'empleador'.

CAPÍTULO II: METODOLOGÍA DE LA INVESTIGACIÓN

2.1. Diseño metodológico

2.1.1. Tipo

El presente trabajo de investigación se asemeja a un **enfoque cualitativo**, pues nuestro objeto de estudio es de carácter local y limitado. Para mejor explicación, nos remitimos a las siguientes palabras de Ríos (2017): “Es una investigación pura o fundamental; trabajada en el laboratorio o gabinete; explora nuevas teorías y transforma las ya existentes; e investiga principios y leyes actuales. Un ejemplo puede ser *La dignidad humana: principio o derecho fundamental.*” (pág. 99)

2.1.2. Nivel

El presente trabajo de investigación es, principalmente, de nivel **exploratorio** pues se pretende una primera aproximación científica a un problema que no ha sido estudiado suficientemente, como lo es el pacto de permanencia; y, accesoriamente, de nivel **documental** en tanto que este trabajo se ha basado en la reunión de documentación preexistente (como leyes y artículos jurídicos) que fue seleccionada que ha sido analizada a fin de alcanzar una aproximación a un conocimiento nuevo (Ríos Patio, 2017, págs. 102-103).

2.1.3. Método

En el presente trabajo se ha usado el método **lógico deductivo**, en tanto que se ha verificado la conveniencia de regular el pacto de permanencia laboral sobre la base de la aplicación de disposiciones normativas (de carácter legislativo, por ejemplo) y de principios jurídicos (como los principios que inspiran el derecho privado y el derecho laboral). En palabras de Ríos (2017): “Este método aplica los principios jurídicos a casos particulares, a partir de un enlace de juicios.” (pág. 104)

2.1.4. Diseño

El presente trabajo de investigación tiene un diseño **no experimental**, en tanto que –debido a la complejidad y profundidad de este trabajo– no se recurre a variables, por lo que no se realiza ningún tipo de manipulación deliberada de variables. (Ríos Patio, 2017, pág. 105)

2.1.5. Técnica de recolección de datos

El presente trabajo de investigación ha usado la **técnica de fichaje**. Así, se ha usado tres tipos de fichaje: 1) bibliográficas; 2) textuales; y, 3) de resumen. La primera persigue la finalidad de registrar las fuentes doctrinarias que puedan consultarse (como revistas, libros o textos legales). Por su parte, la segunda y la tercera persigue con finalidad el almacenamiento de conceptos jurídicos de las instituciones jurídicas relacionadas al tema de investigación, ya sea que nos enfoquemos en la transcripción literal o una síntesis de las premisas principales, para lo cual se deja a criterio del autor del presente trabajo de investigación la oportunidad y pertinencia de usar cada una de ellas.

2.1.6. Técnica de procesamiento de datos

En el presente trabajo de investigación se ha usado la técnica de procesamiento de datos conocida como el **analítico** (también denominado en la práctica como *análisis documentario*), para lo cual nos hemos valido de hojas de registro de datos de

legislación y jurisprudencia sobre el pacto de permanencia laboral, así como la doctrina sobre la materia.

2.2. Procedimiento de muestreo

2.2.1. Procedimiento para seleccionar el ámbito y sujetos de estudio

- 1° paso: para plantear el problema se describió la realidad problemática, su regulación y las posturas doctrinarias en torno al PPL y se resaltó el nuevo conocimiento para la justificación del presente trabajo de investigación.
- 2° paso: se recolectó la información para elaborar los subcapítulos que constituyen el marco teórico y resultados del presente trabajo de investigación.
- 3° paso: se eligió el fichaje como técnica de recolección de datos (para el registro de fuentes doctrinarias) y el análisis documental como técnica de procesamiento de datos (de legislación y jurisprudencia) a fin de obtener resultados.
- 4° paso: se estudió la legislación, doctrina y jurisprudencia relacionada al PPL.
- 5° paso: se presentó los resultados a manera de capítulos independientes para un mejor desarrollo.
- 6° paso: se discutió los resultados obtenidos por cada subcapítulo y unidades por la que están conformados.
- 7° paso: se infirieron las conclusiones, distintas de los resultados obtenidos.
- 8° paso: se elaboraron recomendaciones.

2.2.2. Criterio para seleccionar el ámbito de estudio y sujetos de estudio

El criterio para seleccionar al derecho civil y laboral como ámbito de estudio es que ésta constituye una rama del derecho privado que puede proveer soluciones al problema planteado.

El criterio para seleccionar a los sujetos de estudio o población (la cual se conforma por la doctrina, legislación y jurisprudencia sobre el pacto de permanencia) es de inclusión, pues cada documento seleccionado (individuo o unidad de información) ha sido relevante para alcanzar los objetivos en torno al pacto de permanencia o a para delimitar las teorías que constituyen el marco teórico aplicable, lo cual ha permitido alcanzar los objetivos del presente trabajo de investigación.

2.3. Aspectos éticos

Dado que el presente trabajo de investigación respeta las normas nacionales de derecho de autor (decreto legislativo n.º 822), así como las normas internacionales (decisión n.º 351, Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos) para evitar el plagio.

CAPÍTULO III: RESULTADOS

3.1 Alcances generales de la relevancia jurídica de la permanencia en el empleo

3.1.1 Los orígenes normativos del pacto de permanencia laboral en España

Los resultados del presente numeral nos permiten concluir que no ha existido una variación sustancial del contenido de un PPL que regula el ET. No obstante, sí existen variaciones sustanciales en los reales decretos que regulan las situaciones jurídicas de trabajadores específicos: *(i)* En el personal de dirección, se omite la forma *ad solemnitatem* por escrito; *(ii)* En los trabajadores abogados, se amplía 'formación' a la 'especialización profesional' (lo que amplía el ámbito de aplicación), además de que ya se puede celebrar dicho PPL en documento aparte; y *(iii)* En el personal civil no funcionario en establecimientos militares, el plazo máximo de permanencia laboral es de 3 años, no 2.

3.1.1.1 Estatuto de los Trabajadores

El primer antecedente normativo del PPL es bien referenciado por García Viña (2000) a continuación:

El artículo 21.4 del Estatuto de los Trabajadores regula un mecanismo de sujeción del trabajador a la empresa, cuya finalidad no es tanto la protección de la clientela del empresario, como la protección y rendimiento de las inversiones empresariales, aun

cuando, indirectamente, puede coadyuvar al primero de los fines. Este precepto constituyó una novedad normativa en el año 1980, ya que, si bien la jurisprudencia 10 había puesto en práctica, sobre todo con relación a la prohibición de concurrencia desleal. No fue hasta la promulgación de esta norma laboral cuando se positivizó". Son los denominados pactos de permanencia en la empresa. (pág. 640)

En efecto, con fecha 14 de marzo de 1980, se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE) español la ley n.º 8/1980 (de fecha 10 de marzo de 1980). Esta ley promulgó el Estatuto de los Trabajadores. Este cuerpo normativo recogería el primer antecedente que hemos encontrado sobre el PPL, en su artículo 21 –numeral 4– regulaba el siguiente texto:

Artículo veintiuno.—Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa.

Uno. No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan.

Dos. El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, sólo será válido si concurren los requisitos siguientes: a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello, y b) Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada.

Tres. En el supuesto de compensación económica por la plena dedicación, el trabajador podrá rescindir el acuerdo y recuperar su libertad de trabajo en otro empleo, comunicándolo por escrito al empresario con un preaviso de treinta días, perdiéndose en este caso la compensación económica u otros derechos vinculados a la plena dedicación.

Cuatro. Cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. El acuerdo no será de duración superior a dos años y se formalizará siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios.

Ilustración 4: Artículo 21 de la ley n.º 8/1980

3.1.1.2 Real decreto que regula el trabajo del personal civil no funcionario en los establecimientos militares

El 18 de octubre de 1980, se publicó el real decreto n.º 2205/1980 (promulgado el 13 de junio de 1980), que regula el trabajo del personal civil no funcionario en los establecimientos militares. El artículo 20 de dicho cuerpo normativo contiene el siguiente texto:

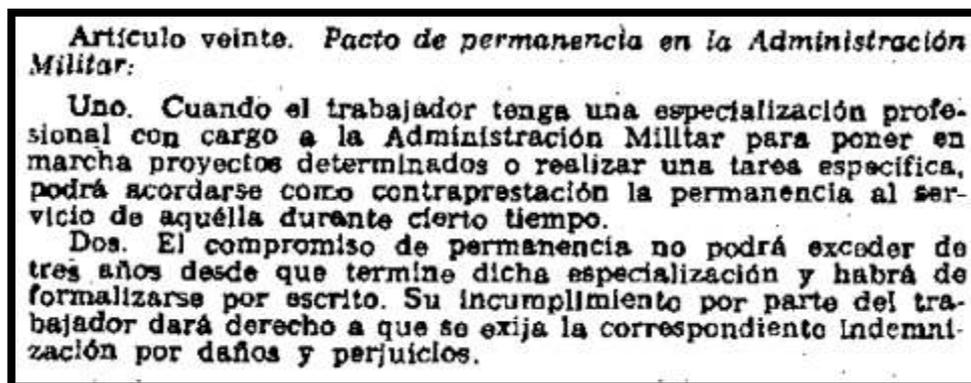


Ilustración 5: Artículo 20 del real decreto 2205/1980

Lo que más llama la atención de esta disposición normativa es su forma de redacción. Es muy similar al artículo 21 del ET, salvo dos diferencias notorias. La primera es el plazo máximo de permanencia en el empleo: tres años a diferencia de los dos años del ET. La segunda es el cómputo del plazo de permanencia laboral: necesariamente después de que el trabajador perciba el beneficio ('especialización profesional'). Definitivamente, estamos ante el único antecedente normativo en España que regula y permite una permanencia laboral superior al plazo usual de dos años.

3.1.1.3 Real decreto que regula la relación laboral del personal de alta dirección

El 12 de agosto de 1985, se publicó el real decreto n.º 1382/1985 (promulgado el 1 de agosto de 1985), que regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. En el artículo 8 –numeral 2– de dicho cuerpo normativo se regula lo siguiente:

Art. 8.º Pacto de no concurrencia y de permanencia en la Empresa.

Uno.-El trabajador de alta dirección no podrá celebrar otros contratos de trabajo con otras Empresas, salvo autorización del empresario o pacto escrito en contrario. La autorización del empresario se presume cuando la vinculación a otra Entidad fuese pública y no se hubiese hecho exclusión de ella en el contrato especial de trabajo.

Dos.-Cuando el alto directivo haya recibido una especialización profesional con cargo a la Empresa durante un periodo de duración determinada, podrá pactarse que el empresario tenga derecho a una indemnización por daños y perjuicios si aquél abandona el trabajo antes del termino fijado.

Tres.-El pacto de no concurrencia para después de extinguido el contrato especial de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años, sólo será válido si concurren los requisitos siguientes:

- a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello.
- b) Que se satisfaga al alto directivo una compensación económica adecuada.

Ilustración 6: Artículo 8 del real decreto 1382/1985

Nos llama la atención el hecho de que cinco años antes aproximadamente ya se había publicado el ET que regulaba el PPL y el real decreto que regula el trabajo del personal civil no funcionario en establecimientos militares. No obstante, el texto recogido para las relaciones laborales del personal de dirección no tiene la misma redacción. Es más, si tomáramos una interpretación literal de dicho numeral 2, podríamos advertir que el PPL español no reguló ni una forma escrita ni un plazo máximo para el PPL, como sí lo hizo en el pacto de dedicación exclusiva o de no concurrencia respectivamente.

Por tal motivo, Rubio de Medina (2005) destaca la ausencia de la forma escrita del PPL con personal de alta dirección, aunque sí enfatiza la necesidad de dicha formalidad *ad solemnitatem*, como se ve a continuación:

Como ya se ha mencionado anteriormente, la cuestión que se plantea en el contrato de directivos es si el pacto de permanencia debe de pactarse por escrito o no como quiera que el art. 4.2.e) RDPAD establece que el contrato deberá contener como mínimo las demás cláusulas que se exijan en este Real Decreto; si consideramos el pacto como una cláusula añadida al contrato, aunque se acuerde con posterioridad, habrá que establecerlo por escrito. (pág. 25)

¿Acaso el PL español consideró que el plazo de permanencia laboral puede ser sólo mayor a dos años sólo para los casos del personal de alta dirección? Eso explicaría por qué sólo en este caso se regula un aspecto diferente a los trabajadores sometidos al ámbito de aplicación del ET.

3.1.1.4 Primer texto refundido de los Estatutos de los Trabajadores

Posteriormente, el 29 de marzo de 1995, se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE) español el real decreto legislativo n.º 1/1995 (promulgado el 24 de marzo de 1995). Este real decreto aprobó el primer Texto Refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores.

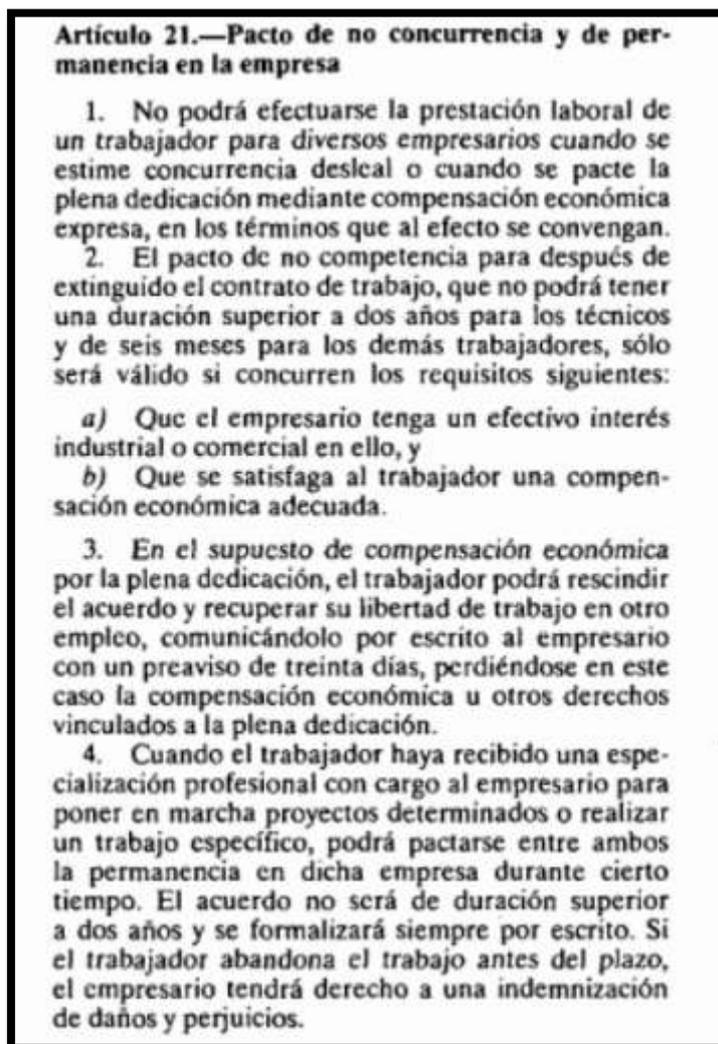


Ilustración 7: Artículo 21 del primer Texto Refundido de la Ley del ET

Lamentablemente, el nuevo texto del artículo 21 –numeral 4– del primer Texto Refundido de la Ley de ET no cambió ni una sola palabra del texto original de 1980, con relación al PPL.

3.1.1.5 Real decreto que regula la relación laboral de carácter especial de los abogados

Posteriormente, con fecha 18 de noviembre de 2006, se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE) español el real decreto n.º 1331/2006 (promulgado el 17 de noviembre de 2006). Así, se aprobó el real decreto que regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos.

Artículo 11. *El pacto de permanencia.*

1. Las partes de la relación laboral que se regula en este real decreto podrán establecer el pacto de permanencia a que se refiere el apartado 4 del artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores y en consecuencia pactar que los abogados deban permanecer en los despachos durante un cierto tiempo, cuando aquéllos hubieran recibido, con cargo a los mismos, una formación o especialización profesional durante un cierto tiempo y un determinado coste, en los términos que se establezcan en los convenios colectivos o en el contrato de trabajo.

2. El pacto de permanencia no podrá tener una duración superior a dos años, se formalizará siempre por escrito y sólo será válido cuando concurren los requisitos que se establezcan en el convenio colectivo o en su caso, en el contrato de trabajo.

3. Si el abogado abandona el despacho antes de terminar el plazo pactado de permanencia, el despacho tendrá derecho a la indemnización de daños y perjuicios que se hubiera pactado en el convenio colectivo o en el contrato de trabajo, que en ningún caso podrá ser superior a los gastos que hubiera soportado el despacho como consecuencia de la formación o especialización.

Ilustración 8: Artículo 11 del real decreto 1331/2006

En este caso, hay varios aspectos que resaltan a primera vista. Primero, el PPL es regulado exclusivamente en un solo artículo, a diferencia del ET, su texto refundido el real decreto para la relación laboral del personal de dirección. Para nosotros, resulta de suma importancia que al PPL se le dé un tratamiento individualizado, puesto que, en casos anteriores, estaba siempre regulado junto a otros pactos, como el de no competencia. Aunque sólo parezca que es técnica legislativa, sí demuestra un interés diferente del PL español en cuanto al PPL.

Lo segundo que debemos resaltar es el motivo de este real decreto ¿Por qué sólo para abogados? Llama la atención que exista una regulación específica del PPL para el caso de los abogados trabajadores, como ocurrió con el caso del personal de alta dirección. Si bien tal personal podría ameritar un tratamiento especial en razón a sus propias particularidades (precisamente, por ser personal de confianza y de dirección), no vemos motivo razonable para que una sola profesión tenga esta especial regulación.

Sin embargo, que critiquemos el hecho de que este real decreto se haya promulgado sólo para los trabajadores abogados no significa que el contenido esté errado. Por el contrario, creemos que aborda un mejor contenido que sus antecedentes.

Lo tercero es la ampliación de la causa del PPL. En los textos anteriores, sólo se podía firmar el PPL ante una 'especialización profesional'. En este real decreto, el PPL puede ser firmado cuando la causa es la 'formación' o la 'especialización profesional'. Para nosotros, este avance es importantísimo, pues permite incluir mayores cursos que incrementen el valor profesional o técnico de un abogado. Por ejemplo, anteriormente, los tribunales españoles entendían que la especialización profesional debe contener un coste extraordinario para el empleador, como el de una maestría. Si a esto le agregamos la 'formación', podemos incluir el mejoramiento de otras capacidades de los abogados diferentes a una maestría, como el de un idioma o conocimientos de informática.

Cuarto, y quizá la mención más importante. Los términos de un PPL ya no sólo podrán nacer de un contrato de trabajo o documento aparte. A partir de este real

decreto para abogados, el PPL también puede tener como fuente el convenio colectivo. Si bien no es una innovación revolucionaria, sí es una precisión de mucha utilidad, pues colabora a un mejor entendimiento de las fuentes del derecho de trabajo para una mejor resolución de conflictos judiciales. Es más, se colige de dicho real decreto que el propio convenio colectivo puede crear requisitos mayores para la celebración de un PPL, como por ejemplo que no sólo sea por escrito, sino también mediante firma legalizada.

Por último, y quizá el único aspecto ‘flojo’ de este real decreto para abogados con relación al PPL es en cuanto al límite de la indemnización. Se establece que en caso de incumplimiento del PPL, el empleador podrá reclamar una indemnización (o establecer una penalidad) que ‘en ningún caso podrá ser superior a los gastos que hubiera soportado el despacho como consecuencia de la formación o especialización’.

Es importante resaltar que los gastos ‘como consecuencia’ de una formación o especialización asumida por el estudio de abogados permite incluir gastos de alojamiento, traslado o viáticos durante la formación/especialización. No obstante, la indemnización sólo se limita a devolver todo lo que económicamente invirtió el empleador, por lo que la indemnización sólo se ve desde una perspectiva netamente económica. El hecho de no haber estado a la altura de la expectativa profesional del empleador o, incluso, traicionado la confianza del mismo son aspectos que quedan excluidos legalmente de plano para una posible indemnización.

3.1.1.6 Segundo texto refundido de los Estatutos de los Trabajadores (vigente)

Finalmente, con fecha 24 de octubre de 2015, se publicó en el Boletín Oficial del Estado (BOE) español el real decreto legislativo n.º 2/2015 (promulgado el 23 de octubre de 2015). Este cuerpo normativo aprobó el segundo Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Artículo 21. Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa.

1. No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan.

2. El pacto de no competencia para después de extinguido el contrato de trabajo, que no podrá tener una duración superior a dos años para los técnicos y de seis meses para los demás trabajadores, solo será válido si concurren los requisitos siguientes:

- a) Que el empresario tenga un efectivo interés industrial o comercial en ello.
- b) Que se satisfaga al trabajador una compensación económica adecuada.

3. En el supuesto de compensación económica por la plena dedicación, el trabajador podrá rescindir el acuerdo y recuperar su libertad de trabajo en otro empleo, comunicándolo por escrito al empresario con un preaviso de treinta días, perdiéndose en este caso la compensación económica u otros derechos vinculados a la plena dedicación.

4. Cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. El acuerdo no será de duración superior a dos años y se formalizará siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios.

Ilustración 9: Artículo 21 del segundo Texto Refundido de la Ley del ET

Lamentablemente, aquí sucedió lo mismo que pasó entre el ET y el primer texto refundido. El nuevo texto del artículo 21 –numeral 4– del segundo Texto Refundido de la Ley de ET no cambió ni una sola palabra del primer texto refundido. En tal sentido, –con relación al PPL– hasta el día de hoy se mantiene los términos originales del ET publicado en 1980; a pesar de que ya había un antecedente con el real decreto n.º 1331/2006 (que regula la relación laboral de carácter especial de los abogados que prestan servicios en despachos de abogados) con un contenido más amplio y mejor técnica legislativa.

3.1.2 El pacto de permanencia como institución extranjera importada al Perú directamente

3.1.2.1 Llegada y difusión en el sector público

Debemos resaltar que hemos encontrado diversos autores que han señalado que no existiría ningún tipo de disposición normativa que regule o trate el PPL en el Perú. Así, por ejemplo, Sánchez Zapata (2016) resalta lo siguiente con relación a los PPL y los convenios en los que se pueden implementar:

Entender que su naturaleza resulta un poco ambiguo, más aun tomando en cuenta que en nuestra legislación laboral nacional no existe ningún tipo de normativa que

precise o regule su utilización en el mercado laboral. Sin embargo, entender la aparición de esta clase de convenios y pactos no resultaría un ejercicio tan difícil de entender, [...] (pág. 27)

Otro autor nacional que indica la inexistencia de disposiciones normativas sobre el PPL es Chávez Núñez (2012) que manifiesta lo siguiente: «Los pactos de permanencia y las penalidades frente a su incumplimiento, actualmente, no tienen desarrollo normativo en el ámbito nacional; es decir, no existe norma laboral que los regule.» (pág. C4) En este punto, debemos precisar que la existencia de una disposición normativa que regule específica y especialmente las penalidades aplicables a un PPL no es necesaria. Nótese que las disposiciones normativas del CC son aplicable supletoriamente a todo incumplimiento de una obligación (ya sea civil, laboral u otro).

No obstante, también hemos encontrado autores nacionales que han advertido la existencia de indicios regulatorios del PPL. Por ejemplo, Pizarro Díaz (2006) advierte lo siguiente:

Ante el vacío legal existente, se admite como una práctica generalizada que la limitación a la libertad de trabajo establecida por el pacto de permanencia es proporcional y razonable, y por ende válida, cuando se origina en una especial capacitación recibida por el trabajador por cuenta del empleador. Lo anterior tiene inclusive reconocimiento legal para los trabajadores del régimen laboral público. Así, el artículo 113° del Decreto Supremo N° 005-90-PCM, Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, establece que los servidores públicos sólo podrán recibir licencias por capacitación oficializada cuando cumplan, entre otros requisitos, con suscribir un compromiso de servir a la entidad por un tiempo equivalente al doble de la licencia, contado a partir de su reincorporación. (págs. 138-139)

En efecto, como bien señala la autora precitada, el artículo 113 del Reglamento de la Ley de Carrera Administrativa (aprobado mediante decreto supremo n.º 005-90-PCM, de fecha 15 de enero de 1990) regulaba lo siguiente:

Artículo 113.- La licencia por capacitación oficializada, en el país o el extranjero, se otorga hasta por dos (2) años al servidor de carrera, si se cumplen las condiciones siguientes:

(...)

c) Compromiso de servir a su entidad por el doble del tiempo de licencia, contado a partir de su reincorporación.

(...) (Énfasis agregado)

Sin embargo, posteriormente, el artículo 113 en mención fue derogado por la única disposición complementaria derogatoria del reglamento del decreto legislativo n.º 1025 sobre normas de capacitación y rendimiento para el sector público. Tal reglamento fue aprobado mediante decreto supremo n.º 009-2010-PCM (promulgado el 16 de enero de 2010). Así, con nuevo texto, el inciso f) del artículo 18 de tal reglamento del decreto legislativo n.º 1025 (publicado el 17 de enero de 2010) exigiría lo siguiente:

Artículo 18.- Becarios

Las personas al servicio del Estado podrán postular a becas a ser financiadas por la entidad pública donde presten servicios o a través de SERVIR para cursar alguna maestría siempre que reúnan, al menos, los siguientes requisitos:

[...]

f) Suscribir un pacto de permanencia equivalente a no menos del doble de tiempo que dure la capacitación que reciba.

[...] (Énfasis agregado)

Debemos señalar que la exigencia del doble del tiempo que dura el beneficio ofrecido al trabajador del sector público es una exigencia directa del decreto legislativo n.º 1025, que aprueba las normas de capacitación y rendimiento para el sector público, de 20 de junio de 2008. En efecto, en su artículo 20 se regula todas las obligaciones derivadas de recibir un beneficio por parte del empleador lo siguiente:

Artículo 10.- Régimen de los becarios

El becario debe ser personal al servicio del Estado y haber mantenido dicha condición, por un período no menor a dos años consecutivos, en los términos previstos en las normas reglamentarias.

Son obligaciones del becario:

a) Cursar con éxito y en el plazo previsto, la capacitación para la que haya sido seleccionado. Su centro de trabajo deberá proporcionarle las facilidades necesarias para su cabal aprovechamiento;

b) Reintegrar el monto total del costo de la capacitación, en caso de ser eliminado, desaprobado, despedido, o si incumple las obligaciones que se señalan en esta norma. [...]; y,

c) Permanecer en la entidad de trabajo por un plazo equivalente al doble del tiempo que dure la capacitación que reciba, así como transmitir los conocimientos adquiridos al personal de su institución.

A tal efecto, se celebrará un pacto de permanencia que comprenda una penalidad en caso de incumplimiento de la obligación de permanencia. (Énfasis agregado)

Lo que primero resalta de este decreto legislativo n.º 1025 es que el beneficio ofrecido al trabajador del sector público es denominado 'beca'. Más allá del contenido de dicho término, lo importante es que existe una regulación mínima del PPL en el sector público, como bien señaló Pizarro Díaz (2006). Esto es un aspecto clave para nuestro trabajo de investigación, pues –como se puede ver en el numeral 3.1.2 del presente trabajo de investigación– ha habido interés por regular el PPL a través de anteproyectos y proyectos de la LGT.

Sin embargo, que exista una mención mínima del PPL en el sector público no significa que sea positiva al 100%. Como vimos del reglamento de la ley de carrera administrativa, el decreto legislativo 1025 y su reglamento, se exige un periodo de permanencia mínima equivalente al doble del tiempo.

En la exposición de motivos no las disposiciones normativas precitadas no hemos encontrado una razón que explique por qué se exige el doble de tiempo. Y llama la atención más cuando el referente (el artículo 21 del ET en el derecho español) nunca consideró una permanencia equivalente al doble del tiempo que dura el beneficio al trabajador. Por el contrario, todas las normas que hemos visto hasta ahora consideran que el tiempo mínimo de permanencia debe guardar equivalencia con la duración del beneficio (en este caso, capacitación).

Como se ha desarrollado en el numeral 3.2.2 del presente trabajo de investigación, el PPL constituye un límite extrínseco al derecho constitucional a la libertad de trabajo por sí mismo y con la consideración de que se trate de un tiempo equivalente a lo que dura el beneficio al trabajador (capacitación). Entonces, ¿la exigencia del tiempo de permanencia al doble 'como mínimo' no vulneraría la libertad de trabajo? Es válido concluir que sí, puesto que no existe un 'equilibrio de intereses' propiamente dicho.

Entendemos que el beneficio ofrecido al trabajador del sector público se solventa con el erario nacional, el cual se forma por todos los ingresos públicos que recibe el Estado. No obstante, consideramos que la exigencia de que sea el doble como mínimo puede llevar a situaciones donde la libertad de trabajo de un trabajador se vea prolongado de manera desproporcionada. Por ejemplo, si tomamos como referencia que el tiempo para estudiar una maestría en el Perú es de dos (2) años, el servidor público deberá permanecer hasta por cuatro (4) años –como mínimo– en la entidad.

A continuación, veremos algunos ejemplos de cómo el decreto legislativo 1025 y su reglamento han sido aplicados por algunas entidades del Estado y cómo se ha concebido el PPL.

Un primer ejemplo de cómo se ha regulado el PPL a raíz del decreto legislativo 1025 es la directiva n.º 006-2013-MINEDU/VMGI-OAAE-UCG, “Tramitación de Solicitudes, Ejecución, Seguimiento y Evaluación de la Capacitación del Personal del Ministerio de Educación” (aprobado mediante la Resolución ministerial n.º 0122-2013-ED, de fecha 14 de marzo de 2013).

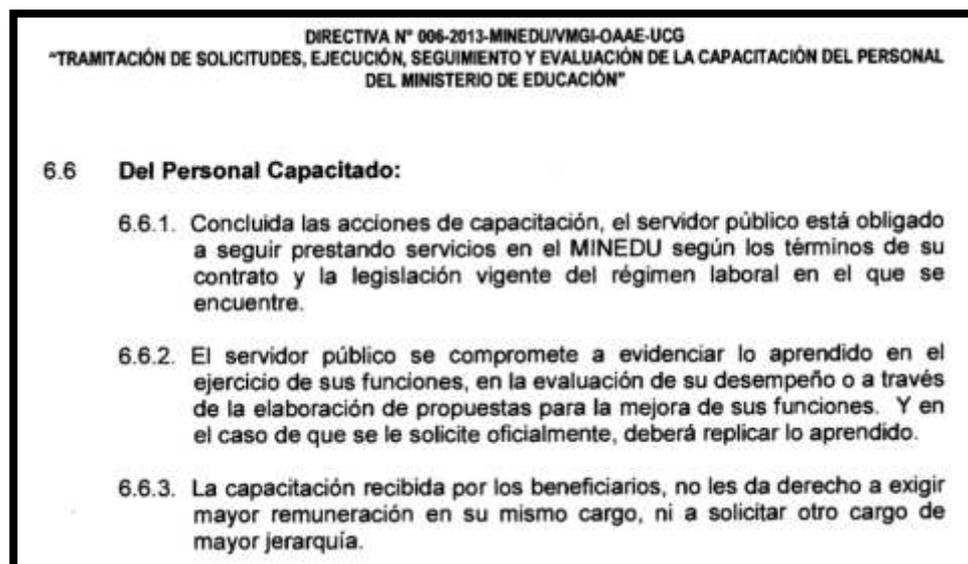


Ilustración 10: Artículo 6.6 de la resolución ministerial n.º 0122-2013-ED

Como vemos del artículo 6.6 de la directiva n.º 006-2013-MINEDU/VMGI-OAAE-UCG (véase la ilustración anterior), los servidores públicos del Ministerio de Educación (Minedu) están obligados a permanecer en la entidad después de que el beneficio ofrecido haya concluido (al término de la capacitación), de conformidad con la ley vigente (en ese momento, el decreto legislativo 1025). A pesar de que no se menciona un tiempo mínimo de referencia, en el anexo 3 de la directiva en mención se indica que el plazo de permanencia laboral será igual al doble del tiempo que duró el beneficio ofrecido (léase, capacitación), conforme vemos a continuación:

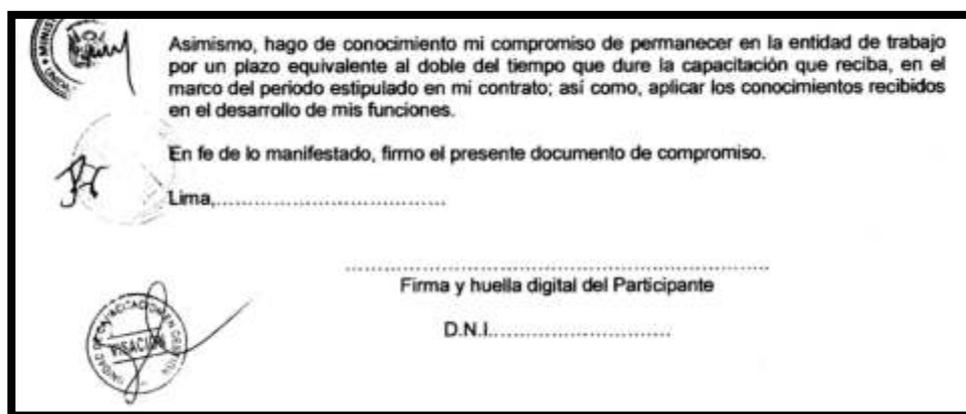


Ilustración 11: Documento de compromiso y pacto de permanencia (anexo 3 de la resolución ministerial n.º 0122-2013-ED)

Por otro lado, un segundo ejemplo de cómo se ha regulado el PPL a raíz del decreto legislativo 1025 es la directiva n.º 004-2013-BNP. En ella se regulan los “Lineamientos para el beneficio de becas nacionales e internacionales otorgadas por el Estado y/o por la cooperación internacional para el personal que labora en la Biblioteca Nacional del Perú” (aprobado mediante la Resolución Directoral Nacional n.º 046-2013-BNP, de fecha 26 de abril de 2013).

Así, el artículo 6.5.1 de tal directiva contiene las obligaciones de los servidores públicos de la Biblioteca Nacional del Perú (BNP), conforme se puede leer a continuación:

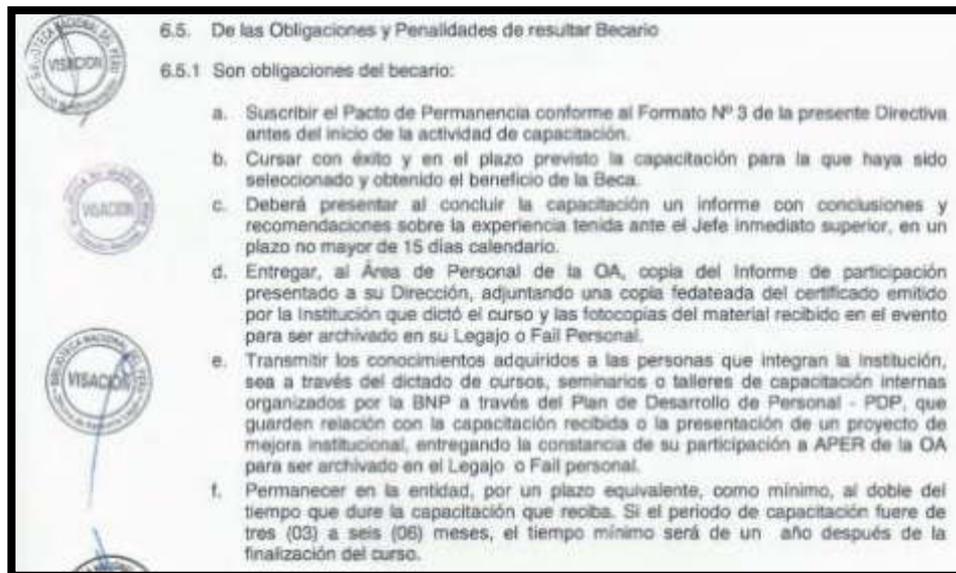


Ilustración 12: Artículo 6.5.2 de la Directiva n.º 004-2013-BNP

Salta a la vista es que el PPL debe celebrarse con anterioridad al otorgamiento del beneficio para el trabajador de la BNP. No obstante, lo más importante es que se mantiene la idea que el servidor público debe permanecer el doble del tiempo que duró el beneficio (capacitación), conforme el decreto legislativo 1025.

Un último aspecto para comentar sobre tal directiva es la penalidad en caso de incumplimiento. En este caso, la penalidad no sólo está compuesto por lo efectivamente gastado por el empleador con relación (directa e indirectamente) al beneficio otorgado al empleador; sino también a las licencias con goce de haber que haya percibido el trabajador con ocasión de la capacitación percibida. Ello se advierte del numeral 6.5.3 de esta directiva que se puede leer a continuación:

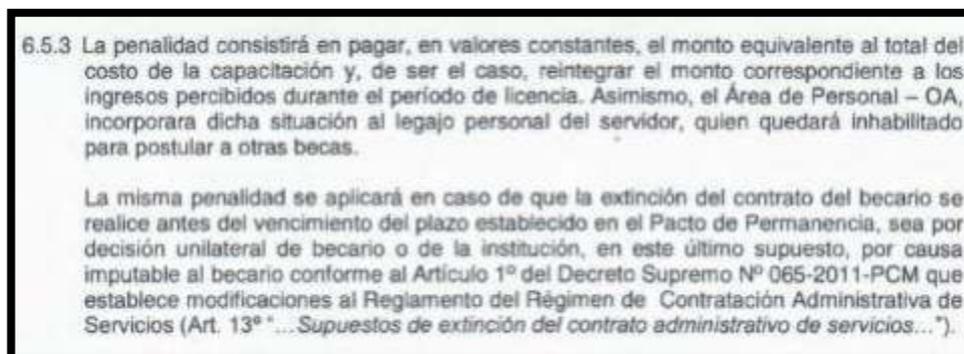


Ilustración 13: Artículo 6.5.3 de la Directiva n.º 004-2013-BNP

Además, el incumplimiento de un PPL se dará no sólo por el ejercicio de la facultad de renuncia al empleo, sino también por ser objeto de un despido disciplinario (por la comisión de una falta grave). Lo regulado por esta directiva del BNP guarda relación con lo desarrollado en el numeral 3.3.1 del presente trabajo de investigación.

Ahora bien, debemos mencionar que el decreto legislativo n.º 1025 quedará derogado por el literal b) de la única disposición complementaria derogatoria de la ley n.º 30057 –‘Ley del Servicio Civil’– (publicada el 4 de julio de 2013 en el diario oficial El Peruano), la misma que entrará en vigencia cuando haya sido implementada.

Cabe mencionar que la ley n.º 30057 no contiene ninguna referencia al PPL. Los términos ‘permanencia’ encontrados aluden a la ‘continuidad’ o ‘estabilidad laboral’ de los servidores públicos. Lo más cercano que puede encontrarse a la permanencia laboral lo encontramos en el artículo 71 donde se refiere a un presupuesto para poder suscribir un negocio jurídico con el Estado (en caso de obtener la buena pro en un concurso público). Así, dicho texto señala lo siguiente:

Artículo 71. Requisito para participar en un concurso público de méritos transversal

Para participar en un concurso público de méritos transversal el servidor civil de carrera **debe cumplir, como mínimo, un tiempo de permanencia de dos (2) años en su puesto**; y contar con, al menos, una calificación de “personal de buen rendimiento” en las evaluaciones de los últimos dos (2) años. (Énfasis agregado).

Como vemos, el artículo 71 en mención no alude a una ‘obligación de permanencia laboral’ a diferencia de los ejemplos anteriores y los que siguen. Dicha ‘permanencia’ será no sólo un requisito para participar en un concurso, sino además un presupuesto para un nuevo negocio jurídico que celebrará el servidor ganador con la entidad empleadora.

Por el contrario, donde sí se advierte regulación sobre el PPL es en el artículo 19 del reglamento general de la ley n.º 30057, ‘Ley del Servicio Civil’ (aprobado mediante decreto supremo n.º 040-2014-PCM, de fecha 11 de junio de 2014), que señala:

Artículo 19.- Compromisos asociados a la Capacitación

Los servidores civiles beneficiados con acciones de formación laboral o profesional deberán como mínimo:

- a) **Comprometerse a permanecer en la entidad** o devolver el íntegro del valor de la capacitación, o en su defecto el remanente según corresponda, en atención a la directiva aprobada por SERVIR.
- b) [...]
- c) **Sujetarse a las penalidades establecidas en caso de incumplimiento.**
- d) [...]
- e) Transmitir, a solicitud de la entidad, los conocimientos adquiridos con los demás servidores civiles de la institución.

El valor de la capacitación para determinar la duración del tiempo de permanencia o la devolución del valor de la misma **se calculará, tomando en cuenta**, al menos, **el costo de la capacitación, su equivalencia en costo por hora del servidor** beneficiado en función de su compensación económica **y la duración de la capacitación**, de acuerdo con lo previsto en la directiva correspondiente.

Los servidores civiles suscribirán, como condición previa al goce del beneficio, un acuerdo con la entidad formalizando los compromisos mínimos y los específicos requeridos por la misma.

Los servidores civiles que se encuentren en el supuesto previsto en el último párrafo del artículo 26 de la Ley no le será aplicable el compromiso de permanecer en la entidad previsto en el literal a) del presente artículo.

Las obligaciones del presente reglamento se empiezan a computar al día siguiente de concluida la comisión de servicios asignada o la licencia otorgada, siendo factible postergarlas únicamente por causas justificadas o periodo de vacaciones que le correspondiera. La prestación de servicios a que aluden dichos artículos se debe realizar en la misma entidad que otorgó la licencia o comisión de servicios. (Énfasis agregado).

Como vemos, este reglamento contiene especificaciones muy interesantes en cuanto al PPL, las cuales resumimos a continuación:

1. Se usa el término 'compromiso' en vez de 'obligación' de permanencia laboral.
2. Para determinar la permanencia laboral del servidor, ya no se alude al criterio del doble de tiempo de duración del beneficio.
3. La permanencia laboral sólo es una opción ante el beneficio otorgado por el empleador. La otra opción es devolver lo invertido por la entidad empleadora.
4. La duración del tiempo de permanencia laboral se calculará en función a lo siguiente: el valor del beneficio (capacitación), su equivalencia en horas de trabajo y el tiempo de tal beneficio.
5. Se debe formalizar un acuerdo previamente al otorgamiento del beneficio.

6. El cómputo del tiempo para la permanencia laboral inicia una vez se culmine con la percepción del beneficio o la licencia para gozar dicho beneficio.
7. El periodo de la permanencia laboral debida por el servidor sólo puede suspenderse por vacaciones u otras causas justificadas.
8. Sólo el personal de rendimiento distinguida en la capacitación está exceptuado del compromiso de permanencia laboral.

Un último aspecto a mencionar en cuanto la ley n.º 30057 (Ley del Servicio Civil) y su reglamento es que todavía coexiste junto al decreto legislativo n. 1025 (sobre normas de capacitación y rendimiento para el sector público) y su reglamento. Dado que todavía no ha sido implementado al 100%, tal decreto legislativo sigue vigente hasta la actualidad. Es más, debemos mencionar que –hasta el 28 de enero de 2019– sólo hemos encontrado cuatrocientos treinta y dos (432) entidades públicas en tránsito al régimen de la ley de servicio civil, conforme a la relación de entidades que se anexa al presente trabajo de investigación. Entidades como el Seguro Social de Salud del Perú (EsSalud) todavía no se encuentran en tránsito al régimen del servicio civil, por lo que todavía se rigen por el decreto legislativo 1025.

Sin perjuicio de lo anterior, un tercer ejemplo de cómo se ha regulado el PPL a raíz del decreto legislativo 1025 es el Plan de Desarrollo de Personas – PDP 2014 del Gobierno Regional de Tacna. Tal plan fue aprobado por el ‘Comité de Elaboración del Plan de Desarrollo de las Personas – PDP’ del Gobierno Regional de Tacna (mediante el acta n.º 01-2014-CEPDP/GOB.REG/TACNA, de fecha 21 de enero de 2014). En el anexo 4 de dicho plan se estipula lo siguiente:

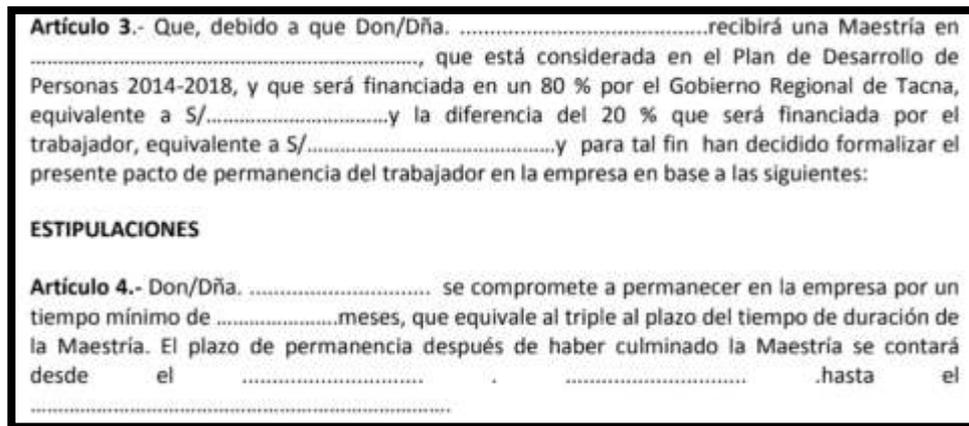


Ilustración 14: Artículos 3 y 4 del anexo 4 (modelo de pacto de permanencia) del Plan de Desarrollo de Personas del Gobierno Regional de Tacna (2014-2018)

Como vemos, lo que más llama la atención es que el empleador no asumirá la totalidad del costo del beneficio del trabajador. Sólo asumirá el 80% del costo total de la capacitación. Por si fuera ya inusual, el plazo de permanencia en el Gobierno Regional de Tacna no será el doble del tiempo que dure la capacitación (como indica el decreto legislativo 1025), sino el TRIPLE. Claramente, estamos ante una permanencia laboral que excede los criterios de proporcionalidad para estar ante un PPL válido (límite extrínseco de la libertad de trabajo).

Existen otros dos aspectos que nos llaman la atención de este plan. El primero es que el Gobierno Regional de Tacna haya impuesto al servidor público una obligación de transmitir los conocimientos adquiridos en la capacitación a los otros servidores de la entidad (lo cual es conforme al decreto legislativo 1025), pero sin percibir una retribución por tal prestación de servicio (lo cual no ha sido dispuesto por el decreto legislativo 1025 y atenta contra el artículo 23 de la Constitución Política del Perú). La segunda es que la penalidad contiene dos conceptos: un daño patrimonial consistente en la integridad de lo invertido por el empleador y un daño diferente que se le denomina 'daños y perjuicios', conforme vemos a continuación:

Artículo 7.- El trabajador se compromete a impartir capacitación a otros miembros de la entidad sin costo alguno, dentro de los 12 meses siguientes al haber culminado la Maestría, por un total dehoras, que equivale como mínimo a un 30 % del total de horas recibidas en la Maestría. La Oficina de Recursos Humanos será la responsable de programar y comunicar al trabajador la programación de la capacitación que este debe impartir.

Artículo 8.- Si el trabajador incumple la obligación de permanencia en la empresa, deberá abonar a ésta la cantidad de soles, equivalente al 80 % de costo de la Maestría, más la cantidad desoles, por concepto de daños y perjuicios desde el momento en que tenga conocimiento del incumplimiento y efectúe el correspondiente requerimiento.

Ilustración 15: Artículos 3 y 4 del anexo 4 (modelo de pacto de permanencia) del Plan de Desarrollo de Personas del Gobierno Regional de Tacna (2014-2018)

Un cuarto ejemplo de cómo se ha regulado el PPL a raíz del decreto legislativo n.º 1025 es la directiva n.º 007-2014-MIDIS/SG/OGA, “lineamientos y procedimientos para la capacitación del personal de la Unidad Ejecutora N° 001: Sede Central del MIDIS”. Dicha directiva fue aprobada mediante la resolución jefatural n.º 235-2014-MIDIS/SG/OGA, de fecha 18 de setiembre de 2014. Así, el artículo 7.5 de tal directiva señala lo siguiente:

7.5 Compromiso de permanencia:

El servidor que participe en actividades de capacitación suscribirá un Acta de Compromiso, de acuerdo al Anexo de la presente Directiva, en el que se comprometerá a lo siguiente:

- a) Entregar a la Oficina de Recursos Humanos copia fedateada de la certificación de la capacitación, dentro de los treinta (30) días calendario de culminada, para la actualización del legajo personal.
- b) Prestar servicios en el MIDIS por un periodo mínimo de tres (3) meses contados desde la culminación de la capacitación, en aquellos casos en que la duración de la capacitación sea menor a dos (02) meses.
- c) Prestar servicios en el MIDIS por un periodo no menor al doble del tiempo que dure la capacitación, en aquellos casos en que la duración de la capacitación sea igual o mayor a dos (02) meses.
- d) Devolver al MIDIS el costo de la capacitación que hubiera asumido, así como los haberes y demás beneficios económicos percibidos (en caso de licencia con goce de haberes), en caso de abandonar sin justificación la capacitación, desaprobar la misma, o en caso se extinga el vínculo del servidor con el MIDIS por causas imputables a él, antes del vencimiento del periodo de permanencia a que se hace referencia en los literales b) y c) precedentes.



Ilustración 16: Artículo 7.5 de la directiva n.º 007-2014-MIDIS/SG/OGA

Como vemos, la particularidad de esta directiva del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social (Midis) es que el periodo de permanencia laboral variará en función al tiempo que dure el beneficio otorgado al servidor. En consecuencia, si la capacitación durase un (1) día hasta un (1) mes veintinueve (29) días, la permanencia laboral durará tres (3) meses como mínimo. Por el contrario, si la capacitación durase dos (2) meses a más tiempo, la permanencia laboral será el doble de lo que durase dicha capacitación. Nótese que existe un patrón de respetar lo estipulado en el decreto legislativo 1025, aunque en los periodos de permanencia mínima de 3 meses, puede darse el caso que no haya proporción con el tiempo de dure la capacitación (un mes o menos).

Un quinto ejemplo y uno muy particular de cómo se ha aplicado el PPL a raíz del decreto legislativo n.º 1025 es la resolución de acuerdo de directorio n.º 024-2016-APN, de fecha 2 de mayo de 2016. En este caso, la Autoridad Portuaria Nacional (APN) resolvió celebrar un PPL con un servidor para que éste pudiera ser capacitado durante dos (2) meses naturales.

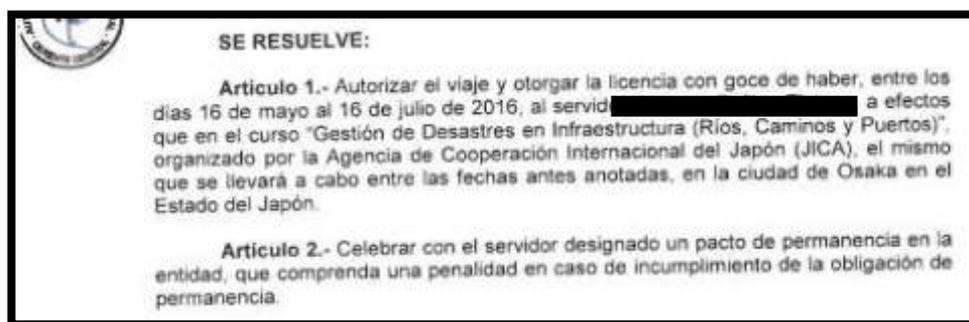


Ilustración 17: Parte resolutive de la resolución de acuerdo de directorio n.º 024-2016-APN/DIR

Sin embargo, nos llama la atención el hecho de que el costo de dicha capacitación y gastos conexos (pasaje y viáticos) no fuera asumido por la entidad empleador, sino por un tercero (la entidad gubernamental denominada *Japan International Cooperation Agency*). Ello se desprende de una de las partes considerativas como se lee a continuación:

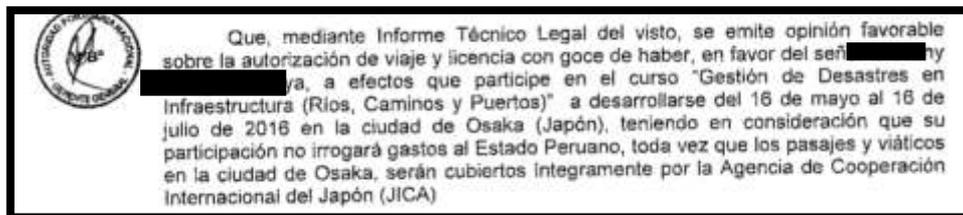


Ilustración 18: Primera parte considerativa de la resolución de acuerdo de directorio n.º 024-2016-APN/DIR

No obstante, lo que habría justificado la celebración del PPL en este caso sería el hecho de que no se produjo una suspensión imperfecta de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Ello se puede verificar a través de una de las partes considerativas de dicha resolución. En una sesión de directorio, el empleador resolvió otorgar una licencia con goce de haber durante los 2 meses de la capacitación otorgada por un tercero, como observamos a continuación:

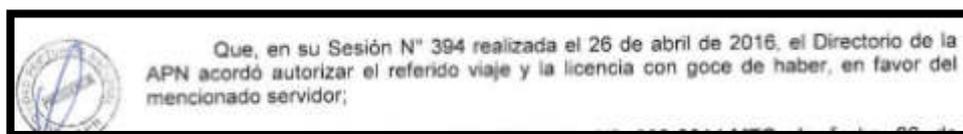


Ilustración 19: Segunda parte considerativa de la resolución de acuerdo de directorio n.º 024-2016-APN/DIR

Como se puede observar, en el caso de los servidores públicos podemos ver que hay entidades que admiten como válido y eficaz un PPL, aun cuando los costos de capacitación y gastos conexos (como viáticos y pasajes) son cubiertos por terceros, siempre que exista una licencia con goce de haber durante el tiempo que dure la percepción de dicho beneficio (capacitación).

Finalmente, un sexto ejemplo de cómo se ha regulado el PPL a raíz del decreto legislativo n.º 1025 es el Plan de Desarrollo de las Personas Anualizados – PDP 2018 de Cofopri. Dicho plan fue aprobado mediante la Resolución de Secretaría General n.º 014-2018-COFOPRI/SG, de fecha 28 de marzo de 2018.

El artículo 9.3 de dicho plan contiene otro modo llamativo de determinar el periodo de permanencia laboral. Para tal efecto, el criterio seleccionador ya no es sólo el doble del tiempo de la duración de la capacitación. Cofopri también consideró

pertinente tomar en cuenta el valor dinerario de dicho beneficio (capacitación). Para tal efecto, se clasificó en función al valor convertido en UIT y, adicionalmente, se le agregó un número extra de días para la permanencia laboral. Para mejor ilustración, nos remitimos a la siguiente tabla contenido en el artículo 9.3. del citado plan de Cofopri a continuación:

9.3 De la permanencia:
 El servidor civil debe permanecer en COFOPRI posteriormente a su capacitación, por un tiempo determinado en función al valor de la capacitación calculado. En el siguiente cuadro se determina la duración del tiempo de permanencia:

Valor de la Capacitación	Tiempo de permanencia
Menor o igual a 1/3 UIT	Doble del Tiempo de duración de la capacitación en días + 30 días calendario
Mayor a 1/3 UIT hasta 2/3 UIT	Doble del Tiempo de duración de la capacitación en días + 60 días calendario
Mayor a 2/3 UIT hasta 1 UIT	Doble del Tiempo de duración de la capacitación en días + 120 días calendario
Mayor a 1 UIT hasta 2 UIT	Doble del Tiempo de duración de la capacitación en días + 180 días calendario
Mayor a 2 UIT	Doble del Tiempo de duración de la capacitación en días + 240 días calendario

Ilustración 20: Artículo 9.3 del Plan de Desarrollo de las Personas Anualizado – PDP 2018

Como vemos, aquí se usa el criterio del doble de tiempo de la duración del beneficio al servidor, a lo que se adicionará una variable de días calendario, según la estimación en UIT. Nosotros manifestamos anteriormente que el doble de tiempo no sería proporcional con el límite extrínseco a la libertad de trabajo que implica todo PPL. Entonces, con mayor razón, encontramos este modo de cálculo de permanencia laboral desproporcional y, por ende, inconstitucional.

En conclusión, podemos observar que el PL sí ha importado el PPL para los servidores sometidos a regímenes laborales del sector público. Sin embargo, al no existir uniformidad de criterios, cada entidad lo ha adaptado y aplicado a su mejor interpretación y conveniencia. Entendemos que el hecho de que los fondos para el beneficio del servidor salen del erario nacional; pero discrepamos de que ello se deba traducir en un tiempo de permanencia laboral excesivo para estos

trabajadores. La desproporcionalidad de dicho tiempo de permanencia laboral nos lleva a la conclusión de que todas las maneras de regular y aplicar el PPL en el sector público mencionadas en el presente trabajo de investigación –salvo el reglamento de la Ley del Servicio Civil– son inconstitucionales.

3.1.2.2 Esfuerzos para su llegada en el sector privado general

Como ya habíamos adelantado en la introducción del presente trabajo de investigación, la falta de regulación del PPL sí ha tenido la atención del Legislador. Así, en un primer momento, se difundió el anteproyecto de Ley General de Trabajo, en junio de 2002 (en adelante, '**anteproyecto de la LGT**').

La elaboración y publicación de dicho **primer anteproyecto de LGT** estuvo a cargo de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República, la cual estuvo conformada por los siguientes especialistas:

- 1) Luis Alberto Negreiros Criado (presidente);
- 2) Carlos Blancas Bustamante;
- 3) Adolfo Ciudad Reynaud;
- 4) Víctor Ferro Delgado;
- 5) Javier Neves Mujica;
- 6) Mario Pasco Cosmópolis; y
- 7) Alfredo Villavicencio Ríos.

En el artículo 53 ('subcapítulo I – derechos y obligaciones de los trabajadores') del primer anteproyecto de la LGT se registró el primer intento de la institución del PPL al Perú. El texto publicado fue el siguiente:

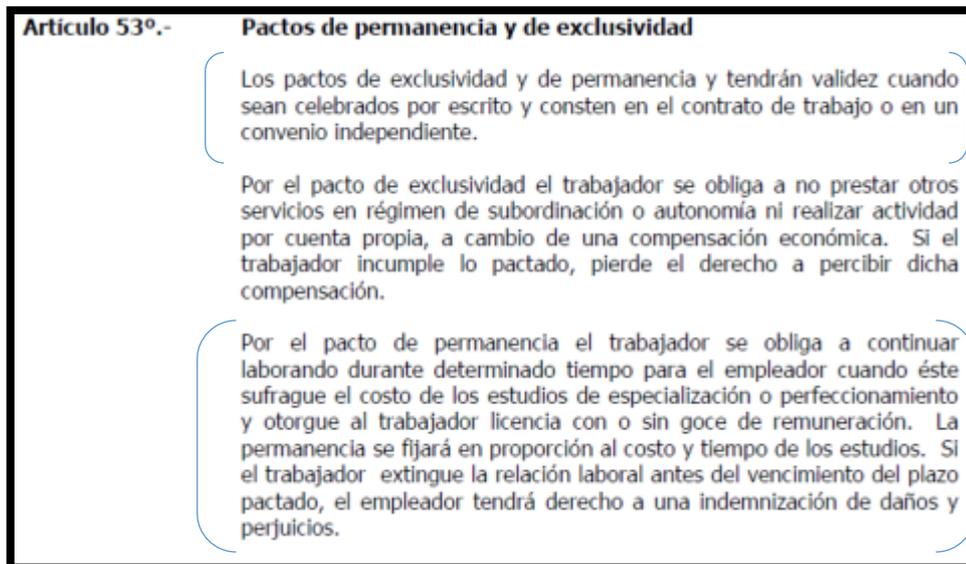


Ilustración 21: artículo 53 del primer anteproyecto de la LGT

Posteriormente, **el primer proyecto de LGT** fue presentado con fecha 24 de agosto de 2006, a través del proyecto de ley n.º 00067/2006-CR. Dicho documento fue suscrito por el grupo parlamentario multipartidario constituido por:

- 1) Aldo Vladimiro Estrada Choque,
- 2) Wilson Michael Urtecho Medina,
- 3) Oswaldo De La Cruz Vásquez,
- 4) Víctor Ricardo Mayorga Miranda,
- 5) Julio Roberto Herrera Pumayauli,
- 6) Eduardo Espinoza Ramos,
- 7) José Oriol Anaya Oropeza,
- 8) Antonio León Zapata,
- 9) Roger Nájar Kokally,
- 10) Margarita Teodora Sucari Cari,
- 11) Karina Juliza Beteta Rubín, y
- 12) Luis Alberto Negreiros Criado.

Luego de ello, los siguientes documentos se agruparon al **primer proyecto de LGT**:

- Proyectos de ley n.º 00128/2006-CR de fecha 6 de setiembre 2006 (ley que modifica el artículo 34 del decreto legislativo n.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral);
- Proyecto de ley n.º 00271/2006-CR de fecha 18 de setiembre de 2006 (ley que modifica el plazo para hacer efectiva la renuncia del trabajador a su puesto en centro laboral);
- Proyecto de ley n.º 378/2006-CR (ley que propone licencia por paternidad);
- Proyecto de ley n.º 00610/2006-CR de fecha 3 de noviembre de 2006 (ley que regula el derecho de los trabajadores a participar en las utilidades de las empresas);
- Proyecto de ley n.º 00815/2006-CR de fecha 14 de diciembre de 2006 (ley que reconoce el derecho de licencia por luto con goce de haberes a todos los trabajadores de la actividad privada y pública);
- Proyecto de ley n.º 00831/2006-CR (ley que propone que las gratificaciones por fiestas patrias y por navidad no se encuentran afectos a tributos y aportaciones de seguridad social)
- Proyecto de ley n.º 00837/2006-CR de fecha 21 de diciembre de 2006 (ley que restituye la jornada laboral de 8 horas en el sector minero y regular el horario y trabajo en sobre tiempo)

Proyectos de Ley		
Número de Proyecto	Fecha de Presentación	Título
00837	21/012/06	Ley que restituye la Jornada Laboral de 8 Horas en el Sector Minero y regular el Horario y Trabajo en Sobre tiempo
00815	14/12/06	Ley que reconoce el Derecho de Licencia por luto con goce de Haberes a todos los Trabajadores de la actividad Privada y Pública
00610	03/11/06	Ley que regula el Derecho de los Trabajadores a participar en las utilidades de las Empresas
00271	18/09/06	Ley que modifica el plazo para hacer efectiva la renuncia del Trabajador a su puesto en Centro Laboral
00128	06/09/06	Ley que modifica el artículo 34º del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral
00067	24/08/06	Ley General del Trabajo

Ilustración 22: Proyectos de ley acumulados al primer proyecto de LGT

Fuente: Recuperado de http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/TraDoc_expdig_2006.nsf/5C26E09BB2A7CFDA052574AC005DA5B7/00067?opendocument

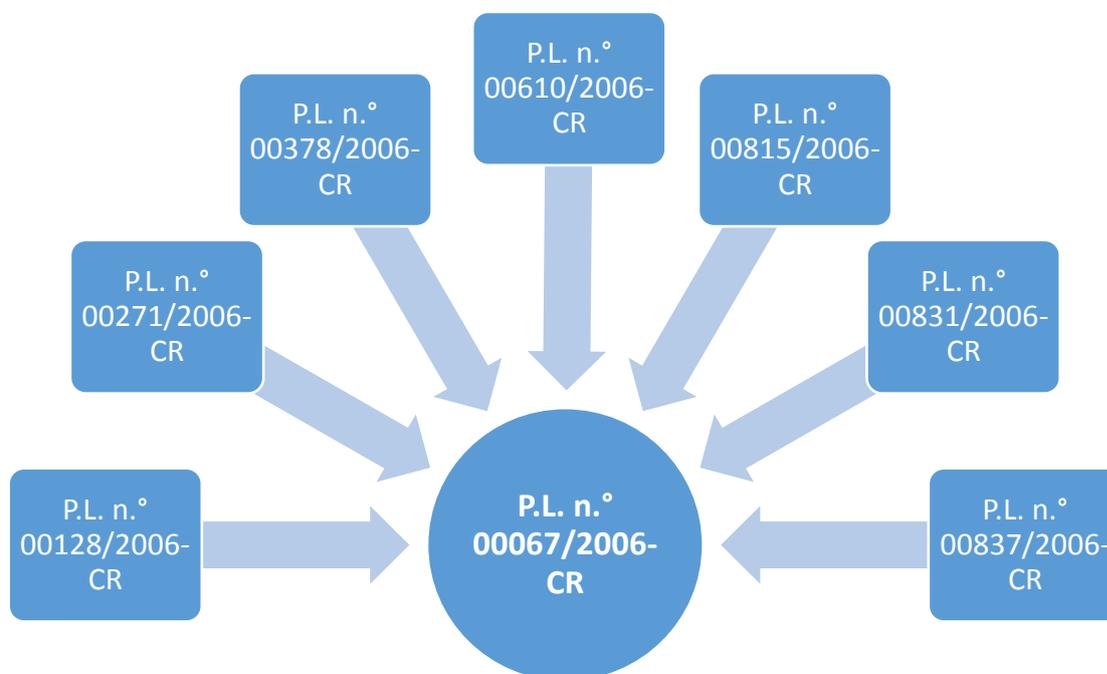


Tabla 1: Proyectos de ley acumulados al primer proyecto de la LGT

Fuente: Elaboración propia

Sin embargo, de conformidad con Alvarado Prentice (2017): «En las Sesiones Ordinarias N° 113, 127 y 128 del Consejo Nacional de Trabajo y Promoción del Empleo, se eliminó el artículo 53 del Anteproyecto de la Ley General de Trabajo, referido a los pactos de permanencia y exclusividad.» (pág. 103) En consecuencia, el **primer proyecto de LGT no incluyó el PPL** (ni todo el artículo 53 precitado). Ni si quiera en el texto sustitorio de dictamen presentado por la Comisión de Trabajo del Congreso de la República el 16 de mayo de 2007 advirtió la omisión de este **primer proyecto de LGT**

Posteriormente, con el **segundo proyecto de la LGT** (cuyos datos principales fueron reseñados en la introducción del presente trabajo) presentado con fecha 26 de enero de 2015, se recogió el artículo 53° precitado, de la siguiente manera:

Artículo 47°.- Pactos de permanencia y de exclusividad

Los pactos de exclusividad y de permanencia tienen validez cuando son celebrados por escrito y constan en el contrato de trabajo o en un convenio independiente.

Por el pacto de exclusividad el trabajador se obliga a no prestar otros servicios en régimen de subordinación o autonomía ni realizar actividad por cuenta propia, a cambio de una compensación económica. Si el trabajador incumple lo pactado, pierde el derecho a dicha compensación.

Por el pacto de permanencia el trabajador se obliga a continuar laborando durante determinado tiempo para el empleador cuando éste sufrague el costo de los estudios de especialización o perfeccionamiento y otorgue al trabajador licencia con o sin goce de remuneración. La permanencia se fijará en proporción al costo y tiempo de los estudios. Si el trabajador extingue la relación laboral antes del vencimiento del plazo pactado, el empleador tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios.

Ilustración 23: Artículo 47 del segundo proyecto de la LGT

Sin embargo, el expediente digital del **segundo proyecto de LGT** no registra ninguna actividad desde el 5 de junio de 2015:

Expediente en proceso

 **Expediente Virtual Parlamentario**

Expediente del Proyecto de Ley 04145

Ley General de Trabajo

Proyectos de Ley

Número de Proyecto	Fecha de Presentación	Título
04145	26/01/15	Ley General de Trabajo

Documentación Anexa

Fecha	Título
05/06/15	Oficio 298-2014-2015/VEMF-CR, de la congresista Mendoza Frisch, retirando su firma del Proyecto 4145
15/04/15	Oficio 0842-2015/YLA-CR, del congresista Lescano Ancieta, retirando su firma del Proyecto 4145
05/02/15	Oficio 358-2014-2015-MAMD1-CR, del congresista Merino De Lama, trasladando el documento de la Coordinadora Nacional de Trabajadores Desplazados Pesqueros del Perú, que solicita que se debatan los proyectos 4145 y 138

Ilustración 24: Expediente del segundo proyecto de la LGT

Fuente: Recuperado de http://www2.congreso.gob.pe/sicr/tradocestproc/Expvirt_2011.nsf/visbusqptramdoc/04145?opendocument

Finalmente, debemos remitirnos al **segundo anteproyecto de la LGT (en consulta)**, difundido el 25 de agosto de 2015. Dicho documento fue elaborado por dirigentes y técnicos de la Confederación General de Trabajadores del Perú (CGTP). Así, en el artículo 46 (‘subcapítulo I – derechos y obligaciones de los trabajadores’) de dicho documento (en consulta) se puede leer lo siguiente:

Artículo 46°.- Pactos de permanencia y de exclusividad
Los pactos de exclusividad y de permanencia tienen validez cuando son celebrados por escrito y constan en el contrato de trabajo o en un convenio independiente.
Por el pacto de exclusividad el trabajador se obliga a no prestar otros servicios en régimen de subordinación o autonomía ni realizar actividad por cuenta propia, a cambio de una compensación económica. Si el trabajador incumple lo pactado, pierde el derecho a dicha compensación.
Por el pacto de permanencia el trabajador se obliga a continuar laborando durante determinado tiempo para el empleador cuando éste sufrague el costo de los estudios de especialización o perfeccionamiento y otorgue al trabajador licencia con o sin goce de remuneración. La permanencia se fijará en proporción al costo y tiempo de los estudios. Si el trabajador extingue la relación laboral antes del vencimiento del plazo pactado, el empleador tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios.

Ilustración 25: Artículo 46 del segundo anteproyecto de la LGT (en consulta)

En el periodo parlamentario 2016-2021 de nuestro Congreso de la República, no hemos encontrado ningún registro de proyecto de ley que contenga una nueva propuesta de una LGT o modificatorias a los proyectos anteriores.

En consecuencia, y al margen de la voluntad política del Legislador en cuanto a la promulgación de una LGT, podemos concluir que las propuestas de regulación del PPL para el régimen laboral privado no han tenido ningún análisis. Nótese que tanto la Comisión de Trabajo, un grupo parlamentario multipartidario y hasta la CGTP sólo conciben el mismo supuesto de hecho hipotético que en el ET: la especialización profesional (cuando todos mencionan ‘estudios de especialización o perfeccionamiento del trabajador’).

Finalmente, debemos mencionar que realizamos una consulta al MTPE sobre las normas laborales imperativas que son de aplicación al PPL. La respuesta fue que no existen tales normas, por lo que el PPL se regula por normas de aplicación supletoria, como el CC.

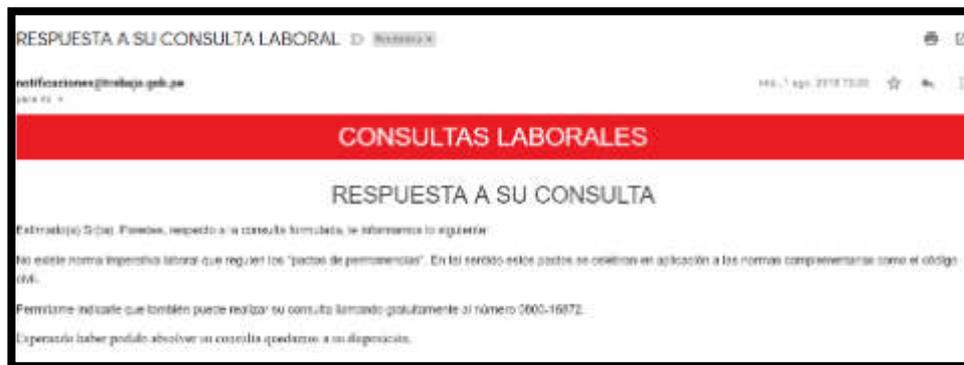


Ilustración 26: Respuesta del MTPE a consulta laboral sobre existencia de normas que regulen el PPL

Fuente: Consulta realizada a través del formulario electrónico de <http://www2.trabajo.gob.pe/consultas-y-denuncias-laborales/consultas-laborales-2/>

3.1.2.3 Una revisión a régimen laboral especial de los futbolistas

En primer lugar, debemos mencionar que –en el Perú– las únicas disposiciones normativas que encontramos en el ámbito deportivo están en la ley n.º 26566, “Normas referidas a la relación laboral de los futbolistas profesionales con los clubes”. Por tal motivo, Franco Muschi Loayza (especialista en Derecho Deportivo) afirmó –según reporte del Diario Gestión (2015)– que: «En el Perú el único deporte que tiene una ley que reconoce a sus jugadores como profesionales es el fútbol. Ni las voleibolistas, ni los atletas que ganaron las medallas en los últimos Juegos Panamericanos de Toronto tienen esta denominación.». (pág. 1)

En efecto, la relación laboral de los trabajadores futbolistas se encuentra regulada en el artículo 4 de la ley n.º 26566 (de fecha 29 de diciembre de 1995), el cual señala que:

Artículo 4.- La relación laboral de los futbolistas es de duración determinada, pudiendo producirse la contratación por tiempo cierto o para la realización de un número de actuaciones deportivas que constituyan en conjunto una unidad claramente determinable o identificable en el ámbito de la correspondiente práctica deportiva. La prórroga de los contratos se dará por acuerdo expreso.

En este punto, debemos mencionar que el Legislador se habría ‘inspirado’ en el derecho español para la creación de este régimen laboral especial. No obstante,

llama la atención que casi la integridad del artículo 6 del Real Decreto 1006/1985, de fecha 26 de junio de 1985, fuera recogido, conforme se observa a continuación:

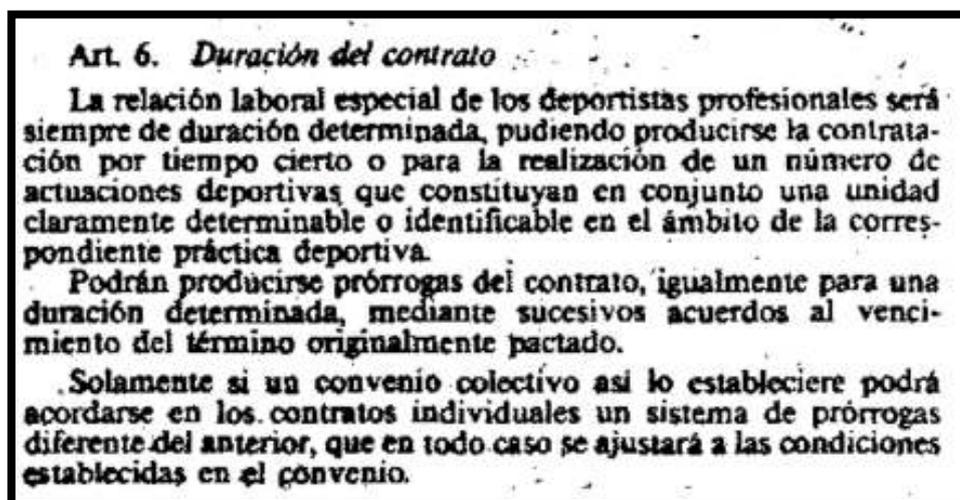


Ilustración 27: Artículo 6 del Real Decreto 1006/1985 (que regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales).

Lo que más nos llama la atención es que se importó de España un régimen laboral de 'deportistas' profesionales para crear un régimen laboral sólo para los futbolistas sin ningún motivo razonable para excluir a los demás deportistas profesionales. En esa línea de pensamiento, en referencia a la ley n.º 26566, Franco Muschi Loayza afirmó –según reporte del Diario Gestión (2015)– que: «El futbolista profesional, al ser los únicos deportistas que tienen un régimen laboral profesional, tienen que enmarcarse en lo que dice esta norma que señala que deben pagar impuestos, aportar a un régimen de pensiones, entre otros.» (pág. 2)

Dentro de las diversas obligaciones de los futbolistas profesionales, nos hemos concentrado en las que puedan estar relacionadas con el presente trabajo de investigación. Así, en el artículo 6, inciso f), de la ley n.º 26566 se menciona que son obligaciones especiales de los futbolistas profesionales, entre otras, 'las que se establezcan en el contrato de trabajo y las que deriven de las normas legales, directivas y reglamentos'. Por ende, las obligaciones de este tipo de trabajadores en el Perú no son sólo de origen legal y contractual, sino también reglamentaria.

Dentro de las obligaciones de origen legal, encontramos que se menciona una particular de esta industria. Así, el artículo 9 de la ley n.º 26566 menciona que:

Artículo 9.- La transferencia de los futbolistas se rige por las normas de la Federación Internacional de Fútbol Asociado (FIFA) y las de la Federación Peruana de Fútbol.

Las partes podrán pactar el pago de una compensación por promoción o formación para el caso que luego, de la extinción del contrato, el futbolista estipulase uno nuevo con otro club, correspondiendo un pago al club de procedencia.

Pero ¿a qué se refiere el Legislador peruano con ‘compensación por promoción o formación’? Nótese que se trata de algo que pueden pactar el club (empleador) y el futbolista profesional (trabajador). Este pago sólo procedería a favor del anterior club si –luego de extinguida la relación laboral– el trabajador constituye una relación con un nuevo club.

Para dilucidar esta cuestión, consideramos pertinente remitirnos al Reglamento de Indemnización por Derechos de Formación de Jugadores de la Federación Deportiva Nacional Peruana de Fútbol, aprobado mediante la resolución n.º 22-FPF-2017, de fecha 29 de diciembre de 2017. El artículo 1 de dicho reglamento regula el ámbito de aplicación de la siguiente manera:

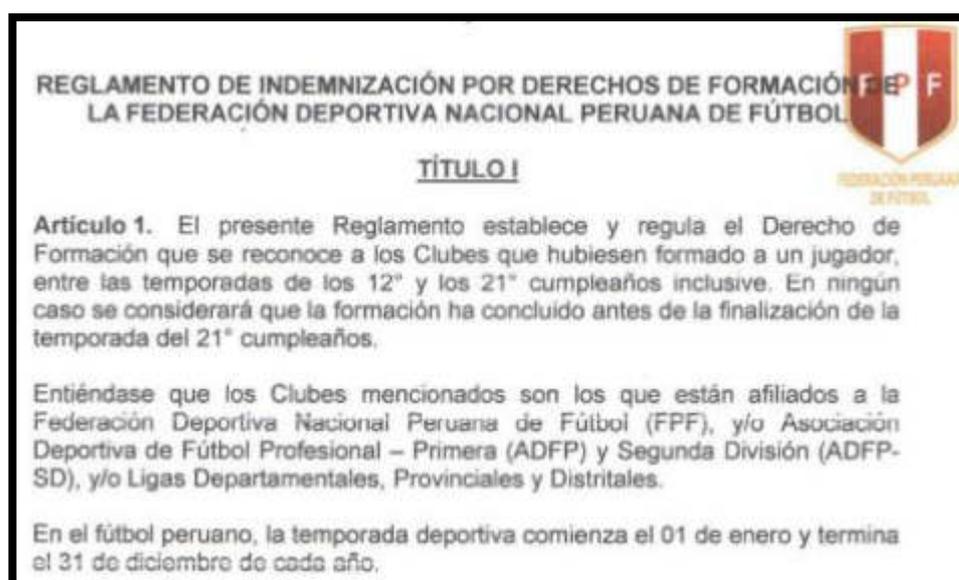


Ilustración 28: Artículo 1 del Reglamento de Indemnización por Derechos de Formación de la FPF

Esta ‘compensación por promoción o formación’ (a la que se refiere la ley n.º 26566) goza de una presunción de rango reglamentaria. Tal compensación se encuentra regulada en el artículo 2 del reglamento precitado. En nuestra consideración, dicha presunción sería *iure et de iure*, dado que en su propio texto no se admite prueba en contrario, conforme se observa a continuación:

Artículo 2. Se presume la existencia de la referida formación deportiva cuando el jugador aparece inscrito en ese periodo en la ficha y/o pasaporte del jugador del Registro de la Oficina de Pases y Transferencias de la FPF.

Un Club con legítimo interés, previo pago de la tasa correspondiente fijada por la mencionada Oficina, podrá solicitar ante ésta la copia certificada de la ficha y/o el pasaporte del jugador.

Ilustración 29: Artículo 2 del Reglamento de Indemnización por Derechos de Formación de la FPF

Partamos de la siguiente premisa. Todo futbolista profesional en el Perú tiene como entidad empleadora a un club deportivo, después de los 21 años. Sólo se puede suscribir un contrato de trabajo –en calidad de profesional– a partir de la temporada en la que cumple veintidós (22) años hacia adelante. Los anteriores clubes donde haya estado el trabajador serán considerados como una especie de entidades empleadoras formativas. Para mejor ilustración, nos remitimos al siguiente esquema:



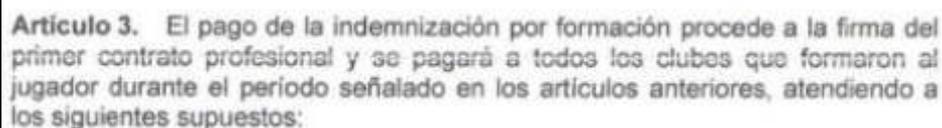
Tabla 2: Línea temporal de futbolista que fue formado por dos clubes antes de ser profesional

Fuente: Elaboración propia

En el gráfico anterior, tenemos un ejemplo de un futbolista profesional que fue formado por dos entidades empleadores y, luego, suscribió un contrato de trabajo

como profesional con un club diferente. La lógica indicaría que, si se le reconoce una 'compensación' o 'indemnización' a quienes formaron al trabajador, deba ser el mismo futbolista profesional quien pague tal concepto.

No obstante, el artículo 3 contiene una regla especial. La indemnización debe ser pagada por el nuevo club que desee los servicios profesionales del futbolista, conforme se observa a continuación:



Artículo 3. El pago de la indemnización por formación procede a la firma del primer contrato profesional y se pagará a todos los clubes que formaron al jugador durante el período señalado en los artículos anteriores, atendiendo a los siguientes supuestos:

Ilustración 30: Artículo 3 del Reglamento de Indemnización por Derechos de Formación de la FPF

Como vemos, la indemnización por derechos de formación tiene una única causal de procedencia. Sólo si el/los club(es) que formaron al trabajador (futbolista profesional) ya no cuentan con los servicios de tal persona, pues habría firmado un contrato de trabajo ya en calidad de profesional con un club diferente al que le brindó la formación. No obstante, debemos resaltar que el artículo 3 del reglamento precitado también menciona diferentes supuestos que pueden presentarse ante la única causal de procedencia, pero en todos los supuestos es el nuevo club (empleador) quien debe asumir dicho pago.

Sin embargo, el hecho de que se le haya dado la nomenclatura de 'compensación' o 'indemnización' no debe llevarnos a la premisa de que estamos ante un supuesto de responsabilidad civil contractual (por incumplimiento de una obligación). En nuestra consideración, no se trata de ningún supuesto de tal índole porque no existe una conducta antijurídica propiamente dicha. Para fundamentar nuestra postura, nos remitiremos al Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores de la FIFA.

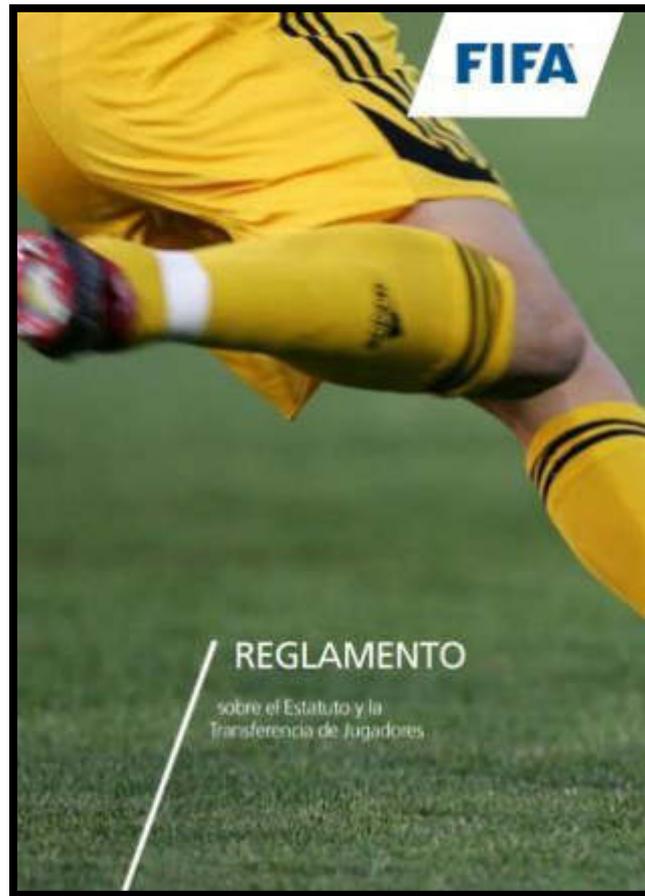


Ilustración 31: Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores (FIFA)

De conformidad con el artículo 20 y 21 del reglamento de la FIFA en mención, el pago de esta ‘compensación’ o ‘indemnización’ tiene una naturaleza de obligación reglamentaria. El hecho de que tal pago deba ser asumido por el nuevo empleador (club) se debe a un mandato expreso del reglamento denominado ‘mecanismo de solidaridad’, conforme se lee a continuación:

20 Indemnización por formación

La indemnización por formación se pagará al club o clubes formadores de un jugador: 1) cuando un jugador firma su primer contrato de profesional y 2) por cada transferencia de un jugador profesional hasta el fin de la temporada en la que cumple 23 años. La obligación de pagar una indemnización por formación surge aunque la transferencia se efectúe durante o al término del contrato. Las disposiciones sobre la indemnización por formación se establecen en el anexo 4 del presente reglamento.

21 Mecanismo de solidaridad

Si un jugador profesional es transferido antes del vencimiento de su contrato, el club o los clubes que contribuyeron a su educación y formación recibirán una parte de la indemnización pagada al club anterior (contribución de solidaridad). Las disposiciones sobre la contribución de solidaridad se establecen en el anexo 5 del presente reglamento.

Ilustración 32: Artículos 20 y 21 del reglamento de la FIFA

Así, de la revisión del anexo 4 del reglamento de la FIFA encontramos el fundamento principal para afirmar que esta ‘compensación o indemnización por derechos de formación’ no responde a un supuesto de responsabilidad civil. Así, en el párrafo 2 del numeral 1 de dicho anexo se regula que:

Indemnización por formación

1 Objetivo

1. La formación y la educación de un jugador se realizan entre los 12 y los 23 años. Por regla general, la indemnización por formación se pagará hasta la edad de 23 años por la formación efectuada hasta los 21 años de edad, a menos que sea evidente que un jugador ha terminado su proceso de formación antes de cumplir los 21 años. En tal caso, se pagará una indemnización por formación hasta el final de la temporada en la que el jugador cumpla los 23 años, pero el cálculo de la suma de indemnización pagadera se basará en los años comprendidos entre los 12 años y la edad en que el jugador ha concluido efectivamente su formación.

2. La obligación de pagar una indemnización por formación existe sin perjuicio de cualquier otra obligación a pagar una indemnización por incumplimiento de contrato.

Ilustración 33: Anexo 4 del reglamento de la FIFA

Así, la obligación reglamentaria del pago de la ‘indemnización’ o ‘compensación’ por derechos de formación puede ser independiente aun si no se incumple una obligación laboral. El ejemplo más claro de lo anterior es cuando el vínculo laboral del futbolista profesional con la entidad formadora se extingue y, aun así, se celebra un nuevo vínculo ya como profesional. No hay incumplimiento de contrato, pero sí existirá la obligación reglamentaria de pagar la ‘indemnización por derecho de formación’.

En ese orden de ideas, realizamos la siguiente reflexión: ¿podría considerarse dicha ‘compensación’ como una penalidad por no permanecer en el club? Consideramos que dependerá del enfoque y criterio del operador de justicia con relación al objetivo del club. Si se pretende lucrar con una venta de un futbolista profesional, mal podríamos hacer en sugerir que existe una penalidad por incumplimiento.

Sin embargo, creemos que el fin lucrativo no es la única idea que subyace detrás de esta ‘indemnización’ que –como sostenemos, no es un supuesto de responsabilidad civil–. Detrás del concepto ‘derechos de formación’ subyacen conceptos como ‘educación’, ‘alimentos’ y hasta ‘vivienda’. Estos conceptos que pueden encontrarse dentro del denominado derecho de formación, conforme vemos de los considerandos del Reglamento de Indemnización por Derechos de Formación de la FPF a continuación:

Que, en ese orden de ideas, resulta fundamental la Indemnización por Formación de Jugadores, la que tiene por finalidad, compensar pecuniariamente a los clubes formadores de jóvenes deportistas por transferencias o inscripciones nacionales mediante una reglamentación interna conforme lo establece el numeral 2. del artículo 1° del Reglamento sobre el Estatuto y la Transferencia de Jugadores de la FIFA ya que muchas instituciones deportivas invierten dinero y tiempo en la formación de jóvenes deportistas, recibiendo a temprana edad, instruyéndolos, educándolos, muchas veces los alimentan, les dan vivienda y pagan su educación; en definitiva, los forman como deportistas y también como personas;

Ilustración 34: Consideración principal para promulgar el reglamento de indemnización por derechos de formación

Como vemos, existe ‘algo’ que motiva a una persona a temprana edad a dedicarse al fútbol profesional y es precisamente la formación que el club deportivo le puede proveer para que se convierta en un futbolista profesional ¿Esa formación podría

constituir la ‘causa jurídica’ de un PPL con un deportista profesional que no sea futbolista? Consideramos que sí, puesto que el caso del fútbol es especial, en la medida que su naturaleza es muy similar a la de un PPL.

Sin embargo, –por disposición reglamentaria expresa– la indemnización por derechos de formación en el fútbol profesional no se origina necesariamente por incumplimiento de una obligación laboral, a diferencia del PPL. Para mejor explicación, las únicas diferencias entre una y otra son las que reseñamos a continuación:

Criterio	Indemnización por derecho de formación	Indemnización por PPL
¿Cuándo nace la obligación de pago?	Cuando se celebra un contrato de trabajo profesional después de los 21 años con un nuevo club	Cuando se incumple la obligación de permanencia laboral por causa imputable al trabajador
¿Quién es el obligado al pago?	El nuevo empleador del trabajador	El mismo trabajador

Tabla 3: Diferencias entre la indemnización derivada de un PPL y por derecho de formación

Fuente: Elaboración propia

Si bien esta indemnización especial regulada para los futbolistas profesionales no debería ser considerada como una consecuencia de un PPL, ello no significa que para los otros deportistas profesionales deban aplicársele las mismas reglas. Nótese que lo importante aquí es que existen reglas específicas para una actividad privada determinada.

Asimismo, esas normas específicas como el pago de una indemnización por derecho de formación o el ‘mecanismo de solidaridad’ (que obliga al nuevo empleador del futbolista profesional mayor de 21 años a pagar una indemnización) son normas de excepción que no puede ser aplicadas por analogía ante la falta de regulación en otros deportes profesionales en el Perú. Tal imposibilidad de aplicación analógica se debe al artículo IV del título preliminar del CC (‘La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.’). Por ende, su aplicación sólo corresponde al fútbol profesional.

En ese sentido, es válido concluir que la formación de deportistas profesionales es algo que ha existido y existe más allá de la regulación del fútbol profesional en el Perú. Por tal motivo, los conceptos contenidos en 'formación' (como alimentación, educación o vivienda) son causas jurídicas válidas para celebrar un PPL, conforme se ha desarrollado en el numeral 3.2.1.3 del presente trabajo de investigación. Salvo en el fútbol profesional, consideramos que es válido que se suscriba un PPL cuando el deportista profesional tenga como interés la formación que le puede brindar una institución deportiva.

Por otro lado, de la revisión de los derechos de los futbolistas profesionales, encontramos que existe mención especial a 'la explotación comercial de su imagen', lo cual tiene una incidencia económica diferente a la contraprestación que recibe por sus servicios (remuneración). Por ello, cabe destacar que el aspecto económico de los futbolistas profesionales en el Perú puede ser influenciado por factores o variables ajenos a la de una relación laboral típica. Por tal motivo, Muschi Loayza afirmó –según reporte del Diario Gestión (2015)– que: «[...] en la fijación de los sueldos de los futbolistas, no solo se toma en cuenta la habilidad del jugador, sino también su participación en copas internacionales o por su selección. Incluso si su imagen se puede utilizar en beneficio del club que desea sus servicios.» (págs. 2-3)

Por último, debemos resaltar que los conflictos laborales suscitados entre empleadores y trabajadores en el ámbito deportivo del fútbol deben someterse a un fuero especial propio: la Cámara de Conciliación y Resolución de Disputas de la FPF. Es decir, en este caso particular, los trabajadores no deben acudir al PJ. Así, Muschi (2015) advierte que: «[...] esta situación evita que estos deportistas tengan la posibilidad a la defensa que tiene cualquier trabajador, como el apelar en una segunda instancia, ya que es la entidad de la ADFP la que decide los casos.» (pág. 3)

En efecto, el artículo 3 del reglamento de la Cámara de Conciliación y Resolución de Disputas de la Federación Deportiva Nacional Peruana de Fútbol –aprobado mediante la resolución n.º 23-FPF-2017, de fecha 29 de diciembre de 2017– regula

las competencias antes referida de manera exclusiva. Así, la pretensión de pago sobre indemnización por formación se encuentra regulada en el numeral 4 de dicho artículo 3, conforme se observa a continuación:

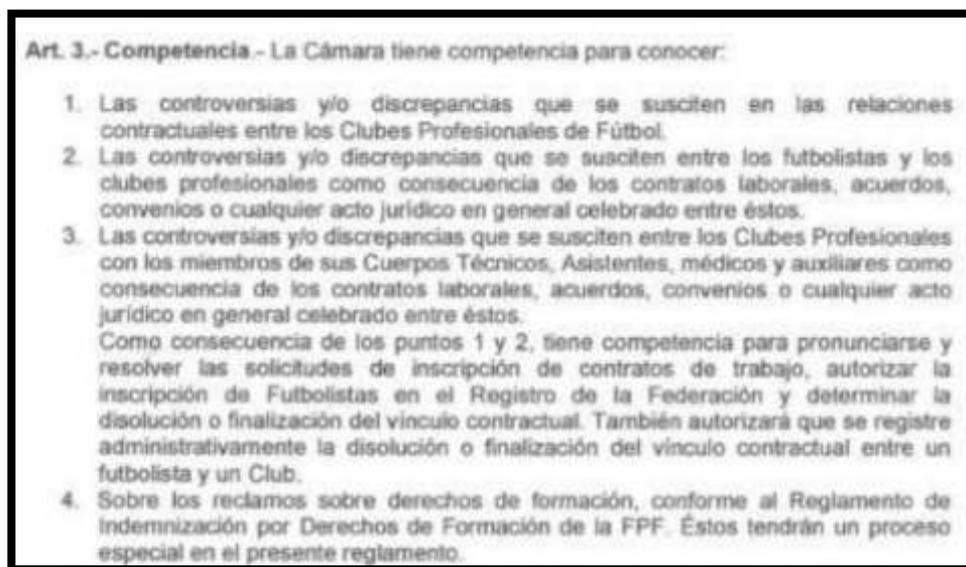


Ilustración 35: Competencias de la Cámara de Conciliación y Resolución de Disputas

3.1.2.4 Una revisión a régimen laboral especial de los artistas

Ahora bien, en la ley n.º 28131 –Ley del Artista, Intérprete y Ejecutante– se regula los denominados ‘pactos de exclusividad’. En efecto, el artículo 41 de dicha ley señala lo siguiente:

Artículo 41.- Cláusula de exclusividad

41.1 Por la exclusividad el artista se compromete a limitar sus actividades artísticas, restringiéndolas a determinados medios o especialidades, a cambio de una adecuada remuneración compensatoria, **por un período no mayor a un año**, renovable.

41.2 El Reglamento establecerá el número mínimo de actuaciones, fijaciones o presentaciones periódicas del artista. (El énfasis es nuestro).

Por su parte, el reglamento de la ley n.º 28131 precitada, aprobado mediante decreto supremo n.º 058-2004-PCM dispone que:

Artículo 22.- De los contratos con cláusula de exclusividad.

En relación a los contratos de trabajo con cláusulas de exclusividad, el trabajador podrá exigir a su empleador un número mínimo de tres (3) actuaciones, fijaciones o presentaciones en el mes calendario. Sin perjuicio de ello, las partes contratantes de común acuerdo, podrán establecer un número mayor.

De tales disposiciones normativas se observa que ambas regulan la ‘exclusividad laboral’, la cual esencialmente consiste en que un trabajador se sujete a una única relación laboral con una compañía y no labore paralelamente en otra. Es decir, estamos ante un límite a la libertad de trabajo (en su faceta de ejecución) que se entiende como ‘sólo con un empleador’.

Pues bien, tal pacto tiene antecedentes normativos en el derecho español y se le conoce como ‘pacto de dedicación exclusiva’. Específicamente, nos referimos a los numerales 1 y 3 el artículo 21 del ET –que también regula el PPL– cuyo texto es el siguiente:

Artículo 21. Pacto de no concurrencia y de permanencia en la empresa.

1. No podrá efectuarse la prestación laboral de un trabajador para diversos empresarios cuando se estime concurrencia desleal o cuando se pacte la plena dedicación mediante compensación económica expresa, en los términos que al efecto se convengan.
2. [...]
3. En el supuesto de compensación económica por la plena dedicación, el trabajador podrá rescindir el acuerdo y recuperar su libertad de trabajo en otro empleo, comunicándolo por escrito al empresario con un preaviso de treinta días, perdiéndose en este caso la compensación económica u otros derechos vinculados a la plena dedicación.
4. [...]

Dicho lo anterior, cabe preguntarnos ¿puede entenderse que en el ‘pacto de exclusividad’ –que regula la ley n.º 28131– está implícito un PPL? Entendemos que el pacto nominado por sí solo no contiene ninguna obligación de permanencia laboral. Nótese que dicha disposición normativa, si bien hace referencia a ‘por un periodo no mayor a un año’, se refiere al tiempo que estará vigente o durará dicha exclusividad laboral.

No obstante, debemos precisar que para otros autores, tanto el PPL como el pacto de exclusividad sí podrían –en la práctica– confundirse como si fuera lo mismo. Por ejemplo, Selma Penalva (2007) sostiene que: «Aunque el ‘pacto de permanencia’

pretende un objetivo distinto a aquel que se intenta conseguir a través de los ‘pactos de exclusividad’, no se puede negar que ambos compromisos se encuentran íntimamente unidos en la práctica y suelen presentarse simultáneamente.» (pág. 314)

Es más, Selma Penalva (2007) agrega que la existencia de uno de estos pactos no define ni si quiera el tipo de relación jurídica entre las partes contratantes:

Ni el ‘pacto de exclusividad’ ni el ‘pacto de permanencia’, en principio y considerados en abstracto, sirven por sí solos para determinar la naturaleza jurídica de una relación, pues se trata de alternativas de organización perfectamente lícitas y admisibles tanto en el seno de una relación laboral como en un vínculo civil o mercantil. (pág. 314)

Entonces, si un contrato de trabajo sujeto al régimen laboral especial del artista, intérprete y ejecutante contiene dicho ‘pacto de exclusividad’ y el trabajador no inicia otra relación laboral con otro empleador durante la existencia de un contrato de trabajo con pacto de exclusividad ¿la renuncia al empleo puede generar –por sí mismo– un incumplimiento a un PPL?

Para responder dicha interrogante, nos remitimos a Cadillo Ángeles (2009), quien refiere que un PPL celebrado con un trabajador artista:

[...] opera como límite razonable para la libertad de trabajo en tanto no lo suprime, puesto que el trabajador en ejercicio de su propio derecho a la libertad de trabajo, puede finalizar la relación laboral existente con su empleador, sin que este pueda retener al trabajador; pero, por haber renunciado, el empleador podrá reclamar al artista el pago de la indemnización por daños y perjuicios respectiva o de la penalidad acordada. (pág. 384)

En ese sentido, concluimos que la renuncia al empleo por parte del trabajador artista sí puede generar –por sí mismo– un incumplimiento a un PPL, sólo si se ha pactado la permanencia laboral –aun si no se usa estos términos expresamente e incluso si se incluyó un pacto de exclusividad–. Dicha permanencia debe ser pactada como

una obligación expresa en términos del plazo o tiempo que la relación laboral debe estar vigente y reforzada necesariamente por una cláusula penal compensatoria.

3.2 Una aproximación hacia los fundamentos de la permanencia laboral

3.2.1 Lo que pactamos realmente

3.2.1.1 ¿Pacto, contrato o convenio de permanencia laboral?

Nuestra investigación nos ha llevado a la firme convicción de que el PPL necesariamente implica un concierto de voluntades. Se necesita dos partes para la creación de una obligación de permanencia laboral –junto a otra obligación a cargo del empleador– para que se celebre válidamente un PPL. Así, en nuestro medio nacional encontramos autores como Chávez Núñez (2012) que sostiene que el PPL consistiría en: «[...] es un acuerdo negocial a través del cual el trabajador se compromete a quedarse en la empresa [...]» (pág. C3)

Es importante resaltar que el Tribunal Supremo, en un caso español, da cuenta de cómo se refiere el TSJ al PPL, denominándole incorrectamente *contrato de permanencia*, conforme vemos a continuación:

[...] la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid dictó sentencia el 15 de noviembre de 2010, recurso 3259/10, desestimando el recurso de suplicación formulado por la actora Continental Rail SA y estimando en parte el formulado por el trabajador demandado, condenando a éste a satisfacer a la empresa la cantidad de 27.302'72 euros. Razona la sentencia, respecto al recurso interpuesto por el trabajador, que el contrato de permanencia que las partes suscribieron el 1-8-06 se refiere a la formación cualificada del trabajador demandado [...]. (Continental Rail S.A. vs. Don Amador, 2011)

No obstante, en el mismo caso judicial precitado, tal Tribunal Supremo refiere con precisión que el PPL está inserto en una cláusula del contrato de trabajo; por tanto, es razonable esbozar que el PPL es accesorio al contrato de trabajo (porque puede o no añadirse al contrato):

La sentencia entendió que si bien era válido el contrato de formación suscrito entre las partes el 1-8-06, no era válida la cláusula del contrato en el que se pactaban 67.900 euros, como indemnización que habría de abonar el trabajador en caso de cese en la empresa antes del periodo de dos años -pacto de permanencia-, en proporción directa al tiempo restante hasta el agotamiento de los años que como deber de permanencia se pactan, ya que dicha cantidad ha sido fijada unilateralmente por la empresa sin justificar. (Continental Rail S.A. vs. Don Amador, 2011)

En este punto, debemos resaltar que en el Perú se le entienda más como un 'pacto', pues éste puede celebrarse paulatinamente junto a un 'convenio'. Ejemplo de autores que lo denominan y tratan como un pacto tenemos a Mejía Madrid, Toyama Miyagusuku o Pizarro Díaz, anteriormente citados

Sin embargo, existen otros autores que no lo entienden propiamente como un 'pacto'. Ejemplo de lo anterior lo encontramos con Sánchez Zapata (2016), quien –al interpretar el artículo 21.4 del ET– sostiene que:

Del texto antes citado, fluye indirectamente la realización previa de un convenio o negocio *inter partes*, por el cual el trabajador, consciente del otorgamiento por parte del empleador de cierto nivel de formación académica (realización de estudios de especialización profesional o técnica), conviene en celebrar con él, un pacto por el cual se compromete a permanecer en su puesto de trabajo, en clara aplicación de todos los nuevos conocimientos adquiridos en la capacitación o formación recibida, dándole seguridad al empleador, respecto de la impresión de la cuota de especialización que adquirió, y que tendrá que volcar a su puesto de trabajo. (pág. 29)

Sin embargo, no consideramos que sea necesario la existencia de un contrato de trabajo suscrito con anterioridad a la celebración de un PPL válido, puesto que estos dos actos pueden realizarse en simultáneo. Por ello, discrepamos de Sánchez Zapata (2016), quien indica que: «Los pactos de permanencia son convenios privados que son celebrados entre las partes que suscriben previamente un contrato laboral.» (pág. 32)

Debemos destacar que el mismo autor confunde los términos al entender que el PPL es un convenio. Consideramos que, o es un convenio de permanencia laboral o un PPL. Para nosotros, el término adecuado es PPL.

Otro autor nacional que tampoco conceptualiza al PPL como un ‘pacto’ es Galiano Gallardo (2016). Dicho autor entiende que el PPL estaría incluido dentro de una ‘contrato de capacitación y permanencia laboral’, al señalar que:

Es el acuerdo entre el empleador y el trabajador, mediante el cual el primero se obliga a cubrir los gastos de capacitación que requiere el segundo para que lleve a cabo la prestación personal de su servicio, quien a su vez se obliga a mantener el vínculo laboral con el empleador dentro de un plazo determinado. (págs. 206-207)

En este punto, cabe recordar la relación que existe entre los términos ‘convención’, ‘contrato’ y ‘pacto’ que desarrollamos en el numeral 1.3 del presente trabajo de investigación. Así, del trabajo de Arias-Schreiber (2006) precitado podemos realizar la siguiente tabla que grafica mejor la relación entre los términos en mención:



Tabla 4: Relación entre convención, contrato y pacto

Fuente: Elaboración propia basada en el trabajo de Arias-Schreiber (2006)

Así, si Galiano Gallardo (2016) utilizó el término ‘convenio’ como sinónimo de ‘convención’ o ‘contrato’, ello sería incorrecto. Nótese que la obligación de la que se habla aquí es la de permanencia laboral y es una sola. Por tanto, somos de la postura y concluimos que dicha obligación se crea propiamente a través de una PPL. Dicho pacto puede estar contenido en una cláusula dentro de un contrato o en un documento aparte, pero ello no debe llevarnos a la conclusión que es un contrato o convenio.

En este punto, precisamos lo expuesto por la Primera Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República (a través de la Casación n.º 1739-2003-PUNO, de fecha 6 de setiembre de 2005) cuando se refiere a las características de todo contrato en general, conforme se cita a continuación:

Dentro de esa perspectiva, el contrato de trabajo es un contrato personal más de los que existen que, por las reservas legales impuestas, ha de sujetarse a dichas limitaciones, pero sin vaciar el contenido de los elementos que esencialmente se presenten en todo contrato (voluntad), consentimiento, causa, objeto, conformidad con el orden público, forma entre otros). (Luis Mamani Miranda vs. Ministerio de la Presidencia y otro, 2005)

Ahora bien, sin perjuicio de discrepar de Galiano Gallardo (2016) en cuanto a la existencia propia de un ‘contrato de permanencia laboral’ y que éste sea de adhesión, si consideramos pertinente analizar el pensamiento que subyace a la siguiente cita textual:

En realidad, el contrato de capacitación y permanencia laboral es un contrato de adhesión porque el trabajador sólo tiene la alternativa de aceptar o rechazar íntegramente las estipulaciones fijadas por el empleador, quien puede aprovechar la situación de subordinación existente en la relación laboral para conseguir alguna clase de ventaja como se verá más adelante. (pág. 208)

No negamos la existencia del elemento de subordinación presente en todo contrato de trabajo. Es más, concordamos con dicho autor en el sentido de que dicha subordinación puede generar una suerte de ‘tómalo o déjalo’ para el trabajador. De hecho, es altamente probable que los términos de la mayoría de PPL sean redactados directamente por el empleador. Como se desarrolló en el numeral 1.2.4 del presente trabajo de investigación, un mecanismo supletorio de protección para el trabajador –para el caso de que el empleador sea quien imponga los términos del PPL– será entonces el *in dubio contra stipulatorem*.

No obstante, consideramos que el trabajador sí puede tener cierta capacidad para negociar los términos de un PPL, en la medida que la causa que motive la celebración de dicho pacto lo coloca en un nivel por encima del trabajador promedio. Incluso si dicho trabajador 'especial' no pudiera negociar los términos, no consideramos que dicho hecho signifique que el PPL sea un 'contrato de adhesión'.

En lo que sí coincidimos con Galiano Gallardo (2016) es en el carácter de accesoriedad de un PPL (para dicho autor, 'contrato de permanencia laboral'). Como bien señala, la subsistencia de la obligación de permanencia laboral está directamente ligada a la existencia de la relación laboral misma:

No se puede olvidar que el contrato de capacitación y permanencia laboral es de carácter accesorio porque depende de un contrato de trabajo, es por ello que la relación laboral se suspende de manera imperfecta, es decir durante la capacitación el empleador se encuentra obligado al pago de la remuneración correspondiente. (pág. 208)

No obstante, debemos marcar una diferencia con la cita textual anterior. Para dicho autor, la relación laboral debe necesariamente suspenderse de manera imperfecta con la finalidad de que el trabajador pueda disfrutar del beneficio otorgado por el empleador (prestación que será la causa que le motive a suscribir el PPL).

Nosotros concluimos que no es necesario una suspensión imperfecta de la relación laboral, pues hasta el mismo texto del segundo proyecto de la LGT señala que el PPL podrá celebrarse con una 'licencia con o sin goce de remuneración'. Por ende, puede haber una suspensión perfecta o imperfecta de las obligaciones laborales del contrato de trabajo.

Es más, dado que tenemos una posición menos conservadora, tampoco consideramos que sea necesario una suspensión de la relación laboral. Asumamos por un momento que un empleador ofrece la causa más común de un PPL (léase, una capacitación académica profesional). No obstante, dicha capacitación será en la

misma ciudad donde labora el trabajador y sin goce de haber (suspensión perfecta de la relación laboral).

En nuestro ejemplo, el trabajador puede optar por no suspender la relación laboral de ninguna manera (porque necesita la remuneración) y tomar igualmente el beneficio. En consecuencia, dicho trabajador continuaría ejecutando sus funciones en el horario habitual y jornada ordinaria de trabajo, para luego estudiar una maestría en horario nocturno ¿Es posible? Consideramos que sí. Dependerá de cómo se negocie dicho PPL.

3.2.1.2 De la obligación principal en el pacto de permanencia laboral: la prestación a cargo del trabajador

Partamos de la siguiente reflexión: ¿qué se entiende por un PPL? Una de las primeras voces la encontramos en la siguiente cita de Rubio de Medina (2005). Dicha autora –al comentar sobre los particulares pacto contenido en el artículo 21 del ET– destaca que tales pactos (incluido el PPL) crean prestaciones o comportamientos de no hacer, conforme se puede observar a continuación:

Como puede observarse por lo expuesto, son cuatros pactos, cada uno de los cuales tiene determinadas peculiaridades y características, de ahí la extrañeza a que el Estatuto de Trabajadores los presente de forma unificada; siendo el elemento común el compromiso que contrae el trabajador de no realizar determinados comportamientos (cometer deslealtad con el empleador, hacerle la competencia tras la finalización de a relación laboral, no darle plena dedicación, o marcharse de la empresa antes de que transcurra un plazo determinado), que conllevan como contraprestación un emolumento económico. (pág. 11)

Una primera aproximación la encontramos en los términos de Pizarro Díaz (2006) cuando menciona que el PPL: [...] consiste en el compromiso que adquiere el trabajador de no ejercer su derecho a disolver el vínculo laboral, regulado en nuestra legislación por el Artículo 18° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral por un plazo determinado.» (pág. 138)

Años más tarde, Pizarro Díaz (2012) también manifestó que el PPL es: «[...] una sujeción del contrato de trabajo a un plazo que resulta forzoso para el trabajador. Es decir, este acuerdo impone al trabajador una obligación adicional y restringe su derecho a decidir si trabaja o no y para quien.» (pág. 1)

Pues bien, debemos indicar que la primera aproximación al concepto de un PPL precitado tiene un contenido con el cual discrepamos parcialmente. Sí coincidimos con la existencia de una restricción a la libertad de trabajo (en su faceta de salida) así como la existencia de una obligación adicional. Respecto del derecho constitucional, nos remitimos a lo desarrollado en el numeral 3.2.2 del presente trabajo de investigación. Respecto a la obligación adicional, precisamos que consiste en la permanencia laboral, pues –en estricto– sí existe una sujeción determinada en el tiempo a una relación laboral determinada.

En lo que no coincidimos es en el término ‘forzoso’, pues dicha palabra podría conllevarnos a supuestos de inconstitucionalidad y responsabilidad penal. Estos aspectos se han desarrollado en el numeral 3.2.4 del presente trabajo de investigación.

Entonces, debemos partir de la idea de que la obligación adicional mencionada que se crea a favor del empleador tiene un elemento volitivo que debe estar presente en todo PPL válido. En virtud de la anterior, estamos de acuerdo con Sánchez Zapata (2016) cuando precisa que: «Es el trabajador entonces el que se obliga voluntariamente frente a su empleador, a permanecer en su centro de trabajo bajo las condiciones expuestas en el pacto a ser suscrito con su empleador.» (pág. 32)

Así, tenemos autores nacionales que sugieren que una de las prestaciones que se generan por la obligación principal (la cual se crea a través de un PPL válido) sería el condicionamiento o sujeción de la facultad de resolver unilateralmente el contrato de trabajo a través de la sola voluntad del trabajador. Para nosotros, se trata de una prestación de no hacer: no ejercer el ‘derecho de dimisión’ como se le conoce en España o Chile. Así, Sánchez Zapata (2016) nos dice que:

En un primer momento, se pensó en su regulación a través de lo que establecía el Anteproyecto de la Ley General de Trabajo, el mismo que expresamente estipulaba la posibilidad de que el empleador pueda celebrar válidamente un pacto de permanencia con sus trabajadores, obviamente, en la medida de que exista un sustento – corroborable-, por el cual se pueda condicionar la voluntad de trabajador de extinguir unilateralmente la relación de trabajo. (pág. 30)

Por otro lado, –a pesar de que discrepemos con la figura contractual de ‘contrato de permanencia laboral’ conforme se ha desarrollado en el numeral 3.2.1.1 del presente trabajo de investigación– coincidimos con Galiano Gallardo (2016) cuando comenta sobre el contenido de la obligación del trabajador en un PPL válido cuando señala que: «El trabajador estila asumir las siguientes obligaciones: [...] (ii) una vez concluida la capacitación el trabajador debe mantener vigente la relación laboral con el empleador por un plazo de tiempo determinado.» (pág. 207)

Ese ‘deber mantener vigente’ puede conceptualizarse –en palabras de Tribunal Supremo español– como un ‘deber de permanencia’. Dicho deber se crearía a través de un PPL válido, el cual puede estar contenido en una cláusula inserta en el contrato de trabajo o en documento aparte:

La sentencia entendió que si bien era válido el contrato de formación suscrito entre las partes el 1-8-06, no era válida la cláusula del contrato en el que se pactaban 67.900 euros, como indemnización que habría de abonar el trabajador en caso de cese en la empresa antes del periodo de dos años -pacto de permanencia-, en proporción directa al tiempo restante hasta el agotamiento de los años que como deber de permanencia se pactan, ya que dicha cantidad ha sido fijada unilateralmente por la empresa sin justificar. (Continental Rail S.A. vs. Don Amador, 2011)

Sin embargo, consideramos más apropiado entender al PPL como un pacto que crea una obligación, un compromiso, de permanencia laboral. Así, Chávez Núñez (2012): «[...] es un acuerdo negocial a través del cual el trabajador se compromete a quedarse en la empresa [...]» (pág. C3)

Es más, podemos ver expresamente como la misma Chávez Núñez (2012) refiere a que el objeto de un PPL válido es la 'obligación de permanencia laboral', conforme se lee a continuación:

«Asimismo, siendo la finalidad de este pacto la obligación de permanencia del trabajador, es usual que las partes prevean la indemnización económica que corresponde percibir al empleador si el trabajador abandona la empresa antes del periodo convenido. [...] el pacto de permanencia es un negocio jurídico a través del cual se estipula una obligación con cláusula penal.» (pág. C3)

No debemos obviar que la cláusula penal referida en la cita textual anterior es –en esencia– una obligación accesoria a una obligación principal única. Dicha obligación principal es la permanencia laboral del trabajador. En tal sentido, concluimos que es más adecuado denominarle 'obligación de permanencia laboral', en lugar de deber. Esta obligación puede contener diversas prestaciones (comportamientos) destinados a que la relación laboral se mantenga vigente en el plazo pactado por las partes. Pero, las más importantes –en nuestra consideración– son de no ejercer temporalmente la facultad de dimisión o renuncia al empleo y no incurrir en una causa justa de despido disciplinario.

Para fundamentar nuestra postura, consideramos pertinente que nos remitamos a doctrina civil autorizada para determinar qué puede ser una 'obligación' o un 'crédito'. Así, Mejorada Chauca (2014) manifiesta que:

El crédito permite a una persona –acreedor– exigir a otra –deudor– el cumplimiento de una prestación, un comportamiento de dar, hacer o no hacer, de acuerdo con los artículos 1132, 1148 y 1158 del Código Civil. Es un derecho porque el acreedor puede conminar al deudor, incluso por la fuerza, a cumplir su obligación. (pág. 270)

Entonces, toda obligación también es denominada 'crédito', pues el objeto de éste es la 'prestación' (o comportamiento). Por ende, la obligación de permanencia laboral que se crea por un PPL también constituiría un crédito del empleador, mientras que será una deuda para el trabajador. En palabras de Mejorada Chauca (2014): «La prestación que es objeto del crédito puede tener diversa naturaleza: a)

[...]; b) [...]; c) Una abstención. Por ejemplo, Pedro se obliga ante Juan a no sembrar lechugas en su fundo por cierto tiempo; o d) [...]» (pág. 271)

Así, también podemos concluir que el crédito del empleador-acreedor consiste en exigir el cumplimiento de la obligación de permanencia laboral a su trabajador-deudor. Dicha obligación se crea a través de un PPL válido y exige las prestaciones de no hacer antes graficadas. Sin embargo, si el trabajador-deudor igual ejecutara las prestaciones a las que se comprometió, no se le puede compeler por la fuerza a cumplir dicha obligación.

Si se utiliza la fuerza, el empleador vulneraría el derecho constitucional a la libertad de trabajo (este tema se ha desarrollado en el numeral 3.2.2). Asimismo, también se podría cometer, incluso, un delito de trabajo forzoso (este tema se ha desarrollado en el numeral 3.2.4).

En tal sentido, sin perjuicio de que no se pueda compeler al trabajador-deudor a cumplir el PPL, debemos tener claro que las prestaciones o comportamientos esperados por el empleador-acreedor (objeto de cualquier obligación) son de dar, hace y no hacer. En esa línea de pensamiento, debemos tener claro que la obligación de permanencia laboral tiene por objeto prestaciones de no hacer. Así, Chávez Núñez (2012) precisa que el PPL: «[...] es un negocio jurídico a través del cual se estipula una obligación con cláusula penal. Para el trabajador constituye una obligación de no hacer. Se compromete a no retirarse por propia voluntad [...]» (pág. C3)

En consecuencia, nos remitimos al siguiente gráfico de autoría propia a continuación para identificar cuáles son las prestaciones que espera el empleador de su trabajador:

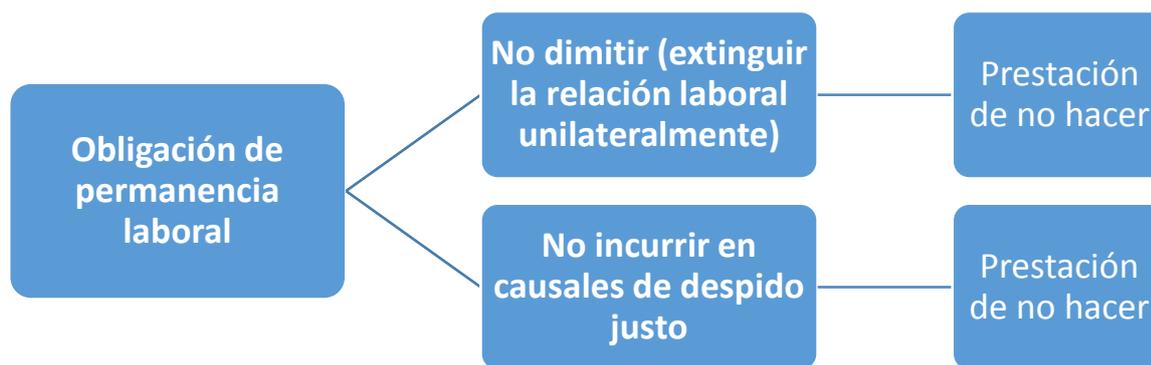


Tabla 5: Prestaciones de la obligación de permanencia laboral

Fuente: Elaboración propia

Por ende, discrepamos de Pizarro Díaz (2012) cuando señala el PPL crea una obligación con prestaciones de ‘hacer’: «Debe entenderse que, tratándose de una obligación de hacer, es jurídicamente imposible obligar al trabajador a cumplirlo y continuar trabajando si él no desea hacerlo, ya que caería en un supuesto de trabajo forzoso.» (pág. 2)

Es más, para reforzar esta idea de que la prestación principal en la obligación que crea el PPL, nos remitimos a De Val Tena (2014), quien sostiene que el trabajador: «[...] no renuncia a la dimisión fundada en una de las causas previstas en el artículo 50 del mismo texto –despido indirecto–, sino, solamente, a la dimisión *ad nutum* o *sine causa*. (pág. 45). Dicho en otras palabras, lo que se restringe temporalmente es la facultad de renunciar o dimitir al empleo (en términos civilistas, resolución unilateral del contrato de trabajo) sin expresión de causa.

En este extremo, nos planteamos las siguientes interrogantes: ¿la permanencia laboral –entendida como obligación– puede ser objeto de otras figuras civiles, como una garantía inmobiliaria? Para acercarnos a una respuesta certera, nos remitimos nuevamente a Mejorada Chauca (2016) quien nos dice que:

Los créditos son bienes muebles. Así se desprende de la interpretación de los incisos 5, 7 y 10 del artículo 886 del Código Civil, así como del inciso 10 del artículo 4 de la LGM. Son “muebles” porque así lo dice la ley, no porque se muevan de un lugar a otro. Los créditos son bienes inmateriales que no ocupan lugar en el espacio, no se mueven

ni se dejan de mover. Son producto de una ficción jurídica que consiste en llamar “mueble” a un derecho patrimonial. Igual se les pudo llamar “inmuebles” o de cualquier otra forma. (pág. 270)

En consecuencia, dado que el crédito es considerado un ‘bien mueble’ para nuestro CC peruano, –en principio– se podría constituir una garantía mobiliaria sobre él. No obstante, debemos reparar en el hecho de que la obligación de permanencia laboral sólo puede ser cumplida por una única persona: el trabajador-deudor. En ese sentido, Mejorada Chauca (2016) advierte que:

El crédito es un activo –un bien– del acreedor, quien normalmente puede transferirlo en su integridad o sólo parcialmente –es decir, sólo algunos derechos sobre el bien. La posibilidad de que el crédito o sus derechos circulen depende de lo que diga el título que le dio origen. Si éste guarda silencio y no estamos ante un derecho personalísimo, entonces el crédito puede circular. (págs. 270-271)

Nótese aquí, entonces, que es válido concluir que la obligación de permanencia laboral es de carácter personal. Es decir, sólo puede ser cumplida por el trabajador y no, a través de terceros. Este razonamiento es compartido por el mismo Tribunal Supremo español cuando resalta que:

“[...] Es claro que al ser personalísima la obligación de trabajar no puede imponerse al trabajador su cumplimiento de donde se desprende –en análoga secuencia al artículo 924.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil– que la reparación del incumplimiento se haga por la vía de la indemnización de daños y perjuicios –como de un modo general ocurre, según los artículos 1101 y siguientes del Código Civil– en todo caso de incumplimiento contractual; resarcimiento que en el supuesto litigioso ha sido fijado equitativamente en razón a los desembolsos realizados por el empleador para la especialización del trabajador.” (Hispania Líneas Aéreas, S. A. vs. Don Luis Miguel, 1991)

Esta idea de que la permanencia laboral es una obligación personalísima también es resaltada por autores nacionales. Por ejemplo, Chávez Núñez (2012) indica que: «Se deduce también que es un negocio jurídico unilateral, que obliga únicamente al

trabajador, si bien solo puede estipularse cuando se dé el presupuesto jurídico de la especialización profesional de este.» (pág. C3)

Por último, pero no menos importante, debemos precisar que la obligación de permanencia laboral es colateral a la obligación a cargo del empleador. Por lo general, tal obligación será el beneficio de la capacitación. Ahora bien, el costo de tal beneficio deberá ser asumido por el empleador. Por tanto, la esencia misma del PPL no permite que un tercero asuma el costo económico de la prestación que le interesa al trabajador –léase, el beneficio a recibir, como la capacitación–, por lo que, en palabras de García Viña (2000):

En todo caso, cualquiera que sea la naturaleza del contrato, es requisito esencial para su validez que se haya proporcionado al empleado una especialización profesional con cargo al empresario que, en caso de duda, deberá ser éste quien acredite esta circunstancia. El Estatuto de los Trabajadores está pensando en una formación especial, al margen de la normal, dirigida a realizar trabajos muy concretos, de manera que el trabajador puede llegar a convertirse en un objeto muy valioso para su empresario, y por la misma razón, codiciable para otras empresas de la competencia. Además, se regula que sólo podrá llegarse a este pacto cuando la formación que se pretende "proteger" la costeó el empresario; por lo que no cabrá este acuerdo cuando la instrucción recibida por el trabajador hubiera sido financiada por cualquier otra persona, física o jurídica, que no sea el empresario. (págs. 641-642)

3.2.1.3 La causa jurídica: beneficio otorgado por el empleador

En primer lugar, debemos partir de la siguiente pregunta: ¿qué es la causa? Para tal efecto, nos remitimos al concepto que nos proporciona Beltrán Pacheco y Campos García (2009) a continuación:

Respecto a la causa del negocio jurídico, como elemento determinante de este, es concebido por nosotros, en su variable concreta, como el propósito práctico perseguido por los sujetos; es decir en buena cuenta, la causa es la función económica individual del negocio jurídico, la cual se desprende del texto expreso del negocio o, en función a circunstancias concretas, del contexto del mismo, en caso ello no sea posible, la causa del negocio, siempre estará en última instancia subordinada o

coincidirá (pero nunca se equiparará) con el interés típico; es decir, con el interés socialmente relevante en su configuración abstracta. (pág. 211)

Entonces, la pregunta clave aquí es ¿qué persiguen las partes contractuales en la celebración de un PPL? En este apartado veremos que lo que persigue el trabajador es el beneficio ofrecido por el empleador. En cuanto a lo que persigue el empleador, ello ha sido desarrollado en el numeral 3.2.1.4 del presente trabajo de investigación.

Según Beltrán Pacheco y Campos García (2009): «Es bajo esta perspectiva que reconocemos, a nivel doctrinario, tres requisitos que debe cumplir la causa como elemento de validez del negocio jurídico: realizabilidad, seriedad y la licitud.» (pág. 209) No obstante, consideramos más pertinente denominarle ‘características’ que ‘elementos’ de la causa. Por tal motivo, y al considerar dicha cita textual, nos permitimos realizar el siguiente esquema a continuación:

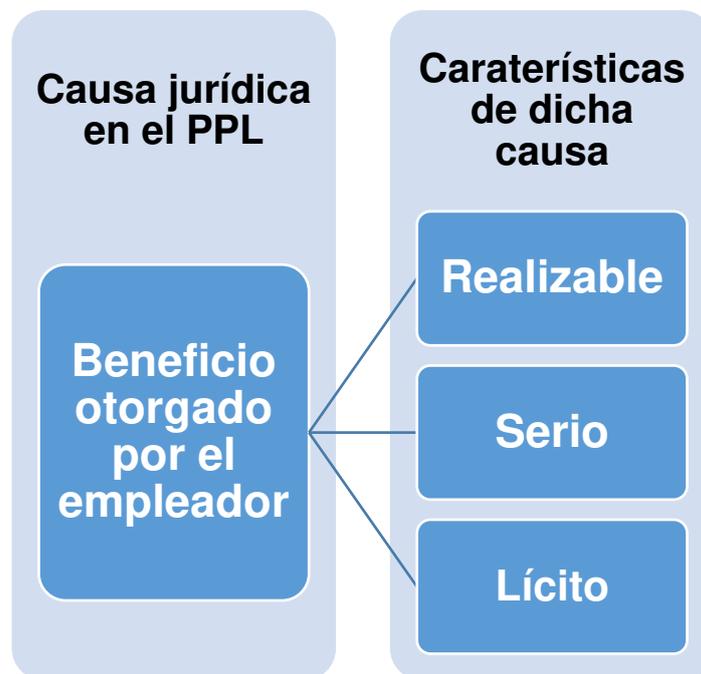


Tabla 6: Características de la causa jurídica en un PPL

Fuente: Elaboración propia basada en el trabajo de Beltrán Pacheco y Campos García (2009)

Que el empleador ofrezca un beneficio de alto interés para el trabajador es realizable pues basta que se ejecute la prestación del empleador para que haya eficacia

jurídica en el PPL. Que el beneficio que otorgará el empleador sea serio implica que el trabajador valora altamente dicho beneficio ('juicio de relevancia' en palabras de los autores precitados). Por último, que el beneficio sea lícito implica que éste no atente contra la ley (en su sentido más amplio), el orden público ni las buenas costumbres.

Por tal motivo, podemos concluir que lo que persigue el trabajador en un PPL constituye una causa jurídica tutelable por el ordenamiento. Nótese que el calificativo de 'jurídica' radica en el hecho de que los beneficios que pretende alcanzar el trabajador (a través de un PPL) merecen tutela, siempre que sean equilibrados con la restricción a la libertad de trabajo. Además, debemos resaltar que los beneficios que interesan al trabajador en un PPL son una **especie de contraprestación a una limitación extrínseca del derecho constitucional a la libertad de trabajo**. Dicha contraprestación no tiene carácter salarial o remunerativo.

Por ello, coincidimos con Pizarro Díaz (2006) cuando –al analizar diversos pactos que limitan la libertad de trabajo en sus diferentes facetas (como, por ejemplo, el pacto de no competencia)– sostiene que: «Ahora bien, en todos los pactos indicados es posible, e inclusive en algunos resultaría necesario, que el trabajador reciba una compensación especial, distinta de su remuneración habitual, que justifique la limitación impuesta a su libertad de trabajo.» (pág. 132)

Es claro, entonces, concluir que el contrato de trabajo es un negocio jurídico y, dentro de éste, puede crearse diversas obligaciones laborales. Así, para determinar qué implica realmente un PPL, debemos siempre remitirnos a su causa. Es decir, debemos saber cuál es la causa jurídica que motiva la celebración de un PPL. ¿Pero cómo averiguamos cuál es dicha causa? En palabras de Bringas Díaz (2013), debemos interpretar dicho negocio jurídico para tal efecto:

Entonces, interpretar causalmente el negocio o el contrato aplicando supletoriamente las reglas contenidas en el Derecho Común implica analizar la finalidad o patrimonialidad del negocio en concreto mediante la causa o fin para que esta pueda ser congruente con su función concreta. (pág. 25)

Así, debemos resaltar que la jurisprudencia española –desde hace veinte (20) años– sostiene que lo que subyace a un PPL es una causa jurídica ‘suficiente’ y que sea, a su vez, lícita. Para ilustrar lo anterior, nos remitimos a la siguiente sentencia del Tribunal Supremo, que ha sido citada en posteriores casos donde se resuelven conflictos derivados del incumplimiento de un PPL, la cual precisa lo siguiente:

Parece claro de todas maneras que un pacto de permanencia mínima impone una restricción más o menos severa de las libertades profesional y de trabajo del trabajador ("libre elección de profesión u oficio"), reconocidas en los artículos 35.1 de la Constitución y 4.1.a. del ET, que puede ser válida en determinados supuestos, como el previsto en el art. 21.4 del ET, pero que debe estar fundada en causa suficiente y debe reunir, además, para que pueda apreciarse su licitud o carácter no abusivo, determinados requisitos mínimos de proporcionalidad o equilibrio de intereses. (Don Jesús Miguel vs. Banco Español de Crédito, S.A. -BANESTO-, 2000)

Como se advierte, el mismo Tribunal Supremo español reconoce la variedad de causas jurídicas (léase, ‘determinados supuestos’), dentro de las cuales, la ‘especialización profesional’ recogido en el artículo 21.4 del ET. Debemos resaltar que el mismo Tribunal Supremo español da cuenta a través de los años de la idea matriz (‘causa suficiente’) que subyace detrás de todo PPL (como el regulado en España): un equilibrio o proporcionalidad de intereses de las partes.

A pesar del cumplimiento formal y aparente de los requisitos legales a los que acabamos de hacer referencia, la cláusula en cuestión no parece estar fundada en causa suficiente para apreciar su licitud o carácter no abusivo, pues no existe la necesaria proporcionalidad o equilibrio de intereses para justificar "la renuncia del trabajador de su derecho a dimitir" que, en palabras de la Sentencia de esta Sala de 7 de Abril de 1995 (Recurso 2810/93), es lo que supone en definitiva el pacto de permanencia. (D. Raúl vs. Banco Español de Crédito, S.A. -BANESTO-, 2001)

Estos intereses –a criterio de Tribunal Supremo español– se traducen en derechos y deberes que atañan a las partes de un PPL, los cuales deben mantener un equilibrio que no suponga un mayor posicionamiento de uno frente a otro. Por ello, no cabe

hablar de un *equilibrio de intereses* si la ejecución de un PPL dentro del plazo inicialmente pactado depende única y exclusivamente de una de las partes:

B) La cláusula litigiosa no respeta el necesario equilibrio entre los derechos y deberes que en los contratos sinalagmáticos debe asumir cada contratante, con el fin de que no quede al arbitrio de uno sólo de ellos la validez y el cumplimiento (art. 1256 del Código Civil), pues el aludido equilibrio se rompió desde el momento en que el Banco empleador únicamente contraía el compromiso de que la relación laboral durara seis meses, en tanto que el trabajador se vinculaba a la empresa durante dos años. Situación diferente habría supuesto el hecho de que la cláusula en cuestión hubiera tenido la misma duración temporal de los mismos seis meses por los que se pactó inicialmente el contrato en prácticas, supuesto éste que no es, sin embargo, el sometido a la consideración de la Sala, por lo que razones de congruencia nos impiden pronunciarnos sobre él en este momento. (D. Raúl vs. Banco Español de Crédito, S.A. -BANESTO-, 2001)

No sólo la jurisprudencia española coincide con la idea de una causa en el PPL, sino también la doctrina de dicho país. Por tal motivo, Mella Méndez (2013) – al comentar sobre la ‘especialización profesional’ en el PPL regulado en el ET– resalta que esa es la causa de tal pacto:

Esta particular formación se convierte en la causa específica y especial del pacto de permanencia; de ahí que, a diferencia de lo que ocurre en los otros pactos (de no concurrencia), ya no sea necesario retribuir al trabajador por la limitación de libertad que aquel impone. Aquí, la ventaja o contraprestación para aquel es la cualificación profesional recibida y que debe aprovechar al empresario que la financió. (pág. 211)

En nuestro país, también se concibe que el PPL debe tener una causa jurídica que represente un ‘equilibrio de intereses’. Así, Sánchez Zapata (2016) –al referirse al PPL– señala que: «[...] al ser un aspecto beneficio para ambas partes, existe legislación nacional supletoria que incide con ciertos vestigios en la elaboración de esta clase de determinaciones consensuales.» (pág. 30)

Otro autor nacional que se refiere indirectamente a este equilibrio de intereses es Toyama Miyagusuku (2012). Básicamente, la idea de una permanencia laboral sin una retribución o beneficio suficiente para el trabajador implica necesariamente la invalidez de dicho PPL. Por ende, estamos de acuerdo con la afirmación del autor en mención cuando –al analizar la nulidad parcial en el contrato de trabajo– señala que las cláusulas: «[...] que contravienen las normas como [...] un pacto de permanencia mínima sin una retribución o beneficio percibido por el trabajador. En estos casos, la nulidad de las cláusulas respectivas no acarrea la nulidad del CT.» (pág. 457)

A mayor abundamiento, podemos advertir otro caso ocurrido en la jurisprudencia española donde el TSJ entiende que detrás de todo PPL español debe haber necesariamente un *sacrificio estimable* a cargo del empleador, conforme se observa a continuación:

En el acuerdo controvertido, aparte de la superación de estos límites, cabe apreciar un abuso de posición dominante de parte de la empresa demandada, que, sin sacrificio estimable por su parte, pretende obtener las garantías o ventajas propias de un pacto de permanencia, sin cumplir los presupuestos y limitaciones que la ley impone al empresario, por lo que tal acuerdo ha de considerarse nulo y, como corolario necesario, también nulas las estipulaciones contrarias a los derechos del trabajador, lo que hace pertinente la aplicación al caso de lo prevenido en el art. 1306.2 del Código Civil, por lo que el trabajador "podrá reclamar lo que hubiera dado, sin obligación de cumplir lo que hubiera ofrecido". (Don Lucas vs. Compañía de Actividades y Servicios de Aviación, S.L., 2006)

Por otro lado, tenemos un ejemplo de falta de proporcionalidad, cuando se celebra un PPL donde el empleador se obligó a asumir el costo de un curso a distancia (virtual) por el valor de € 300.00 (S/ 1,146.00 aproximadamente) y el trabajador se obligó a permanecer por un plazo de dos (2) años en la empresa, conforme se observa a continuación:

[...] la trabajadora tenía una amplia formación previa, y la dada a distancia por la empresa tuvo un coste de menos de 300 euros, lo que no justifica una permanencia mínima en la empresa de dos años ni, por consiguiente, que tenga que indemnizarla

en caso de incumplimiento con la cantidad de 2.500, al ser una cláusula abusiva y contraria a la prohibición de renuncia anticipada de derechos del artículo 3.5 del ET, que ha de tenerse por nula y sin consecuencia alguna. (Doña Marí Trini vs. Fianz Soluciones Financieras, S.A., 2006)

Ahora bien, resulta oportuno poner en relieve qué característica debe tener la prestación que realice el empleador en favor de su trabajador para que, a su vez, se pueda constituir como una causa jurídica suficiente y razonable que justifique la celebración de un PPL. Así, tenemos que el Tribunal Supremo español ha referido lo siguiente:

La especialización profesional a cargo de la empresa que justifica el pacto de permanencia mínima [...] aquella formación singular o cualificada, que suponga un coste especial o extraordinario para la empresa, y que produzca al mismo tiempo un enriquecimiento del patrimonio o valor profesional del trabajador fácilmente identificable. (Don Jesús Miguel vs. Banco Español de Crédito, S.A. -BANESTO-, 2000)

Entonces, concluimos que la causa que otorga validez a un PPL debe significar necesariamente o un enriquecimiento en el patrimonio del trabajador o un incremento de su valor profesional. En el primer caso tenemos a todos los supuestos en donde no necesariamente exista una ‘especialización profesional’ en favor del trabajador. Dentro del segundo caso, tenemos a la ‘especialización profesional’ del trabajador (extraordinaria, para el derecho español; pero que en el Perú podría también abarcar a la ordinaria).

Cuando nos referimos con anterioridad a una especialización profesional ‘ordinaria’, debemos precisar que en el Perú ello debería entenderse en una concepción más amplia. Tengamos en cuenta la realidad económica y social del Perú que se desarrolló en el subcapítulo 3.2 sobre el impacto económico de la permanencia laboral.

En nuestro país no cualquier persona puede acceder a estudios de calidad ni cuenta con los recursos financieros para costear algún curso especializado si quiera. Ya sea

por responsabilidades de otra índole, pero de prioridad mayor, como familiares o deudos hipotecarios, por citar ejemplos frecuentes.

Si esto es así, nuestra posición concluye que el PL no debería limitarse a regular el PPL de la misma manera como en el ET, ni tampoco que el PJ interprete el beneficio del trabajador ('especialización profesional') a que necesariamente sea uno de carácter extraordinario. La existencia del PPL español coexiste con otros derechos que deben ser y son interpretados sistemáticamente.

Debemos poner énfasis en el hecho de que en España se entiende que la 'especialización profesional' deba ser necesariamente 'extraordinaria' porque existe un derecho a la promoción y formación profesional en el trabajo. Esto último ha sido desarrollado en el numeral 3.8.4.1 del presente trabajo.

Por tal motivo, no deberíamos interpretarlo ni aplicarlo de la misma manera en el Perú. Las razones que conlleven a los empleadores y trabajadores a celebrar un PPL pueden ser para suplir deficiencias académicas o completar conocimientos técnicos inconclusos. Por ejemplo, Sánchez Zapata (2016) resalta lo siguiente:

De este modo, el empleador, consciente de que su capital humano ha mostrado las aptitudes que tienden a desarrollar su negocio, opta por su permanencia en los puestos de trabajo respectivos que ocupa dicho personal primigenio. Sin embargo, surgen muchas veces situaciones que guardan relación directa con la capacidad académica que tienen los trabajadores, y es que pueden tener aptitudes para forjar su buen desempeño laboral, pero muchas veces dichas aptitudes no son acompañadas con un adecuado bagaje académico –profesional o técnico–, para la labor que desempeñan, convirtiéndose esto en un obstáculo para un mejor desarrollo de la labor y por ende de la empresa. (pág. 28)

El autor precitado expande el contenido de la causa jurídica (beneficio de alto interés) de todo PPL cuando señala que el posible beneficio que se le puede otorgar al trabajador es de índole profesional o técnico. Es decir, dicho de otra forma, no solamente debe pensarse el PPL para los cargos ejecutivos quienes indudablemente pueden especializarse mediante cursos altamente especializados. También debe

pensarse para el personal técnico, según la posición que ocupe en la estructura empresarial. Entonces, Sánchez Zapata (2016) refiere –a propósito de la intención de suplir o complementar estudios– que:

Es en virtud de ello que el empleador tiende a otorgar beneficios que están ligados con la formación profesional o técnica de sus trabajadores, según los puestos de trabajo que ocupen, y la entrega de este beneficio al trabajador, si bien se mantendrá dentro de su perfil académico para futuros desenvolvimientos laborales, tiene que ser primeramente –según la razonabilidad del empleador–, volcado a favor de la empresa que optó por beneficiar de dicha forma al trabajador. (pág. 28)

Estamos de acuerdo con el hecho que responde a un sentido lógico: el empleador que invierte en un trabajador para suplir deficiencias académicas o complementar conocimientos técnicos desea recuperar en el tiempo dicha inversión. No vemos otra cosa aquí que una legítima expectativa de que el trabajador desempeñe sus funciones bajo un alto estándar de calidad. No olvidemos, además, que dicho trabajador recibe un beneficio de tal índole porque su empleador le ha otorgado una confianza por encima de otros trabajadores.

Por otro lado, debemos mencionar que en nuestro país hemos encontrado otras causas jurídicas distintas a la ‘especialización profesional’ o la ‘capacitación’. Un ejemplo de ello es la formación que se da a los deportistas profesionales en el Perú (salvo el fútbol profesional, que tiene sus normas reglamentarias específicas).

Es válido concluir que la causa jurídica de un PPL puede estar ligado con la inversión que el club deportivo (empleador) realiza respecto de formación de tal futbolista (de ahí la denominación ‘derechos de formación’). Dicha formación, sin duda, también se valoriza económicamente en el mercado para dichos trabajadores y produce un incremento del ‘valor profesional del trabajador fácilmente reconocible’.

En efecto, la causa jurídica que justifica la obligación de permanencia laboral son los derechos de formación del club deportivo o entidad empleadora. La diferencia en esta industria especial es que dicha obligación no es de fuente contractual (como un

PPL), sino de fuente legal. Así, por ejemplo, Seligrat González (2013) da cuenta de la naturaleza jurídica de la ‘indemnización por derechos de formación’ en España al señalar lo siguiente:

Así las cosas, el fundamento de la indemnización prevista en el artículo 16 del Real Decreto 1006/1985, parece encontrarse en los gastos económicos de inversión realizados por el club deportivo en la formación del deportista profesional, el cual tiene derecho a extinguir anticipadamente su contrato sin alegar causa imputable al club, pero debiendo abonar en este caso una indemnización, que en la gran mayoría de los casos vendrá establecida en el propio contrato (pudiendo ser moderada por los Tribunales) o en su defecto, fijada por el juzgador que conozca del litigio. (pág. 205)

Para mayor detalle, nos remitimos a lo desarrollado en el numeral 3.1.2.3 del presente trabajo de investigación. Como desarrollamos en dicho numeral, –salvo en el fútbol profesional– consideramos que es válido que se suscriba un PPL cuando el deportista profesional tenga como interés la formación que le puede brindar una institución deportiva. Nótese que este tipo de empleador está interesado en brindar un beneficio de formación que no tiene que ver con conocimientos de capacitación académica. Es más, los conceptos englobados en esta ‘formación’ para deportistas profesionales puede ser la educación básica, alimentación y hasta vivienda.

Otro ejemplo de causa jurídica válida lo encontramos en el caso de trabajadores artísticos. La causa está ligada con la inversión que hace el empleador respecto a la imagen del artista. Dicha imagen, sin duda, se valoriza económicamente en el mercado para dichos trabajadores y produce un incremento del ‘valor profesional del trabajador fácilmente reconocible’.

Por un lado, tenemos que en un proceso judicial de pago de penalidad (el cual se detallará más adelante) se alude a que ésta contempla los daños por la inversión del empleador. Dicha inversión fueron **la implementación y lanzamiento de programa de televisión** (causa jurídica de la obligación de permanencia laboral) que favorece indirectamente al trabajador artista:

QUINTO: [...] la demandada al haber sido contratada como artista exclusiva para el programa Risas de América demuestra que su empleador efectuó alguna inversión para implementación y lanzamiento al aire de dicho programa, que si bien no ha sido cuantificado no puede negarse su existencia, [...] (Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. vs. Tula Gabriela Rodríguez Quintana, 2007)

Por otro lado, tenemos que en un proceso arbitral de pago de penalidad (el cual se detallará más adelante) se alude a que ésta contempla los daños por la inversión del empleador. Dicha inversión fueron los **gastos de publicidad y promoción de la imagen del artista** (causa jurídica de la obligación de permanencia laboral) realizados en favor del trabajador:

En la cláusula décima del Contrato de Trabajo suscrito entre CPR y el señor SIERRA, se pactó una cláusula penal donde las partes acordaron que si el señor SIERRA resolvía el contrato antes del 31 de diciembre de 2009, éste se obligaba frente a CPR al resarcimiento por los gastos de publicidad y promoción que haya realizado la empresa respecto de la imagen del artista y valorizaron el gasto mensual de publicidad y promoción en [...] (Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. vs. Edwin Sierra Enríquez, 2010)

Como vemos, es válido concluir que en estos casos encontramos una causa jurídica diferente de la tradicional ‘especialización profesional’ regulada en el derecho español. Estas causas jurídicas que justifican la existencia de una cláusula penal compensatoria ligada a una obligación de permanencia laboral (ya sea por pacto o ley). Asimismo, los ‘gastos de publicidad y promoción’ (que incidan en la imagen del artista) y los ‘derechos de formación’ (para el óptimo desarrollo del deportista) guardan similitudes con la ‘especialización profesional’ que costea el empleador, puesto que en ambos casos se genera una inversión por parte de la compañía que merece tutela y protección por parte del ordenamiento jurídico.

El equilibrio de intereses del trabajador y empleador puede ser graficado en la siguiente tabla:

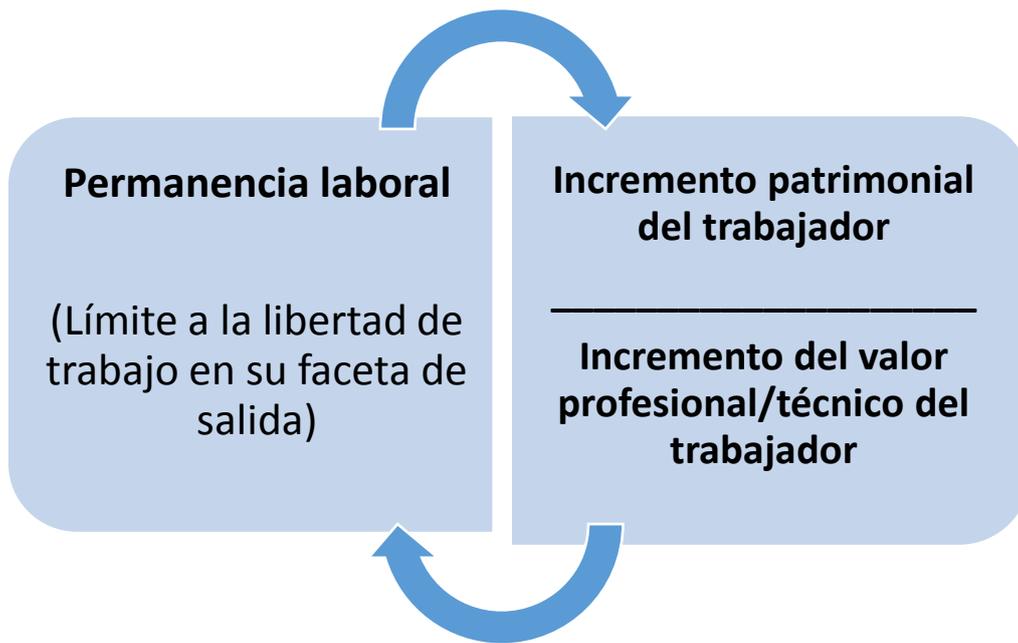


Tabla 7: Equilibrio de intereses en el PPL

Fuente: Elaboración propia

Ahora bien, el beneficio que obtiene el trabajador es lo que ocasiona se limite la libertad de trabajo, no a la inversa. Es decir, no es que el trabajador ofrece limitar su libertad de trabajo y, a cambio, le den una contraprestación especial. Este segundo escenario significaría ‘disponer’ en todo el sentido de la palabra de la libertad de trabajo como si fuera un bien sin restricción alguna.

En tal sentido, Pizarro Díaz (2006) analiza la naturaleza de la contraprestación en los pactos de limitan la libertad de trabajo y llega a la conclusión de que en algunos sí podría decirse que es una ‘compensación’ propiamente dicha. No obstante, con relación al PPL, queda claro que la naturaleza de la contraprestación del empleador (causa jurídica) se debe directamente al beneficio que se promete al trabajador. Así, en palabras de dicha autora:

[...] el trabajador no recibe una contraprestación a la especial limitación a la libertad de trabajo que le es impuesta; sino que la misma es el correlato a la formación recibida por el trabajador; formación que beneficia a ambas partes del contrato de trabajo. (pág. 139)

En este punto nos detenemos para resaltar que –como sostenemos en la presente investigación– la capacitación no es la única causa jurídica que puede motiva la celebración de un PPL. No obstante, debemos resaltar que Pizarro Díaz (2006) reconoce dos características que toda causa de un PPL debe tener: (i) un valor económico –que incremente el patrimonio del trabajador o su valor profesional-técnico–. Lo anterior se desprende de dicha autora cuando señala lo siguiente – aunque refiriéndose sólo a la capacitación como causa del PPL–:

A ello habría que agregar que si bien esta capacitación tiene en última instancia un valor económico; su relevancia no radica en el elemento patrimonial; sino en la capacitación que recibe el trabajador, la cual muy probablemente le será de utilidad durante el resto de su vida y cuya valoración es difícil de realizar. (pág. 139)

Por otro lado, consideramos que la posibilidad de la multitud de causas jurídicas que puede justificar la celebración de un PPL válido es amplia. Los diversos recursos con los que cuenta el empleador pueden ser de interés del trabajador. Nótese que el acceso a bonos, financiamiento para capacitación laboral/académica o la inversión en la imagen pueden lograrse a través de acuerdos entre el empleador y trabajador. Por ello, debemos resaltar lo expuesto por Sánchez Zapata (2016) cuando nos dice que:

[...] es posible que quien tenga mayor potestad de dictar las estipulaciones que promuevan la celebración de esta clase de pactos, sea el empleador, en función del desprendimiento de algún objeto intangible –como lo puede ser el dinero o bienes de su propia unidad de producción–; siendo el sujeto directamente obligado a operar el cumplimiento de dichas estipulaciones, el trabajador, más aun en lo referido al carácter de permanencia en la empresa, ya que de allí provienen su particular nomenclatura. (pág. 32)

Sin perjuicio de cuál sea la causa jurídica específica que motive a un trabajador a celebrar un PPL, lo importante es que sea real y lo suficientemente beneficiosa para que guarde un equilibrio con el derecho constitucional de la libertad de trabajo (en su faceta de salida) que se verá limitado. Como bien señala Sánchez Zapata (2016):

Hablamos de compromisos mutuos que la legislación prevé, pero que en cuanto a su regulación sólo se pronuncia puntualmente respecto de la determinación de la permanencia en el puesto de trabajo que ocupa el trabajador; [...] dicho pacto se genera en función del cumplimiento de determinados requisitos, siendo estos: [...] que se promueva en virtud de la existencia de una causa cierta y expresamente señalada, la misma que justifica la suscripción del pacto de permanencia. (pág. 29)

Debemos resaltar que discrepamos de el autor precitado con relación a que sólo la 'formación académica' puede ser la causa jurídica para celebrar un PPL válido. No obstante, sí compartimos la visión de que en el Perú deberíamos manejar los términos 'formación académica', pues se trata de un concepto más amplio que el de especialización profesional y abarca más las carencias en nuestra sociedad.

Como se desarrolló en el subcapítulo 3.2 del presente trabajo, en el Perú no cualquier tipo de persona tiene acceso a educación de calidad ni los recursos financieros suficientes para asumir el costo de dicha educación. Por ello, si el PPL puede ser un vehículo que permita o facilite la educación de los peruanos, no vemos una razón social suficiente como para limitarlo solamente a la 'especialización profesional extraordinaria' como en España.

Lo importante es que exista un equilibrio de intereses al momento de evaluar el otorgamiento de un beneficio significativo al trabajador. Como manifiesta Pizarro Díaz (2012): «[...] cuando se desee realizar inversiones especiales en la capacitación del personal, se evalúe la posibilidad de suscribir un pacto de permanencia, de tal manera que se logre un justo equilibrio entre los intereses del trabajador y los de la empresa.» (pág. 3)

Por tal motivo, y si bien podemos discrepar de la causa jurídica del PPL, lo sí compartimos con Sánchez Zapata (2016) es que:

[...] a través de la suscripción de un convenio o podría ingresar, al quedar delimitada como una obligación expresa del empleador, en el mismo tenor del contrato de trabajo. Pero desterrando, en todo caso, la posibilidad de suscribir un pacto de permanencia ya

que en dicho caso, no quedará su otorgamiento como una liberalidad del empleador, sino más bien como una obligación expresa [...] (pág. 30)

Dicho de otra manera, es recomendable que el otorgamiento del beneficio que recibirá un trabajador (que también limitará su libertad de trabajo –en la faceta de salida– a través de un PPL) conste en un documento por escrito. Ya sea que estemos ante un contrato de trabajo o un documento aparte (por ejemplo, ‘convenio’), dicho soporte material impedirá que se interprete dicha prestación como si fuese una liberalidad sin contraprestación de permanencia laboral. Básicamente, se recomienda por razones de seguridad jurídica.

Como bien indica Sánchez Zapata (2016): «Sí debería preexistir una causalidad o motivo, debidamente sustentable, para que se justifique esta clase de vinculación, bajo la causal de ser declarado nulo si es celebrado arbitrariamente.» (pág. 32)

Así, concluimos que la validez de un PPL deberá ser analizado desde su propia ‘causalidad’. Es decir, el PPL deberá analizarse si lo que motivó a las partes a suscribir un PPL merece tutela o no del ordenamiento jurídico. Pero ¿cómo analizar dicha causalidad? Consideramos que para tal fin debemos recurrir a criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Por tal motivo, coincidimos con Higa García (2015) que, al analizar la validez y eficacia de las cláusulas arbitrales que pueden integrar el contrato de trabajo, sostiene que: «Este tipo de cláusulas en las que, pese a ser impuestas, no se renuncia a ningún derecho, podrían ser analizadas desde el principio de razonabilidad, tal y como ocurre –por ejemplo– en las cláusulas de permanencia y/o exclusividad.» (pág. 323)

La postura del autor precitado coincide con Pizarro Díaz (2006), quien –al analizar los diferentes pactos que limitan la libertad de trabajo, como el PPL o el pacto de no competencia– sostiene que: «Lo que ocurre es que, en tanto estos pactos constituyen una limitación al derecho fundamental a la libertad de trabajo, su validez estará supeditada a un examen de proporcionalidad y razonabilidad.» (pág. 138) Nosotros coincidimos con la necesidad de que la causa jurídica (que motiva al trabajador a suscribir un PPL) sea sometida al criterio de proporcionalidad y

razonabilidad para determinar su validez. Por ello, coincidimos con las palabras de Pizarro Díaz (2012) cuando resalta que: «Al ser una limitación al derecho fundamental a la libertad de trabajo, la validez del pacto de permanencia debe estar supeditada a un examen de proporcionalidad y razonabilidad.» (pág. 1)

3.2.1.4 La causa económica: inversión para retener o fidelizar

En primer lugar, debemos partir de la siguiente pregunta: ¿qué es la causa? Para tal efecto, nos remitimos al concepto que nos proporciona Beltrán Pacheco y Campos García (2009) a continuación:

Respecto a la causa del negocio jurídico, como elemento determinante de este, es concebido por nosotros, en su variable concreta, como el propósito práctico perseguido por los sujetos; es decir en buena cuenta, la causa es la función económica individual del negocio jurídico, la cual se desprende del texto expreso del negocio o, en función a circunstancias concretas, del contexto del mismo, en caso ello no sea posible, la causa del negocio, siempre estará en última instancia subordinada o coincidirá (pero nunca se equiparará) con el interés típico; es decir, con el interés socialmente relevante en su configuración abstracta. (pág. 211)

Entonces, la pregunta clave aquí es ¿qué persigue las partes contractuales en la celebración de un PPL? En este apartado veremos que lo que persigue el empleador es la retención del talento humano (el trabajador). En cuanto a lo que persigue el trabajador, ello ha sido desarrollado en el numeral 3.2.1.3 del presente trabajo de investigación.

Según Beltrán Pacheco y Campos García (2009): «Es bajo esta perspectiva que reconocemos, a nivel doctrinario, tres requisitos que debe cumplir la causa como elemento de validez del negocio jurídico: realizabilidad, seriedad y la licitud.» (pág. 209) No obstante, consideramos más pertinente denominarle ‘características’ que ‘elementos’ de la causa. Por tal motivo, y al considerar dicha cita textual, nos permitimos realizar el siguiente esquema a continuación:

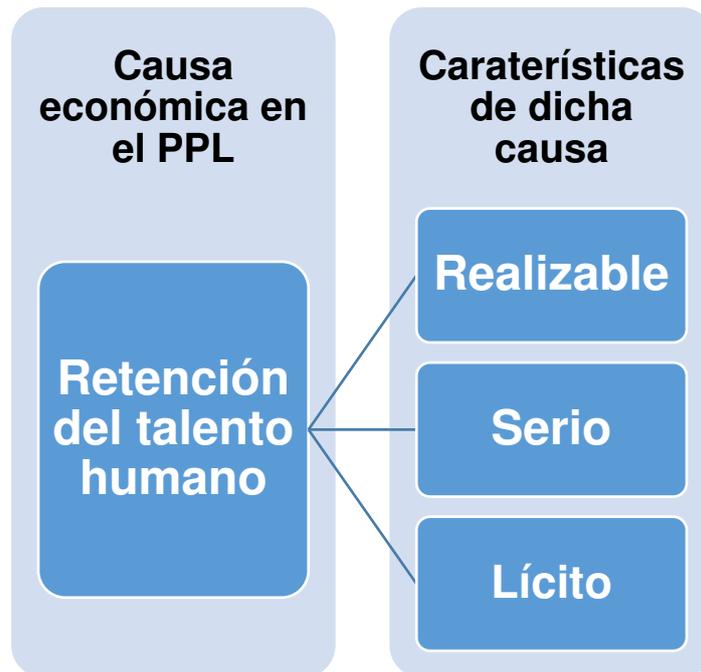


Tabla 8: Características en la causa económica en un PPL

Fuente: Elaboración propia basada en el trabajo de Beltrán Pacheco y Campos García (2009)

Que el trabajador ofrezca su permanencia laboral es realizable pues de la voluntad exclusiva del trabajador para que haya eficacia jurídica en el PPL, así como su cumplimiento. Que la permanencia laboral del talento humano sea seria implica que el empleador valora altamente dicha retención ('juicio de relevancia' en palabras de los autores precitados). Por último, que el beneficio sea lícito implica que éste no atente contra la ley (en su sentido más amplio), el orden público ni las buenas costumbres.

Por tal motivo, lo que persigue el empleador en un PPL constituye una causa económica tutelable por el ordenamiento. Nótese que el calificativo de 'económica' radica en el hecho de que no sólo merece tutela la inversión que realice el empleador para retener al trabajador a través de un PPL, sino que es lo que quiere el empleador en la práctica ('no te vayas'). Obviamente, dicha causa económica será tal siempre que sea equilibrados con la restricción a la libertad de trabajo.

García Viña (2000) –si bien se refiere sólo a la especialización como la causa que perseguiría un trabajador–:

Este pacto, por lo tanto, tiene como objetivo el asegurar una estancia mínima del trabajador que recibió la formación en la empresa con el fin de garantizar que ésta, costeada por el empresario, redunde en su beneficio. Se trata de recuperar la formación que el empresario realizó, por esta razón, el Estatuto de los Trabajadores no contempla ninguna contraprestación económica a favor del trabajador, puesto que ya fue beneficiario de la formación. (págs. 640-641)

Por su parte, y dicho en términos menos ligados al *management*, De Val Tena (2014) resalta la causa económica del PPL visto desde la perspectiva del empleador al señalar que: «Con tal pacto, en definitiva, se protege el interés del empresario para que el trabajador permanezca en la empresa y no resulte perjudicado por la decisión de extinguir su relación laboral, si bien el trabajador conserva su libertad de trabajo.» (pág. 46)

Por ello, es válido concluir que la retención del talento humano se hace como medio para alcanzar un fin superior: que el trabajador pueda retribuir dicho talento en su productividad en la compañía. Así, la causa económica que persigue el empleador es la inversión para retener talento para mejorar su productividad en beneficio de la empresa. Para mejor explicación, nos remitimos a las palabras de Alvarado Prentice (2017) a continuación:

En este caso, si bien el pacto de permanencia representa un límite extrínseco a la libertad de trabajo de salida, se debe atender que su finalidad no es la de limitar la libertad de trabajo en su faceta de salida, sino más bien la de compensar al empleador la inversión realizada. En tal orden de ideas, se entiende que es la inversión efectuada por el empleador – en tanto prestación extraordinaria – en beneficio de la formación profesional del trabajador la que actúa como el sustento jurídico y económico para la celebración de los pactos de permanencia. (pág. 103)

Además, el PPL es sólo una de las diversas formas que se han creado en el sector privado para obtener un único resultado: retener el talento humano. Por tal motivo, sostenemos que este es el propósito práctico que busca el empleador a través de un

PPL. Un ejemplo de lo dicho lo tenemos en las conclusiones de la tesis de Alvarado Prentice (2017), quien nos indica que:

En función a lo desarrollado a lo largo de este trabajo de investigación, podemos concluir que los programas de incentivos en acciones nacen en el ejercicio del poder de dirección del empleador, con la finalidad de incrementar la productividad de la empresa, a través de la retención de personal calificado. La idea detrás de la entrega de acciones de la empresa, o su equivalente en dinero, es justamente motivar que los trabajadores elegidos permanezcan por un periodo determinado en la empresa, durante el cual tengan un buen rendimiento y en consecuencia, ello se vea reflejado en el crecimiento de la compañía. (pág. 167)

Para una mejor ilustración de que el empleador busca –a través de su inversión– la retención del talento humano, nos remitiremos a la jurisprudencia española. En un caso particular, el TSJ reconoce esta causa económica que subyace en todo PPL. Dicha causa es la inversión que realiza del empleador para fidelizar o retener el talento humano a cambio de un incremento en el valor patrimonial del servicio del trabajador:

El pacto de permanencia en la empresa que regula el art. 21.4º del Estatuto de los Trabajadores, supone una evidente limitación del derecho a la libre elección de profesión y oficio del trabajador que garantiza el art. 35.1º de la Constitución, y por este motivo tan solo es válido cuando respeta escrupulosamente los presupuestos que este precepto legal exige, porque tan solo en este caso se da una adecuada y proporcionada correlación entre los intereses y derechos de una y otra parte, esto es, entre la legítima aspiración de la empresa de asegurar el mantenimiento en su plantilla durante un tiempo del trabajador en cuya especializada formación ha invertido una parte de sus recursos, y la provisional renuncia a aquel derecho que hace el trabajador, a cambio de recibir de la empresa esta singular formación que podrá luego hacer valer en su desarrollo profesional. Razón por la que el legislador limita a dos años la duración máxima del pacto de permanencia, entendiendo que la empresa en este tiempo amortiza adecuadamente aquella inversión, y considerando que no es exigible al trabajador un mayor sacrificio al renunciar a un derecho tan básico como el de la libre elección de trabajo. (Don Alberto vs. TELCOM, S.A., 2009)

En consecuencia, es válido también concluir que dicha causa económica (la retención del talento humano) que genera la permanencia laboral no solamente puede ser obtenida a través de la celebración de un PPL, sino también a través de otros mecanismos que han sido creados y desarrollados en el ámbito del derecho laboral privado, como los diferentes tipos de *bonus* (el más claro ejemplo sería el *signing bonus*) o los *stock options*. Si bien estos aspectos son desarrollados más adelante, conviene presentarlos a fin de exponer su causa económica: retener.

Así, es una práctica recurrente que el pago de determinados *bonus* sea utilizado como un mecanismo de retención del talento a través de pago diferido o en armadas. Como bien se señala en Diario Gestión (2015): «Por eso, las compensaciones para altos ejecutivos apuntan a retenerlos y, asimismo, motivarlos a ofrecer soluciones eficaces para el negocio.» (pág. 1)

Rojas Andía (2014) sostiene que: «Mientras ciertas compañías peruanas pueden otorgar el bono a través de un solo pago en cheque, algunas prefieren entregar una parte del monto correspondiente con la firma del contrato y el resto de cara a los siguientes años.» (pág. 3)

Cabe señalar que, en el Perú, la posibilidad de abonar el monto por un *bonus* en una sola armada a través de un cheque sólo podría extenderse como máximo a treinta (30) días, de conformidad con el artículo 199 de la ley n.º 27287, Ley de Títulos Valores. Dicho artículo señala lo siguiente:

Artículo 199.- Cheque de Pago Diferido

El Cheque de Pago Diferido es una orden de pago, emitido a cargo de un banco, bajo condición para su pago de que transcurra el plazo señalado en el mismo título, el que no podrá ser mayor a 30 (treinta) días desde su emisión, fecha en la que el emitente debe tener fondos suficientes conforme a lo señalado en el Artículo 173. Todo plazo mayor se reduce a éste.

Debido a lo anterior, es usual que el pago de dicho *bonus* sea pactado en armadas y bajo la condición de que el trabajador mantenga la relación laboral con su empleador en las fechas posteriores.

Otra conclusión válida es que el otorgamiento de un *bonus* no necesariamente se debe realizar en efectivo, sino también se pueden otorgar otro tipo de bienes cuyo valor patrimonial sea lo suficientemente alto para ser de interés del trabajador. Un ejemplo de ello lo tenemos en las acciones societarias (también conocido como *stock options*), según las palabras de Rojas Andía (2014):

Otras empresas otorgan el "signing bonus" en acciones. [...] la organización puede otorgarle al ejecutivo, digamos, US\$ 100,000 en acciones, con un acuerdo que estipula que el 50% puede venderse con la firma del contrato y el otro 50% dentro de cinco años. (pág. 3)

Podemos concluir, entonces, que esa causa económica que mueve a los empleadores a buscar que el trabajador esté obligado a permanecer laboralmente incluso ha sido recogido en algunos regímenes laborales especiales. Por ejemplo, en el sector deportivo, el legislador español ya obliga de antemano a que el deportista pague una 'indemnización por derechos de formación' debido al incumplimiento contractual. Tal indemnización responde al incentivo de promover la permanencia laboral, pero desde la misma ley. En ese línea de pensamiento tenemos a Seligrat González (2013), quien señala que:

Los clubes y los jugadores cuando establecen las mal llamadas cláusulas de rescisión, no buscan conceder al deportista la posibilidad de desistir de la obligación pagando la pena. Más bien, lo contrario, pues se pretende asegurar la continuidad del jugador, al saber éste con antelación, la cuantía indemnizatoria que habría de abonar al club en caso de abandonarlo y fichar por otro, por los perjuicios irrogados con este incumplimiento contractual. Así, de lo que se trata es de garantizar la obligación de prestación de servicios deportivos del jugador profesional, por medio de la estimación de una elevada cuantía indemnizatoria para caso de que se abandonara el club o entidad deportiva. (pág. 201)

En ese sentido, podemos concluir que existe un denominador común en el comportamiento del empleador cuando asume costos de: *i)* una ‘especialización profesional’, *ii)* el otorgamiento de una ‘capacitación laboral’, *iii)* la entrega de sumas de dinero como *bonus*, *iv)* otorgar una formación al deportista, *v)* invertir en la imagen de un trabajador, *vi)* ofrecer acciones societarias (*stock options*); o *vii)* la entrega de otros bienes de alto valor patrimonial. No es otra que **retener el talento o capital humano** a fin de que dicha inversión retorne con utilidades al empleador.

Ahora bien, debemos indicar que la posibilidad de retención del talento humano aumenta cuando se aplaza la percepción del beneficio, el cual resulta de alto interés para el trabajador. Consecuentemente, éste considera más rentable su permanencia laboral en lugar de ejercer su libertad de trabajo –a través de la extinción unilateral de la relación laboral– en búsqueda de un nuevo empleo con condiciones económicas similares a las que ya tiene. Como bien menciona Winter Mickman, citado por Rojas Andía (2014): «Si el profesional renuncia antes, pierde el (50% del) dinero, eso hace que le cueste marcharse a otra empresa.» (pág. 4)

Así, debe considerarse otros objetivos que se persiguen a través de estos mecanismos paralelos de retención del talento humano (diferentes al PPL): mitigar el riesgo de que la productividad del trabajador no corresponda con lo que el empleador invierte en él.

No debemos olvidar que el PPL, como indica Chávez Núñez (2012), es: «[...] es un acuerdo negocial a través del cual el trabajador se compromete a quedarse en la empresa que le ha procurado cierto nivel de formación (estudios de especialización profesional), durante un periodo de tiempo acotado y cuya finalidad es la de garantizar a la empresa que su inversión retorne y pueda beneficiarse así, por lo menos durante cierto tiempo, con los nuevos conocimientos y destrezas de ese trabajador. [...]» (pág. C3)

Nótese entonces que la finalidad es garantizar la inversión ya ejecutada en el beneficio que el trabajador recibirá. Independientemente de cuál sea el beneficio – como veremos más adelante, consideramos que dicho beneficio no sólo debe ser la

especialización profesional–, lo cierto es que hay una inversión económica con una única finalidad e interés para el empleador: retener al trabajador por considerársele de especial importancia para el giro del negocio.

En este punto, debemos resaltar la postura de Quiñones Infante (2007) cuando comenta la causa económica de un PPL válido: «[...] se entiende que es la inversión efectuada por el empleador –en tanto prestación extraordinaria– en beneficio de la formación profesional del trabajador la que actúa como el sustento jurídico y económico para la celebración de estos pactos de permanencia.» (pág. 173)

Nosotros discrepamos de que la causa jurídica en todos los PPL sea la ‘especialización profesional’ –como se desarrolló en el numeral 3.2.1.3 de la presente investigación–. No obstante, resaltamos la idea matriz de la cita textual anterior. La causa económica del PPL la encontramos en la inversión que hace el empleador para retener a su talento humano. Se entiende que con esa calidad (talento) se retribuirá al empleador siempre que se cumpla el plazo de permanencia laboral.

Si bien en el PPL existe la posibilidad de cobrar una cláusula penal compensatoria o solicitar una indemnización en ausencia de penalidad en caso de incumplimiento, dichos mecanismos sólo son de garantía. Lo que se quiere garantizar es el resarcimiento de un daño ya efectuado por la inversión efectivamente realizada y la expectativa de productividad. Por ende, dichos mecanismos sólo pueden concretarse una producido el daño si es que su efecto disuasivo (evitar la salida del trabajador) no funcionó. Es decir, no permite evaluar una productividad en el tiempo de la relación laboral.

A diferencia de lo anterior, los otros mecanismos de retención de talento humano (para efectos del presente trabajo, pueden ser considerados como ‘pactos innominados y atípicos’) como los bonos por desempeño, *signing bonus* o *stock options*) sí permiten una evaluación de la productividad del trabajador sin necesidad de que se haya invertido la totalidad de lo que se le ofreció inicialmente. Así, señala Diario Gestión (2015) que: «Para las compañías es prioritario, además de contar con

profesionales destacados, garantizar que se logre las metas financieras previstas o la culminación de algún proyecto con los recursos fijados.» (pág. 1)

Finalmente, es válido concluir que la permanencia laboral realmente busca una vinculación empleador-trabajador a través de otros mecanismos legales, no sólo a través del PPL. Por ejemplo, a propósito de la regulación del PPL en el ET español Selma Penalva (2007) da cuenta de esta vinculación o fidelización al criticar con acierto lo siguiente:

La práctica demuestra que la redacción literal del art. 21.4 ET es insuficiente para dar respuesta a diversas situaciones en las que se pretende lograr el mismo tipo de vinculación que genera el pacto de permanencia, pero a través de otras técnicas. (pág. 338)

En esa línea de pensamiento se encuentra Vanesa Palomino Merzthal, directora de negocios de Cornerstone Executive Search, citada por Rojas Andía (2014), quien señala que: «No solo se asegura la retención del ejecutivo; por otro lado, si esa persona no tiene el desempeño esperado y la compañía lo desvincula antes, el profesional solo habrá cobrado un porcentaje del incentivo.» (pág. 4)

3.2.2 La libertad de trabajo y su contenido constitucional protegido

En primer lugar, debemos partir de la premisa de qué es la libertad de trabajo. De esa forma, podremos delimitar cuál es su contenido. Como consecuencia de lo anterior, sabremos qué no se protege sobre la base de este derecho constitucional.

El derecho constitucional a la libertad de trabajo se encuentra consagrado normativamente como un derecho fundamental, conforme se lee de los artículos 2 (numeral 15), 22 y 23 de nuestra Constitución que se citan a continuación:

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

[...]

15. **A trabajar libremente, con sujeción a ley.** (Énfasis agregado)

Artículo 22.- Protección y fomento del empleo

El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona. (Énfasis agregado)

Artículo 23.- El Estado y el Trabajo

El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento. (Énfasis agregado)

En segundo lugar, dicho derecho fundamental se encuentra garantizado expresamente por el Estado, conforme se lee del artículo 59 de la Constitución Política del Perú:

Rol Económico del Estado

Artículo 59.- El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad públicas. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades.

Así, en palabras de Chávez Núñez (2012), esta libertad en mención implica: «[...] ausencia de coacción con relación al trabajo. Esta coacción puede manifestarse a través de un obstáculo o de una obligación impuesta al individuo. [...] puede concretarse en la siguiente fórmula: no impedir/no obligar con relación al trabajo.» (pág. C1) En tal sentido, nos permitimos graficar la 'fórmula' sugerida por la autora precitada en la siguiente table:

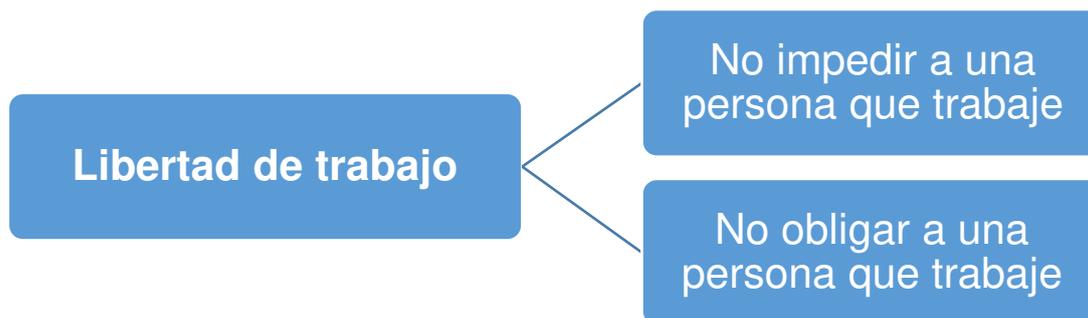


Tabla 9: Esencia de la libertad de trabajo

Fuente: Elaboración propia basada en el trabajo de Chávez Núñez (2012)

Así, dicho derecho fundamental permite a toda persona escoger libremente a qué se dedicará, si será independiente o no y, sobre todo, a que no exista nadie que le impida dedicarse a la actividad elegida. Chávez Núñez (2012) desarrolla en sentido positivo el contenido de la libertad de trabajo de la siguiente manera:

[...] la facultad de ejercer cualquier tipo de actividad productiva, sin impedimentos constitucionales, ilegales o irrazonables, por parte del Estado o de particulares. Ahora bien, otra decisión que comporta la libertad de trabajo es para quién se está dispuesto a trabajar, es decir, si opta por ser trabajador dependiente o independiente. (pág. C1)

Claro está, lo que te permite el derecho fundamental en mención no es absoluta (como ningún otro derecho constitucional). Por tal motivo, Aparicio Aldana –citada por Chávez Núñez (2012)– resalta que, con relación a la libertad de trabajo: «[...] existen limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público.» (pág. C1)

Ahora bien, el objetivo del presente trabajo de investigación no ha sido ahondar en las diferentes manifestaciones del derecho constitucional de la libertad de trabajo. No obstante, sí consideramos relevante esquematizar las fases de cómo opera dicha libertad con la finalidad de identificar el contenido constitucionalmente protegido que se relación directamente a un PPL.

Para tal efecto, Chávez Núñez (2012) nos habla sobre las fases de la libertad en mención. Una de entrada, una de ejecución y otra de salida. Respecto de las dos primeras, dicha autora señala lo siguiente:

Desde el contenido definido de la libertad de trabajo, se infiere que esta operará al momento de constitución de la relación laboral como una “libertad de entrada”; [...] Asimismo, a libertad de trabajo opera también, al momento de ejecución de la relación laboral. [...] en la fase de ejecución impide que el trabajador sea vinculado exclusivamente a su trabajo. (pág. C2)

Sin embargo, –para los fines del presente trabajo de investigación– el concepto realmente relevante de la libertad de trabajo está en la fase de salida. Así, Chávez Núñez (2012) indica que:

La libertad de trabajo al momento de la extinción de la relación laboral se define como el derecho de los trabajadores a que no se presenten interferencias externas en su voluntad de extinguir la relación laboral de la que forma parte; o, a que ni el Estado, ni el empleador alguno, les impida concluir una relación laboral por su sola voluntad, u obligarlos a mantenerse en una relación laboral contra su voluntad. (pág. C2)

En virtud de lo expuesto por la autora precitada y sus propias palabras, nos permitimos esquematizar dichas fases de la siguiente manera:

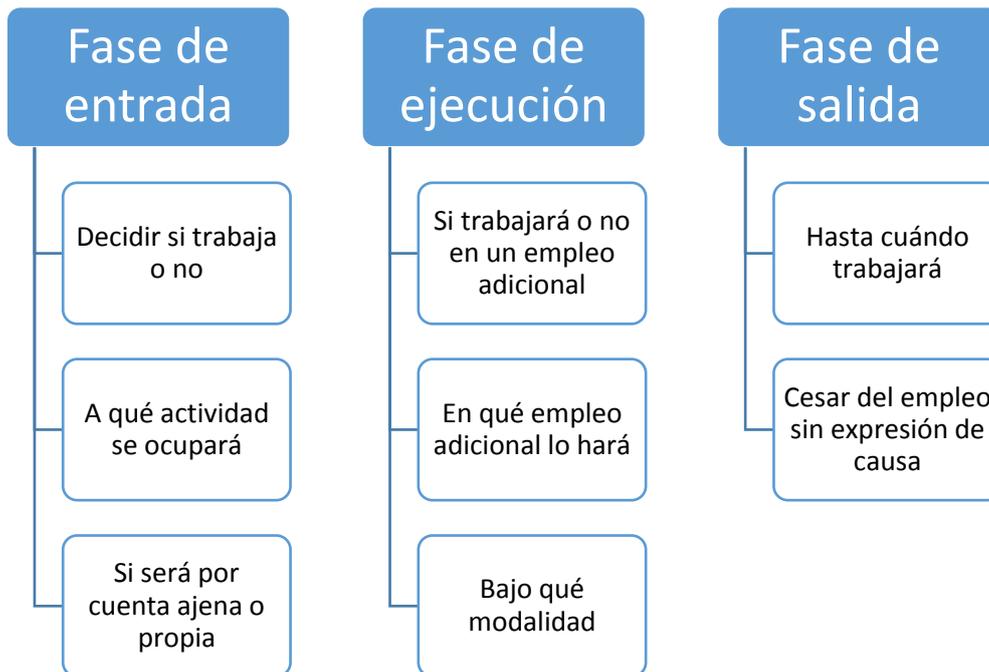


Tabla 10: Fases de la libertad de trabajo

Fuente: Elaboración propia basada en el trabajo de Chávez Núñez (2012)

Lo que nos interesa para este asunto es la fase de salida. Especialmente, la ‘facultad de cesar del empleo sin expresión de causa’ que refiere dicha autora precitada y cuyos términos han servido para la elaboración del esquema anterior.

Como bien señala Neves Mujica, citado por Chávez Núñez (2012): «[...] en la fase final de la relación laboral, la libertad de trabajo consiste en reconocerle al trabajador la facultad de dejar el empleo por su sola voluntad y sin necesidad de invocar motivos justificados.» (pág. C2)

Es facultad de cesar del empleo, renunciar al puesto de trabajo o de dimisión (como se llama en España) se le conoce también como renuncia *ad nutum* o incausado. Por ende, Chávez Núñez (2012) resalta que el acto mismo de renuncia al empleo constituye la resolución unilateral del contrato de trabajo y, en consecuencia, extinción del vínculo laboral, conforme vemos de los siguientes términos.

La manifestación clara del ejercicio de la libertad de trabajo en esta fase es el acto unilateral del trabajador, irrevocable, incausado y recepticio de la renuncia, que no

requiere ninguna forma de aceptación, un puede dejarse sin efecto luego de conocida por el empleador, momento desde el cual opera. (pág. C2)

La cita textual anterior nos permite caracterizar a la renuncia en nuestro derecho laboral peruano de la siguiente manera:



Tabla 11: Características de la renuncia al empleo

Fuente: Elaboración propia basada en el trabajo de Chávez Núñez (2012)

Ahora bien, con relación a cómo el PPL afecta esta facultad de dimisión o renuncia al empleo, Selma Penalva (2007) sostiene que:

Además, imponiendo la permanencia en la empresa, se está produciendo una importante limitación del derecho del empleado a extinguir su relación laboral mediante su dimisión [...] Y precisamente para impedir que una vinculación demasiado exigente atente gravemente contra el derecho constitucional al trabajo, se exigen diversos requisitos, unos legales y otros jurisprudenciales, para que [...] puedan surtir efectos. (pág. 312)

Por ello, en este punto, debemos mencionar que –como todo derecho constitucional– la libertad de trabajo tiene límites intrínsecos y extrínsecos. Respecto del primero, la pregunta clave es ¿hasta dónde llega o alcanza un determinado derecho constitucional? Respecto del segundo, la cuestión principal pasa por identificar qué otros derechos podría ‘colisionar’ con la libertad de trabajo.

Por un lado, respecto a los límites intrínsecos que podría presentar la libertad de trabajo –en la faceta de salida–, Chávez Núñez (2012) sostiene que son:

[...] la pretensión de un trabajador de percibir una pensión de jubilación, la de negociar con su empleador las condiciones de un cese colectivo, o la de ser repuesto en su empleo ante un despido incausado. Las pretensiones señaladas deben ser amparadas en tanto parte del contenido y alcances de los derechos fundamentales a la seguridad social, a la negociación colectiva, y al derecho al trabajo y a la estabilidad laboral –en sus facetas de salida–, respectivamente. Como puede deducirse, ninguna de las pretensiones enumeradas se encuentra dentro del contenido o alcances de la libertad de trabajo al momento de la extinción de la relación laboral. (pág. C2)

Por su lado, con relación a los límites extrínsecos de la mencionada libertad de trabajo –fase de salida–, Chávez Núñez (2012) nos dice que éstos se fijan con relación a:

[...] la necesidad de sujetar el ejercicio de la referida libertad a la ley. [...] a través de restricciones impuestas al trabajador que le impidan dejar su empleo o que le obliguen a permanecer en él, pero que, sin embargo, resulten válidas a la luz de la libertad de trabajo mientras no la vulneren. (págs. C2-C3)

Por tal motivo, podemos concluir sobre cuál es el contenido constitucional protegido por la libertad de trabajo cuando hablamos de un PPL válido. Por ende, suscribimos las palabras de Mejía Madrid –citadas por Chávez Núñez (2012)– de la siguiente premisa: [...] se constituye como límites extrínsecos de la libertad de trabajo de salida, los pactos de permanencia en el empleo –que hayan sido válidamente celebrados con el empleador– [...]» (pág. C3)

Pizarro Díaz (2006) también sostiene la misma postura en cuanto a que un PPL se constituye como un límite extrínseco a la libertad de trabajo al señalar que: «Dentro de la relación laboral es posible celebrar una serie de pactos que establecen limitaciones a la libertad de trabajo del trabajador. Estos pactos son, típicamente: [...] (iii) el pacto de permanencia [...]» (pág. 131)

Adicionalmente, conviene señalar que existe otro límite extrínseco a la libertad de trabajo. Dado que esta libertad tiene rango constitucional, resulta lógico que encuentre otros derechos o bienes constitucional con los que coexisten (que funcionan como límites) que ostenten el mismo rango. Uno de ello es, indudablemente, la libertad para contratar. Por ende, coincidimos con Chávez Núñez (2012) cuando indica que:

Ciertamente, existe desigualdad material entre el empleador y el trabajador, pero esta situación no impide que ambas partes ejerzan su derecho a la libre contratación, de lo contrario, si se entendiera que esa desigualdad implica la imposibilidad de celebrar acuerdos, todos los contratos de trabajo y demás pactos que celebren el trabajador y el empleador sería nulos; [...] (pág. C5)

En esencia, como indicamos anteriormente, podemos concluir que la idea de un PPL válido es que nunca se elimine ni suprima la libertad de trabajo. Por ello, el término adecuado es la 'restricción' o 'limitación'. Nótese la característica de temporalidad o transitoriedad de restringir o limitar y que –independientemente del término usado– ello sólo generaría posibles efectos o consecuencias jurídicas en la esfera patrimonial del trabajador. No significa, en ninguna circunstancia, que la libertad de trabajo deje de existir. Por ello, concordamos con el siguiente pensamiento de Sánchez Zapata (2016) en cuanto a la libertad de trabajo y el PPL:

Como bien sabemos, el trabajador ejerce plenamente su libertad para el trabajo, cuando determina, bajo su exclusiva voluntad, su permanencia o no en un determinado puesto de trabajo que ocupa, teniendo la potestad –en virtud de este derecho-libertad–, de definir y decidir cuándo da un paso al costado para celebrar una nueva vinculación contractual laboral, extinguiendo la anteriormente celebrada –pese a que ello le traiga o no consecuencias jurídicas–. Pero cuando surgen los pactos de permanencia, se restringe esta libertad, pudiendo llegar a trastocarse e inclusive vulnerarse siempre que no exista un medo razonable que justifique la celebración de dicho pacto, y por ende la obligación del trabajador de permanecer bajo la esfera de subordinación de un determinado empleador. (pág. 33)

Sumado a lo anterior, debemos destacar las palabras de Cadillo Ángeles (2009) cuando sostiene que el PPL: «[...] opera como límite razonable para la libertad de trabajo en tanto no lo suprime, puesto que el trabajador en ejercicio de su propio derecho a la libertad de trabajo, puede finalizar la relación laboral existente con su empleador, sin que este pueda retener al trabajador; [...]» (pág. 384)

Entonces, ¿cómo evitar vulneración de la libertad de trabajo con un PPL? Consideramos que ello dependerá siempre de la causa jurídica que motive al trabajador el PPL y el tiempo de permanencia laboral que durará dicho límite al derecho constitucional. Así, Sánchez Zapata (2016) nos dice acertadamente lo siguiente:

[...] es válido que un trabajador convenga la celebración de un pacto de permanencia en su puesto de trabajo, siempre justificado en virtud de una acción que pueda realizar a su favor su empleador [...] en la medida en que exista voluntad de ambas partes, justificación para operar dicha voluntad, y materialización del acuerdo por escrito. Es entonces que el límite para la no afectación de la libertad al trabajo del trabajador devendrá en la posibilidad de incluir un periodo de tiempo, irrazonable [...] (pág. 33)

Finalmente, y a manera de conclusión, nótese que lo importante al momento de celebrar un PPL válido es que dicho límite a la libertad de trabajo no se convierta en una vulneración propiamente dicha. Es decir, el límite a la autonomía privada del empleador es el deber de no limitar dicho derecho constitucional sin una causa jurídica justa, proporcional y razonable. En sus conclusiones, Sánchez Zapata (2016) reitera dicha idea al precisar que:

Todo empleador queda obligado a parametrar su acción convencional de celebración del pacto de permanencia con su trabajador, ya que no puede abusar del límite que le impone el resguardo estatal del derecho a la libertad de trabajo del que goza todo ciudadano que se convierta en su trabajador. No pudiendo convenir pactos lesivos que vulneren –en el tiempo– el ejercicio de esta libertad del trabajador, [...] Por ello, es necesario que el empleador, al momento de realizar la celebración de esta clase de pactos de permanencia, se guíe de criterios razonables y proporcionales para determinar hasta qué punto puede convenir con su trabajador beneficiado –con la

formación– la suspensión de su derecho a la libertad de trabajo, en su faceta negativa –posibilidad de desvinculación laboral–, sin que ello constituya una lesión o supresión de dicho derecho constitucional [...] (pág. 35)

Tal y como destaca la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República (a través de la Casación n.º 15708-2013) a continuación:

[...] las partes en ejercicio de su autonomía privada pueden determinar libremente los términos del contrato que han convenido celebrar, gozando de entonces de libertad contractual o libertad de configuración; también lo es que dicha autonomía privada está sujeta a ciertas limitaciones que impone la ley, acorde con lo establecido en el numeral 1354 del Código Civil. Entonces, como el artículo 1768 es una norma de carácter imperativa, constituye una limitación a la concepción absoluta de la voluntad contractual. (María Guadalupe Núñez del Prado Aparicio vs. Asociación Pro Vivienda Villa Rosario y otros, 2015)

Así, Sánchez Zapata (2016) concluye que los pactos de permanencia: «[...] surgen con la única finalidad de dotar de una debida seguridad al empleador, a efectos de que sus trabajadores beneficiados correspondan al desarrollo académico otorgado, **sin que ello constituya un supuesto de permanencia estricta e infinita en la respectiva empresa.**» (pág. 28)

Parece claro de todas maneras que un pacto de permanencia mínima impone una restricción más o menos severa de las libertades profesional y de trabajo del trabajador ("libre elección de profesión u oficio"), reconocidas en los artículos 35.1 de la Constitución y 4.1.a. del ET [...]. (Don Jesús Miguel vs. Banco Español de Crédito, S.A. -BANESTO-, 2000)

Una mejor ilustración de la aplicación de este conocimiento teórico lo encontramos – por ejemplo– en un caso del TSJ español nos permite ilustrar cómo se ha aplicado esta concepción constitucional de la libertad de trabajo en su faceta de salida a un caso relacionado a un PPL. Básicamente, dado que ya estamos ante un límite extrínseco de la libertad de trabajo, se debe proceder con interpretación restrictiva, conforme se puede advertir a continuación:

Téngase en cuenta que el pacto de permanencia supone una renuncia del trabajador al derecho a la libre elección de profesión y oficio que consagra el art. 35.1º de la Constitución, lo que obliga a su interpretación restrictiva y ajustada a los estrictos términos de lo pactado, no pudiendo entenderse comprendidas cosas distintas y casos diferentes de aquellos sobre los que los interesados se propusieron contratar, como impone el art. 1283 del Código Civil. (Don Alberto vs. TELCOM, S.A., 2009)

3.2.3 Del pacto de permanencia laboral español

3.2.3.1 La causa jurídica 'tarifada' en España: la 'especialización profesional'

Ahora bien, debemos resaltar que el Tribunal Supremo español (2000) ha señalado que: «La especialización profesional a cargo de la empresa que justifica el pacto de permanencia mínima no es la formación profesional ordinaria debida en todo caso por el empresario en cumplimiento del contrato de trabajo (art. 4.2.b. del ET), [...]» (Don Jesús Miguel vs. Banco Español de Crédito, S.A. -BANESTO-, pág. 5)

Lo anteriormente dicho por el Tribunal Supremo español guarda relación con lo que expuso en otro caso objetivamente similar, pues sólo una causa jurídica como la 'especialización profesional extraordinaria' puede justificar que se limite el derecho del trabajador a dimitir del trabajo sin expresión de causa (*ad nutum*), conforme se observa a continuación:

Por consiguiente, la "*especialización profesional*" a la que alude el art. 21.4 del ET, [...], es en todo caso ajena al derecho de todo trabajador a la formación profesional que acabamos de examinar, y va más allá de lo que esta formación supone. No en vano el pacto de permanencia constituye una importante limitación al derecho del empleado a extinguir el contrato por su sola voluntad, mediante la dimisión que se contempla en el art. 49.1.d) de la norma estatutaria, por cuya razón no debe bastar para la validez de dicho pacto con el mero cumplimiento formal de los requisitos que se desprenden del citado art. 21.4 [...] (D. Raúl vs. Banco Español de Crédito, S.A. -BANESTO-, 2001)

Como se mencionó anteriormente, se concluye que en España la única causa que faculta la celebración de un PPL es la 'especialización profesional'. Así, un modo de verificar si estamos frente a un auténtico supuesto de hecho de la capacitación sufragada por el empleador es a través del cotejo con el cargo/puesto del trabajador o con las funciones que desempeña dentro de la empresa (ejemplo, si un abogado recibe una capacitación, será especializada si ello está relacionado con su carrera de derecho o con sus funciones dentro de la empresa). Así, el TSJ ha señalado lo siguiente:

En el presente caso, aunque el juez de instancia manifiesta que la empresa no ha acreditado cómo le correspondía que la formación proporcionada a la actora le haya supuesto una auténtica especialización profesional, respecto de aquella que corresponde a la función laboral contratada; lo cierto es que la demandante fue contratada para el puesto de Técnico de Calidad (ordinal primero del relato fáctico) y el pacto suscrito de 20 de febrero de 2004 recoge expresamente que el curso que sufragó la empresa denominado "AUD-01", lo era para "la formación de Auditores Jefes para la certificación de Sistemas de Calidad", por lo que sí que conllevaba una especialización profesional. De hecho, la actora –al contestar a la reconvección– no niega que conlleva una especialización respecto a los fines a realizar sino que rechaza que tal curso haya contribuido a su formación por haber realizado un master con mayor contenido formativo que aquel curso, pero éste es un extremo que correspondía acreditar a la actora tal y como exige el artículo 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y no ha hecho, por lo que debe concluirse que si se ha ofrecido la formación profesional que exige el mencionado precepto [...] (Doña Mariana vs. Uponsor Hispania SAU, 2006)

Otro aspecto relevante para concluir es que los cursos destinados a la adquisición de conocimientos básicos y exigidos legalmente para desarrollar una determinada actividad, así como los exámenes de verificación de dichos conocimientos y capacidades requeridas al trabajador (por ejemplo, piloto), en ningún caso, pueden entenderse como capacitación de 'especialización profesional', conforme podemos advertir a continuación:

La indemnización por incumplimiento del pacto de permanencia tiene por objeto compensar la especialización profesional del trabajador, y no puede entenderse que la facilitada por la empresa exceda del obligado derecho a la formación profesional en

relación al trabajo que reconoce al trabajador el artículo 4 de Et , siendo además obligatorio, en aplicación del RD 220/2001 por el que se determinan los requisitos exigibles para la realización de las operaciones de transporte aéreo comercial por aviones civiles, el garantizar por el operador que se comprueben los conocimientos y capacidades del piloto para efectuar las tareas asociadas a su categoría a la vez que realizar entrenamientos periódicos normales, así como garantizar que cada miembro de la tripulación de vuelo sea objeto de la realización de procedimientos de emergencia, y verificar que han realizado entrenamientos en despegue de baja visibilidad, siendo lo anterior el objeto de la única formación alegada por la empresa que justificaría el pacto de permanencia, que, por lo expuesto, en ningún caso tendría el carácter de especialización profesional, sino de mera verificación, no habiendo facilitado la empresa formación para la obtención por el actor de su licencia o curso de habilitación alguno para pilotar ciertas aeronaves de la compañía. (Vueling Airlines, S.A. vs. Don Emiliano, 2009)

Adicionalmente, es importante concluir la idea de que la ‘especialización profesional para poner proyectos en marcha’ no es la única causal –tarifada legalmente en el derecho español– que permita la celebración de un PPL; sino también la ‘especialización profesional para un trabajo específico’, como contratar con un determinado proveedor o cliente de suma importancia para el giro de negocio de empleador, conforme puede advertirse de la siguiente sentencia:

Esta circunstancia evidencia, de una parte, la enorme relevancia e interés que tenía dicho curso para la empresa, que necesita el requisito de tener dos personas con esa especialización, como le exige ALCATEL para poder contratar, con lo que sufre un evidente y grave perjuicio con la marcha anticipada del trabajador que no respeta lo firmado en el pacto de permanencia; pero también a la vez es indudable que concede un mayor valor añadido a la formación del trabajador que ha conseguido realizar dicho curso y puede por lo tanto ofrecer esta característica en su curriculum a otras empresas del mismo sector, siendo un hecho notorio que ALCATEL es una multinacional del sector de primera línea a nivel mundial, con lo que eso supone de especialización en la comercialización de esa plataforma, o incluso, de plataformas similares de otras empresas de telecomunicaciones. (Don Alberto vs. TELCOM, S.A., 2009)

Uno de los efectos de esta causa jurídica que otorga validez a la celebración de un PPL (léase, 'especialización profesional') es que ello no necesariamente se reflejará en una nueva contratación laboral del trabajador beneficiado; sino sólo en el aumento de la posibilidad ser contratado en mejores condiciones económicas y sociales tras la adquisición de dichos conocimientos, sin dejar de referirse al 'equilibrio de intereses' que debe estar presente en todo PPL. Ello se desprende de la siguiente sentencia del TSJ de España que señala lo siguiente:

Señala pues el Alto Tribunal que el pacto de permanencia responde a la prestación de una auténtica especialización profesional, que debe redundar en un plus de cualificación de la trabajadora, plus de cualificación que debe establecerse respecto del que le corresponde habitualmente a la función laboral contratada permitiendo a quien lo percibe recibir mayores facilidades de contratación en el futuro y originando a la empresa que hubiera otorgado tal especialidad un beneficio, beneficio que desaparece si la mercantil no ha sido resarcida del esfuerzo económico realizado con la especialización de la trabajadora a su cargo. Existe pues un equilibrio de intereses que el pacto de permanencia protege. (Tissat S.A. vs. Doña Soledad, 2012)

Por concluir, debemos resaltar que una característica que solamente rige en España es que esta causa jurídica tarifada (léase, la 'especialización profesional') debe ser costeadada exclusiva y excluyentemente por el empleador. En dicho sentido, Chávez Núñez (2012) –en referencia la causa jurídica regulada en España– señala que: «La especialización tiene que ser con cargo a la empresa, suponiendo un costo para el empleador. En caso contrario, si la formación fue financiada externamente –por organismos o instituciones públicas o privadas– no se podrá celebrar un pacto de permanencia.» (pág. C4)

3.2.3.2 Formalidad *ad solemnitatem*

En primer lugar, resulta conveniente que partamos del PPL regulado en el ET. Éste exige la formalidad escrita para que tal pacto tenga validez (véase el numeral 3.1.1.1 de la presente investigación). Sin embargo, no debe creerse que en España todas sus normas guardan armonía en sus términos.

Como bien critica Rubio de Medina (2005) –al momento de comentar la falta de concordancia entre las disposiciones normativas españolas que regulan un PPL–: «Concretar los derechos y obligaciones de las partes se deriva de las circunstancias de probar los acuerdos firmados entre las mismas, de ahí la exigencia escrita, sin embargo, la legislación no siempre se acuerda de precisar de manera expresa esta exigencia [...]» (pág. 14)

Si bien en el Perú no existe una regulación aplicable al régimen de la actividad privada, ello no significa que no podamos realizar una aproximación desde la experiencia española, a pesar de la falta de concordancia entre algunas de sus disposiciones normativas. Ejemplo de tal falta de concordancia lo encontramos en los plazos máximos de permanencia laboral o la no exigencia de una formalidad escrita en algunos tipos de PPL en España (véase los numerales 3.1.1.2 y 3.1.1.3 del presente trabajo de investigación).

Así, debemos partir de la premisa de que la formalidad puede ser de dos tipos: *ad probationem* y *ad solemnitatem*. Esta distinción la encontramos regulada en el artículo 144 del CC –de aplicación supletoria para el contrato de trabajo y, por ende, el PPL–, cuyo texto citamos a continuación:

Artículo 144.- Cuando la ley impone una forma y no sanciona con nulidad su inobservancia, constituye sólo un medio de prueba de la existencia del acto.

Respecto de la formalidad *ad solemnitatem*, Sirvent Hernández, citada por Chávez Núñez (2012) nos indica que es: «[...] el conjunto de solemnidades exteriores que son considerados necesarios para expresar la voluntad contractual con el fin que alcance plena validez y eficacia jurídica.» (pág. C4)

Ahora bien, resulta pertinente mencionar que, en el Perú, el PPL ha surgido como un mecanismo jurídico que asegura dos tipos de causas que confluyen en un mismo momento. La retribución del beneficio otorgado por el empleador (causa jurídica del PPL) estará de la mano con la retención del talento humano en quien se confía (causa económica del PPL). Por tal motivo, podemos concluir que surge la

necesidad de dotar de seguridad jurídica a dicho pacto a través de la formalidad *ad solemnitatem*, pues –conforme indica Chávez Núñez (2012)–:

El modo o solemnidad útil para exteriorizar la manifestación de voluntad, en el caso del pacto de permanencia, es el escrito. Resulta evidentemente necesario que las partes del contrato de trabajo que están prestas a celebrar un acuerdo de permanencia en la empresa se obliguen a hacer una declaración de voluntad expresa (descartándose las declaraciones tácitas de voluntad) y escrita. (pág. C4)

Por ello, incluso cuando no exista una regulación del PPL en el régimen laboral general privado, suscribimos las palabras de Sánchez Zapata (2016) cuando menciona: «[...] se sobreentiende la necesidad de la celebración por escrito de esta clase de pactos, ya que su determinación no puede quedar en la libre interpretación de las partes, fuera de que deberá existir una causa que lo justifique [...]» (pág. 32)

Es válido concluir, entonces, que la justificación de esta formalidad *ad solemnitatem* es darles seguridad jurídica a las partes. El trabajador deberá necesariamente estar de acuerdo con el contenido de un PPL (plazo, costo del beneficio, cláusulas en caso de incumplimiento). El empleador afianzará su confianza en invertir en dicho trabajador. Y, por sobre todas las cosas, en caso de un conflicto judicial, el documento que contenga el PPL será indispensable para que el juez solucione dicho conflicto. En tal sentido, suscribimos las palabras de Chávez Núñez (2012) cuando señala que:

El recurso a esta exigencia formal tiene como fin reforzar el nivel de garantías de la institución, y es que las formas no son exigencias carentes de sentido, sino que determinan notorias ventajas. Así, esta forma exigida contribuye a dotar de certidumbre al contrato; constituye una garantía de acreditación de la existencia del acuerdo mismo, de los términos en que se ha celebrado, de los sujetos intervinientes y de su adecuación al ordenamiento jurídico vigente. (pág. C4)

Nótese que, actualmente, no existe una disposición normativa imperativa que señale cuál es la formalidad para celebrar un PPL. Por el contrario, lo único que tenemos es

la libertad de forma de todo negocio jurídico. Esta libertad ha sido regulada por el Legislado peruano en el artículo 143 del CC, cuyo texto señala lo siguiente:

Artículo 143.- Cuando la ley no designe una forma específica para un acto jurídico, los interesados pueden usar la que juzguen conveniente.

Así, como ya ha señalado la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República –a través de la casación 2619-2014-ICA, de fecha 6 de abril de 2015–: «En ese sentido, ante la celebración de un contrato, los interesados son soberanos para escoger la forma que prefieran, salvo que la ley establezca una predeterminada.» (María Tereza Mendiola de Claux y otra vs. BBVA Banco Continental, 2015) Por ende, al no existir actualmente una norma imperativa, existe la contingencia de que existan PPL celebrados oralmente y que generen desprotección en los trabajadores.

Un punto importante que debemos agregar en este asunto es que ni si quiera el derecho español ha previsto todos los aspectos relacionados al PPL. Por ejemplo, Rubio de Medina (2005) señala con precisión que no existe disposición normativa en España que señala la oportunidad para celebrar por escrito este PPL, conforme vemos a continuación:

Lo que ninguna disposición común o especial aclara es el momento en que podrá pactarse el pacto de permanencia; ante la ausencia de normas que hagan referencia al tema es evidente que éste puede pactarse al mismo tiempo que el contrato de trabajo o en un momento posterior, estando vigente la relación laboral acordada entre las partes, [...] (pág. 15)

Entonces, cabe preguntarnos, ¿qué beneficios obtendríamos con una regulación en cuanto al plazo máximo de un PPL? Evitar que plazos excesivos tengan efectos jurídicos y que no se creen obligaciones que vinculen a las partes a través de la nulidad. Por tal motivo, en palabras de García Viña (2000):

Dicho pacto deberá formalizarse siempre por escrito, por lo que esta regulación eleva la necesidad de forma a requisito ad solemnitatem, de manera que en caso de falta de

forma se predicará la nulidad del pacto; o dicho de otra manera, no cabe la existencia de un pacto oral en esta materia. (pág. 641)

Por lo tanto, concluimos que es conveniente la regulación y exigencia de una formalidad *ad solemnitatem* para la celebración de un PPL. El fundamento de dicha finalidad es principalmente por razones de seguridad jurídica de las partes contractuales: trabajador y empleador.

3.2.3.3 Plazo máximo de permanencia y cómputo

Como vimos en los antecedentes del derecho español que se mencionan en el numeral 3.1.1 del presente trabajo de investigación, todos los antecedentes normativos regulan un plazo máximo de permanencia. En casi todos ellos, se regula dos años, salvo el caso del personal civil no funcionario establecimientos militares, para los cuales, el plazo máximo de permanencia laboral es tres años. Rubio de Medina (2005) resalta que todas las normas precitadas regulan un plazo máximo de permanencia, aun para tal personal civil, conforme vemos a continuación:

La tónica de regular el periodo máximo de duración del pacto de permanencia es igualmente adoptada por el art. 20.2 RDTPC, que regula que el compromiso de permanencia acordado para el personal civil no funcionario que preste su trabajo en los establecimientos militares no podrá exceder de 3 años, [...] (pág. 15)

Pero, ¿cuál sería la razón jurídica para que en España se haya incluido un tope de tiempo en la permanencia laboral? El fundamento constitucional, lo cual es perfectamente aplicable a nuestra realidad nacional. Así, conforme se desarrolló en el numeral 3.2.2 del presente trabajo de investigación, el contenido constitucional de la libertad de trabajo implica que se delimite la obligación de permanencia laboral. Así, Chávez Núñez (2012) que: «[...] no se puede obligar al trabajador a laborar toda su vida bajo órdenes del mismo.» (pág. C2)

Una permanencia laboral a plazo indefinido o incierto sería, a todas luces, contrario a derecho. Por ende –aunque discrepemos en cuanto al plazo de dos años– existen autores nacionales que resaltan la importancia de un tiempo máximo de

permanencia laboral. Por ejemplo, Pizarro Díaz (2012) remarca la existencia de una restricción temporal cuando indica que: «Consideramos que los límites impuestos por la legislación española y precisado por su jurisprudencia satisfacen la prueba de razonabilidad y proporcionalidad. Así, la restricción temporal que impide que el pacto tenga un plazo superior a dos años resulta proporcional.» (pág. 2)

En este punto, nos permitimos realizar un paralelismo de la permanencia laboral con la prestación de servicios regulada en el derecho civil. Como sabemos, la prestación de servicios que ofrece una persona puede ser por cuenta propia o ajena. En el primer escenario, nos encontramos ante una relación civil. En el segundo escenario, nos encontramos ante una relación laboral. La nota diferenciadora entre ambas relaciones jurídicas es la ‘subordinación’.

Pues bien, le prestación de servicios dentro de una relación laboral se genera como consecuencia de un contrato de trabajo. Tal prestación dentro de un vínculo civil se genera como consecuencia de celebrar un contrato de locación de servicios, conforme se encuentra regulado en el artículo 1764 y siguientes del CC.

El contrato de locación de servicios se encuentra regulado por normas dispositivas y parte de la premisa de que no existe una asimetría entre las partes contratantes. No obstante, el paralelismo en mención que buscamos resaltar es que –incluso en una relación civil– no se permite un tiempo indefinido de prestación de servicios, conforme se regula en el artículo 1768 del CC:

Artículo 1768.- El plazo máximo de este contrato es de seis años si se trata de servicios profesionales y de tres años en el caso de otra clase de servicios. Si se pacta un plazo mayor, el límite máximo indicado sólo puede invocarse por el locador.

Entonces, si en una prestación de servicios civil se establece un plazo máximo, concluimos que –con mayor razón– en una prestación de servicios laboral debería establecerse también un plazo máximo. Es tal y como señala la misma Corte Suprema de Justicia de la República (a través de la Casación n.º 15708-2013-CUSCO), pues un tiempo indefinido de prestación implica la vulneración de la

libertad de una de las partes contractuales, conforme se puede observar a continuación:

En ese sentido, no se podría convalidar un acuerdo que establezca como carácter indefinido la prestación de servicios profesionales, teniendo en cuenta que el artículo 1768 del Código Civil prevé un plazo máximo para la prestación de servicios profesionales o de cualquier otra clase; afirmar lo contrario generaría sacrificar excesivamente la libertad de una de las partes al prolongarse sus servicios indefinidamente en el tiempo. (María Guadalupe Núñez del Prado Aparicio vs. Asociación Pro Vivienda Villa Rosario y otros, 2015)

Ahora bien, y retomando la discusión sobre el tope del plazo de permanencia laboral, nosotros discrepamos de que deban ser dos años. Nuestra objeción principal a la que concluimos es que no todas las causas jurídicas serán las mismas en todos los PPL. Si nos referimos sólo a la capacitación académica, debemos recordar que puede ser profesional o técnica. Al enfocarnos en la primera (capacitación profesional), el plazo de dos años podría ser incompatible con el tiempo de duración de la misma capacitación. Por ejemplo, si un empleador desea ‘profesionalizar’ el servicio prestado por su trabajador y acepta costear estudios de pregrado, la capacitación durará –dependiendo de la carrera profesional– cinco (5) años de ser cursada sin interrupción.

Si en el Perú se regulara el PPL sólo para capacitación académica como causa jurídica tarifada o predeterminada como en España, concluimos que estaríamos ante la ‘especialización profesional’. La duración máxima de una especialización sería una maestría (dos años), siempre que sea cursada sin interrupción.

Ahora bien, no debemos olvidar que en el Perú sí existe cierta regulación sobre el PPL. En el artículo 19 del reglamento general de la ley n.º 30057, ‘Ley del Servicio Civil’ (aprobado mediante decreto supremo n.º 040-2014-PCM, de fecha 11 de junio de 2014) se reguló lo siguiente:

Artículo 19.- Compromisos asociados a la Capacitación

Los servidores civiles beneficiados con acciones de formación laboral o profesional deberán como mínimo:

- a) **Comprometerse a permanecer en la entidad** o devolver el íntegro del valor de la capacitación, o en su defecto el remanente según corresponda, en atención a la directiva aprobada por SERVIR.
- b) [...]
- c) **Sujetarse a las penalidades establecidas en caso de incumplimiento.**
- d) [...]
- e) Transmitir, a solicitud de la entidad, los conocimientos adquiridos con los demás servidores civiles de la institución.

El valor de la capacitación para determinar la duración del tiempo de permanencia o la devolución del valor de la misma **se calculará, tomando en cuenta**, al menos, **el costo de la capacitación, su equivalencia en costo por hora del servidor** beneficiado en función de su compensación económica **y la duración de la capacitación**, de acuerdo con lo previsto en la directiva correspondiente.

Los servidores civiles suscribirán, como condición previa al goce del beneficio, un acuerdo con la entidad formalizando los compromisos mínimos y los específicos requeridos por la misma.

Los servidores civiles que se encuentren en el supuesto previsto en el último párrafo del artículo 26 de la Ley no le será aplicable el compromiso de permanecer en la entidad previsto en el literal a) del presente artículo.

Las obligaciones del presente reglamento se empiezan a computar al día siguiente de concluida la comisión de servicios asignada o la licencia otorgada, siendo factible postergarlas únicamente por causas justificadas o periodo de vacaciones que le correspondiera. La prestación de servicios a que aluden dichos artículos se debe realizar en la misma entidad que otorgó la licencia o comisión de servicios. (Énfasis agregado).

Como vemos, este reglamento contiene especificaciones muy interesantes en cuanto al PPL que consideramos deben ser tomadas en cuenta al momento analizar una regulación completa de esta institución. Estas especificaciones son las siguientes:

1. Se usa el término 'compromiso' en vez de 'obligación' de permanencia laboral.
2. Para determinar la permanencia laboral del servidor, ya no se alude al criterio del doble de tiempo de duración del beneficio.
3. La permanencia laboral sólo es una opción ante el beneficio otorgado por el empleador. La otra opción es devolver lo invertido por la entidad empleadora.
4. La duración del tiempo de permanencia laboral se calculará en función a lo siguiente: el valor del beneficio (capacitación), su equivalencia en horas de trabajo y el tiempo de tal beneficio.
5. Se debe formalizar un acuerdo previamente al otorgamiento del beneficio.

6. El cómputo del tiempo para la permanencia laboral inicia una vez se culmine con la percepción del beneficio o la licencia para gozar dicho beneficio.
7. El periodo de la permanencia laboral debida por el servidor sólo puede suspenderse por vacaciones u otras causas justificadas.
8. Sólo el personal de rendimiento distinguida en la capacitación está exceptuado del compromiso de permanencia laboral.

Lo anterior nos lleva a la siguiente conclusión: que se pueda regular un plazo máximo de permanencia laboral tampoco implica que en todos los PPL se deba consignar dicho plazo máximo. Nótese, por ejemplo, que podríamos estar ante una capacitación laboral cuyo curso dure tan sólo un mes. En ese supuesto, bastará entonces que el plazo máximo de permanencia laboral sea de un (1) mes, con lo que mantendríamos la proporcionalidad y equilibrio de intereses. Por ello, –sin perjuicio de discrepar de cuánto debería ser el tope máximo o si éste debe ser como máximo dos (2) años en todo PPL–, suscribimos la idea de aplicar el criterio de proporcionalidad basado en la permanencia laboral y la duración de la capacitación (sólo cuando ésta sea la causa jurídica del PPL):

Sin embargo, creemos que dicho plazo debe estar supeditado a la duración de la capacitación y su costo. No resultaría proporcional que se exija a un trabajador una permanencia en el empleo que exceda ampliamente la duración de la capacitación, salvo que la onerosidad de ésta lo justifique. (pág. 2)

Debemos destacar la salvedad que realiza la autora precitada, pues la ‘onerosidad’ del beneficio también puede ser una variable para considerar al momento de establecer cuánto debería ser el periodo de permanencia laboral del trabajador. No tendrá la misma repercusión cursar estudios de postgrado en una universidad el Perú que en una de Estados Unidos o Europa.

Por ende, si la capacitación académica fuese la especialización profesional como en España, es posible que el posible plazo legal máximo de dos (2) años no sea suficiente para tal salvaguardar los intereses del empleador. La particularidad de cada caso decidirá si el plazo del PPL es acorde a no a su causa.

Ahora bien, es pacífico aceptar que el PPL debe tener un plazo máximo, cuando su causa jurídica sea una *especialización profesional*. Así, en España, el TSJ ya se ha manifestado sobre un plazo estipulado en el PPL superior a los dos años. Tal exceso de plazo no afecta la validez del contrato de trabajo entre el empleador y el trabajador, conforme se puede observar a continuación:

Para una interpretación correcta de este último precepto en relación con la cláusula contractual debemos partir, como lo hace el Juez de instancia, de que la limitación establecida por el Estatuto en su artículo 21.4 es de Derecho necesario por lo que no pueden establecerse plazos superiores al período de dos años que en el mismo se regulan. Pero no es menos cierto que el artículo 9.1 del Estatuto de los Trabajadores regula los efectos de la nulidad parcial del Contrato de Trabajo determinando que, "si resultase nula sólo una parte del contrato de trabajo, éste permanecerá válido en lo restante, y se entenderá completado con los preceptos jurídicos adecuados conforme a lo dispuesto en el número uno del artículo tercero de esta Ley". (Binter Canarias, S.A. vs. D. Adolfo, 2005)

Por otro lado, ¿cuál sería la consecuencia jurídica de una cláusula que contenga un plazo superior al que el Legislador pueda regular en el Perú? En este punto, consideramos indispensable acudir a la jurisprudencia española para tomarlo como referencia. Así, al precisar cuál es el resultado de una cláusula de PPL que exceda el plazo de dos años regulado por el ET, dicho Tribunal precisa que más que hablar de nulidad, lo que corresponde es considerar todo exceso de plazo legal como ineficaz, conforme se observa a continuación:

De estos preceptos se llega a la conclusión de que la citada cláusula no desaparece del Contrato, produciéndose un vacío en su regulación, sino que la misma debe ser completada e interpretada de acuerdo con lo que establece el artículo 21.4 en cuanto al plazo máximo de permanencia, o sea, que debe tenerse por plazo máximo el de dos años, criterio que fue expresado en la Sentencia de instancia y que ésta Sala comparte plenamente, lo que nos lleva a rechazar el segundo motivo de censura jurídica. (Binter Canarias, S.A. vs. D. Adolfo, 2005)

Tal remedio contractual al exceso del plazo legal permitido también encuentra asidero en la doctrina española. Por ejemplo, Sirvent Hernández, citada por Rubio de Medina (2005), sostiene que:

[...] estima que antes de aplicar la nulidad del pacto conforme a lo establecido en el art. 9.1 ET, habrá que entenderse que el acuerdo se ha pactado por la duración máxima legal –los dos años en el caso de los trabajadores a los que se le aplica el art. 21.4 ET–, quedando subsistentes el resto de las disposiciones del contrato o de los anexos al mismo. (pág. 16)

Ahora bien, para concluir, debemos precisar que la ineficacia de todo exceso al plazo de dos años en un PPL español no aplica para los trabajadores de alta dirección, sujeto al ámbito de aplicación del real decreto 1382/1985 visto en el numeral 3.1.1.2 del presente trabajo de investigación. En esa línea de pensamiento se encuentra García Viña (2000), cuando señala que:

En el supuesto que se pactara un periodo superior no se originará la nulidad del mismo, sino la sustitución del plazo establecido por el máximo legalmente regulado, de acuerdo con la aplicación de la regulación contenida en el art. 9.1 del Estatuto de los Trabajadores. Así, por ejemplo, si se pactó un periodo de tres años, como la ley limita a dos, se ha de entender que éste es el plazo que se aplica. En cambio, no existe esta limitación temporal si el contrato afecta a personal directivo, en cuyo caso, el pacto de permanencia alcanzara hasta el término fijado. (pág. 641)

Así, el remedio a un PPL español que no respete el plazo también se entiende como ineficaz, conforme ha sido materia de pronunciamiento en otro caso donde se pactó el plazo máximo legal de permanencia laboral, pero la continuidad de la relación laboral sujeta a exámenes semestrales de verificación. La conclusión del TSJ fue que no puede renovarse de manera continua y automática el cómputo de la permanencia laboral:

Aplicando esta doctrina al caso de autos, resulta que existen diversos motivos que impiden otorgar eficacia a la cláusula de permanencia pactada entre la empresa y el trabajador. Así, pactándose en la cláusula 6.2 que el piloto no podría extinguir su

contrato durante los dos años siguientes: "a la fecha de inicio del período de "Estancia mínima", ésta se define en la cláusula 5.3 como "cada período de dos años que transcurra desde que se realice el EOI denominándose así según pacto 1.2 del contrato "cada experiencia operativa inicial", constando igualmente como la empresa realiza cada seis meses el curso de verificación de competencia del denominado en demanda Renovación Tuype Rating. En consecuencia, si la empresa realiza el curso de verificación de competencia cada seis meses y se entiende que el piloto no puede desvincularse de la empresa hasta dos años después de cada uno de estos cursos, el pacto de permanencia devendría perpetuo y no limitado a los dos años exigidos legalmente. (Vueling Airlines, S.A. vs. Don Emiliano, 2009)

Es decir, el cómputo del plazo de permanencia laboral sólo se inicia una vez y su cumplimiento no debe estar sujeto a la voluntad de una de las partes contratantes.

Ahora bien, consideramos que el plazo del PPL debería ser siempre expreso, indubitable e inequívoco. Lo más adecuado sería utilizar una fecha determinada para saber hasta cuándo durará la permanencia laboral ('hasta el 31/12/2019' o 'será de un año contados desde...') Utilizar fórmulas de proporcionalidad donde no se observe la certeza del plazo (entendido como un hecho futuro y cierto) no es aconsejable. Consecuentemente, no compartimos al 100% lo expuesto por Sánchez Zapata (2016) cuando propone un tiempo de duración igual al que dure la causa jurídica (capacitación laboral o académica, siendo que ésta última engloba la profesional y técnica):

Un ejemplo con limitación propia vendría a ser el hecho de que, ante una formación académica brindada al trabajador por parte de su empleador para que este estudie una maestría en la especialidad o profesión que desempeña, y vuelque a su puesto de trabajo, se convenga un periodo de tiempo igual al que dure sus estudios, para de este modo expresar todos los conocimientos adquiridos a favor de la unidad productiva del empleador, [...] (pág. 33)

Nótese que en el tiempo de duración de la causa jurídica de la cita textual anterior (estudios del trabajador) pueden ocurrir diversas situaciones que impidan la finalización de dicha causa. Por ejemplo, puede ocurrir situaciones de fuerza mayor

o caso fortuito que impidan al trabajador recibir el beneficio ofrecido por el trabajador. Ello retrasaría, indudablemente, el retorno a las labores –en caso de haber una licencia con o sin goce de haber– e incrementaría el periodo de permanencia laboral.

¿Y qué pasaría con los supuestos donde el trabajador que recibe un beneficio (la capacitación académica) desaprueba algún curso o materia del estudio proporcionado por el empleador? Consideramos que aplicaría perfectamente el artículo 1155 del CC, que señala lo siguiente:

Artículo 1155.- Si la prestación resulta imposible por culpa del acreedor, la obligación del deudor queda resuelta, pero éste conserva el derecho a la contraprestación, si la hubiere.

Igual regla se aplica cuando el cumplimiento de la obligación depende de una prestación previa del acreedor y, al presentarse la imposibilidad, éste hubiera sido constituido en mora.

Si el deudor obtiene algún beneficio con la resolución de la obligación, su valor reduce la contraprestación a cargo del acreedor.

La disposición normativa precitada implicaría que la obligación (costear la capacitación académica) del empleador-deudor de otorgar un beneficio al trabajador-acreedor quedaría resuelta; lo que deja a salvo la obligación de permanencia laboral que debería el trabajador-deudor a su empleador-acreedor. No obstante, debemos resaltar que debe tratarse de una absoluta y total ‘imposibilidad’. Por ello, si la desaprobación de un curso no implica imposibilidad, la obligación del empleador seguirán siendo eficaz.

Por otro lado, cabe señalar que –para efectos de determinar cuándo comienza el plazo de permanencia laboral– el TSJ en España ha señalado que no se puede imputar abandono voluntario alguno si ni si quiera se empieza con la relación laboral sujeta a permanencia, pues sólo dentro de marco de dicha relación jurídica cobra eficacia la obligación de permanencia laboral:

Esta última cláusula establece el denominado "*pacto de permanencia*" regulado en el artículo 21.4 del Estatuto de los trabajadores, disponiendo específicamente que "*si el trabajador abandona voluntariamente la compañía o se extingue la relación laboral por*

despido, antes del tercer año de contrato...", en clara alusión al contrato de trabajo. Sin embargo, el contrato de trabajo no se inició, ya que no se cumplieron los requisitos, reiteradamente establecidos en el contrato de trabajo y su Anexo, para iniciar la relación laboral, [...], por lo que, no habiéndose iniciado el contrato, no puede imputarse al demandado que "haya abandonado voluntariamente la compañía antes del tercer año de contrato", ni, en consecuencia, exigirle la indemnización de daños y perjuicios prevista para tal eventualidad en la cláusula octava del contrato. (Lagun Air, S.A. vs. Don Pedro Antonio, 2004)

Ahora bien, a propósito del plazo de un PPL, el cómputo iniciará según acuerden las partes. No obstante, debemos precisar que hemos encontrado en la doctrina posiciones que sostienen que –por su propia regulación– el plazo podría computarse incluso no necesariamente después de haber percibido el beneficio. Puede ocurrir el cómputo del plazo de la obligación de permanencia está supeditado a que ocurran hechos futuros, como la culminación de proyectos determinados/trabajos específicos (según el artículo 21.4 del ET) u otros supuestos de suspensión de la relación laboral (como la licencia sin goce de haber o una suerte de ‘periodo de gracia’ antes del cómputo). Así, García Viña (2000) sostiene que:

El plazo de la obligación de permanencia, cualquiera que sea su duración, hay que computarlo a partir de la adquisición de la especialización, y por tanto, de la puesta en marcha del proyecto o del comienzo de la realización del trabajo específico; a no ser que el trabajador se incorpore a proyecto ya iniciado o a un trabajo que ya se está realizando, en cuyo caso el plazo se computan a partir del momento en que la especialización profesional haya terminado, incluso pueden darse supuestos en los que el comienzo del cómputo del pacto se lleva a cabo una vez finalizada una excedencia voluntaria disfrutada después de haber recibido la formación. (pág. 641)

En ese mismo sentido, se pronuncia Rubio de Medina (2005) cuando menciona que –salvo el supuesto del personal civil no funcionario en los establecimientos militares que se menciona en el numeral 3.1.1.2 del presente trabajo de investigación–: «[...] en el art. 21.4 ET no se observa ninguna disposición similar, [...]». En esa misma línea de pensamiento se encuentra Sirvent Hernández, citada por Rubio de Medina (2005), quien sostiene lo siguiente:

[...] el *dies a quo* será aquel momento que decidan las partes contratantes, siempre no desvirtúe el significado y la finalidad del pacto [...] este ha de coincidir con lo acordado por las partes contratantes, dentro de lo permitido por las disposiciones vigentes, o, en defecto de previsión, por el correspondiente al tope máximo de duración establecido normativamente. (pág. 16)

Es más, es importante mencionar que dicho Tribunal admite la posibilidad de que las partes puedan pactar en contrario (es decir, que el plazo del PPL se compute incluso antes del inicio de la relación laboral). No obstante, a falta de pacto expreso en dicho sentido y en aplicación del *in dubio pro contra stipulatorem* la cláusula se interpreta y aplica en favor de quien no redactó la misma, es decir, el trabajador (pues, en nuestra consideración, existió un PPL que no contempló un supuesto específico de plazo):

Cuestión distinta hubiera sido que las partes hubieran pactado una indemnización de daños y perjuicios para el supuesto de que D. Pedro Antonio abandonara voluntariamente la compañía durante el periodo de formación o, inmediatamente después de finalizar éste y antes de iniciar la relación laboral, extremo no previsto en el contrato y al que, por tanto, no puede aplicársele las previsiones establecidas para un supuesto diferente. (Lagun Air, S.A. vs. Don Pedro Antonio, 2004)

3.2.4 ¿El pacto de permanencia laboral podría constituir un delito contra la libertad de trabajo?

En el numeral 3.2.1.2 del presente trabajo de investigación, nos remitimos a una primera aproximación de qué es el PPL. Por tal motivo, indicamos que para Pizarro Díaz (2012) es: «[...] una sujeción del contrato de trabajo a un plazo que resulta forzoso para el trabajador. Es decir, este acuerdo impone al trabajador una obligación adicional y restringe su derecho a decidir si trabaja o no y para quien.» (pág. 1)

Pero si el PPL crea una 'obligación de permanencia laboral' del trabajador que le resulta forzosa, ¿puede ello tener connotación penal? Cabe preguntarnos, ¿dicha

‘obligación’ puede implicar algún comportamiento vedado por el derecho penal peruano? Para ello, consideramos pertinente revisar las disposiciones penales del CP pertinentes.

El texto original del CP fue promulgado mediante decreto legislativo n.º 635 de fecha 8 de abril de 1991 por el Poder Ejecutivo, mediante facultades delegadas por el PL peruano. En dicho texto, se reguló el ‘delito contra la libertad de trabajo’ conforme al siguiente texto:

Artículo 168.- Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años **el que obliga a otro, mediante violencia o amenaza, a realizar cualquiera de las conductas siguientes:**

1. [...].

2. **Prestar trabajo personal sin la debida retribución.**

3. [...]

4.- [...].

La misma pena se aplicará al que retiene las remuneraciones o indemnizaciones de los trabajadores [...]. (Énfasis agregado)

Para mejor comprensión de cómo interpretar los términos de dicha disposición normativa, consideramos pertinente remitirnos a la exposición de motivos CP vigente brindada por la Comisión Revisora:

La Parte Especial del nuevo Código Penal contiene nuevos tipos legales así como innovaciones de carácter técnico-jurídico en las figuras tradicionales, en relación al de 1924. Con la finalidad de determinar materialmente y ordenar los tipos legales, se ha tenido como criterio sistematizador al bien jurídico:

(...)

4 Los delitos de violación de la libertad de trabajo constituyen la materialización de la protección constitucional de los derechos laborales en el Código Penal. Nuestra ley fundamental establece que en toda relación laboral se prohíbe cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad y que nadie puede ser obligado a prestar trabajo personal sin su libre consentimiento y sin la debida retribución (artículo 42). En este Capítulo se reprimen, entre otras conductas, los atentados contra la libertad de sindicalización; el compeler al trabajador a laborar sin la debida retribución o sin las condiciones de seguridad e higiene industriales; el obligar a otro a celebrar contrato de

trabajo a adquirir materias primas o productos industriales o agrícolas; la retención indebida de las remuneraciones o indemnizaciones de los trabajadores; el incumplimiento de las resoluciones consentidas o ejecutoriadas de la autoridad administrativa de trabajo y la distorsión dolosa de la producción. (Alva Orlandini, y otros, 1991)

Como se puede observar del texto anterior, lo que se sancionaba era la prestación de servicios subordinados (trabajo) sin el libre consentimiento del trabajador y sin la debida 'retribución'. Si buscamos el significado de dicho término, encontramos sinónimos en el diccionario de la Real Academia Española 'recompensa o pago por algo'. En consecuencia, es posible colegir que se refiere a la contraprestación a dicho trabajo: la 'remuneración'.

En ese sentido, la redacción del tipo penal del delito contra la libertad de trabajo permitía evadir la responsabilidad penal si –aun si se obligaba mediante amenaza a prestar servicios subordinados– se le remuneraba dicho trabajo. Este no sería el caso del PPL, puesto que éste no supone amenaza en la prestación de trabajador.

Un último dato adicional que resalta del tipo penal es que se sancionaba penalmente la retención de las remuneraciones, por lo que, si un PPL se incumplía durante la vigencia de dicho artículo y se retenía algún monto so pretexto de aplicación de penalidad, ello pudo haber configurado un delito.

Posteriormente, dicho tipo penal fue modificado por la tercera disposición derogatoria y final del decreto legislativo n.º 857, publicado el 4 de octubre de 1996, cuyo texto es el siguiente:

"Artículo 168.- Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años el que obliga a otro, mediante violencia o amenaza, a realizar cualquiera de los actos siguientes:

1. [...]

2. Prestar trabajo personal sin la correspondiente retribución.

3. [...]

La misma pena se aplicará al que incumple las resoluciones consentidas o ejecutoriadas dictadas por la autoridad competente; y al que disminuye o distorsiona la

producción, simula causales para el cierre del centro de trabajo o abandona éste para extinguir las relaciones laborales.

Sin embargo, el sentido principal del tipo penal principal no varió (sólo se cambió 'conductas' por 'actos' y 'debida' en lugar de 'correspondiente'); mientras que se eliminó la connotación penal de la 'retención de las remuneraciones'.

Consecuentemente, dicho tipo penal fue modificado por la tercera disposición derogatoria y final del decreto supremo n.º 001-97-TR, publicado el 1 de marzo de 1997, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 168.- Será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años el que obliga a otro, mediante violencia o amenaza, a realizar cualquiera de los actos siguientes:

1. [...]
2. Prestar trabajo personal sin la correspondiente retribución.
3. [...]

No obstante, dicha modificatoria afectó las otras modalidades del tipo distintitas a la que atenta la libertad de trabajo, como la libertad sindical o las condiciones de seguridad y salud en el trabajo, los cuales no son objeto de la presente investigación.

Ahora bien, recientemente un nuevo tipo penal de 'trabajo forzoso' fue incorporado por el artículo 2 del decreto legislativo n.º 1323, publicado el 6 enero de 2017, ha sido incorporado al CP. Si bien, en palabras de Sánchez Málaga (2017): «La norma puede ser objeto de crítica dada su poca coherencia y definición tanto en lo que a objetivos de política criminal como a técnica dogmática se refiere. Sin embargo, cabe rescatar la incorporación del artículo 168-B al Código Penal, en el que se tipifica el delito de Trabajo Forzoso [...]» (pág. 2)

En efecto, el nuevo tipo penal de 'trabajo forzoso' se regula en el artículo 168-B vigente del CP. Dicho artículo ha sido recientemente modificado por la ley 30924, publicada el 29 de marzo de 2019 en el diario oficial 'El Peruano', cuyo texto actual es el siguiente:

Artículo 168-B.- Trabajo forzoso

El que somete u obliga a otra persona, a través de cualquier medio o contra su voluntad, a realizar un trabajo o prestar un servicio, sea retribuido o no, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de seis ni mayor de doce años y multa de cien a doscientos días-multa.

La pena será privativa de libertad no menor de doce años ni mayor de quince años y multa de doscientos a trescientos días-multa si concurre alguna de las siguientes circunstancias:

1. **El agente** tiene a la víctima bajo su cuidado o vigilancia por cualquier motivo, o **mantiene** con ella **un vínculo de superioridad, autoridad, poder u otro que la impulse a depositar su confianza en él.**

2. [...]

3. **El agente comete el delito en el marco de la actividad de una persona jurídica o en el contexto de cualquier actividad económica.**

(...) (Énfasis agregado).

A propósito de este nuevo tipo penal, es pertinente clasificar y verificar cuáles son las conductas típicas contenidas (los ‘verbos rectores’, en términos de los penalistas). Así, Sánchez Málaga (2017) dice que:

Se trata de un delito de peligro que puede configurarse a partir de dos conductas típicas alternativas: a través de la conducta de “someter a otra persona a realizar un trabajo o prestar un servicio en contra de su voluntad”, o a través de la conducta de “obligar a otra persona a realizar un trabajo o prestar un servicio en contra de su voluntad”. (pág. 2)

El análisis posterior debe relacionarse a las conductas típicas de ‘someter’ y ‘obligar’, por lo que empezaremos por esta segunda al ser ésta la que –a nuestra consideración– tendría incidencia directa con la obligación de permanencia laboral que crea el PPL.

De una lectura inmediata y aislada del tipo penal en mención, podría arribarse a la conclusión que, ahora, el empleador que suscriba un PPL con un trabajador, podría incurrir en el delito contra la libertad de trabajo; toda vez que obligaría a dicho prestador a trabajar de manera retribuida y a través de un pacto.

Incluso la redacción del nuevo tipo penal de ‘trabajo forzoso’ ha llevado a considerar que el trabajo en sobretiempo también pueda ser considerado como delito. Así, Avalos Rodríguez (2017) sostuvo que existen empleadores que: «[...] incumpliendo las normas laborales, están obligando a sus trabajadores a laborar un poco más de su jornada y, al margen de que les paguen su hora extra, cuando esto ya se vuelve regular en el tiempo, ya pierde su naturaleza la hora extra.» (pág. 3)

Si bien no toda obligación de trabajar (directamente, como en las horas extras; o indirectamente, como consecuencia de un PPL) deviene en responsabilidad penal del empleador, debe tenerse en cuenta que la existencia de una causa razonable determinará la licitud o ilicitud del comportamiento. Por ejemplo, Avalos Rodríguez (2017) señala cuál sería la causa justa en las horas extras si el empleador ‘obliga’ a trabajar al trabajador, cuando manifiesta que: «[...] pueden ser excepcionalmente obligatorias en tanto la empresa lo requiera como una necesidad operativa y que esta sea razonable, [...]. Por ejemplo, los contadores en cierre de año, durante las ventas por temporada o por necesidades de producción.» (pág. 3)

A mayor abundamiento sobre la ‘obligación’ de trabajar como comportamiento penalmente reprochable en el caso del trabajo a sobretiempo, Avalos Rodríguez (2017) precisa que: «Lo malo es cuando siempre existe esta necesidad. Allí el empleador debería contratar más personal o pagarle más al trabajador y aumentarle unas horas adicionales a su jornada, pero respetando el límite máximo de las 48 horas.» (págs. 3-4)

Como se puede advertir, lo que determinaría si las horas extras exigidas por el empleador devienen en un comportamiento delictivo o no sería el ejercicio abusivo de dicha institución jurídica, pues al no haber una causa real, razonable y proporcional que justifique el sobretiempo, dicha ‘obligación’ puede ser reprochable penalmente al considerarse ‘trabajo forzoso’.

Consideramos que dicha línea de razonamiento también sería perfectamente aplicable al PPL, puesto que el uso de dicha institución privada sin que exista una

causa real es un ejercicio abusivo cuyos efectos jurídicos no deben ser amparados por el derecho.

Sin embargo, una opinión en contrario tiene Quiñones Infante (2017) al sostener que: «[...] de ninguna manera imponer las horas extra a un trabajador puede configurar este delito, previsto en el artículo 168-B del Código Penal. [...] por la naturaleza de última ratio (intervención mínima) del derecho penal, como por el bien jurídico que se protege.» (págs. 3-4)

Asimismo, el especialista en derecho laboral precitado también preciso que ya no correspondería conceptualizar dicho tipo penal del artículo 168-b ya no como un delito ‘contra la libertad de trabajo’, sino como ‘trabajo forzoso’. Dicho delito, según Quiñones Infante (2017) sanciona: «[...] situaciones de grave afectación a la libertad de trabajo de las personas (explotación laboral por trata o servidumbre por deudas), situaciones que no se configuran con la imposición de horas extra, imposición que además presupone la existencia de un vínculo laboral formal.» (pág. 4)

Entonces, cabría hacer un paralelismo con la obligación de permanencia laboral (indirectamente, ‘trabajar’) que produce un PPL y preguntarnos ¿dicho pacto podría constituir –por sí mismo– una ‘grave afectación’ a la libertad de trabajo, más allá de la limitación que ya presupone uno que es válido y eficaz (como en el supuesto de la causa tarifada española de la ‘especialización profesional’)?

Consideramos que la respuesta a la reflexión anterior es negativa porque un PPL válido, incluso si contiene una limitación considerable a la libertad de trabajo, contiene una causa jurídica y económica justa que le da un equilibrio a los intereses de las partes. Si a ese razonamiento le añadimos el hecho de que la celebración de un PPL presupone la existencia de una relación laboral ‘formal’, entonces no podríamos considerar que dicho pacto *per sé* puede devenir en un delito.

Lo expuesto en el punto anterior también se refuerza con el artículo 9 del decreto supremo n.º 007-2002-TR, TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, que señala a continuación:

Artículo 9.- CARACTERÍSTICAS

El trabajo en sobretiempo es voluntario, tanto en su otorgamiento como en su prestación.

Nadie puede ser obligado a trabajar horas extras, salvo en los casos justificados en que la labor resulte indispensable a consecuencia de un hecho fortuito o fuerza mayor que ponga en peligro inminente a las personas o los bienes del centro de trabajo o la continuidad de la actividad productiva.

La imposición del trabajo en sobretiempo será considerada infracción administrativa de tercer grado, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 910, Ley General de Inspección del Trabajo y Defensa del Trabajador, y sus normas reglamentarias. **Igualmente, el empleador infractor deberá pagar al trabajador una indemnización equivalente al 100% del valor de la hora extra**, cuando éste demuestre que le fue impuesta. (Énfasis agregado).

La consecuencia jurídica de la imposición del trabajo en sobretiempo debidamente comprobado no es una sanción de pena privativa de libertad (responsabilidad penal), sino una multa pecuniaria (responsabilidad administrativa). Bajo una interpretación extensiva, la imposición de trabajar derivada indirectamente de la celebración de PPL nulo también debería generar la misma consecuencia jurídica: multa al empleador. En palabras de Quiñones Infante (2017):

Finalmente, cumplimos con reiterar que la imposición de horas extra supone la vulneración al derecho constitucional a la jornada máxima, cuyo desarrollo legal establece que el sobretiempo es siempre voluntario y retribuido; sin embargo, dicha imposición no constituye en nuestra opinión un ilícito penal, sino una infracción administrativa muy grave sancionable con una multa por parte de SUNAFIL y acarrea el pago de la sobretasa del 100% en favor del trabajador. (pág. 3)

Del texto antes referido y tomándolo a nuestro tema, podemos realizar la siguiente tabla comparativa para determinar qué tipo de responsabilidad y consecuencia jurídica correspondería al empleador que se vale de un PPL válido para 'obligar' a trabajar a su trabajador:

Obligación de trabajar	Derecho constitucional	Responsabilidad	Consecuencia jurídica
Directamente, a través de las horas extras	A la jornada máximo de trabajo	Administrativa	Multa por infracción muy grave
Indirectamente, a través de un PPL válido	A la libertad de trabajo	Administrativa	Multa por infracción muy grave

Tabla 12: Comparación de las horas extras y el PPL

Fuente: Elaboración propia

En consecuencia, discrepamos de Pizarro Dfáz (2012) cuando señala el ‘obligar’ a trabajar podría constituir este delito objeto de análisis:

Debe entenderse que, tratándose de una obligación de hacer, es jurídicamente imposible obligar al trabajador a cumplirlo y continuar trabajando si él no desea hacerlo, ya que caería en un supuesto de trabajo forzoso. Por lo tanto, la posibilidad del incumplimiento del acuerdo estará siempre latente. (pág. 2)

Otro punto que nos llevaría a la premisa que la obligación de trabajar (que produce un PPL indirectamente) no constituiría un delito es el argumento sobre a quién se le imputaría la responsabilidad penal del ‘trabajo forzoso’. Así, Quiñones Infante (2017) sostiene que:

En esa línea, hay que advertir que el empleador como persona jurídica, quien legalmente es el que impondría las horas extra, no es imputable penalmente. Se requeriría una atribución directa de responsabilidad penal a los representantes de la empresa, atribución que no está contemplada en el artículo 168-B. Por lo tanto, suponer que un gerente pudiera cometer delito por este tema es desconocer el principio de legalidad del tipo penal. (págs. 4-5)

En consecuencia, tenemos dos posturas opuestas con relación a si la ‘obligación de trabajar’ que produce las horas extras (directamente) o un PPL (indirectamente) constituye delito o no.

¿Cómo obtener un acercamiento al contenido de las conductas típicas contenido en el nuevo delito de trabajo forzoso? Consideramos que, en aplicación del método histórico (mal llamado ‘interpretación auténtica’), podemos acercarnos a un mejor sentido de la norma. Por tal motivo, conviene revisar la exposición de motivos del decreto legislativo n.º 1323 que incorpora el delito de ‘trabajo forzoso’. Por ello, nos remitimos a las palabras de Pérez Tello & Romero-Lozada Lauezzari (2017) a continuación:

El desvalor de la acción en el trabajo forzoso se construye a partir de la coacción y el sometimiento para ejercer labores en contra de la voluntad de la víctima. No es necesaria la exposición a condiciones específicas de trabajo. Esta conducta puede poseer una base que puede resultar lícita (vínculo laboral), además de comprender una actividad sin connotación perturbadora o culturalmente vejatoria como la sexual. Esta característica exige mayor cuidado en cuanto al derrotero de punibilidad que debe asignarse a tales conductas, ya que podrían criminalizarse fenómenos que, si bien colindarían con ciertos sesgos autoritarios, se realizan en circunstancias socialmente aceptadas (disciplina familiar, trabajo extra en oficinas, etc.) Al respecto, el tipo penal debe considerar elementos que delimiten adecuadamente la modalidad de trabajo obligatorio pasible de ser estigmatizado de modo colectivo. Tal es el caso del trabajo forzoso en condiciones extremas capaces de atentar contra la dignidad o la integridad de las personas. La precariedad en sí misma supone un escenario denigrante para víctima, lo cual sumado a un ejercicio de dominación implícita o explícita, se convierte en violencia contra la relación humana. (pág. 21)

Conforme se puede leer del texto precitado, el trabajo a sobretiempo no debe considerarse como delito, pues estamos ante una conducta donde *per sé* no hay coacción y cuya relación laboral presupone una voluntad previa del trabajador. Entonces, podemos replicar lo mismo en la celebración de un PPL válido, pues en la medida que no medie coacción y el trabajador haya suscrito dicho pacto de manera voluntaria (sin la concurrencia de vicios de la voluntad), entonces dicha conducta no tendría ninguna connotación de derecho penal.

Asimismo, conforme al propio texto de la exposición de motivos precitado, debe resaltarse que las conductas (cuyo trabajo obligatorio no es sancionable

penalmente) deben estar rodeadas de circunstancias socialmente aceptadas. Por tal motivo, debe tenerse en consideración que el factor social es la clave para determinar si un PPL se celebró en circunstancias de 'trabajo forzoso' o no. Es decir, no sólo debemos guiarnos por la presencia de la coacción (como vicio de la voluntad) o que no exista consentimiento del trabajador, sino que, además, también sea reprochable socialmente.

Para mejor ilustración del párrafo anterior, nos remitimos al siguiente esquema donde se detalle las cuatro características de todo 'trabajo forzoso':

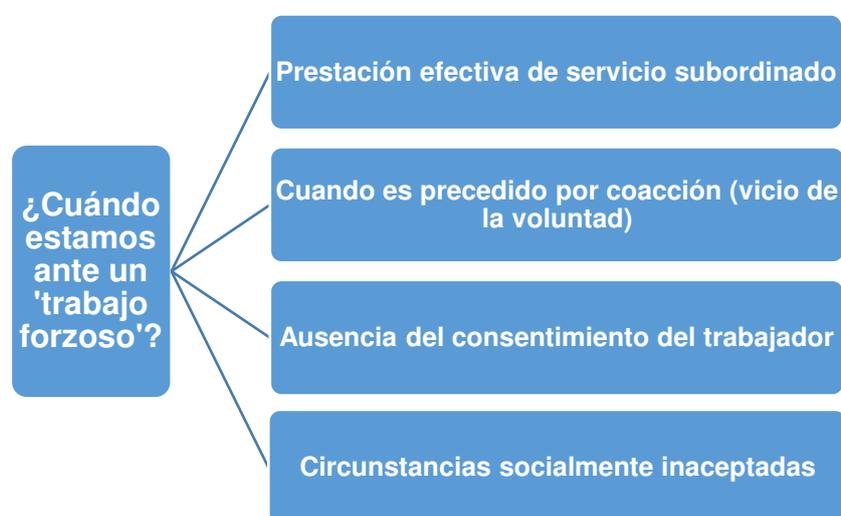


Tabla 13: Características del trabajo forzoso

Fuente: Elaboración propia

Pues bien, para mejor comprensión de las características del trabajo forzoso precisadas, consideramos pertinente remitirnos al Convenio n.º 29 de la OIT, el cual fue ratificado por el Perú el 1 de febrero de 1960.

Así, el numeral 1) del artículo 2) de dicho Convenio señala textualmente que: «los efectos del presente Convenio, la expresión trabajo forzoso u obligatorio designa todo trabajo o servicio exigido a un individuo bajo la amenaza de una pena cualquiera y para el cual dicho individuo no se ofrece voluntariamente.». A mayor abundamiento, bien señala De Valdivia Cano (2017) lo siguiente:

La nota distintiva del trabajo forzoso es la precariedad en la que sobrevive el trabajador; precariedad que anula su capacidad para defender su dignidad ante situaciones de hecho que violan aquellas mínimas «condiciones de vida» material que son inherentes a la propia existencia del ser humano cuando se halla en el ámbito laboral. (pág. 2)

Ahora bien, cuando nos referimos anteriormente a que el nuevo tipo penal de 'trabajo forzoso' contiene dos conductas típicas alternativas ('someter' y 'obligar'), señalamos que no nos centraríamos en 'someter', puesto que no tendría incidencia directa con la obligación de permanencia laboral creada por el PPL. Así, nos remitimos a la siguiente explicación que, si bien menciona las características de todo 'trabajo forzoso', deja en evidencia por qué 'someter' no se incluya en el presente análisis:

La primera conducta típica es más grave y resulta acorde con la definición del Convenio número 29 de la OIT. Así, se presentan en ella los tres elementos objetivos exigidos por el mencionado tratado internacional: (1) existencia de cualquier clase de trabajo o servicio; (2) la amenaza de una pena cualquiera (acto de sometimiento); y (3) la ausencia de consentimiento de la víctima (acto contrario a la voluntad de la víctima, debiendo entenderse que son actos contrarios a la voluntad no solo aquellos que recurran a medios violentos, sino también los que se valgan de medios fraudulentos o de abuso de poder). Podemos sostener entonces que la conducta de someter implica realizar un acto de sujeción, humillación, conquista, subyugación, o subordinación el juicio o decisión de una persona (Diccionario de la RAE). (pág. 2)

Ahora bien, conforme la propia exposición de motivos del decreto legislativo n.º 1323, existen trabajos que serán realizados bajo coacción y aún en contra de la voluntad del trabajador pero que no se consideran 'trabajo forzoso'. Dichos supuestos están recogidos en el numeral 2) del artículo 2 del Convenio n.º 29 de la OIT:

- (a) cualquier trabajo o servicio que se exija en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio y que tenga un carácter puramente militar;
- (b) cualquier trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales de los ciudadanos de un país que se gobierne plenamente por sí mismo;

- (c) cualquier trabajo o servicio que se exija a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial, a condición de que este trabajo o servicio se realice bajo la vigilancia y control de las autoridades públicas y que dicho individuo no sea cedido o puesto a disposición de particulares, compañías o personas jurídicas de carácter privado;
- (d) cualquier trabajo o servicio que se exija en casos de fuerza mayor, es decir, guerra, siniestros o amenaza de siniestros, tales como incendios, inundaciones, hambre, temblores de tierra, epidemias y epizootias violentas, invasiones de animales, de insectos o de parásitos vegetales dañinos, y en general, en todas las circunstancias que pongan en peligro o amenacen poner en peligro la vida o las condiciones normales de existencia de toda o parte de la población;
- (e) los pequeños trabajos comunales, es decir, los trabajos realizados por los miembros de una comunidad en beneficio directo de la misma, trabajos que, por consiguiente, pueden considerarse como obligaciones cívicas normales que incumben a los miembros de la comunidad, a condición de que la misma población o sus representantes directos tengan derecho a pronunciarse sobre la necesidad de esos trabajos.

Como vemos, es válido concluir que existen prestaciones de servicios que –incluso cuando puedan ser requeridas bajo coacción y sin consentimiento del trabajador– no necesariamente serán ‘trabajo forzoso’, pues también se requiere el rechazo socialmente. Por ello, la exposición de motivos del decreto legislativo n.º 1323 recoge acertadamente las excepciones del Convenio n. 29 de la OIT. Pérez Tello & Romero-Lozada Lauezzari (2017) sostienen lo siguiente:

Por ende, se presentan dos elementos concretos: la exigencia bajo amenaza, y que se lleve a cabo de forma involuntaria. El mismo Convenio establece que no todo trabajo obligatorio constituye un ilícito, en la medida que hay situaciones que se justifican por las particulares circunstancias del contexto en que se producen, como el trabajo o servicio que se exige en virtud de las leyes sobre el servicio militar obligatorio, el que forma parte de las obligaciones cívicas normales, el que se exige a un individuo en virtud de una condena pronunciada por sentencia judicial y el que se exija en casos de fuerza mayor en las circunstancias que pongan en peligro o amenacen la vida o las condiciones normales de la población. En suma, solo es posible si el trabajo que se

obliga no afecta la dignidad ni la capacidad física e intelectual de las personas. (pág. 22)

Hasta aquí, es claro concluir que la celebración de un PPL válido no se condice de ninguna manera a la conducta típica de ‘someter’ que sanciona el nuevo delito de ‘trabajo forzoso’. Es más, debemos resaltar lo señalado por Quiñones Infante (2017) cuando sostiene que:

[...] la mayoría de víctimas de trabajo forzoso que se han logrado identificar en nuestro país se encuentra vinculada a actividades como la tala ilegal de la madera y la minería ilegal; actividades en las que predomina el sistema de “peonaje o servidumbre por deudas”, a través del cual el delincuente entrega mediante engaños anticipos sobrevalorados de salario, alimentos o herramientas, obligando con ello a las víctimas a endeudarse y a permanecer en un círculo vicioso de trabajo forzado para pagar dichos anticipos. (págs. 1-2)

No obstante, cabe precisar con relación a la conducta típica de ‘obligar’ que puede tener alguna coincidencia con otro delito que atenta la libertad, pues como dice Sánchez Málaga (2017) existen: «[...] otros delitos de menor gravedad, como es el caso de la Coacción (cuya pena privativa de la libertad máxima es de dos años), recurren al mismo verbo rector “obligar”.» (pág. 3) Por ello, debemos ver la disposición normativa mencionada en el párrafo anterior:

Artículo 151.- El que, mediante amenaza o violencia, obliga a otro a hacer lo que la ley no manda o le impide hacer lo que ella no prohíbe será reprimido con pena privativa de libertad no mayor de dos años.

¿Cómo determinar si un PPL puede tener incidencia en el delito de coacción? Creemos pertinente resaltar que el mismo tipo precitado nos da la salida al mencionar ‘mediante amenaza o violencia’, pues si la obligación de permanencia laboral nace de un PPL celebrado con la concurrencia de uno de dichos vicios de la voluntad (‘violencia’ o ‘intimidación’ –‘amenaza’, para el CP–), no sólo sería un acto anulable conforme al artículo 214 del CC, sino que también podríamos estar ante un ‘delito de coacción’. Caso contrario, de no media ningún vicio de la voluntad en la celebración de dicho PPL, no habrá ningún delito.

Cabe resaltar que también debería considerarse el criterio de gravedad del vicio de voluntad ('amenaza' o 'violencia') en el comportamiento para la determinación del tipo penal aplicable (si coacción o trabajo forzoso). Así, Sánchez Málaga (2017) opina que:

En nuestra opinión, de *lege lata*, esta problemática debe exigir una solución que atienda a dos reglas interpretativas. La primera regla consistiría en sancionar como trabajo forzoso únicamente aquellos supuestos más graves en los que se obliga a otra persona a realizar un trabajo o prestar un servicio en contra de su voluntad, en la medida que su gravedad se aproxime a la de un acto de sometimiento, reservando los casos menos graves para otros delitos menos graves. La segunda regla interpretativa dictaría que los casos menos graves de trabajo forzoso merezcan el extremo mínimo de la pena prevista para este delito (seis años de pena privativa de la libertad), mientras que los casos más graves de Trabajo Forzoso (reales actos de sometimiento de la víctima) serían sancionados con penas que se acerquen al extremo máximo previsto por el tipo penal (doce años de pena privativa de la libertad). (pág. 3)

Cabe destacar en este punto que la responsabilidad administrativa del empleador que se vale de un PPL válido para 'obligar a trabajar' a su trabajador o la responsabilidad penal de quien se vale de un PPL nulo para el mismo fin, son independientes de la responsabilidad civil por los daños que se generen. Así, como bien señala el magistrado De Valdivia Cano (2017): «[...] en el campo del Derecho Laboral, el trabajador no debe ser desamparado, máxime si la responsabilidad civil de su empleador, derivada del trabajo forzoso, es efecto de la violación de derechos constitucionales.» (pág. 1)

Por ejemplo, un caso emblemático ocurrido en el Perú donde se puede apreciar con claridad un comportamiento que califica como 'trabajo forzoso' (pero subsumido a otro tipo penal como 'explotación laboral') es el denominado 'incendio Las Malvinas', en el cual se emitió sentencia condenatoria contra Jonny Coico y Vilma Zeña. Así, en La Ley (2018) se reporta que:

El 46° Juzgado Penal de la Corte Superior de Justicia de Lima condenó a prisión a la pareja de esposos Jonny Coico Sirlopu y Vilma Zeña Santa María, por el incendio ocurrido en la Galería Nicolini en Las Malvinas. Según la sentencia emitida en primera instancia, Jonny Coico deberá cumplir 35 años de pena privativa de libertad, mientras que Vilma Zeña fue sentenciada a 32 años de prisión. Sin embargo, ambos acusados apelaron a la condena. (pág. 1)

Con relación a la responsabilidad civil del principal (Jonny Coico Sirlopu) derivada del ‘trabajo forzoso’ que se subsume en la explotación laboral y los otros delitos por los que se le condena, Agencia EFE (2018) se informó que:

El condenado también deberá pagar **S/ 469,200** (unos US\$ 140,000) y **S/ 459,000** (unos US\$ 137,000), respectivamente, **a los herederos legales de dos fallecidos**, además de S/ 5,000 (US\$ 1,500) y S/ 10,000 (unos US\$ 3,000) a otros afectados durante el incendio. (pág. 1)

En ese sentido, y en ese orden de ideas expuesto, concluimos que la posición de Quiñones Infante es la más adecuada, en tanto que ‘la obligación de trabajar’ por motivo de horas extras (y, por interpretación extensiva, el PPL) no es sancionable penalmente, puesto que socialmente no son circunstancias rechazadas.

No obstante lo anterior, debemos resaltar el argumento central de la posición de Ávalos Rodríguez, en tanto que la institución jurídica legal como el trabajo en sobretiempo (y, por interpretación extensiva, al PPL) puede devenir en una situación de ‘trabajo forzoso’ si la causa justa que motivó dicha prestación de servicios subordinada no es real o, aun siéndolo, se desnaturaliza al presentarse características de coacción e ir en contra de los intereses del trabajador que afecte la dignidad de la persona humana (lo cual ya es inaceptable socialmente y aunque sea remunerado).

3.3 Comportamientos que incumplen la obligación de permanencia laboral

Es importante precisar cuáles son los comportamientos que generan el incumplimiento de un PPL. Por ello, nos remitimos a De Val Tena (2017), quien destaca tres comportamientos principales en el derecho español:

La violación del pacto de permanencia por parte del trabajador puede producirse de forma directa, mediante la dimisión *ad nutum* o *sine causa*, o indirecta, por la provocación del despido procedente o por la petición de excedencia voluntaria del trabajador durante la vigencia temporal del pacto de permanencia en la empresa. (pág. 48)

No obstante, para efectos de la presente investigación, sólo se ha desarrollado como comportamientos incumplidores: i) la dimisión *ad nutum*; y ii) la comisión de una falta grave que motive un despido disciplinario. La ‘petición de excedencia voluntaria’ solicitada por el trabajador es una figura propia del derecho español que no hemos encontrado un símil que se le asemeje como tal. Por tal motivo, éste no ha sido desarrollado en el presente numeral.

3.3.1 De manera directa mediante la dimisión *ad nutum*

En primer lugar, debemos partir de la premisa de que la dimisión *ad nutum* es un tipo particular de resolución contractual: extinción unilateral de la relación laboral sin expresión de causa por parte del trabajador.

Tal facultad de extinción unilateral radica en la libertad de trabajo anteriormente desarrollada. Por tal motivo, Mejía Madrid (2002) sostiene que la renuncia al empleo en el Perú es un acto sin expresión de causa, conforme se observa a continuación:

[...] el trabajador ejerce su libertad al trabajo al decidir la extinción de su relación laboral sin que tenga la necesidad de invocar algún motivo que la justifique. No obstante, el ejercicio de dicha libertad puede sufrir ciertas limitaciones que resulten razonables como son aquellas derivadas de la exigencia de aviso previo (artículo 18 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral) y el acuerdo de permanencia que puede haberse suscrito con el empleador [...] (pág. 235)

En esa misma línea de pensamiento se encuentra Neves Mujica, citado por Chávez Núñez (2012), al señalar que: «[...] en la fase final de la relación laboral, la libertad de trabajo consiste en reconocerle al trabajador la facultad de dejar el empleo por su sola voluntad y sin necesidad de invocar motivos justificados.» (pág. C2)

Asimismo, Chávez Núñez (2012) complementa bien las características que presenta la facultad de renunciar al empleo o dimisión *ad nutum* con las siguientes palabras:

La manifestación clara del ejercicio de la libertad de trabajo en esta fase es el acto unilateral del trabajador, irrevocable, incausado y recepticio de la renuncia, que no requiere ninguna forma de aceptación, un puede dejarse sin efecto luego de conocida por el empleador, momento desde el cual opera. (pág. C2)

Es más, esta característica de facultad incausada también es señalada en la doctrina española. Por ejemplo, Tello Méndez (2013) sostiene que: «Como es fácil apreciar, con este pacto de permanencia se coarta, de manera importante, el derecho del empleado a extinguir el contrato en cualquier momento y por su sola voluntad.» (pág. 61)

Por tal motivo, podríamos decir que ejercer el derecho de renuncia o dimisión *ad nutum* sería tanto como ‘abandonar’ el empleo. Por tal motivo, Rubio de Medina (2005) destaca que la renuncia *ad nutum* puede ser uno de los sentidos del término ‘abandonar’ el empleado, al señalar que:

Por abandono puede entenderse tanto el hecho de que el trabajador no comparezca en su puesto de trabajo para realizar las actividades relacionadas con la especialización profesional que ha recibido o está realizando; que no acuda al lugar donde se está realizando el curso de especialización sin causa justificada; o que dimita de su puesto de trabajo antes del plazo fijado en el pacto de permanencia, entre otras. (pág. 16)

En ese sentido, concluimos que la renuncia *ad nutum* al empleo es el principal y más frecuente comportamiento que incumple un PPL, es decir, que no ejercite su derecho constitucional a la libertad de trabajo (en su faceta de salida).

Ahora bien, en cuanto al otro sentido de la palabra 'abandonar' también se suele regular como una conducta calificada como falta grave que pueda generar el despido disciplinario. Esto último nos lleva al siguiente numeral.

3.3.2 De manera indirecta mediante un despido justificado

Queda claro que lo que se pacta en un PPL es que el trabajador no renuncie. En términos estrictamente jurídicos, se trata de que no ejercite su derecho constitucional a la libertad de trabajo (en su faceta de salida). El empleador desea que su trabajador no utilice su facultad de dimisión al empleo, pues desea retener el talento humano que dicha persona significa para el negocio.

Pero ¿qué sucede si ese trabajador –considerado talento humano y por quien se invierte dinero– es despedido por la comisión de una falta grave? ¿hay, en estricto, un incumplimiento al PPL? Consideramos firmemente que sí.

Como se desarrolló en el numeral 3.2.1.2 del presente trabajo de investigación, el PPL crea una obligación que contiene, por lo menos, dos prestaciones de no hacer. La primera es no renunciar al empleo, mientras que la segunda es no incurrir en una causal de despido disciplinario. Respecto de la primera prestación no cabe mayor duda, pues es lo que expresamente se regula en un PPL. Pero ¿cuál es el fundamento jurídico de la segunda prestación? El principio general del derecho de la *bona fides* o, simplemente, 'buena fe'. Nos explicamos a continuación.

En primer lugar, debemos partir del hecho de que las partes contractuales, en virtud de la autonomía privada, procuran regular diversos supuestos de hecho hipotéticos con la finalidad de brindarles eficacia jurídica (o negarla) si ocurriesen. Por ende, se procura –en la medida de lo posible– prever cualquier posible incumplimiento con la finalidad de evitarlo o, si se diera el caso, se indemnice mediante cláusulas penales compensatorias.

Pues bien, es una realidad que la capacidad humana no siempre podrá prever todo tipo de supuestos de hecho hipotéticos. Por tal razón, nuestro ordenamiento jurídico nos provee de diversas herramientas que nos permiten suplir los aspectos no regulados por la autonomía privada.

En tal sentido, el objeto de la obligación de permanencia laboral consiste básicamente en una prestación de no hacer. Esta prestación (o comportamiento) consiste en no ejercer la libertad de trabajo de su faceta de salida –a través de la facultad de renuncia o dimisión–.

Sin embargo, dicha prestación de no hacer no es la única manera de incumplir una obligación de permanencia válidamente creada a través de un PPL. Entender lo contrario sería negar la existencia de un principio general del derecho como la buena fe contractual. Nótese de que, si no se admite la posibilidad sugerida, el trabajador tendría un incentivo perverso por provocar su despido, a sabiendas de que nunca incurriría en un incumplimiento del PPL válido.

¿Pero dónde encontramos la obligación de interpretar y ejecutar las cláusulas de un contrato de trabajo conforme a las reglas de la buena fe? Para responder esto, nos remitimos a las palabras de Bringas Díaz (2013), quien nos indica que:

A falta de regulación expresa en la Ley Laboral que indique la forma de interpretar los actos volitivos entre el empleador y el trabajador, nuestro Código Civil recoge tres tipos de interpretación. [...] las modalidades de interpretación que se encuentran en los tres (3) artículos del Código Civil dedicados a la temática interpretativa, no contienen reglas armónicas de aplicación que se complementen entre sí; incluso, aunque no es uniforme, no existe orden de preferencia entre ellas, que permita esbozar la construcción de un sistema interpretativa unívoco, denotándose tan solo una tendencia objetiva de interpretar los actos en orden secuencial comenzando por el artículo 168, 169 y por último el 170 del Código Civil. (págs. 23-24)

Conviene caer en cuenta de que todo contrato de trabajo, antes de ser una fuente de obligaciones como cualquiera de su tipo, también es un negocio jurídico. Por ende, las disposiciones normativas de rango legal contenidas en el libro II del CC son

también aplicables a dicho contrato. Estas reglas las encontramos reguladas en los artículos 168, 169 y 170 del CC, conforme vemos a continuación:

Artículo 168.- El acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según **el principio de la buena fe**.

Artículo 169.- Las cláusulas de los actos jurídicos se interpretan las unas por medio de las otras, atribuyéndose a las dudosas **el sentido que resulte del conjunto de todas**.

Artículo 170.- Las expresiones que tengan varios sentidos **deben entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto**. (Énfasis agregado)

Como vemos, el propio artículo 168 del CC señala que todo negocio jurídico debe ser, por sobre todas las cosas, interpretado de buena fe, además de su sentido literal. Nótese que la finalidad de haber incluido expresamente a la buena fe es que se pueda interpretar dicho negocio jurídico (contrato de trabajo, para este caso) conforme el consentimiento que lo creo. Por ende, Bringas Díaz (2013) resalta que:

[...] lo que se indagaría con esta interpretación, es en línea con lo manifestado, vale decir, el sentido literal de las palabras exteriorizadas, lo que vendría a ser el sistema subjetivo. Sin embargo, agrega que debe ser interpretado según el principio de la buena fe, con lo cual también estaría aproximándose al sistema subjetivo de interpretación, ya que se estaría buscando la voluntad real de los declarantes del acto jurídico. (pág. 24)

Asimismo, con relación al artículo 169 del CC, debemos resaltar que una cláusula contractual jamás debe interpretarse de manera aislada y sin correlación con el sentido unitario del contrato de trabajo al cual se rige (sin importar si dicha cláusula se encuentra en documento aparte). Por ende, no resulta acorde a derecho que una obligación de permanencia laboral se interprete aisladamente, sin importar la buena fe del acreedor de dicha obligación (el empleador), ni las variables económicas, como el monto de la remuneración y la penalidad en caso de incumplimiento.

Ya sea para un análisis de validez, de eficacia, el cálculo de la indemnización por daños y perjuicio o, incluso, de una reducción judicial de penalidad en favor del empleador; siempre se debe buscar una interpretación íntegra y de buena fe.

Es cierto que artículo 169 del CC regula otro método de interpretación para todo negocio jurídico (como el contrato de trabajo) y que no se incluye ni se menciona la buena fe en él. No obstante, como bien advierte Bringas Díaz (2013), ello no amerita que se deje de lado la buena fe:

Esta interpretación implica que las cláusulas deben aclararse según una unidad (totalidad). En efecto, con este método, la totalidad de cláusulas en un contrato deben leerse de manera global unas con las otras, de manera que la averiguación sobre el sentido de una cláusula debe emanar del íntegro del contenido del contrato, a través del examen de todas las cláusulas que se encuentran interrelacionadas entre sí. Nótese que a diferencia del ámbito subjetivo que exige el 168 del Código Civil al requerir la buena fe de los declarantes, este método no exige tal requisito haciendo ver que solo opera sobre la voluntad exteriorizada, de moto tal que no le importa la voluntad interna, por ser la exterior la irradia sus efectos. Sin embargo, aun cuando la norma no lo exija, la buena fe opera como un principio general del Derecho al que incluso se ha llegado a calificar por la doctrina como “supremo” y “absoluto” en todos los actos del hombre. (pág. 24)

Por último, debemos resaltar que el artículo 170 del CC menciona que los términos de todo negocio jurídico deben ‘entenderse en el más adecuado a la naturaleza y al objeto del acto’. Dicho de otro modo, el modo correcto de interpretar un contrato de trabajo es a través de la verificación de su causa jurídica y económica, conforme se desarrolló en los numerales 3.2.1.3 y 3.2.1.4 del presente trabajo de investigación.

Nótese en este punto que lo que el empleador busca del trabajador es la permanencia laboral, ya sea si no renuncia al empleo ni porque incurrió en la comisión por falta grave. Es ilógico que un empleador desee, a través de un PPL, la permanencia laboral sólo a través de la falta de renuncia de su trabajador clave. Resulta evidente, entonces, que lo que se quiere es que dicho talento humano permanezca en su puesto para que produzca la rentabilidad o ganancia esperada.

Por ende, no sólo debemos limitarnos a interpretar un contrato de trabajo con PPL válido con la buena fe y el sentido íntegro del mismo. También debemos buscar e identificar cuál es la causa jurídica y económica que incentivó al trabajador a

celebrar una obligación de permanencia laboral. Así, Bringas Díaz (2013) resalta que:

Este tipo de interpretación indica que las expresiones comprendidas en el contrato o negocio jurídico, que tenga varios significados, corresponderán al sentido de la naturaleza del negocio, vale decir, se dirige a investigar el significado del negocio en la causa concreta de este. Este método se utiliza a menudo cuando existe falta de claridad del significado de los comportamientos, declaraciones y documentos, con la averiguación concreta del negocio, conociendo la naturaleza de lo que se celebra o inquiriendo el fin de lo expresado. Si no existe fin, el contrato es inválido por falta de causa en el contrato. (pág. 25)

Para reforzar esta postura en cuanto al incumplimiento de un PPL indirectamente por incurrir en una causal de despido disciplinario, debemos resaltar la negligencia del trabajador con relación al PPL. En tales casos de despido, la falta que se cometa será necesariamente grave. Por lo tanto, el criterio de imputación de responsabilidad será –cuando menos– culpa inexcusable para efectos de valorar si hubo incumplimiento o no de un PPL.

No debemos confundir la calificación de dicha conducta respecto al posible despido, pues tal comportamiento puede ser doloso para efectos de extinción de la relación laboral y ese mismo comportamiento negligente respecto al PPL. En tal sentido, resaltamos las palabras de Mella Méndez (2013) cuando resalta dicha culpa grave a continuación:

La aplicación del régimen civil indemnizatorio en el ámbito del Derecho del Trabajo presenta ciertas especialidades derivadas de uno de sus rasgos básicos: el carácter tuitivo del trabajador. En tal sentido, si se trata de exigirle a él responsabilidad, se requiere una culpa especialmente grave, que exceda los márgenes de la imprudencia profesional; [...] (pág. 253)

Por tales motivos, coincidimos con la doctrina nacional que destaca que un PPL también puede ser incumplido si el trabajador es despedido por la comisión de una falta grave. Por ejemplo, piénsese en faltas graves como el abandono al puesto de

trabajo o la reiterada desobediencia a las órdenes del empleador (en los casos donde el beneficio fuese la capacitación y tales conocimientos no se destinan a lo deseado por el empleador).

Así, Pizarro Díaz (2012) refiere que dicho pacto: «[...] debe incluir el pago de una penalidad por parte del trabajador que decide renunciar al empleo antes del vencimiento del plazo forzoso (la penalidad también puede activarse si el trabajador es despedido por causa justa relacionada con su conducta).» (pág. 2) En la misma línea de pensamiento sobre la buena fe como fundamento se encuentra López Anierte, citado por Rubio de Medina (2005), quien señala que: «Podría asimilarse el abandono [...] el hecho que un trabajador, con la finalidad de evitar la resolución del contrato, incurra de manera deliberada en los incumplimientos indicados en el art. 54 ET, los cuales son causa de despido.» (pág. 18)

En ese sentido, podemos concluir que la obligación de permanencia laboral (creada por un PPL válido) también se puede incumplir de manera indirecta por el despido disciplinario por falta grave. El fundamento jurídico de lo expuesto es, principalmente, la buena fe y la causa jurídica y económica que motivó al trabajador a obligarse a permanecer en su puesto de trabajo.

3.4 Efectos del incumplimiento de la obligación de permanencia laboral

3.4.1 De la indemnización y su cálculo

En primer lugar, debemos tener claro el efecto de incumplir obligaciones laborales se sitúa como un supuesto de responsabilidad civil. Esta responsabilidad es entendida por Beltrán Pacheco (2008) como:

Un conjunto de consecuencias jurídicas de carácter patrimonial (que afectan el patrimonio del responsable) a las que se someten los sujetos por asumir una situación jurídica de desventaja (deber o carga), que al incumplirse causa una lesión o intereses (protegidos) por el ordenamiento jurídico) de un sujeto. (pág. 84)

En consecuencia, se reconoce una pretensión indemnizatoria al empleador cuando su trabajador incumple un PPL válido. En consecuencia, Beltrán Pacheco (2008) sostiene que: «La responsabilidad civil en las relaciones labores se sustenta en el incumplimiento de los deberes y cargas que surgen del contrato de trabajo y de la ley, siendo aplicable el sistema de inejecución de obligaciones.» (pág. 93)

La aplicación del sistema de responsabilidad civil mayormente difundida como 'contractual' a las relaciones laborales también encuentra respaldo en el derecho español. Así, Mella Méndez (2013) sostiene que:

La responsabilidad civil es un tipo de responsabilidad tradicionalmente utilizado en el ámbito del Derecho del Trabajo -y, en especial, del contrato de trabajo- para obtener la reparación de los daños causados por los incumplimientos de los deberes contractuales de la contraparte. Estos deberes contractuales deben entenderse en sentido amplio, tanto por poder situarse en cualquier momento de la vida del contrato (estadios iniciales, plena vigencia o extinción) como por poder derivarse de una cláusula pactada en el contrato, de la normativa estatal o convencional. Además, aquellos deberes pueden ser los propios del empresario o del trabajador. (pág. 253)

Así, coincidimos con que el 'incumplimiento' es el fundamento de la responsabilidad civil relacionado a un PPL. No obstante, no es ilógico pensar en un incumplimiento sin la existencia de daño alguno. Por ello, también coincidimos con las palabras de Chávez Núñez (2012) al referirse por la justificación de esta responsabilidad civil: «El fundamento de la indemnización reside en el daño que se causa al empleador, [...]» (pág. C4)

Por ende, la conclusión sobre cuál es el fundamento de la responsabilidad civil del trabajador derivado de un PPL será el mismo incumplimiento, siempre que se origine un daño. Por ello, García Viña (2000) resalta el daño cuando se refiere al PPL regulado en España con las siguientes palabras a continuación:

[...] su fundamento en el daño que se causa a las empresas que facilitan la realización de un curso de especialización mediante el abono de los gastos aparejados a su

desarrollo, permitiendo al trabajador aprovecharse de sus enseñanzas, lo que legitima el reintegro de aquéllos cuyo alcance fue legítimamente pactado, [...] (pág. 642)

Ahora bien, ¿qué se daña con el incumplimiento? La inversión económica en el beneficio otorgado al trabajador, así como su expectativa legítima de obtener un mejor medio para aumentar su competitividad, por lo que no todos los daños ocasionados al empleador serán siempre patrimoniales. Como bien indica Beltrán Pacheco (2008), los perjuicios deben ser entendidos bajo una concepción más amplia, pues: «Los daños sufridos en una relación laboral pueden afectar intereses de índole patrimonial o intereses no patrimoniales.» (pág. 93)

Pero si el daño se ocasiona dentro de una relación laboral, ¿debemos aplicar siempre la disposición normativa regulada en el CC peruano? Depende. En este supuesto particular, la aplicación del sistema de responsabilidad civil del CC se debe a que no existen disposiciones normativas en el derecho laboral específicamente para el caso de incumplimientos de un PPL. Por ello, coincidimos con lo indicado por Mella Méndez (2013) a continuación:

Así, la aplicación del régimen indemnizatorio del Derecho Civil depende de la remisión que la propia norma laboral haga al mismo o de la necesidad de cubrir vacíos de regulación. Evidentemente, la aplicación de esta normativa civil sigue siendo importante en el ámbito del Derecho del Trabajo, pues este solo prevé consecuencias indemnizatorias para algunos supuestos, siendo innumerables los incumplimientos de los deberes contractuales que no tienen prevista indemnización alguna en la normativa laboral. (pág. 642)

Por otro lado, no debemos perder de vista que, para que podamos hablar de una indemnización derivada del incumplimiento de un PPL, tal pacto debe ser válido y eficaz. Por ello, Mella Méndez (2013) resalta la importancia de la validez del PPL para efectos indemnizatorios, como se puede leer a continuación:

Como es fácil apreciar, con este pacto de permanencia se coarta, de manera importante, el derecho del empleado a extinguir el contrato en cualquier momento y por su sola voluntad. Por ello, para que la ruptura unilateral de dicho pacto expreso,

ante tempus, genere la obligación de indemnizar al empresario es necesario que, en primer lugar, se esté ante un verdadero pacto de permanencia. (pág. 211)

Una vez verificada la validez del PPL, debemos identificar cuál es la causa jurídica que le precede y que se daña. Precisamente por lo anterior, siempre será recomendable que la estimación de los daños se realice en función a las variables relacionadas directamente a dicha causa jurídica –independientemente, cuál sea–.

Por ejemplo, en España, la obtención de una ‘especialización profesional’ es la causa que persigue el trabajador (sin perjuicio de que sea para ‘poner en marcha proyectos determinados’ o ‘realizar un trabajo específico’). En consecuencia, las variables que se deben tomar en cuenta estarán delimitadas por dicha causa jurídica tarifada.

Así, debemos considerar cuáles son dichas variables o factores que redundarán en la fijación de la indemnización por incumplimiento de un PPL que se han sostenido en la jurisprudencia española para tener una aproximación de cómo casos objetivamente similares podrían ser resueltos en el Perú. Así, tenemos el siguiente caso a modo de ilustración:

En relación con la indemnización, hay que indicar que frente al incumplimiento del trabajador no cabe lógicamente la exigencia de cumplimiento específico del pacto, y de la obligación de trabajo correspondiente, y si sólo –como señala el artículo 21.4 del Estatuto de los Trabajadores– la de indemnizar al empresario los daños y perjuicios causados. La fijación de la cuantía de la indemnización corresponderá al Magistrado de instancia que habrá de tener en cuenta no sólo el costo de la especialización facilitada al trabajador, sino también, en su caso, los perjuicios derivados para la empresa -según el profesor Alonso Olea- de "la dificultad de sustitución (del mismo) en caso de resolución intespectativa" e incluso el perjuicio específico que para la empresa derive del hecho de que el trabajador pase, además, a prestar sus servicios a una empresa de la competencia. (Doña Leticia vs. Banco Español de Crédito, S.A. - BANESTO-, 1999)

En consecuencia, nos permitimos realizar el siguiente esquema para mejor explicación:

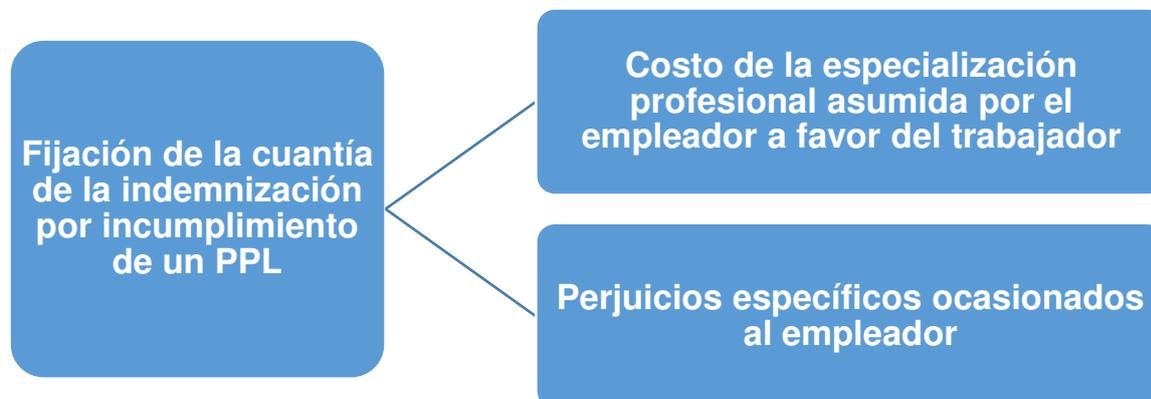


Tabla 14: Criterios para fijar la indemnización por incumplimiento de un PPL

Fuente: Elaboración propia basada en el caso Doña Leticia vs. Banco Español de Crédito, S. A.

Debemos mencionar que el Tribunal Supremo español ha mantenido este pensamiento a lo largo de su línea jurisprudencial desde hace más de cuarenta (40) años y precisó que la segunda variable ('perjuicios específicos' cuando el trabajador incumplidor es contratado por una empresa de la competencia) es más difícil de valorar, conforme se da cuenta a continuación:

Ya la jurisprudencia -sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de 11 de marzo de 1.975- parecía orientarse por esta vía, indicando que en los daños que se indemnizan no se incluyen sólo los gastos de los cursos de formación o perfeccionamiento seguidos por los trabajadores, sino también algo mucho más difícil de valorar, que es el hecho de que tras ser instruidos dejen la empresa, pasando a prestar -sus servicios a otra distinta. (Doña Leticia vs. Banco Español de Crédito, S.A. -BANESTO-, 1999)

Ahora bien, debemos señalar que en España existe la institución procesal del recurso de casación para procesos laborales, cuya particularidad es su finalidad: la unificación de la doctrina. Así, el artículo 218 de la ley n.º 36/2011, de fecha 10 de octubre de 2011, reguladora de la jurisdicción social, el cual señala lo siguiente:

Artículo 218. Sentencias recurribles.

Son recurribles en casación para la unificación de doctrina, las sentencias dictadas en suplicación por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia.

Con la precisión anterior, debemos señalar que muchas sentencias del Tribunal Supremo español que resuelven recursos de casación por dicha causal siempre refieren una '*sentencia de contraste*' para determinar si efectivamente existe una contradicción que amerite corrección por parte de dicho Tribunal.

Así, el Tribunal Supremo español tuvo la oportunidad de pronunciarse respecto a una demanda de reclamación de cantidad (en Perú, sería nuestro proceso de obligación de dar suma de dinero) interpuesto por una compañía del sector ferroviario contra su extrabajador, que ya tenía un antecedente objetivamente similar, conforme podemos ver a continuación:

Entre la sentencia recurrida y la de contraste concurren evidentes similitudes pues se refieren a una misma empresa Continental Rail SA., que suscribe idéntico contrato de formación con idéntica cláusula de permanencia con dos de sus trabajadores y que estos incumplen, cesando en la empresa antes de que transcurra el periodo de dos años, que debían permanecer en la misma, procediendo ésta a reclamarles la pertinente indemnización. (Continental Rail S.A. vs. Don Amador, 2011)

Lo interesante de la Sentencia precitada es que habría soluciones diferentes a casos objetivamente similares, conforme el recurso de casación laboral para la unificación de la doctrina presentado por el extrabajador (Don Amador), conforme se lee a continuación:

Las sentencias enfrentadas han llegado a soluciones diferentes ya que mientras la recurrida entendía:

- a) que para el cálculo de la indemnización se ha de tener en cuenta el importe de las habilitaciones de línea y conducción de infraestructuras y conducción de material, la de contraste entiende que no se debe incluir por no ser formación especializada, sino ordinaria.
- b) En tanto la recurrida entiende que la indemnización ha de fijarse atendiendo a los gastos sufridos por la empresa, la de contraste resuelve que ha de fijarse en proporción al tiempo de incumplimiento.

c) En tanto la recurrida entiende que han de incluirse los importes correspondientes a salarios de sustitución, dietas, gastos y desplazamientos, la de contraste resuelve que no han de tomarse en consideración tales conceptos. (Continental Rail S.A. vs. Don Amador, 2011)

Para mejor ilustración de la situación particular que debió resolver el Tribunal Supremo español, esquematizamos las diferencias entre un caso y otro, ambos resueltos por la instancia judicial inferior jerárquicamente (la Sala de lo Social del TSJ de Madrid):

CRITERIO	Sentencia del 15 de noviembre de 2010, recurso 3259/10 (recurrida)	Sentencia del 25 de marzo de 2010, recurso 5065/09 (de contraste)
a) Para calcular indemnización	Se debe considerar el importe de las habilitaciones de línea y conducción de infraestructuras y conducción de material	No se debe incluir por no ser formación especializada, sino ordinaria
b) Para fijar la indemnización	Se debe considerar los gastos sufridos por la empresa	Se debe considerar la proporción del tiempo de incumplimiento
c) Qué concepto debe incluirse	Se debe considerar los importes correspondientes a salarios de sustitución, dietas, gastos y desplazamientos	No se debe considerar los importes de salarios de sustitución, dietas, gastos y desplazamientos

Tabla 15: Supuesta diferencia de conceptos indemnizables por incumplimiento de un PPL

Fuente: Elaboración propia basada en el caso Continental Rail S.A. vs. Don Amador

Con relación al numeral “b)” (‘criterio para fija la indemnización’), el Tribunal Supremo español advierte que el debate es diferente en cada caso: la sentencia recurrida por Don Amador (extrabajador) se limita a calcular la indemnización en proporción al tiempo del incumplimiento, mientras que la sentencia de contraste no calcula indemnización alguna pues la cláusula que contenía el PPL se declaró nula.

Con relación al numeral “c)” (‘conceptos que deben incluirse para la indemnización’), el Tribunal Supremo español –tras revisar minuciosamente la sentencia recurrida y la sentencia de contraste– advierte que en la segunda nunca se dijo que no se deba considerar los gastos sufridos por la empresa (manutención, alojamiento y

desplazamiento) que fueron complementarios a la especialización profesional costeada por el empleador demandante en favor del trabajador demandado. La falta de prueba de dichos supuestos gastos fue lo que motivó que en dicho caso el Tribunal Supremo no los incluya para el cálculo de la indemnización.

Ahora bien, con relación al numeral 'a)' ('criterio para calcular la indemnización'), el Tribunal Supremo español sí admite una identidad objetiva entre la sentencia que fue recurrida y la sentencia de contraste, por lo que procede a pronunciarse al respecto. Para empezar, se delimita la pretensión impugnatoria del extrabajador recurrente de la siguiente manera:

En esencia alega que las habilitaciones de conducción por clase de conducción y por infraestructuras no pueden ser objeto de un contrato de formación cualificada ni, en consecuencia, pactar en el mismo una cláusula de permanencia, ya que se trata de formación ordinaria, incardinada en el artículo 4.2 b) del Estatuto de los Trabajadores y no puede ser objeto de un pacto de permanencia al amparo de lo establecido en el artículo 21.4 del mismo texto. (Continental Rail S.A. vs. Don Amador, 2011)

En consecuencia, el Tribunal Supremo español se cuestiona si los gastos conexos establecidos como condiciones legales (según la Orden FOM/2520/2006, de 27 de julio de 2006) para ejercer una determinada actividad económica ('obtención de títulos y habilitaciones que permiten el ejercicio de las funciones del personal ferroviario') pueden considerarse dentro de la indemnización por incumplimiento de un PPL:

El debate se ciñe a resolver si debe considerarse función especial, y por tanto sujeta a pacto de permanencia y subsiguiente indemnización, los gastos originados con ocasión de la obtención de las habilitaciones correspondientes para el ejercicio de la actividad (material e infraestructura). Hay que señalar que dentro de los costes de formación se encuentran los ocasionados por la obtención del título B de conductor de trenes y las habilitaciones de material e infraestructuras, siendo respecto a estas últimas a las que se limita la cuestión planteada. (Continental Rail S.A. vs. Don Amador, 2011)

Consideramos pertinente graficar la particularidad del caso en mención, pues no es la única actividad económica que pueda tener esta naturaleza de gastos:

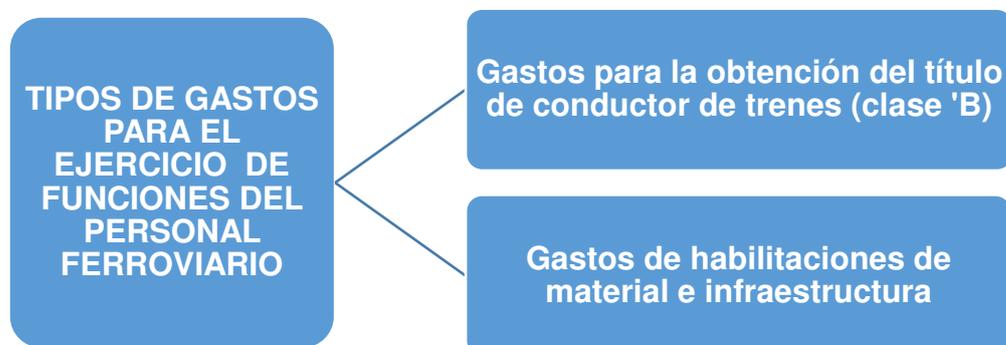


Tabla 16: Gastos conexos para ejercer funciones de un cargo específico (ferroviario)

Fuente: Elaboración propia basada en el caso *Continental Rail S. A. vs. Don Amador*

Es pacífico para la jurisprudencia española que los gastos para la obtención de un título sí se consideren en el cálculo de la indemnización que deba pagar el trabajador que incumple un PPL. En el Perú, ello podría incluir –por ejemplo– los derechos administrativos que se pagan para la obtención de un título de maestría con mención específica en un área de la profesión. Así, el Tribunal Supremo español (2011) señala que: “Del examen de dichos preceptos se concluye que es válido el pacto suscrito respecto de la formación destinada a la obtención del título de conducción, clase B, que goza de la característica de “especialización profesional” extremo que no ha sido cuestionado.”. (Continental Rail S.A. vs. Don Amador, 2011)

Por su parte, respecto a los gastos por concepto de *habilitaciones*, el Tribunal Supremo español entiende que dicho concepto no aporta ninguna ‘especialización profesional’ o capacitación al trabajador, pues se trata de requisitos para ejercer una determinada función. En el Perú, dichas *habilitaciones* podrían entenderse como las que otorgan los colegios profesionales para ejercer la carrera. A mayor abundamiento, tenemos dicho razonamiento del máximo ente del PJ español:

Respecto a las habilitaciones de conducción de vehículos ferroviarios y de clase de material y de infraestructuras, tal y como resulta de su regulación, se otorgarán por las empresas ferroviarias al personal que disponga de un título de conducción en vigor y solo serán válidas en el marco de existencia de relación laboral entre el titular de la

misma y la entidad que lo habilita, perdiendo su validez cuando el titular de la habilitación cause baja laboral en la entidad que le habilitó. Por tanto, la validez se limita a la empresa que la otorgó y mientras subsista el contrato de trabajo, lo que supone que si se extingue el contrato el trabajador pierde la habilitación, no puede disponer de ella para prestar servicios en otra empresa. Por lo tanto, la habilitación no puede ser conceptuada como una formación especial, sino que es una formación ordinaria incardinada en el art. 4.2 b) ET, por lo que no puede por esta causa exigirse un pacto de permanencia y, por ende, el importe de la misma no puede incluirse para el cálculo de la indemnización por incumplimiento del citado pacto. La habilitación no aporta al trabajador un plus de cualificación, este se la dispensa el título clase B, sino simplemente es un requisito para conducir determinados vehículos ferroviarios en determinada empresa. (Continental Rail S.A. vs. Don Amador, 2011)

Finalmente, para una mejor comprensión de cuáles son los conceptos que deben considerarse para calcular la indemnización por el incumplimiento de un PPL, nos remitimos al siguiente cuadro a continuación que contiene nuestras conclusiones:

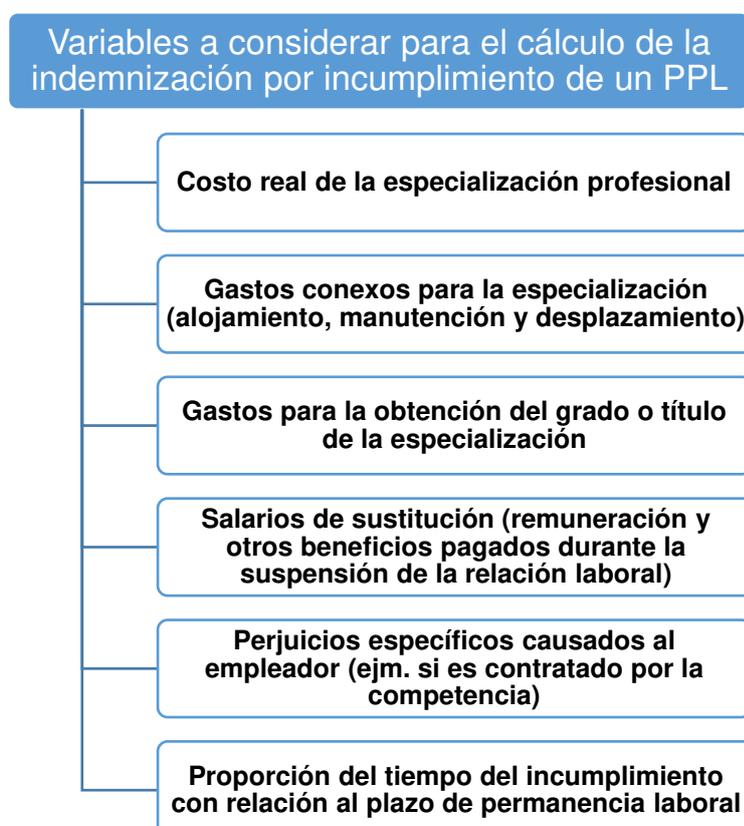


Tabla 17: Consideraciones del autor para calcular la indemnización por incumplimiento de un PPL

Fuente: Elaboración propia

3.4.2 De las cláusulas penales compensatorias

3.4.2.1 Aplicación directa en los pactos de permanencia laboral

En primer lugar, debemos partir del concepto de una cláusula penal compensatoria que se puede incluir en un PPL válido. Para tal efecto, nos remitimos al concepto dado por Galiano Gallardo (2016) a continuación:

La cláusula penal compensatoria es el pacto por el que se acuerda que, en caso de incumplimiento, uno de los contratantes queda obligado al pago de una penalidad, tiene el efecto de limitar el resarcimiento a esta prestación y a que se devuelva la contraprestación, si la hubiere; salvo que se haya estipulado la indemnización del daño ulterior. (pág. 208)

Ahora bien, la naturaleza de estas cláusulas penales que se señala anteriormente también ha sido reconocida por el TSJ español, pues entiende que no es propiamente lo mismo que una indemnización:

Por otra parte, existe la posibilidad de fijación convencional de una liquidación anticipada de los daños causados por medio de una cláusula penal. En este caso la cláusula penal es sustitutiva del resarcimiento de daños y perjuicios (salvo que se pacte su compatibilidad expresa - artículo 1152 del Código Civil -). La jurisprudencia admitía ya la posibilidad de fijación por las partes, en base al citado artículo 1152, de una cláusula penal, si bien poniendo el acento en que la cláusula no debe ser abusiva, que se deben alegar y probar sus bases de cálculo y que la liquidación pactada es moderable por el juez de instancia - sentencias del Tribunal Central de Trabajo de 9 de julio de 1.971 y 2 de marzo de 1.974 -. (Doña Leticia vs. Banco Español de Crédito, S.A. -BANESTO-, 1999)

Es importante resaltar que estas cláusulas penales compensatorias ('penalidades') no sólo pueden ser incluidas en la celebración de un PPL, sino también en cualquier otro tipo de pacto de obligaciones de naturaleza privada (civil o laboral), y cuyo cumplimiento se pretende asegurar. Un ejemplo de lo anterior lo encontramos en un caso resuelto por el Tribunal Supremo, en la STS 876-2014, donde se resuelve una controversia generada por la cláusula que delimitaba la indemnización por

incumplimiento de un pacto de no concurrencia (también regulado en el artículo 21 del ET).

Cabe señalar que cuando un empleador requiere judicialmente el pago de estas cláusulas, no está obligado a acreditar si efectivamente se han ocasionado los daños previstos al momento de suscribir el PPL, conforme lo ha indicado expresamente el TSJ español:

Por último, la recurrente alega infracción del artículo 1.101 y concordantes del Código Civil, y para ello nos indica que la empresa debería haber acreditado fehacientemente el coste real del citado curso y que parte estaba sin amortizar de dicho coste, puesto que reclama unos daños y perjuicios está obligado a acreditar la existencia y cuantificación de éstos. Ante semejante afirmación se olvida de que la empresa no está reclamando daños y perjuicios sino el cumplimiento de una cláusula contractual legítima, en la que se fija periodos (rectificados) y cuantía. (Binter Canarias, S.A. vs. D. Adolfo, 2005)

Existen autores nacionales que comparten el razonamiento sobre la no necesidad de acreditar daños y perjuicios cuando existe una cláusula penal compensatoria válida. Por ejemplo, Galiano Gallardo (2016) señala que: «Su ventaja es que para exigir la pena no es necesario que el acreedor pruebe los daños y perjuicios sufridos. Sin embargo, ella sólo puede exigirse cuando el incumplimiento obedece a una causa imputable al deudor, salvo pacto en contrario.» (pág. 208)

Por el contrario, el mismo TSJ español ha señalado que –si bien a nivel procesal no se debe probar la existencia de dichos daños– ello no amerita que no se calculen los daños ‘tarifados’ con dicha cláusula penal (por incumplimiento de un PPL). Por ello, a la luz de lo expuesto en el siguiente caso, es recomendable indicar en el documento donde consta el PPL cuáles serían los perjuicios al empleador y de qué forma se valorizan para una valoración razonable:

Trayendo a colación tal doctrina al actual supuesto de hecho, el pacto suscrito no ha quedado vinculado de forma alguna con la impartición de curso de especialización alguno dado que (HP 6º) no constan [...] ni en qué medida la marcha de la trabajadora perjudicó a la empresa; incluso se desconoce qué criterios determinaron que la

cuantía exigida en el mentado pacto se cifrara en 5000 euros pues no se delimita a qué prestación de servicios responde el importe consignado en las mismas (parte de tales facturas aparecen, además, en inglés, sin traducción) ni el número exacto de participantes en el mismo. (Tissat S.A. vs. Doña Soledad, 2012)

En nuestro medio nacional, existen especialistas en derecho laboral que también tienen la misma postura que nosotros. Por ejemplo, y sin perjuicio de haber manifestado nuestro desacuerdo con algunos puntos expuesto por Sánchez Zapata (2016) que mencionamos en el numeral 3.3.1.3 del presente trabajo de investigación, coincidimos con dicho autor cuando sostiene que: «Es absolutamente dable que dentro del convenio de formación y/o capacitación, el mismo que derivará en la suscripción del pacto de permanencia, se pueda estipular penalidades por su incumplimiento.» (pág. 36)

En esa misma línea de pensamiento encontramos a Galiano Gallardo (2016). Dicho autor –a pesar de que discrepamos de la denominación ‘contrato de capacitación y permanencia laboral’ en el numeral 3.2.1.1 del presente trabajo de investigación– señala claramente cuál es la causa que legitima la existencia de una penalidad: «El empleador busca con el contrato de capacitación y permanencia laboral que la inversión realizada a favor del trabajador se recupere dentro de un plazo determinado, y ello es lo que legitima establecerla cláusula penal compensatoria.» (pág. 214)

Con relación a la cita anterior, debemos precisar que no debe confundirse la causa que legitima la penalidad con la causa jurídica de un PPL. La primera está destinada a evitar que el desprendimiento patrimonial del empleador (la inversión) se pierda por algún incumplimiento del trabajador. La segunda responde a lo que motiva a un trabajador para celebrar un PPL (el beneficio que recibe con dicha inversión).

En ese sentido, concluimos que una cláusula penal compensatoria puede ser incluida en un PPL válido y eficaz.

3.4.2.2 De la responsabilidad civil del deportista por las denominadas “cláusulas de rescisión”

Otro de los resultados de la presente investigación sobre el incumplimiento de un PPL nos llevó a otra fuente normativa extranjera: el real decreto n.º 1006/1985, de fecha 26 de junio de 1985, en España. Así, su artículo 16.1 regula lo siguiente

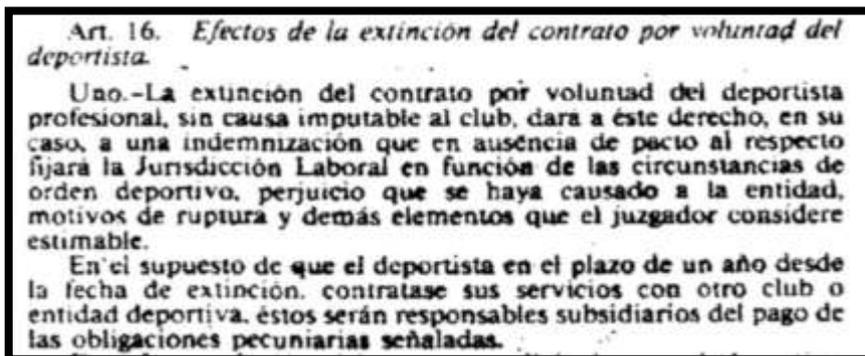


Ilustración 36: Artículo 16.1 de real decreto 1006/1985

Ahora bien, ¿este ‘derecho de indemnización’ por la extinción unilateral del contrato de trabajo podría configurar una suerte de ‘PPL implícito’? Nótese que estamos ante un trabajador-deportista que debe indemnizar a su empleador-club deportivo. Para aproximarnos al contenido de esta ‘indemnización’ en el derecho deportivo, nos remitimos a Seligrat González (2013), quien sostiene que:

[...] el deportista profesional que extingue *ante tempus* y sin causa imputable a su club su contrato, está incumpliendo el mismo, puesto que (y es en este punto, donde considero que está la clave para entender que estamos ante un incumplimiento contractual y no ante una facultad del deportista), porque la extinción *ad nutum* sólo resulta de aplicación a los contratos indefinidos, mientras que la ruptura anticipada en los contrato de duración determinada (como es el caso del contrato de trabajo de deportista profesional, como deja claro el artículo 6 del Real Decreto 1006/1985) estamos ante un incumplimiento. (págs. 197-198)

En efecto, no cabe duda de que estamos ante un incumplimiento contractual en un sector especializado como el deporte. Nótese que existen dos particularidades de

este tipo de incumplimiento: (i) no existe causa imputable al empleador-club deportivo; y (ii) el contrato se extingue antes del plazo determinado.

Existen ordenamientos jurídicos (como en el Perú) donde se reconoce que la facultad de renunciar *ad nutum* funciona tanto en las relaciones laborales a plazo determinado e indeterminado. Debemos recordar en este punto que la primera es la regla de excepción y la segunda, la regla general. Un ejemplo de como funciona esta facultad de renunciar o dimitir al empleo sin expresión de causa (*ad nutum*) la encontramos en el artículo 49.1 del ET español. Dicho artículo es comentado por Seligrat González (2013) al señalar que:

En efecto, el artículo 49.1 d) Estatuto de los Trabajadores prevé la posibilidad de dimisión del trabajador, con la única exigencia de mediar un preaviso en caso de venir estipulado por la costumbre del lugar o por convenio colectivo. Sin embargo, no se exige indemnización a cargo del trabajador común alguna, con la excepción de que hubiera contravenido un pacto de permanencia en la empresa, en cuyo caso, será el trabajador el que deba indemnizar al empleador. (págs. 199-200)

En efecto, la regla general es que el ejercicio de dicha facultad de dimisión o renuncia no genera la obligación de indemnizar al empleador. Una excepción a dicha regla sería la existencia de un PPL válido. Otra excepción sería que legalmente se establezca una regla inversa donde el ejercicio de la facultad de dimisión sí genera dicho derecho de indemnización. Éste es el caso del régimen laboral especial de los deportistas. Así, Seligrat González (2013) sostiene que la extinción unilateral de la relación laboral sin expresión de causa es una situación jurídica de incumplimiento contractual, conforme encontramos a continuación:

En cambio en la normativa aplicable a los deportistas profesionales, sí surge un derecho indemnizatorio a favor del club o entidad deportiva empleadora, por lo que me parece inadecuado hablar de un derecho de desistimiento del jugador, pues estimo que tal desistimiento no es libre, sino que viene supeditado al abono de una indemnización al club o entidad deportiva de origen, circunstancia que asemeja la figura más a un incumplimiento contractual que a un hipotético derecho de desistimiento o dimisión del deportista profesional. (pág. 200)

Debemos precisar que en el derecho deportivo la regla de contratación es que el contrato de trabajo es a plazo determinado. Por ello, podemos concluir que la existencia de una disposición normativa que reconozca un 'derecho de indemnización' al empleador-club deportivo significa que no estamos ante una 'facultad para renunciar sin expresión de causa', como en nuestro derecho laboral peruano. Por el contrario, ya existe un plazo determinado para la extinción de la relación laboral y si se extingue antes, estamos ante un incumplimiento contractual.

¿Este 'derecho de indemnización' podría constituir una suerte de cláusula penal compensatoria predeterminado por el ET? Consideramos que sí, pues no es necesario pacto expreso para que existe dicho derecho. Lamentablemente, no se han encontrado casos en la jurisprudencia española que permitan analizar a profundidad la naturaleza de dicho 'derecho de indemnización'. No obstante, podemos confirmar que tal derecho recibe el tratamiento de una cláusula penal compensatoria, conforme señala Seligrat González (2013) a continuación:

[...] la Jurisprudencia del Tribunal Supremo no ha entrado a analizar expresamente si la naturaleza del artículo 16.1 del Real Decreto 1006/1985 es una cláusula penal, pero sí lo ha hecho sobre circunstancias análogas, en las que la Jurisprudencia de lo social no ha tenido inconveniente en admitir la naturaleza penal de los pactos de no competencia y de permanencia en la empresa. (pág. 202)

Si bien no es necesario pactar expresamente este 'derecho de indemnización' para que se constituya, sí se suele incluir una penalidad que cuantifique los daños ya reconocidos legalmente. Esta suerte de 'liquidación de daños' suelen ser elevadas con la finalidad de desincentivar el incumplimiento contractual por parte de los deportistas. En el fútbol profesional, por ejemplo, se manejan montos exorbitantes a través de las mal llamadas 'cláusulas de rescisión' (que, en realidad, son penalidad en caso de extinción unilateral antes de plazo pactado).

Un primer caso lo encontramos en las declaraciones del vicepresidente del Barcelona Fútbol Club (entidad empleadora). Jordi Mestre reveló la existencia de la

cláusula penal compensatoria en caso de incumplimiento por parte de Arturo Erasmo Vidal Pardo (futbolista profesional chileno), a través de la extinción unilateral de la relación laboral. Así, Redacción DT (2018) reportó que: «Sin embargo, lo que sí manifestó el conjunto blaugrana, fue el precio que se deberá pagar si algún club quiere llevarse a Arturo Vidal antes de finalizar su contrato: "Su cláusula de rescisión será de 300 millones de euros".» (pág. 2)

Este tipo de cláusulas penales compensatorias también son conocidas por trabajadores de nacionalidad peruana en la industria del fútbol. Por ejemplo, David Pezúa –representante de Raúl Mario Ruidíaz Misitich (futbolista profesional peruano) – al ser entrevistado por un medio de comunicación peruano, reveló la existencia de su penalidad. Así, Latina Redacción (2018) reportó lo siguiente: «Diez millones de dólares es lo que vale la cláusula de rescisión de Raúl Ruidíaz con el Morelia, el jugador está ligado con Monarcas hasta junio del 2020». (pág. 1)

Es más, debemos indicar que este tipo de penalidades no son exclusivas de los futbolistas, sino también aplican para el personal de dirección técnica. Por ejemplo, en su oportunidad, Federico Cúneo –el ex presidente del Club Sporting Cristal S.A. (entidad empleadora)– reveló la existencia de una cláusula penal compensatoria pactada con Mario Alfredo Salas Saieg (director técnico chileno), en caso éste decida extinguir unilateralmente la relación laboral entre ambas partes. Así, Diario Líbero (2018) reportó que:

Estamos muy felices con lo hecho por Mario Salas. Tiene contrato hasta 2019, pero lo queremos por muchos años más. Obvio que tiene una cláusula de rescisión, pero en este momento no tengo la cifra a mano. Nosotros ya estamos planificando la próxima Copa Libertadores con el entrenador. (pág. 2)

Finalmente, podemos concluir que tanto este ‘derecho de indemnización’ de los empleadores en el sector deportivo, así como las penalidades que se pactan para cuantificar los daños (básicamente, por ‘derechos de formación’) constituyen un incentivo legal que promueve el cumplimiento del contrato de trabajo con los deportistas. Es decir, en la práctica, lo que se pretende es el cumplimiento de la obligación de permanencia laboral de tales trabajadores especiales.

3.4.2.3 De casos emblemáticos en el régimen de trabajadores artísticos en el Perú

- Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. vs. Tula Rodríguez

En el presente caso, el 17 de mayo de 2004, Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. (en adelante, 'CPR') interpuso demanda de pago de penalidad por incumplimiento de contrato de trabajo (el cual contenía una obligación de permanencia laboral en la práctica) contra Tula Gabriela Rodríguez Quintana (en adelante, 'la trabajadora') hasta por la suma de S/ 50,000.00 (cincuenta mil con 00/100 nuevos soles).

Dicha demanda fue admitida por el 22° Juzgado especializado de Trabajo Transitorio de Lima (actualmente, desactivado) bajo el expediente n.° 00182-2004-0-1801-JR-LA-22 y fue contestada por la trabajadora el 24 de junio de 2004 bajo el argumento principal de que la cláusula penal no es válida y que, por tanto, no adeudaba monto alguno a CPR.

Con fecha 27 de diciembre de 2006, el Juzgado expidió la sentencia que declaró fundada en parte la demanda de CPR contra la trabajadora por pago de penalidad. En consecuencia, ordenó el pago de la suma de S/ 25,000.00 (veinticinco mil con 00/100 nuevos soles). Dicha sentencia fue apelada el 19 de enero de 2007 por ambas partes.

Así, mediante sentencia de vista de fecha 15 de agosto de 2007, la Tercera Sala Laboral de Lima (expediente n.° 1074-2007-PI(S)) confirmó la sentencia de primera instancia. No obstante, los recursos de la presente investigación han alcanzado a obtener solamente la sentencia de vista precitada, por lo que procederemos a analizar dicha resolución judicial.

Así, en primer lugar, cabe resaltar que lo resuelto por la Sala Superior atiende al orden de la expresión de agravios formulada por las partes procesales que impugnaron (CPR y la trabajadora), por lo que debemos empezar por el análisis de

validez del contrato de trabajo, entendido éste como negocio jurídico. Así, la 'Sala' empieza dicho análisis con lo siguiente:

TERCERO: que, el contrato de trabajo del artista constituye un Acto Jurídico, por lo tanto su nulidad sólo puede ser declarada por una causal prevista en el artículo 140° del Código Civil; y siendo que la existencia de causal prevista no ha sido demostrada en el presente proceso por lo tanto el contrato resulta válido; [...] (Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. vs. Tula Gabriela Rodríguez Quintana, 2007)

Como podemos observar, el análisis se reduce a asunto netamente procesal en cuanto a la falta de probanza de una causal de nulidad que invalide el contrato de trabajo. Lamentablemente, no se realizó una defensa procesal específica que amerite mayor análisis del *A-quem* con relación al PPL, puesto que se centró principalmente en el contrato de trabajo. Al haberse encontrado éste válido, se presume que todas sus cláusulas siguen el mismo sentido, omitiéndose así lo que suele pasar en el derecho español, en tanto que solamente el PPL puede ser nulo o ineficaz, lo que mantiene a salvo el resto del contrato de trabajo.

Observamos que la Sala admite la libertad de trabajo en su faceta de salida, pues admite tácitamente que el hecho de que la trabajadora 'pueda renunciar' es una facultad que deriva de dicho derecho de rango constitucional.

CUARTO: que, no obstante existe válidamente el contrato indicado en el considerando anterior, y mediante carta notarial que corre de fojas 16 a 18 la demandada Tula Gabriela Rodríguez Quintana comunicó su renuncia irrevocable a continuar con el mismo, es decir dio por extinguido el contrato de trabajo en forma unilateral; que, si bien es cierto el trabajador puede renunciar al empleo y con ello extinguir el contrato de trabajo dicha decisión debe hacerse sin perjudicar a su empleador por lo que en el caso de autos, al tratarse de una artista contratada para que labore en el programa Risas de América con carácter de exclusividad, el término unilateral de la relación acarrea un incumplimiento y como tal la responsabilidad por el mismo, [...] (Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. vs. Tula Gabriela Rodríguez Quintana, 2007)

No obstante, debemos señalar que la Sala precisa que la 'renuncia' al empleo de la trabajadora que extingue unilateralmente el contrato de trabajo no debería 'perjudicar' al empleador. Nótese aquí el 'perjuicio' no se genera exclusivamente por la resolución del contrato de trabajo (vía 'renuncia'), sino porque previamente existía una cláusula penal compensatoria que reforzaba la obligación de permanencia laboral.

Consideramos que, en dicho extremo precitado, hubo motivación deficiente por parte del Superior, en tanto que no se precisa que la 'renuncia' *per sé* no puede perjudicar al empleador debido a la consagración constitucional de la libertad de trabajo en todas sus facetas (como la de salida). Si fuera cierto dicho razonamiento, todas y cada una de las renuncias de los trabajadores acarrearían necesariamente un perjuicio a todo empleador, lo cual es altamente improbable.

Continuamos con el análisis relacionado a las cláusulas penales compensatorias por incumplimiento de un PPL. Así, uno de los puntos más relevantes de la sentencia de vista (y de este proceso laboral en general) es el reconocimiento tácito de una 'causa justa' que justifica la existencia de 'esa' obligación (para nosotros, de permanencia laboral) que se refuerza con las penalidades.

Dicha 'causa justa' es -en palabras de la Sala- la **inversión para implementar y lanzar al aire un programa de televisión**. Como vemos, en este caso encontramos una causa diferente a la tradicional 'especialización profesional' regulada en el derecho español.

QUINTO: que, respecto al segundo agravio debemos decir que la demandada al haber sido contratada como artista exclusiva para el programa Risas de América demuestra que su empleador efectuó alguna inversión para implementación y lanzamiento al aire de dicho programa, que si bien no ha sido cuantificado no puede negarse su existencia, [...] (Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. vs. Tula Gabriela Rodríguez Quintana, 2007)

Dicha causa que justifica la cláusula penal compensatoria respecto de la obligación de permanencia laboral es de índole netamente jurídica, en tanto que guarda similitudes con la ‘especialización profesional’ que costea el empleador, puesto que en ambos casos se genera una inversión por parte de la compañía que merece tutela y protección por parte del ordenamiento jurídico.

No obstante, merece nuestra atención el hecho de que lo resuelto por la Sala Laboral en cuanto a la no cuantificación de la causa de la obligación de permanencia laboral (‘implementación y lanzamiento al aire de un programa de televisión’) no es compatible con lo resuelto por el TSJ español. En la STSJ CV 8444/2012, el empleador pretendía el cobro de una penalidad por incumplimiento de un PPL, cuya causa era la especialización profesional. La postura de la Justicia española señaló que la cuantificación de la causa tarifada (‘especialización profesional’) debe constar en el PPL, así como por qué se llegó a dicho monto:

Trayendo a colación tal doctrina al actual supuesto de hecho, el pacto suscrito no ha quedado vinculado de forma alguna con la impartición de curso de especialización alguno dado que (HP 6º) no constan [...] ni en qué medida la marcha de la trabajadora perjudicó a la empresa; incluso se desconoce qué criterios determinaron que la cuantía exigida en el mentado pacto se cifrara en 5000 euros pues no se delimita a qué prestación de servicios responde el importe consignado en las mismas (parte de tales facturas aparecen, además, en inglés, sin traducción) ni el número exacto de participantes en el mismo. (Tissat S.A. vs. Doña Soledad, 2012)

Ahora bien, dado que la causa que subyace a la obligación de permanencia laboral en el caso de Tula Rodríguez no resulta cuestionada, la Sala señaló que dicha obligación es susceptible de estar sujeta a una cláusula penal compensatoria. Para que proceda la aplicación de dicha penalidad, no se deben afectar intereses legítimos individuales (como la aplicación unilateral de dicha penalidad exclusivamente de la contraparte) o colectivos (como en el caso de alteración de las normas de orden público).

SEXTO: que, respecto al tercer agravio, debemos decir que el contrato de trabajo es un acto jurídico como cualquier otro contrato y en el mismo se pueden pactar

libremente cláusulas penales siempre que éstas no constituyan una infracción a normas laborales de orden público ni su aplicación dependa exclusivamente de la voluntad unilateral del empleador, y en el caso concreto de autos en el Contrato de Trabajo bajo Régimen Especial del Artista de fecha 31 de diciembre de 2003 que corre de fojas 14 a 15 y vuelta, en la cláusula décimo octava las partes acordaron el pago de una penalidad de S/. 50,000.00 Cincuenta Mil y 00/100 nuevos soles en caso que la artista decidiera resolver el contrato mediante renuncia, dentro de los 6 primeros meses de firmado el mismo, que no ha existido por ello ningún impedimento legal por la penalidad antes mencionada, [...] (Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. vs. Tula Gabriela Rodríguez Quintana, 2007)

Más allá de los términos expuestos por la Sala, se puede colegir que las penalidades no son incompatibles con dicho pacto (que, para nosotros, contiene un PPL en la práctica).

Así, la cláusula que contiene la penalidad pactada por incumplimiento de permanencia laboral (en la práctica, un PPL para nosotros) es válida porque no existe ninguna disposición normativa específica (de orden legal o reglamentaria) que la prohibiera, así como tampoco se probó la existencia de alguna causa de nulidad alguna en dicho caso:

SETIMA: que, respecto al agravio relativo al régimen laboral al que estuvo sujeta la demandada, debemos decir que, efectivamente a la empleada le corresponde el régimen laboral del artista regulado por Ley N° 28131 y sus normas reglamentarias, sin embargo dicha legislación no excluye la posibilidad de que los artistas puedan celebrar contrato por un tiempo predeterminado; [...] (Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. vs. Tula Gabriela Rodríguez Quintana, 2007)

Ahora bien, como vimos en el numeral 3.1.2.4 del presente trabajo, ni en la ley n.º 28131, Ley del Artista, Intérprete y Ejecutante podemos encontrar prohibición alguna. Tampoco en el reglamento de la ley n.º 28131 precitada, aprobado mediante decreto supremos n.º 058-2004-PCM, se observa prohibición alguna.

En consecuencia, lo reseñado por la Sala Laboral es cierto, puesto que ninguna de las disposiciones normativas especiales del régimen laboral especial del artista prohíbe pactos específicos. Por el contrario, reconoce la posibilidad del ‘pacto de exclusividad’.

Entonces, si el contrato de trabajo suscrito entre CPR y Tula Rodríguez contenía un ‘pacto de exclusividad’ y la trabajadora nunca inició otra relación laboral con otro empleador durante la ejecución de la relación laboral, ¿por qué su renuncia al empleo generó –por sí mismo– un incumplimiento contractual?

La respuesta a la reflexión anterior es, precisamente, la existencia de la cláusula penal compensatoria que refuerza la obligación de permanencia laboral de dicha trabajadora en su empleo. Es decir, dicha cláusula décimo-octava antes referida por la Sala contiene necesariamente una obligación de permanencia laboral y, si se quiere, también un ‘pacto de exclusividad’. Por tanto, no resulta incompatible la existencia de ambos pactos (de ‘exclusividad’ y un PPL) en un contrato de trabajo, más aún cuando se trata de un trabajador sometido a un régimen especial como el del artista.

Como vemos, la Sala Laboral tiene una línea de pensamiento clara en cuanto a la compatibilidad de las penalidades con el PPL. Dicha línea también es compartida por Carrillo Ángeles (2009) cuando señala que el PPL: «[...] opera como límite razonable para la libertad de trabajo en tanto no lo suprime, puesto que el trabajador en ejercicio de su propio derecho a la libertad de trabajo, puede finalizar la relación laboral existente con su empleador, sin que este pueda retener al trabajador; pero, por haber renunciado, el empleador podrá reclamar al artista el pago de la indemnización por daños y perjuicios respectiva o de la penalidad acordada.» (pág. 384)

Ahora bien, continuamos con el análisis del caso objeto de comentario. La Sala concluyó su análisis y reiteró el reconocimiento a la libertad de trabajo (en su faceta de salida), en tanto que un empleador no podrá obligar a alguien a realizar una prestación efectiva subordinada si ya no es de voluntad del trabajador.

OCTAVO: que, respecto al agravio relativo a la renuncia, debemos decir que efectivamente la renuncia es un acto unilateral que depende única y exclusivamente de la voluntad del trabajador no siendo posible exigir al mismo que continúe prestando servicios cuando considera que no debe continuar laborando, sin embargo ello no excluye su responsabilidad por los daños que se pudiera causar a su empleador con la decisión adoptada, siendo el caso que si bien nunca se podrá obligar a un trabajador a continuar laborando, sólo podrá exigírsele la responsabilidad pecuniaria a que hubiera lugar [...] (Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. vs. Tula Gabriela Rodríguez Quintana, 2007)

Finalmente, cabe destacar que, a pesar de lo anterior, se reconoce que la existencia de una cláusula penal compensatoria obedece a que previamente las partes cuantificaron los posibles daños y perjuicios que genere la extinción unilateral de la relación laboral a través de la renuncia del trabajador; cuyo pago pecuniario será la única consecuencia jurídica exigible por parte del empleador.

- Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. vs. Edwin Sierra

En el presente caso, en virtud de una cláusula de fuero arbitral, se instaló un Tribunal Arbitral con fecha 25 de noviembre de 2009. Así, el 11 de diciembre de 2009, Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. (en adelante, 'CPR') interpuso demanda de pago de penalidad por incumplimiento de contrato de trabajo (el cual contenía una obligación de permanencia laboral en la práctica) contra Edwin Sierra Enríquez (en adelante, 'el trabajador') hasta por la suma de S/ 72,000.00 (setenta y dos mil con 00/100 nuevos soles) ante dicho Tribunal Arbitral.

En consecuencia, en la audiencia de conciliación, saneamiento y fijación de puntos controvertidos realizada el 12 de abril de 2010, se fijaron como puntos controvertidos si el contrato de trabajo suscrito entre CPR y el trabajador es válido; y, en consecuencia, si corresponde o no el pago de la penalidad, así como la determinación del monto e intereses legales.

Así, mediante resolución n.º 11 de fecha 27 de agosto de 2010, el Tribunal Arbitral expidió el laudo que declaró fundada en parte la demanda de CPR contra la trabajadora por pago de penalidad. En consecuencia, ordenó el pago de la suma de S/ 23,000.00 (veintitrés mil con 00/100 nuevos soles). Dicho laudo arbitral, al ser inimpugnable en dicho fuero constituye título ejecutivo.

En el presente caso, sucedió algo muy similar a lo ocurrido en el caso de Tula Rodríguez, pues lo resuelto por el Tribunal Arbitral debe responder a la argumentación formulada por las partes procesales (CPR y el trabajador), por lo que debemos empezar por el análisis de validez del contrato de trabajo, entendido éste como negocio jurídico. Así, el Tribunal empezó dicho análisis con lo siguiente:

Siendo ello así, el Contrato de Trabajo suscrito entre CPR y el señor SIERRA cumple con los requisitos establecidos por el Código Civil para su validez y siendo que, de acuerdo a la LPCL, no constituye un requisito constitutivo de los contratos de trabajo sujetos a modalidad la presentación de los mismos ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, dicha omisión no acarrea la nulidad de éstos. Siendo así, este Tribunal considera que el Contrato de Trabajo suscrito entre las partes tiene plena vigencia y validez en todas sus cláusulas. (Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. vs. Edwin Sierra Enríquez, 2010)

Como nos podemos percatar, se realiza una relación de parte-todo. Si el contrato de trabajo es válido y eficaz, entonces todas las cláusulas contenidas también seguirían dicha lógica. Entendemos que el Tribunal Arbitral –incluso si consideró que lo correcta era el examen de validez se realice sólo en la cláusula penal compensatoria que contenía la obligación de permanencia laboral– advirtió la imposibilidad de aplicar el principio *iura novit curia*, puesto que la pretensión del trabajador demandado tenía como *petitum* ‘la nulidad de contrato de trabajo’ como un todo.

Para mejor ilustración, consideramos pertinente recordar previamente de qué están compuesta una pretensión procesal con la siguiente cita textual de Murillo (2014):

Esta expresión de la libertad de las partes tiene elementos diferenciables: el *petitum* y la *causa petendi*; que a la vez se divide en fundamentos de hecho y fundamentos de

derecho. El *petitum* es el objeto de la pretensión, el pedido objetivo que hace la parte al órgano jurisdiccional; en cambio, la *causa petendi* es la causa de la pretensión, las razones o fundamentos que sustentan el pedido concreto de las partes. (pág. 3)

Consecuentemente, graficamos la cita textual precitada en la siguiente tabla:

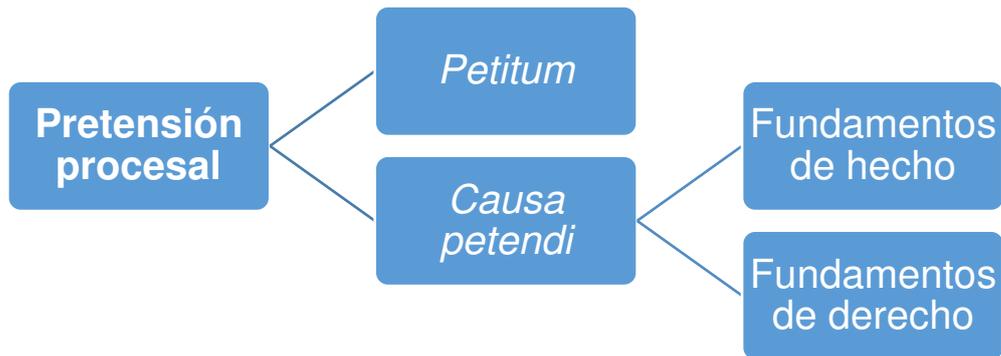


Tabla 18: Contenido de una pretensión procesal

Fuente: Elaboración propia basada en el trabajo de Murillo (2014)

Es conveniente entonces precisar que el aforismo jurídico *iuria novit curia* se encuentra recogida en el artículo VII del título preliminar del Código Procesal Civil. Dicho texto señala lo siguiente:

Artículo VII.- El Juez debe aplicar el derecho que corresponda al proceso, aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente. Sin embargo, no puede ir más allá de petitorio ni fundar su decisión en hechos diversos de los que han sido alegados por las partes.

Ahora bien, conforme manifiesta Murillo (2014): «[...] la *causa petendi* se divide en dos aspectos: los fundamentos de hecho y los fundamentos de derecho. Los primeros son otro límite expreso del *iura Novit Curia*, pues, con sustento en este aforismo, el juez no puede agregar hechos a los alegados en las partes.» (pág. 3)

En efecto, si el Tribunal Arbitral hubiera analizado solamente la validez y eficacia de la cláusula penal compensatoria y se hubiera apartado de los fundamentos de hecho alegados en la *causa petendi* de la contestación de la demanda, hubiese emitido un laudo *extra petita* (pronunciarse respecto de una pretensión que no fue planteada expresamente por las partes procesales).

Continuamos con la explicación al mencionar que el Tribunal Arbitral resalta que la cláusula penal compensatoria no constituye una multa. Esta precisión es acertada por cuanto conviene diferenciar bien la naturaleza jurídica de dicha penalidad por incumplimiento de la obligación de permanencia laboral:

En ese sentido, este Tribunal considera que es válida la existencia de una cláusula penal en el contrato de trabajo suscrito entre CPR y el señor SIERRA y que la misma no tiene características de una multa, prohibida por nuestra legislación laboral, sino de una indemnización y que la misma constituye una manifestación del principio y derecho fundamental a la libertad de trabajo del señor SIERRA, dado que se pactó libremente y bajo común acuerdo de voluntades. (Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. vs. Edwin Sierra Enríquez, 2010)

Nótese que lo expuesto por dicho Tribunal es cierto. Dicho pensamiento también es recogido por autores nacionales como Galiano Gallardo (2016) quien asevera que: «La cláusula penal compensatoria cumple una función compulsiva e indemnizatoria, pero no una función sancionadora, razón por la cual el trabajador puede solicitar la reducción de la indemnización por daños y perjuicios.» (pág. 214)

Con relación a la función compulsiva e indemnizatoria de la penalidad por incumplimiento de un PPL, Galiano Gallardo (2016) refuerza dicho pensamiento con lo siguiente:

Si bien el trabajador se encuentra obligado al pago de dos conceptos diferentes, por un lado, la devolución de los gastos de la capacitación y por el otro, la indemnización por daños y perjuicios, en el fondo se trata de la misma pena porque la cláusula penal compensatoria determina la indemnización por daños y perjuicios, en aplicación a su función compulsiva con el objetivo de que el trabajador no deje de cumplir con sus obligaciones. La función indemnizatoria de la cláusula penal compensatoria corresponde a los daños y perjuicios verdaderamente causados [...] (pág. 208)

No obstante, no consideramos que dicha cláusula penal compensatoria tenga una función sancionadora, ni si quiera una atenuada. Por ello, no estamos de acuerdo con Galiano Gallardo (2016) cuando sostiene que:

En la doctrina se confiere a la cláusula penal compensatoria una función sancionadora, que permite establecer la indemnización por daños y perjuicios de forma subjetiva, pero dicha función se encuentra relativizada porque el obligado puede solicitar la reducción equitativa de la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida conforme al artículo 1346 del Código Civil. (pág. 208)

Sin perjuicio de lo anterior, debemos resaltar que dentro de las consecuencias jurídicas previstas a una obligación laboral no se encuentra contempladas las multas pecuniarias porque se consideran totalmente opuestas al sentido mismo del derecho del trabajo. En esa línea de pensamiento, Serkovic Gonzáles (2018) señala que:

Las multas deben considerarse vedadas, no solo por no existir procedimiento para el descuento en las remuneraciones basado en este concepto, sino también porque significaría un trabajo que no es convenientemente remunerado y, sobre todo, porque la potestad sancionadora del empleador debe tener una finalidad correctiva y no implicar un enriquecimiento propio. (pág. 1)

La misma opinión sobre la prohibición de multa pecuniarias se maneja en la doctrina española. Por ejemplo, Rubio de Medina (2005) sostiene que: «No cabe en cambio que en el pacto pueda establecerse una cantidad que no responda a los daños causado y que por ello constituya alguna suerte de sanción al trabajador pues ello contradiría plenamente su libertad de contratación [...]» (pág. 20)

Es más, de una revisión de nuestras disposiciones normativas, se puede establecer cuáles son las únicas consecuencias jurídicas por el empleador en virtud de su potestad sancionadora. Como bien nos indica Serkovic González (2018), dichas sanciones disciplinarias son las siguientes:

Nuestra legislación laboral no abunda en el tema, pero sí se puede inferir con base en la lectura atenta del tratamiento de la impuntualidad reiterada como causal de despido, que las sanciones aceptadas son las de amonestación escrita no se aconseja el llamado de atención verbal, por las obvias dificultades de su posterior prueba con inclusión de la comunicación correspondiente en el legajo personal del trabajador; la suspensión, sin goce de haber se entiende, y por un período que la jurisprudencia mayoritaria no admite que sea mayor a los tres días, y el despido. (pág. 1)

La siguiente tabla sintetiza mejor la cita textual precitada:

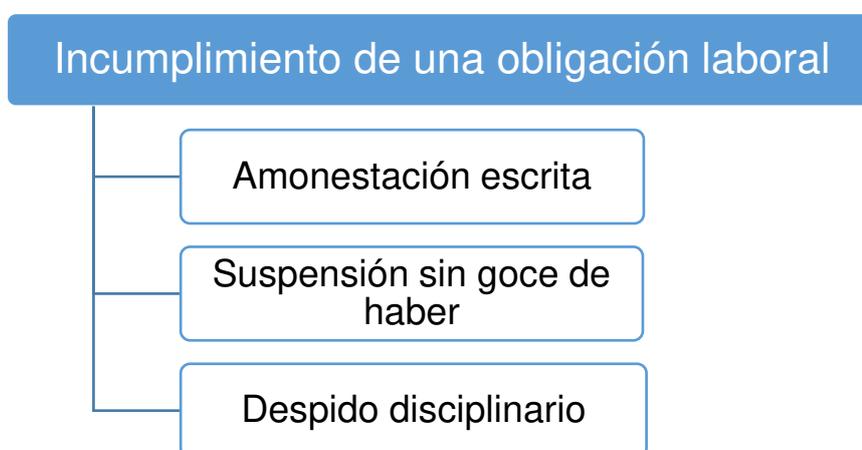


Tabla 19: Consecuencias del incumplimiento de una obligación laboral en el Perú

Fuente: Elaboración propia basada en el trabajo de Serkovic González (2018)

En consecuencia, resulta positivo que el laudo arbitral precitado haya considerado precisar que la naturaleza jurídica de la cláusula penal compensatoria en el caso de Edwin Sierra no constituye una multa. Por el contrario, la penalidad es considerada como un genuino cálculo de los daños y perjuicios a título de indemnización.

- Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. vs. Manolo Rojas

En el presente caso, dejamos constancia de que los recursos destinados para el presente trabajo de tesis no fueron suficientes para la obtención de las resoluciones judiciales expedidas en el presente conflicto. No obstante, podemos analizar en términos generales lo acaecido en dicho caso con lo recabado conforme procedemos a continuación.

Con fecha 3 de octubre de 2005, Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. (en adelante, 'CPR') interpuso demanda de **indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de contrato de trabajo** (el cual contenía una obligación de permanencia laboral en la práctica) contra Víctor Manuel 'Manolo' Rojas Ibañez (en adelante, 'el trabajador' para este objeto de análisis) hasta por la suma de S/ 100,000.00 (cien mil con 00/100 nuevos soles).

No obstante, la pretensión principal de dicha demanda, en realidad, es el pago de la cláusula penal compensatorio a favor de CPR por incumplimiento del contrato de trabajo y (aunque en la Consulte de Expedientes Judiciales – CEJ señale 'INDEM. POR DAÑOS Y PERJUICIOS POR INCUMP. DE CONTRATO'). Así, Diario Peru21 (2005) reportó que: «América Televisión le mandó un ultimátum asegurando que si hoy no se reintegra a las grabaciones de Recargados de risa, el canal le entablará un juicio por incumplimiento de contrato y lo obligará a pagar la penalidad de 100 mil soles.» (pág. 1)

Dicha demanda fue admitida por el 19° Juzgado especializado de Trabajo Transitorio de Lima bajo el expediente n.º 00412-2005-0-1801-JR-LA-19 y fue contestada por la trabajadora el 15 de diciembre de 2005. En una entrevista a un medio de comunicación escrito, el trabajador demandado (con anterioridad a la existencia de dicho proceso laboral). Así, Diario Peru21 (2005) reportó que: «Según la Ley del Trabajador, si te sientes acosado o maltratado, puedes retirarte y renunciar. Cuando firmé el contrato, en América me dijeron que lo de la penalidad era una formalidad, que si yo quería podía irme cuando quisiera.» (pág. 1)

Tras llevarse a cabo la audiencia única con fecha 19 de abril de 2006, el trabajador demandado presentó un documento que acreditaría los actos de hostilidad por parte de su ex empleador, CPR, el 26 de abril de 2005. Dicho documento sería concordante con lo dicho en la entrevista precitada sobre los 'maltratos' que habría originado la extinción unilateral de la relación laboral.

Con fecha 13 de julio de 2006, el Juzgado expidió sentencia que declara **infundada** la demanda presentada por CPR contra la trabajadora, por lo que no se amparó la pretensión de pago de penalidad por la suma de S/ 100,000.00 (cien mil con 00/100 nuevos soles). Dicha sentencia fue apelada el 1 de agosto de 2006 por CPR. Cabe precisar que podemos confirmar que el monto demandado fue el que se señala, debido a que el valor de la tasa judicial por recurso de apelación de sentencia presentado fue de S/ 272.00, conforme al valor de la Unidad de Referencia Procesal en el 2006. Por ello, podemos deducir que ello es cierto.

Dicho recurso de apelación de sentencia fue concedido con efecto suspensivo el 14 de agosto de 2006. Tras ello, y a propósito de la sentencia de vista emitida en el caso seguido contra Tula Gabriela Rodríguez Quintana, el gerente general de relaciones públicas de CPR (Luis Ángel Kurt Pinasco Weiss) manifestó –Diario La República (2007)– que: «Tenemos otro juicio contra el señor Manolo Rojas, quien también se fue de América para trabajar en la competencia antes de finalizar su contrato. Ese caso ya lleva un año y medio, pero aún no se dicta sentencia.» (pág. 3)

No obstante, la Primera Sala Laboral de Lima (el superior jerárquico competente quien conoció dicho medio impugnatorio en el expediente n.º 04945-2006) no habría revocado ni declarado nula la sentencia de primera instancia en favor de los intereses de CPR. No podemos confirmar el sentido de dicha resolución judicial debido a que no está disponible ni en el CEJ.

Lo que sí podemos confirmar es que dicha sentencia de vista fue impugnada por CPR a través de un recurso de casación, el cual fue conocido por la Primera Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República. Dicho caso fue resuelto a través de la ejecutoria Cas. Lab. 01642-2007, que declaró IMPROCEDENTE dicho medio impugnatorio.

Lo interesante de este caso es que los hechos son muy similares, por no decir idénticos objetivamente, con relación a los casos de Tula Rodríguez y Edwin Sierra, pero se declaró infundada la demanda, mientras que los casos precedidos fueron

estimados por una Sala Laboral y un Tribunal Arbitral. ¿A qué podría deberse ello? Pues, de la información conseguida, podemos deducir que es posible que el argumento de defensa del trabajador (en cuanto a 'sentirse acosado y maltratado' y que ello le haya 'permitido' renunciar) haya sido estimado.

De ser ese el caso, entendemos que dichas manifestaciones de 'acoso' y 'maltrato' que sostuvo en la entrevista precitada más el documento presentado por el trabajador con fecha 26 de abril de 2006 (registrado en el CEJ como 'presenta doc de hostilidad') podría haberse imputado como un acto de hostilidad, conforme el artículo 30 de la LPCL, cuyo texto es el siguiente:

Artículo 30.- Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

- a) [...];
- b) [...]
- c) [...];
- d) [...];
- e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia;
- f) [...]
- g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador."
- h) [...]

El trabajador, antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que, efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso. [...]

Si bien no podemos precisar cuál pudo haber sido el acto de hostilidad que habría sido amparado por el Juzgado y la Sala para desestimar la demanda, sí consideramos posible que el 'acoso' y 'maltrato' se haya encuadrado dentro del inciso 'e' o el inciso 'g' (modificado por la primera disposición final y complementaria de la ley n.º 27942, publicada el 27 de febrero de 2003, vigente al momento de la extinción del vínculo laboral entre CPR y el trabajador demandado), al ser los que más se acerca a la noción de maltrato.

Resultaría altamente beneficioso para el ámbito académico contar con un pronunciamiento judicial que declare la invalidez o ineficacia (según la argumentación, los hechos acaecidos y el acervo probatorio que corresponda) de un cláusula penal compensatoria por incumplimiento de una obligación de permanencia

laboral (en la práctica, un PPL para nosotros) debido a que el mismo empleador impidió el cumplimiento de dicha obligación a través de un despido indirecto (por el no cese de actos de hostilidad imputados por el trabajador). Nótese además que, si ese fuera el caso, el incumplimiento de un PPL no sólo se da por la facultad de 'dimisión' o 'renuncia' del trabajador al empleo, sino a través de un despido ilegal. En el primer caso, la extinción se le imputa al trabajador; mientras que, en el segundo caso, al empleador.

En el derecho español ya se ha hecho énfasis en el sentido anterior, puesto que

El mismo resultado se alcanzaría, caso de estimarse que la permanencia en la empresa constituye una condición para la adquisición del importe fraccionado de la obligación, pues el acto propio del obligado de despedir improcedentemente al trabajador-acreedor, impidiendo mediante este ilícito laboral su permanencia en la empresa en las fechas pactadas para recibir el pago fraccionado, equivale por disposición literal del artículo 1119 C.C. a que "se tenga por cumplida la obligación". (D. Leonardo vs. Aegon Seguros Vida Ahorro e Inversiones, S.A., 2006)

En el Perú, también contamos con disposiciones normativas en el CC que pueden operar supletoriamente para la extinción de la obligación de permanencia laboral por un despido ilegal (ya sea indirecto, arbitrario, incausado o nulo), pues estaríamos ante una extinción unilateral de la relación laboral no imputable al trabajador, sino al empleador. Así, tenemos los artículos 1316 y 1317 del CC, cuyos textos señalan que:

Artículo 1316.- La obligación se extingue si la prestación no se ejecuta por causa no imputable al deudor. [...]

Artículo 1317.- El deudor no responde de los daños y perjuicios resultantes de la inejecución de la obligación, o de su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, por causas no imputables, salvo que lo contrario esté previsto expresamente por la ley o por el título de la obligación. (Énfasis agregado)

De una interpretación de las disposiciones normativas precitadas y un paralelismo a un supuesto de hecho hipotético de PPL que no fue cumplido debido a un despido ilegal, podemos elaborar la siguiente tabla para mejor ilustración:



Obligación	• Permanencia laboral
Deudor	• Trabajador
Acredor	• Empleador
Causa no imputable al deudor	• Despido ilegal
Indemnización por daños y perjuicios	• Cláusula compensatoria penal

Tabla 20: Especificación de las obligaciones del CC al PPL

Fuente: Elaboración propia

Debe resaltarse que, según el 1317 del CC, existiría la posibilidad de pactar en contrario ante dicho escenario. Es decir, que aun cuando se presente el incumplimiento de la obligación de permanencia laboral por causa imputable al empleador, igualmente proceda el pago de la penalidad.

Sin embargo, consideramos que dicho supuesto pacto en contrario mencionado en el párrafo anterior sería nulo fundamentalmente porque no habría una causa lícita (una 'causa justa') ni equilibrio de intereses entre partes que suscriben un PPL. Asimismo, el cumplimiento de dicha obligación de permanencia laboral dependería exclusivamente de la voluntad del empleador, en la medida que -sin perjuicio de que lo despida ilegalmente- igualmente podría cobrar un monto dinerario por penalidad.

3.4.3 Reducción judicial de la cláusula penal

En el Perú, existe la facultad de reducción del monto a pagar por concepto de aplicación de cláusula penal compensatoria debido al incumplimiento de una obligación de permanencia laboral. Dicha facultad se encuentra regulada en el artículo 1346 del CC peruano, el cual señala lo siguiente:

Artículo 1346.- El juez, a solicitud del deudor, puede reducir equitativamente la pena cuando sea manifiestamente excesiva o cuando la obligación principal hubiese sido en parte o irregularmente cumplida.

Así, tenemos que la reducción judicial del monto a pagar por concepto de aplicación de cláusula penal sólo se debe aplicar en dos supuestos concretos. Al menos, uno de los dos supuestos de hecho hipotéticos debe haber sido invocado (y probado) por el trabajador deudor. La siguiente tabla nos permite identificar claramente dichos supuestos por el deudor:

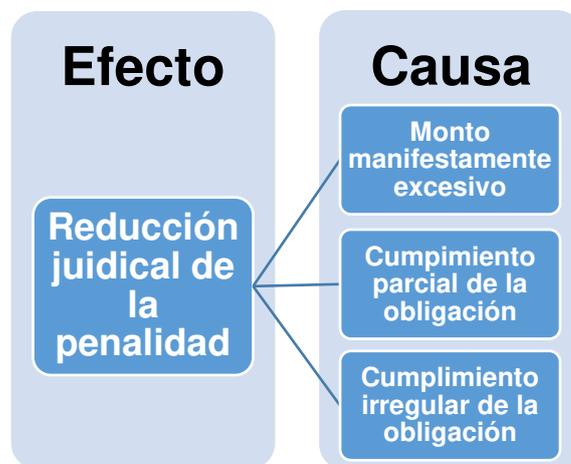


Tabla 21: Causales para la reducción judicial de una penalidad por incumplimiento de un PPL

Fuente: Elaboración propia basada en el artículo 1346 del CC

En nuestro medio, también existen autores que coinciden con aplicar los criterios contenidos en el artículo 1346 del CC. Por ejemplo, Pizarro Díaz (2012) sostiene que: «El monto de esta penalidad puede ser determinado en función del costo de la capacitación y disminuir progresivamente en la medida que el trabajador vaya cumpliendo con su obligación de permanecer en el empleo.» (pág. 2)

El criterio del 1346 precitado también se encuentra regulado en España. En efecto, el artículo 1154 del CC español contiene el mismo criterio de proporcionalidad para la reducción de una penalidad, siempre que haya cierto grado de cumplimiento. No obstante, *a contrario sensu*, la penalidad aplicable por el incumplimiento total de una obligación de permanencia laboral no debería ser reducida en ninguna circunstancia por el juez. En tal sentido, coincidimos Mella Méndez (2013) cuando sostiene que:

En tercer lugar, cuando las partes de un contrato de trabajo quieren evitar la aplicación del régimen indemnizatorio civil y pactan una cláusula penal resarcitoria, la especialidad que deriva del Derecho del Trabajo también se aplica a esta última. [...] Así, parece claro que, en caso de incumplimiento total, no existe posibilidad de moderación de la cláusula penal, pues, de efectuarse esta, el juez estaría cambiando la valoración de los daños que las partes pactaron libremente. (pág. 169)

Sin embargo, no debemos olvidar que la penalidad es una institución originada en el derecho civil, propia de la teoría de las obligaciones. Por ello es por lo que puede y debe aplicarse ante el incumplimiento de un PPL. Pero, si tras la celebración de dicho pacto, no se cumple ni si quiera un día de permanencia laboral, ¿el monto por penalidad es intocable para el juez laboral? Consideramos que no, pues si tal monto es notoriamente excesivo en comparación con variables objetivas (como la remuneración percibida del trabajador), el monto por penalidad debería reducirse. Por ello, coincidimos con Mella Méndez (2013) cuando sostiene que:

Con todo, en el ámbito del Derecho del Trabajo, la posición doctrinal y jurisprudencial mayoritaria estima que, aun en caso de incumplimiento total de la obligación, si la indemnización es abusiva, el órgano jurisdiccional puede y debe modificarla en aras a la protección de los intereses de las partes, especialmente del trabajador, pues, generalmente, tal cláusula es fijada a iniciativa del empresario. (pág. 169)

Ahora bien, la revisión de los casos anteriores en el Perú con trabajadores artistas nos permite concluir que el artículo 1346 del CC ya ha sido aplicado en casos laborales ocurridos en el Perú. Si bien en estos casos los órganos que resolvieron definitivamente la *litis* reconocieron la validez de las cláusulas penales compensatorias, controlan y fijan un monto menor a pagar por parte del trabajador deudor a favor del empleador acreedor.

El primer caso del cual tenemos conocimiento donde se aplicó el artículo 1346 del CC precitado al que nos remitimos es en el caso de CPR con Tula Rodríguez. Como vimos anteriormente, el empleador demandó el pago de S/ 50,000.00 por concepto de dicha cláusula penal compensatoria. La penalidad precitada se configuró debido

a que Tula Rodríguez ejerció su derecho a la libertad de trabajo –en su faceta de salida o extinción del vínculo– a través de la renuncia al empleo.

CPR y Tula Rodríguez suscribieron un contrato de trabajo sujeto a modalidad por el plazo de un (1) año. El inicio de la relación laboral fue el 1 de enero de 2004 y debía acabar el 31 de diciembre de 2004. Asimismo, si Tula Rodríguez renunciaba con anterioridad a la fecha de terminación del contrato de trabajo se aplicaría la penalidad referida en el párrafo anterior. Según los términos de la cláusula penal compensatoria, renunciar el 2 de enero de 2004 o el 30 de diciembre de 2004 tenían el mismo efecto: S/ 50,000.00 por penalidad.

Sin embargo, la Sala Laboral que resolvió la apelación manifestó lo siguiente:

DECIMO TERCERO: [...] en el caso de autos la obligación principal fue cumplida en parte pues el contrato que correo de fojas 14 a 15 en su cláusula séptima señala que, la vigencia del mismo es desde enero del 2004 hasta el 31 de diciembre de 2004; y la resolución de dicho acto jurídico por renuncia de la actora es del 12 de marzo de 2004, según carta de fojas 16 a 18; que, siendo esto así **se habría cumplido parcialmente la obligación contratada** [...] DECIMO CUARTO: que, respecto al agravio relativo a la obligación de responder por el íntegro de la penalidad, debemos decir que **lo indicado en el considerando anterior justifica la aplicación del artículo 1346° del Código Civil por el cual se reduce la penalidad** [...] (Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. vs. Tula Gabriela Rodríguez Quintana, 2007)

Así, en el caso precitado, se redujo el monto pecuniario a pagar por el concepto en mención de S/ 50,000.00 (cincuenta mil con 00/100 nuevos soles) a S/ 25,000.00 (veinticinco mil con 00/100 nuevos soles) debido a que se cumplió parcialmente la obligación. En ningún momento se alude a que el monto de la penalidad es excesivo. Dicha argumentación jurídica nos parece la más adecuada, pues –de conformidad con el 1346 del CC– el juez puede reducir un motivo u otro, según lo solicitado por el deudo demandado.

Ahora bien, nos llama la atención que no se haya aplicado un principio de proporcionalidad adecuadamente al caso de Tula Rodríguez. La penalidad era de S/

50,000.00 para garantizar que se cumpliera el plazo total del contrato de trabajo: un (1) año. Como aludimos anteriormente, para nosotros existe una obligación de permanencia en la práctica.

No obstante, el monto por penalidad se redujo a S/ 25,000.00 porque la obligación principal (permanencia laboral) se cumplió parcialmente. Un cálculo rápido nos indicaría que el plazo de permanencia laboral cumplido habría sido de seis (6) meses. Pero Tula Rodríguez renunció el 12 de marzo de 2004. Es decir, dicha trabajadora sólo cumplió con dos (2) meses y doce (12) días del plazo del contrato de trabajo (permanencia laboral) y le faltaba nueve (9) meses con dieciocho (18) días.

Nuestra observación a ello es que el juez debió aplicar el principio de proporcionalidad en función al mismo argumento que utilizó para reducir la penalidad ('cumplimiento parcial'), a través de un cálculo matemático, lo cual nos hubiera dado **S/ 39,999.94 (treinta y nueve mil novecientos noventa y nueve con 94/100 nuevos soles)** como penalidad. Consideramos que dicha suma debió ser la impuesta judicialmente, puesto que el tiempo que le faltaba a Tula Rodríguez era de nueve (9) meses ($S/ 50,000.00 / 12 * 9$) y dieciocho (18) días ($S/ 50,000.00 / 12 / 30 * 18$).

Por otro lado, también tenemos otro caso donde se aplicó del artículo 1346 del CC precitado (y, en nuestra opinión, se aplicó correctamente el principio de proporcionalidad). Nos referimos al caso de CPR con Edwin Sierra. Como vimos anteriormente, el empleador demandó el pago de S/ 72,000.00 por concepto de dicha cláusula penal compensatoria. La penalidad precitada se configuró debido a que Edwin Sierra ejerció su derecho a la libertad de trabajo –en su faceta de salida o extinción del vínculo– a través de la renuncia al empleo.

La indemnización realizada por el trabajador artista en favor del empleador incluye los gastos de publicidad y promoción (causa de la obligación de permanencia laboral). Dichos gastos de publicidad y promoción en la imagen del artista se valorizaron en S/ 12,000.00 (doce mil con 00/100 nuevos soles). Asimismo, se pactó

que si Edwin Sierra renunciaba dentro de los seis (6) primeros meses de la relación laboral:

En la cláusula décima del Contrato de Trabajo suscrito entre CPR y el señor SIERRA, se pactó una cláusula penal donde las partes acordaron que si el señor SIERRA resolvía el contrato antes del 31 de diciembre de 2009, éste se obligaba frente a CPR al resarcimiento por los gastos de publicidad y promoción que haya realizado la empresa respecto de la imagen del artista y valorizaron el gasto mensual de publicidad y promoción en S/. 12,000.00 (Doce mil y 00/100 nuevos soles). En ese sentido, si el señor SIERRA decidía resolver el contrato dentro de los primeros 6 meses (es decir hasta el 30 de junio de 2009) debía pagarle a CPR una penalidad ascendente a S/. 72,000.00. Por otro lado, si el artista decidía resolver el contrato después de 6 meses de iniciada la vigencia del mismo, se obligaba a pagar a CPR la suma señalada (S/. 72,000.00) más S/. 12,000.00 por mes adicional transcurrido contando a partir del sexto mes de vigencia del contrato. (Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. vs. Edwin Sierra Enríquez, 2010)

Para un mejor entendimiento de la cita textual precitada, realizamos la siguiente tabla:

Si renunciaba	Monto de penalidad
Del 2-1-2009 al 30-6-2009	S/ 72,000.00
Del 1-7-2009 al 31-7-2009	S/ 84,000.00
Del 1-8-2009 al 31-8-2009	S/ 96,000.00
Del 1-9-2009 al 30-9-2009	S/ 108,000.00
Del 1-10-2009 al 31-10-2009	S/ 120,000.00
Del 1-11-2009 al 30-11-2009	S/ 132,000.00
Del 1-12-2009 al 31-12-2009	S/ 144,000.00

Tabla 22: Penalidades pactadas por periodos en el caso CPR vs. Edwin Sierra

Fuente: Elaboración propia basada en el caso CPR vs. Edwin Sierra

El trabajador renunció mediante carta notarial presentada a CPR con fecha 27 de abril de 2019. Su récord laboral fue de tres (3) meses y veintisiete (27) días. En consecuencia, se encontraba en el primer nivel de penalidad.

Cabe destacar que el Tribunal Arbitral (2010) –a pesar de que reconoce la configuración del supuesto de hecho hipotético para la aplicación de la penalidad– precisa que: «Es el caso que el señor SIERRA renunció voluntariamente a seguir prestando servicios [pero], la suma pretendida por la demandante CPR de S/. 72,000.00 es, a criterio de este Tribunal Arbitral, desproporcionada.» (Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. vs. Edwin Sierra Enríquez, pág. 8)

El Tribunal Arbitral realiza una consideración importante en cuanto a cómo aplicar el criterio de razonabilidad y proporcionalidad al analizar colateralmente cuánto percibe el trabajador como remuneración. En función a ello, se podrá observar la relación existente entre el monto total de la penalidad y el monto total por remuneraciones percibidas:

El Tribunal considera que debe tenerse en cuenta que en la cláusula décimo tercera del Contrato de Trabajo se fijó la remuneración del señor SIERRA en la suma de S/. 15,000.00 mensuales, lo que implica que durante la relación laboral éste percibió la suma de S/. 57,000.00, por lo que es irrazonable aceptar que al trabajador le corresponda pagar una penalidad por un monto mayor a la suma de las remuneraciones percibidas durante toda su relación laboral. (Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. vs. Edwin Sierra Enríquez, 2010)

Es decir, el criterio de razonabilidad establecido por dicho Tribunal consiste en que no es razonable que un trabajador pague una penalidad por un monto mayor al total de remuneraciones percibidas durante el total del plazo de la ejecución del contrato de trabajo (lo que duró la relación laboral):

Siendo que la penalidad pactada se refiere a los gastos de publicidad y promoción que haya realizado CPR respecto de la imagen del artista y en tanto ésta no ha probado en el proceso que dicha suma asciende a S/. 12,000.00 mensuales, corresponderá a este Tribunal Arbitral fijar un monto mensual de dichos gastos de carácter referencial y que

sea razonable y proporcional, el cual servirá para determinar el monto de la penalidad, teniendo en cuenta que el periodo que el señor SIERA prestó servicios para CPR fue de 3 meses y 25 días. (Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. vs. Edwin Sierra Enríquez, 2010)

Así, y en virtud de la aplicación de dicho criterio de razonabilidad y proporcionalidad, el Tribunal Arbitral redujo el monto a pagar por concepto de cláusula penal compensatoria por incumplimiento de la obligación de permanencia laboral de la siguiente manera:

Este Tribunal considera razonable establecer como tope para los gastos mensuales de publicidad y promoción de un artista el 40% de su ingreso mensual, debido a que es coherente con una idea de negocio, y siendo que CPR realiza actividad comercial televisiva, que ésta tenga que invertir en cada artista un monto adicional, equivalente al 80% de su remuneración para promoción y publicidad. Por ello, el Tribunal Arbitral fija en la suma de S/. 6,000.00 mensuales el valor de los gastos de promoción y publicidad ocurridos por CPR respecto de la labor del artista y en ese sentido, el señor SIERRA deberá pagar a dicha empresa, la suma de S/. 23,000.00 en aplicación de la cláusula penal pactada del contrato de trabajo. (Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. vs. Edwin Sierra Enríquez, 2010)

Cabe precisar en este punto que los criterios de razonabilidad y proporcionalidad aplicables a las penalidades por incumplimiento de obligaciones laborales no son ajenos a autores nacionales. Así, por ejemplo, Sánchez Zapata (2016) señala que:

Es en esta clase de pactos que sobresaltan, y tienen mayor incidencia los criterios de razonabilidad y proporcionalidad, con los cuales el empleador debe guiar la inclusión de las estipulaciones a ser incluidas en el pacto que celebre con el trabajador, bajo causal de ser declarado –el documento– como inválido, [...] (pág. 32)

Asimismo, debemos mencionar que la reducción judicial de una penalidad por incumplimiento de un PPL no es ajena al derecho español. Así, el TSJ español ha señalado que:

También se apoya la sentencia combatida para decretar la falta de validez de la cláusula de permanencia en la falta de concreción de los daños y perjuicio, así como en la excesiva cuantía de la indemnización establecida en la misma. Sobre ello se - ha de repetir aquí lo expuesto en el apartado e) del fundamento jurídico primero de esta resolución, por cuanto de cláusula penal tiene la estudiada. Más - como allí se expusiera- el exceso de las indemnizaciones establecidas no supone la nulidad de aquel pacto por abusivo, sino que la misma puede ser moderada por el juzgador de instancia. (Doña Leticia vs. Banco Español de Crédito, S.A. -BANESTO-, 1999)

Así, es válido concluir que un criterio razonable para controlar judicialmente que una cláusula penal devenga en abusiva es a través de la verificación del tiempo efectivamente permanecido por dicho trabajador, pues si éste ha cumplido un tiempo que ha podido ser aprovechado por el empleador, debería considerarse necesariamente para una reducción.

[...] ahora bien no puede ignorarse que el cese de la demandante se produce escasamente un mes antes de que hubiera concluido el periodo al que se extendía el pacto de permanencia, por lo que no sería razonable que la actora reintegrara íntegramente el importe del curso cuando la empresa se había beneficiado ya ampliamente por los servicios prestados por el trabajador, por lo que se debe reducir el reintegro en proporción al número de días que cesó anticipadamente (46 días) por lo que ascendería la suma que debe reintegrar a la empresa a 160,81 euros. (Doña Mariana vs. Uponsor Hispania SAU, 2006)

El mismo criterio de proporcionalidad del monto a pagar por penalidad puede advertirse en otro caso donde se expresa la necesidad de mantener un equilibrio en las prestaciones contenido en el PPL español:

Ahora bien, si la limitación a dos años de la duración máxima del pacto de permanencia se justifica en que este es el periodo razonable de tiempo con el que se considera amortizada la inversión realizada por la empresa en la formación especializada del trabajador, deberá necesariamente ajustarse la indemnización a pagar por el trabajador al tiempo que reste por cumplir del pacto de permanencia, para mantener de este forma el necesario y recíproco equilibrio en las contraprestaciones de ambas partes, a salvo de que la empresa hubiere acreditado la concurrencia de

especiales circunstancias que justificasen mantener en su totalidad la indemnización pactada, con independencia del tiempo que restaba para agotar el pacto de permanencia. (Don Alberto vs. TELCOM, S.A., 2009)

Consideramos que lo anterior permite determinar qué parte del monto establecido mediante la cláusula penal ya ha sido cubierto con la permanencia efectiva del trabajador. Así, concluimos que la aplicación lógica de una regla de tres (3) simple directa permite la reducción proporcionalmente la penalidad, al descontar del monto total pactado en la penalidad la valorización monetaria del tiempo efectivamente permanecido. Dicha regla se traduciría en la siguiente fórmula:

Tiempo total de permanencia pactado (A) → *Monto total de penalidad pactado (B)*
Tiempo efectivamente permanecido (C) → *Monto real de penalidad pagado (X)*

$$(X) = \frac{(B) \cdot (C)}{(A)}$$

Ecuación 1: Regla de tres simple directa aplicado a la reducción proporcional de una penalidad

Fuente: Elaboración propia

Ahora bien, como vimos en el caso de CPR con Edwin Sierra, el Tribunal Arbitral introdujo una variable importante en el análisis de la reducción judicial de la penalidad: la remuneración efectivamente percibida. Nótese que dicha variable también ha sido considerada por autores nacionales, como Galiano Gallardo (2016) que señala:

Para reducir la pena hay que considerar el importe de ésta en relación con los gastos de la capacitación, si el trabajador cumplió parcialmente con su obligación, el promedio de sueldo que se paga, la duración de la capacitación, si se brindó la oportunidad de aplicar los conocimientos, que la capacitación, el transporte, y los viáticos son gastos deducibles para determinar la renta neta de tercera categoría y que el servicio de capacitación realizado en el extranjero no es un operación gravada con el impuesto general a las ventas, toda vez que lo que se busca con el contrato de capacitación y permanencia laboral es que el empleador recupere la inversión realizada a favor del trabajador dentro de un plazo determinado. (pág. 209)

Más allá de discrepar de la figura contractual de ‘contrato de permanencia laboral’ – conforme se detalló en el numeral 3.2.1.1 del presente trabajo de investigación– y que solamente pueda ser usada cuando la causa jurídica sea la ‘capacitación académica’, si consideramos relevante lo que sugiere el autor en cuanto a la remuneración. Necesariamente, debe considerarse en el análisis de la reducción judicial para evitar PPL abusivos. Por ello, tomando en consideración las ideas desarrolladas en este numeral, nos permitimos concluir con el siguiente gráfico a continuación:

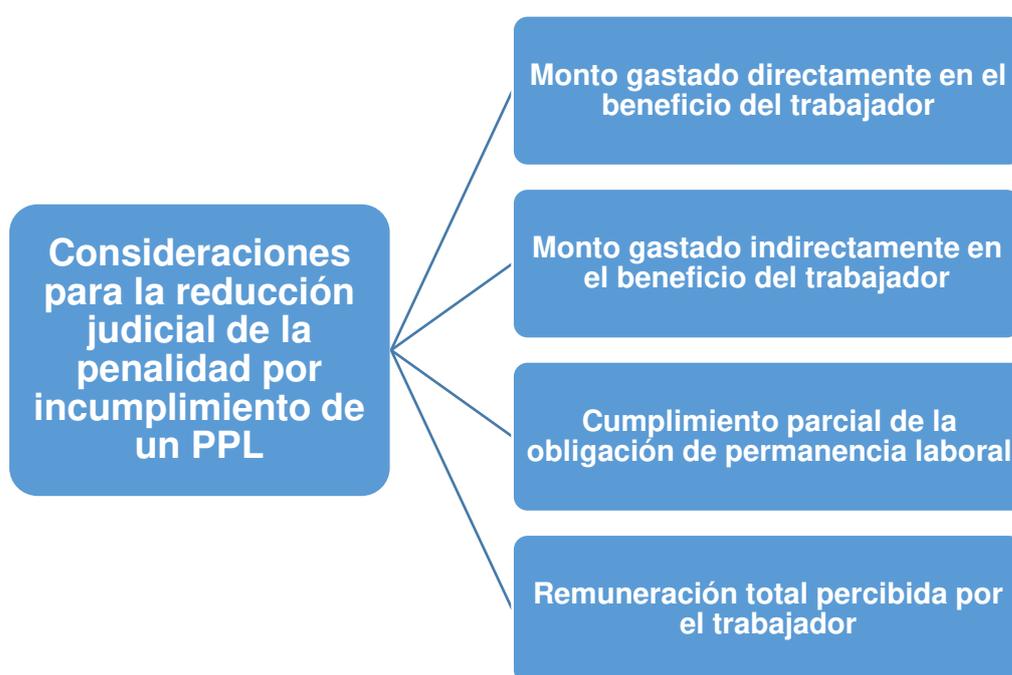


Tabla 23: Consideraciones del autor para una reducción judicial de penalidad proporcional

Fuente: Elaboración propia

3.4.4 Mecanismos de cobro

3.4.4.1 Noción general

¿Qué legitima el interés del acreedor en cobrar el monto dinerario por concepto de aplicación de la cláusula penal compensatoria por incumplimiento de un PPL? Creemos que la disposición normativa que legitima dicho interés del empleador-acreedor es el artículo 1219 del CC, el cual señala lo siguiente:

Artículo 1219.- **Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:**

1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.

2.- Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.

3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente.

4.- Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.

Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2. (Énfasis agregado)

3.4.4.2 ¿Procede la compensación?

- De la compensación en la teoría

En primer lugar, debemos tener claro que la compensación es un modo de extinguir la obligación. Dicha institución jurídica está regulada en el artículo 1288 del CC que señala lo siguiente:

Artículo 1288.- Por la compensación se extinguen las **obligaciones recíprocas, líquidas, exigibles y de prestaciones fungibles y homogéneas, hasta donde respectivamente alcancen**, desde que hayan sido opuestas la una a la otra. La compensación no opera cuando el acreedor y el deudor la excluyen de común acuerdo. (Énfasis agregado).

Para mejor comprensión del concepto de compensación, nos remitimos al autor nacional, Janfer Grovetto Huerta, citado por Galiano Gallardo (2016):

La compensación es un mecanismo de extinción total o parcial de dos o más obligaciones de contenido cualitativamente equivalente, respecto de las cuales una de las partes involucradas es a la vez acreedor y deudor de la otra, sin que se verifique el cumplimiento efectivo de las prestaciones que son objeto de las obligaciones a extinguir. (pág. 209)

De la disposición normativa y cita textual mencionados anteriormente, podemos elaborar la siguiente tabla para mejor ilustración:

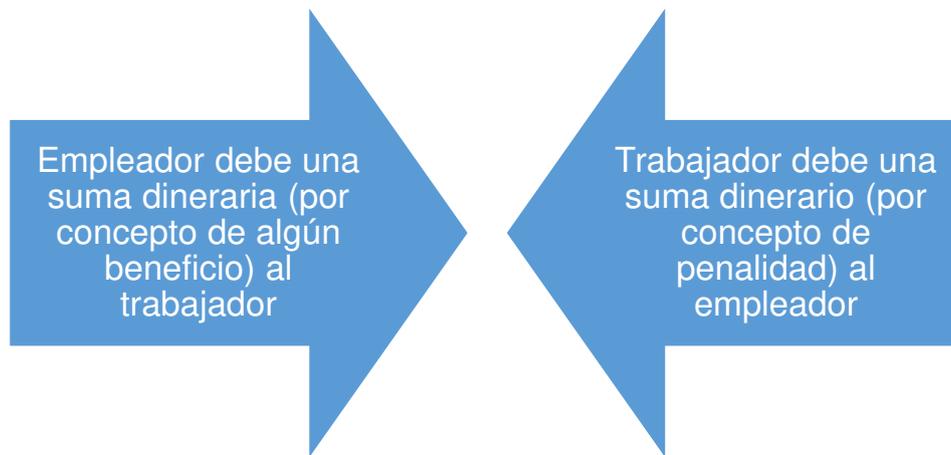


Tabla 24: Relación entre créditos debidos del trabajador y empleador para una posible compensación

Fuente: Elaboración propia

Siendo ello así, nótese que para que pueda operar la compensación, necesitamos de la existencia de dos obligaciones pecuniarias entre dos sujetos. Nótese que la obligación de dar suma de dinero cumple con los requisitos de la disposición normativa precitada: reciprocidad, liquidez, exigibilidad, fungibilidad y homogeneidad.

La reciprocidad se cumple en tanto que el empleador debe entregarle una suma de dinero a su trabajador, y lo mismo sucede con el trabajador cuando le corresponde cancelar una penalidad por incumplimiento. La liquidez se encuentra en que ambos bienes que pueden entregar son dinero. La exigibilidad supone que el supuesto de hecho previsto para cada obligación haya ocurrido realmente para que nazca el crédito del acreedor (ejemplo, sólo si hay incumplimiento se puede exigir el pago de la penalidad). La fungibilidad se encuentra presente en el hecho de que el dinero debido por ambas partes se puede gastar y ya no puede ser usado por quien lo gastó (ya está en la esfera patrimonial de otro sujeto). Por último, la homogeneidad está sobreentendida con el hecho de que el dinero debido por ambas partes presenta las mismas características.

- De la compensación en la práctica

Ahora bien, y dado que el derecho laboral es una rama con protección constitucional y legal hacia el trabajador, debemos revisar si es posible jurídicamente operar una compensación. No debemos olvidar que el deudor del empleador es el trabajador – quien debe pagar una penalidad por incumplimiento de un PPL–.

Entonces, si el empleador desea compensar dicho crédito a su favor con lo que le debe pagar a su trabajador, eso quiere decir que estamos frente a créditos a favor del trabajador. Éstos son conocidos jurídicamente como ‘créditos laborales’, como bien señala Galiano Gallardo (2016) a continuación:

Tal parece que el pago de la indemnización por daños y perjuicios se encuentra garantizado con los conceptos a favor del trabajador, que en conjunto se denominan créditos laborales, los que tienen prioridad sobre cualquier obligación del empleador según lo preconiza el artículo 24 de la Constitución Política del Perú, [...] (pág. 209)

La disposición normativa de rango constitucional que se menciona en la cita textual anterior señala lo siguiente:

Artículo 24.- Derechos del trabajador

El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.

El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador.

Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores. (Énfasis agregado)

Una primera conclusión en este numeral es que los créditos laborales de origen contractual son de libre disponibilidad por parte del trabajador, conforme se menciona en el numeral 1.2.1 del presente trabajo de investigación. Por ende, la posibilidad de compensar dichos créditos con una penalidad por incumplimiento de un PPL válido no merece mayor análisis. Lo que sí cabe preguntarnos es: ¿es posible compensar penalidad alguna con algún beneficio social de origen legal? En primer lugar, y en palabras de Galiano Gallardo (2016), veamos cuáles son dichos beneficios sociales legales a continuación:

Nuestro ordenamiento establece para los trabajadores seis beneficios económicos de origen legal que se abonan durante la relación laboral que son los siguientes: (i) las gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad, (ii) la asignación familiar, (iii) la bonificación por tiempo de servicios, (iv) el seguro de vida, (v) la participación de las utilidades, y (vi) la compensación por tiempo de servicios. (pág. 209)

De la revisión de las disposiciones normativas de rango legal que regulan los beneficios sociales precitadas, merece nuestra atención dos de ellos: Las gratificaciones legales y la CTS. Con relación a los otros beneficios sociales, no se observa posibilidad jurídica alguna que permita una autorización del trabajador para cobrar una penalidad por incumplimiento de un PPL.

- Compensación de penalidades con las gratificaciones legales

Así, en primer lugar, tenemos a las gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad (deuda del empleador). Dicho beneficio social está regulado en ley n.º 27735, Ley que Regula el Otorgamiento de las Gratificaciones para los Trabajadores del Régimen de la Actividad Privada por Fiestas Patrias y Navidad. De la revisión de dicha ley, sólo vemos la posibilidad jurídica de cobrar una penalidad por incumplimiento de un PPL en el artículo 8º-A:

Artículo 8-A.- Inafectación de las gratificaciones

Las gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad no se encuentran afectas a aportaciones, contribuciones ni descuentos de índole alguna; excepto aquellos otros descuentos establecidos por ley o autorizados por el trabajador. (Énfasis agregado).

Debemos enfatizar que la disposición normativa precitada fue incorporada por el artículo 1 de la ley n.º 29351, Ley que reduce Costos Laborales a los Aguinaldos y Gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad. Dicha ley fue publicada el 1 de mayo de 2009 y entró en vigor el día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano. Dicho artículo 1 dispone que:

Artículo 1.- Incorporación del artículo 8-A a la Ley N° 27735

Incorpórase el artículo 8-A a la Ley N° 27735, Ley que Regula el Otorgamiento de las Gratificaciones para los Trabajadores del Régimen de la Actividad Privada por Fiestas Patrias y Navidad, en los términos siguientes: [...]

En un primer momento, las gratificaciones estaban inafectas a los descuentos por EsSalud y pensiones (ONP o AFP) inicialmente hasta el 31 de diciembre de 2010 (conforme al artículo 4 de la ley n.° 29351). Luego, a través del artículo único de la ley n.° 29714 (Ley que prorroga la vigencia de la ley n.° 29351), se prorrogó la vigencia de la inafectación hasta el 31 de diciembre de 2014.

Sin embargo, el 18 de junio de 2015, se promulgó la ley n.° 30334, Ley que establece Medidas para dinamizar la Economía en el año 2015, que señala lo siguiente:

Artículo 1. Inafectación de las gratificaciones

Las gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad no se encuentran afectas a aportaciones, contribuciones ni descuentos de índole alguna; excepto aquellos otros descuentos establecidos por ley o autorizados por el trabajador. (Énfasis agregado)

Posteriormente, el 30 de setiembre de 2016, se promulgó el decreto supremo n.° 012-2006-TR, d. s. que establece precisiones de la ley n.° 30334. Dicha ley estableció medidas referidas a inafectación de las gratificaciones legales y la disponibilidad de la Compensación por Tiempo de Servicios

Artículo 2.- Alcance de la inafectación

La inafectación dispuesta en el artículo 1 de la Ley es de aplicación a las gratificaciones por fiestas patrias y navidad que correspondan ser pagadas a partir del semestre correspondiente a su entrada en vigencia.

La excepción a la inafectación dispuesta en el referido artículo **comprende** a las retenciones por concepto de Impuesto a la Renta, de acuerdo con las normas de la materia, y **a los descuentos autorizados por el trabajador**; sin perjuicio de los descuentos dispuestos por mandato judicial. (Énfasis agregado)

Nótese aquí que las leyes que modificaron (directa o indirectamente) el artículo 8-A de la ley n.° 27735 tocaban un tema directo: la inafectación de aportaciones y contribuciones a las gratificaciones por Fiestas Patrias y Navidad. No obstante, el Legislador mantuvo el mismo sentido de que las gratificaciones legales sí estarán afectas a las retenciones por concepto de Impuesto a la Renta (de acuerdo con las

normas especiales), los descuentos ordenados judicialmente y los descuentos autorizados por el trabajador. En tal sentido, podemos concluir que el trabajador puede autorizar que se descuenta de sus gratificaciones legales el monto que corresponda por concepto de aplicación de penalidad por incumplimiento de un PPL.

- Compensación de penalidades con la CTS

Por otro lado, tenemos a la CTS, la cual está regulada en el TUO de la ley de CTS (aprobado mediante decreto supremo n.º 001-97-TR. Pues bien, lo que nos incumbe aquí es verificar si existe la posibilidad de que el trabajador pueda autorizar descuento alguno de este beneficio social de rango legal (y prioridad en el cobro, conforme lo establece la Constitución) por concepto de la penalidad por incumplimiento de un PPL.

El tema de los montos que puede garantizados por la CTS se encuentran regulados en los artículos 40º y 47º del TUO precitado:

Artículo 40.- La compensación por el tiempo de servicios devengada al 31 de diciembre de 1990, así como **los depósitos de la compensación por tiempo de servicios y sus intereses sólo pueden garantizar sumas adeudadas por los trabajadores a sus empleadores por concepto de préstamos, adelantos de remuneración, venta o suministro de mercadería producida por su empleador, siempre que no excedan en conjunto del 50% del beneficio.**

Igualmente, pueden garantizar los préstamos y sus intereses otorgados al trabajador por las Cooperativas de Ahorro y Crédito a que pertenece siempre que en conjunto no exceda del límite establecido en el párrafo anterior.

En los casos que estas acreencias deban ser garantizadas por los Depósitos CTS y sus intereses, el empleador lo comunicará al depositario acompañando copia del documento que acredite la garantía, para efectos del control respectivo.

Respecto de los depositarios, se pueden garantizar los préstamos y sus intereses hasta con el 50% de la compensación por tiempo de servicios depositada y sus intereses. Cualquier exceso es de cargo del depositario.

La violación de estas normas será especialmente sancionada por la Superintendencia de Banca y Seguros.

Tratándose de los préstamos concedidos por los depositarios, su otorgamiento en modo alguno limita el pago de los intereses que genera el depósito de la compensación por tiempo de servicios. (Énfasis agregado)

Artículo 47.- **Las cantidades que adeuden los trabajadores a sus empleadores al cese, por los conceptos mencionados en el Artículo 40 de la presente Ley, se descontarán, en primer lugar de las sumas que tenga que abonar directamente el empleador por este beneficio;** en segundo lugar, de la compensación por tiempo de servicios acumulada al 31 de diciembre de 1990 que pudiera mantener en su poder el

empleador y el saldo, si lo hubiere, le será abonado por el depositario con cargo a la compensación por tiempo de servicios del trabajador y sus intereses, a cuyo efecto en la constancia respectiva el empleador especificará la suma que le será entregada directamente por el depositario.

Tratándose de una deuda a una Cooperativa se procederá en la misma forma y en caso de existir saldo pendiente el empleador efectuará la especificación correspondiente en la constancia de cese a fin de que el depositario cancele el adeudo directamente a la Cooperativa. (Énfasis agregado)

En consecuencia, el trabajador sólo podrá ‘garantizar’ obligaciones o ‘autorizar el descuento’ al momento de la extinción de la relación laboral por los siguientes conceptos: (i) préstamos; (ii) adelanto de remuneración; (iii) venta o suministro de mercadería producida por dicho empleador. Nótese que el tope de la garantía o cobro que autorice el trabajador no debe superar el 50% del monto de la CTS y sus intereses. Así, podemos realizar la siguiente tabla para mejor explicación:

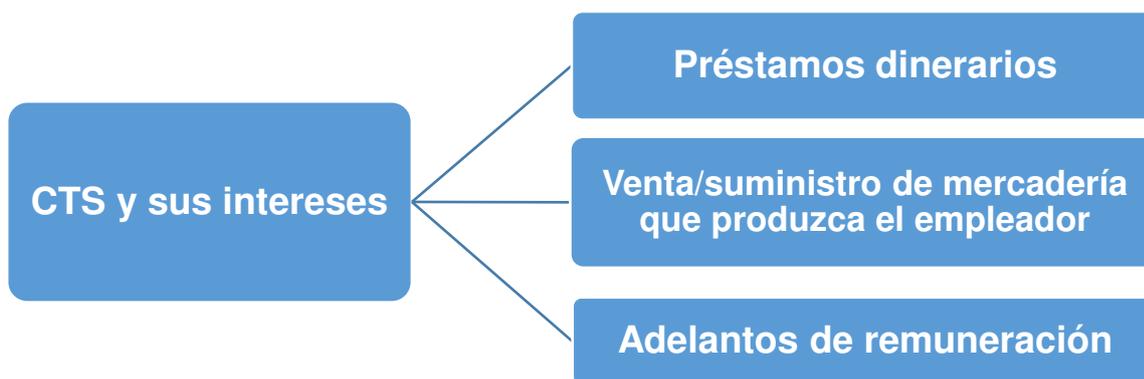


Tabla 25: Conceptos que pueden ser garantizados por la CTS y sus intereses.

Fuente: Elaboración propia basada en el artículo 40 del TUO de la Ley de CTS

Como podemos observar, si bien el Legislador admite descuentos excepcionales de este beneficio social de rango legal, la penalidad por incumplimiento de un PPL podría encajarse en alguno de los conceptos precitados. Es tal cual menciona Galiano Gallardo (2016): «Los supuestos fijados tienen como fundamento de que son sumas de dinero o en especie que el trabajador ha recibido de forma adelantada para satisfacer sus necesidades en un momento determinado.» (pág. 210)

Por lo tanto, concluimos que no es posible que el empleador pueda compensar una penalidad por incumplimiento de un PPL válido con el beneficio social de la CTS y sus intereses.

- Límites a la compensación

Hasta ahora hemos visto que sólo se puede compensar penalidades con las gratificaciones legales. El TUO de la ley de CTS admite la compensación –a través de los descuentos autorizados por el trabajador– sólo para supuestos específicos dentro de los que no se encuentran las penalidades. Pero ¿qué hay de los otros beneficios sociales de rango legal si sus respectivas leyes no mencionan dicha posibilidad? ¿Es posible interpretar que –ante el silencio– puede el trabajador autorizar descuentos para que opere una compensación para extinguir el pago de una penalidad por incumplimiento de un PPL válido?

En este punto debemos remitirnos a los principios constitucionales que rigen a la relación laboral, como el de ‘irrenunciabilidad de derechos’ y el ‘*in dubio pro operario*’. Éstos se encuentran regulados en los numerales 2 y 3 del artículo 26 de nuestra Constitución en los siguientes términos:

Artículo 26.- En la relación laboral se respetan los siguientes principios:

1. [...]
2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.
3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

A propósito del principio de irrenunciabilidad, y conforme se citó a Neves Mujica (2004) –véase el numeral 1.2.1 del presente trabajo de investigación– es importante diferenciar las normas dispositivas y las normas taxativas o imperativas. De la propia nomenclatura de clasificación, básicamente, consiste en que en el primer tipo el ordenamiento concede la facultad de disponer o renunciar al trabajador de un determinado derecho (beneficio), mientras que, en el segundo caso, no.

Añadimos el hecho de que nuestra Corte Suprema de la República, mediante la Casación Laboral n.º 10712-2014-Lima –véase el numeral 1.2.1 del presente trabajo de investigación–, ya se pronunció sobre los alcances del principio de irrenunciabilidad de derechos laborales. En dicha sentencia, se precisó que los beneficios de origen contractual sí son disponibles para los trabajadores. Por ende,

el trabajador puede autorizar descuentos de dichos beneficios de origen contractual para compensar alguna penalidad por incumplimiento de un PPL válido.

Sin embargo, con relación a los beneficios sociales de rango legal (salvo las gratificaciones legales) el trabajador no puede autorizar descuentos para compensar. Por ello, en nuestro medio nacional, existen autores que afirman que la posibilidad de cobrar la penalidad –directamente a través de la compensación– sólo se puede con los montos por concepto de gratificaciones legales que correspondan pagar a favor del empleador. Así, tenemos a Galiano Gallardo (2016), que dice lo siguiente:

La autorización para cobrar la pena de los conceptos a favor del trabajador es nula, excepto la gratificación por Fiestas Patrias y Navidad, por la aplicación de los principios in dubio pro operario y de la irrenunciabilidad de los derechos que otorga la Constitución y la ley. (pág. 214)

En conclusión, conforme a los principios laborales de rango constitucional antes mencionados, toda autorización del trabajador para descontar un monto por concepto de penalidad –por incumplimiento de un PPL válido– de los BB. SS. es nulo *ipso iure*, salvo en el caso de las gratificaciones legales.

Es importante realizar aquí un contraste con el derecho español. En dicho sistema no sucede lo mismo que en nuestra realidad nacional, pues el empleador sí puede compensar sus deudas por concepto de liquidación de BB. SS. con las acreencias por pago por penalidad por incumplimiento de un PPL válido. Así, el TSJ señala lo siguiente:

En ese contexto es perfectamente razonable y fundado que la empresa se negará a pagar al trabajador la liquidación de haberes pendientes a fecha de 25 de abril, como compensación de la deuda mucha mayor que considera que el trabajador mantiene a su vez con la misma, en aplicación de lo dispuesto en los arts. 1195 y siguientes del Código Civil, que permiten la compensación de deudas de dinero, líquidas, vencibles y exigibles, en la cantidad que sea concurrente y aunque no tengan conocimiento de ella

los acreedores y deudores, como dispone el art. 1.202 del Código Civil. (Don Alberto vs. TELCOM, S.A., 2009).

Lo interesante de este caso es que el TSJ señala que –para ejercer la retención de la suma a pagar por concepto de liquidación de BB. SS.– es suficiente que exista una razón jurídica posible y que sea alegable en un proceso laboral. Así, se resalta que:

Podrá discutirse la mayor o menor exigibilidad de la deuda de la empresa derivada del supuesto incumplimiento del pacto de permanencia, e incluso desestimarse la reclamación en tal sentido de la misma, pero es indiscutible que el trabajador había firmado aquel pacto, había realizado aquel curso de formación y no habían transcurrido los dos años de permanencia acordados, y esto es suficiente para considerar razonable la negativa de la empresa al pago de esa cantidad, que pasa a ser controvertida y más que discutible, desde el momento en el que el empresario tiene razones fundadas para considerar existente, líquida y exigible una deuda aún mayor del trabajador. (Don Alberto vs. TELCOM, S.A., 2009)

Por otro lado, cabe resaltar que el Tribunal Supremo español no sólo reconoce la posibilidad jurídica de compensación de créditos por incumplimiento del PPL (obligación de origen contractual), sino también por incumplimiento de obligaciones legales. Por ejemplo, en dicho país, existe una obligación de preaviso de extinguir la relación laboral unilateralmente dentro de un plazo legal (a diferencia del Perú) susceptible de una indemnización autónoma e independiente de otras a favor del empleador. Así, por ejemplo, en el siguiente caso a continuación, dicha obligación legal (de preaviso de renuncia al trabajo) se estipuló en una cláusula contractual, con lo que se admitió así dicha posibilidad de compensación:

Continúa razonando que el importe que ha de abonar el trabajador por no respetar el plazo de preaviso fijado en la cláusula quinta del contrato asciende a 4.375 euros que, compensado con los 3,402'88 euros a los que ascendía la liquidación del demandado arroja una diferencia de 972'72 euros. (Continental Rail S.A. vs. Don Amador, 2011)

Finalmente, debemos indicar que no sólo existen límites constitucionales, sino también legales. Así, nos remitimos al artículo 1290° del CC, numeral 4:

Artículo 1290.- Se prohíbe la compensación:

1.- En la restitución de bienes de los que el propietario haya sido despojado.

2.- En la restitución de bienes depositados o entregados en comodato.

3.- Del crédito inembargable.

4.- Entre particulares y el Estado, salvo en los casos permitidos por la ley.
(Énfasis agregado).

Como vemos, existe una imposibilidad legal expresa de compensar deudas cuando el titular de uno de los créditos es el Estado. ¿Aplicaría también al caso de un contrato de trabajo sujeto al régimen laboral de laE? Nótese que el artículo 1290 es una norma general. Asimismo, el CC menciona que la compensación entre particulares y el Estado es permitida si una ley así lo indica.

En consecuencia, resulta pertinente que verifiquemos si existe una norma especial que deba aplicarse por encima de esta norma general contenida en el CC, en virtud del 'principio de especialidad'. Dicho principio ha sido definido por el Tribunal Constitucional peruano en la sentencia expedida en el expediente n.º 018-2003-AI/TC de la siguiente manera:

Es decir, una ley especial –de por sí regla excepcional en el ordenamiento jurídico nacional– se ampara en las específicas características, propiedades, exigencias o calidades de determinados asuntos no generales en el seno de la sociedad. Las leyes especiales hacen referencia específica a lo particular, singular o privativo de una materia. Su denominación se ampara en lo sui géneris de su contenido y en su apartamiento de las reglas genéricas. En puridad, surgen por la necesidad de establecer regulaciones jurídicas esencialmente distintas a aquellas que contemplan las relaciones o situaciones indiferenciadas, comunes o genéricas. Consecuencia derivada de la regla anteriormente anotada es que la ley especial prima sobre la de carácter general. (Cinco mil setenta y siete ciudadanos contra el artículo 1 de la ley 27633, modificatoria de la ley 27143, 2004)

Ahora bien, las leyes especiales que regulan el régimen laboral para la actividad pública son las siguientes:

- decreto legislativo n.º 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público (promulgado el 6 de marzo 1984);
- reglamento de la Carrera Administrativa, aprobado mediante decreto supremo n.º 005-90-PCM (de fecha 15 de enero de 1990);
- decreto legislativo n.º 1057, Decreto Legislativo que regula el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicios (de fecha 27 de junio de 2008); y
- reglamento del decreto legislativo n.º 1057, aprobado mediante decreto supremo n.º 075-2008-PCM (de fecha 24 de noviembre de 2008).

Sin embargo, ninguna de las leyes precitadas regula directamente la posibilidad de que un trabajador pueda autorizar descuentos de sus beneficios sociales de rango legal para compensar con los montos por penalidad que deba a su empleador cuando sea el Estado. En consecuencia, debería aplicar la disposición general del 1290 del CC a dicho caso, por lo que concluimos que el trabajador sujeto a la actividad pública ni si quiera podrá autorizar descuentos de sus gratificaciones legales para pagos por penalidad.

Finalmente, debemos mencionar que el artículo 1290 es una norma que restringe derechos, por lo que pareciera que no debe aplicarse por analogía a situaciones jurídicas que no sean civiles, conforme el artículo IV del título preliminar del CC ('La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.'). No obstante, consideramos que el artículo IV no impide la prohibición contenida en el artículo 1290 a las relaciones laborales públicas.

En primer lugar, debemos tener claro qué es la analogía. En palabras de Paredes Mendoza (2015):

La analogía es un método de integración que se fundamenta en la determinación de la ratio legis de la norma, como criterio definatorio de la semejanza o no existente entre los rasgos esenciales de la descripción hecha en el supuesto y los que tiene el hecho

ocurrido en la realidad, al que se pretende atribuirle la consecuencia jurídica de la norma. (pág. 1)

No obstante, no debemos olvidar que la integración jurídica supone necesariamente un vacío normativo o una laguna del Derecho. En palabras de Paredes Mendoza (2015) la integración jurídica: «[...] a diferencia de la interpretación, se produce cuando no hay norma jurídica aplicable y se debe, o se considera que se debe, producir una respuesta jurídica al caso planteado, [...]» (pág. 3)

Por tal motivo, no estamos ante un supuesto de laguna del Derecho (inexistencia de disposición normativa). Por el contrario, tenemos una disposición normativa general ante la inexistencia de una especial para regular una situación jurídica en particular. Esa situación es la posibilidad o imposibilidad de compensar créditos entre el empleador y trabajador, a la cual resultaría aplicable el artículo 1290 del CC. Pues bien, consideramos que dicha duda se supera –en última instancia– con el principio constitucional *in dubio pro operario*. En consecuencia, debemos optar por el sentido de prohibir la compensación de créditos, pues es lo más favorable para el trabajador.

Por ello, concluimos que el Estado –cuando sea el empleador– no puede compensar una penalidad –por incumplimiento de un PPL válido– con ningún beneficio social de rango legal que le deba a su trabajador. Ni si quiera cuando exista autorización expresa y por escrito del trabajador respecto de las gratificaciones legales, pues esto sólo es posible en el régimen laboral para la actividad privada.

3.4.4.3 Derecho de retención de la CTS

En el TUO de la Ley de CTS se consagra un derecho de retención a favor del empleador en caso su trabajador le ocasione un daño por falta grave. En efecto, ello se encuentra recogido en el artículo 51 de dicho TUO, que regula lo siguiente:

Artículo 51.- Si el trabajador es despedido por comisión de falta grave que haya originado perjuicio económico al empleador, éste deberá notificar al depositario para que la compensación por tiempo de servicios y sus intereses quede retenida por el monto que corresponda en custodia por el depositario, a las resultas del juicio que promueva el empleador.

Cuando el empleador tenga la calidad de depositario, efectuará directamente la retención.

La acción legal de daños y perjuicios deberá interponerse dentro de los treinta días naturales de producido el cese ante el Juzgado de Trabajo respectivo, conforme a lo previsto en la Ley Procesal del Trabajo, debiendo acreditar el empleador ante el depositario el inicio de la citada acción judicial. Esta acción no perjudica a la acción penal que pudiera corresponder.

Vencido el plazo en mención sin presentarse la demanda, caducará el derecho del empleador y el trabajador podrá disponer de su compensación por tiempo de servicios e intereses. (Énfasis agregado)

La disposición normativa precitada se concuerda con el CC, en la medida que es la propia ley (artículo 51) que reconoce expresamente la existencia de un derecho de retención a favor del empleador-acreedor. Así, los artículos 1123 y 1131 señalan lo siguiente:

Artículo 1123.- **Por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder el bien de su deudor** si su crédito no está suficientemente garantizado. Este derecho **procede en los casos que establece la ley** o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene. (Énfasis agregado)

Artículo 1131.- Las reglas de este título **son aplicables a todos los casos en que la ley reconozca el derecho de retención, sin perjuicio de los preceptos especiales.** (Énfasis agregado)

Por tal motivo, Galiano Gallardo (2016) resalta que:

También existe la posibilidad de retener el importe de la compensación por tiempo de servicios hasta el resultado de un proceso judicial, pero solo en el caso de que el trabajador sea despedido por la comisión de falta grave que le hubiera originado perjuicio económico al empleador. (pág. 210)

En este punto, debemos resaltar que la literalidad de la norma menciona 'por comisión de falta grave **que haya originado** perjuicio económico al empleador'. Es decir, hablamos de un daño concreto causado por la falta grave. En consecuencia, el derecho de retención del empleador podrá –en nuestra opinión– ejercerse en cualquier de las faltas graves que enumera el artículo 25 del TUO de la LPCL, siempre que exista dicho daño económico.

No obstante, lo que nos interesa para el presente trabajo de investigación es si existe alguna falta grave que pueda generar un perjuicio económico al empleador que sea compatible con el PPL. En este punto, debemos incidir en el hecho de que dicha falta grave debe extinguir la relación laboral (el artículo 51 del TUO de la ley de CTS menciona 'si el trabajador es despedido'), conforme se muestra a continuación:



Ecuación 2: Primera sumatoria de elementos para derecho de retención

Elaboración: Fuente propia basada en el artículo 51 del TUO de la Ley de CTS

¿Podemos aplicar analógicamente el artículo 51 para el caso hipotético de una renuncia al empleo? Concluimos que ello no es posible en virtud del artículo IV del título preliminar del CC ('La ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía.'). No cabe duda de que el artículo 51 en mención contiene una norma de excepción.

No obstante, que no se pueda aplicar analógicamente el artículo 51 al supuesto de hecho que presente un perjuicio económico ocasionado por la renuncia al empleo, no significa necesariamente que el empleador no pueda ejercer dicho derecho de retención. Consideramos que dicho derecho si puede operar en virtud del artículo 1123 del CC precitado, de aplicación supletoria, cuyo texto señala lo siguiente:

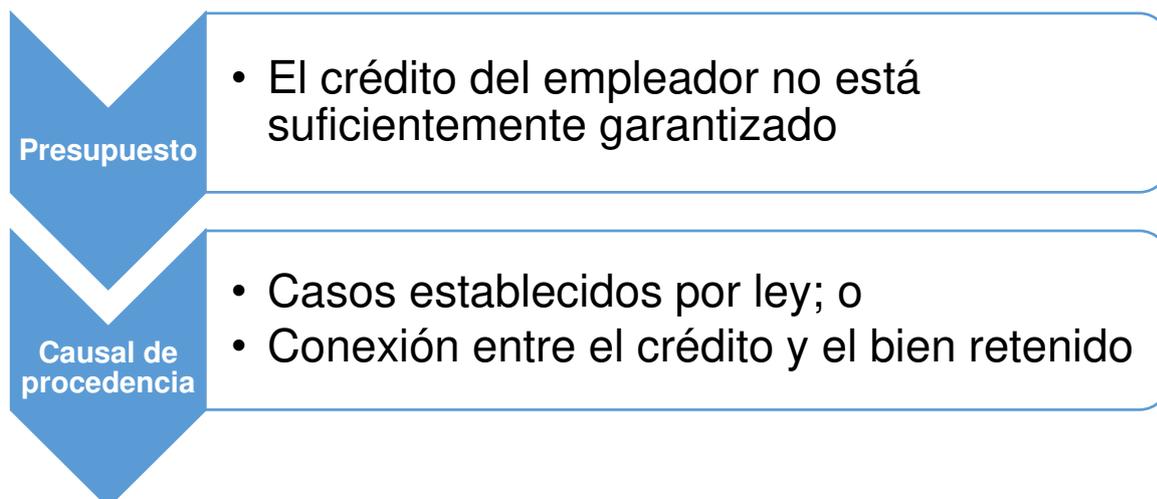


Tabla 26: Presupuesto y causales de procedencia para el derecho de retención

Fuente: Elaboración propia basada en el artículo 1123 del CC

Nótese que el derecho de retención tiene un sólo presupuesto y dos causales de procedencia. En consecuencia, si reemplazamos las variables ‘crédito del acreedor-empleador’ por penalidad y ‘bien retenido’ por dinero de la CTS, podemos desarrollar el siguiente razonamiento a continuación:

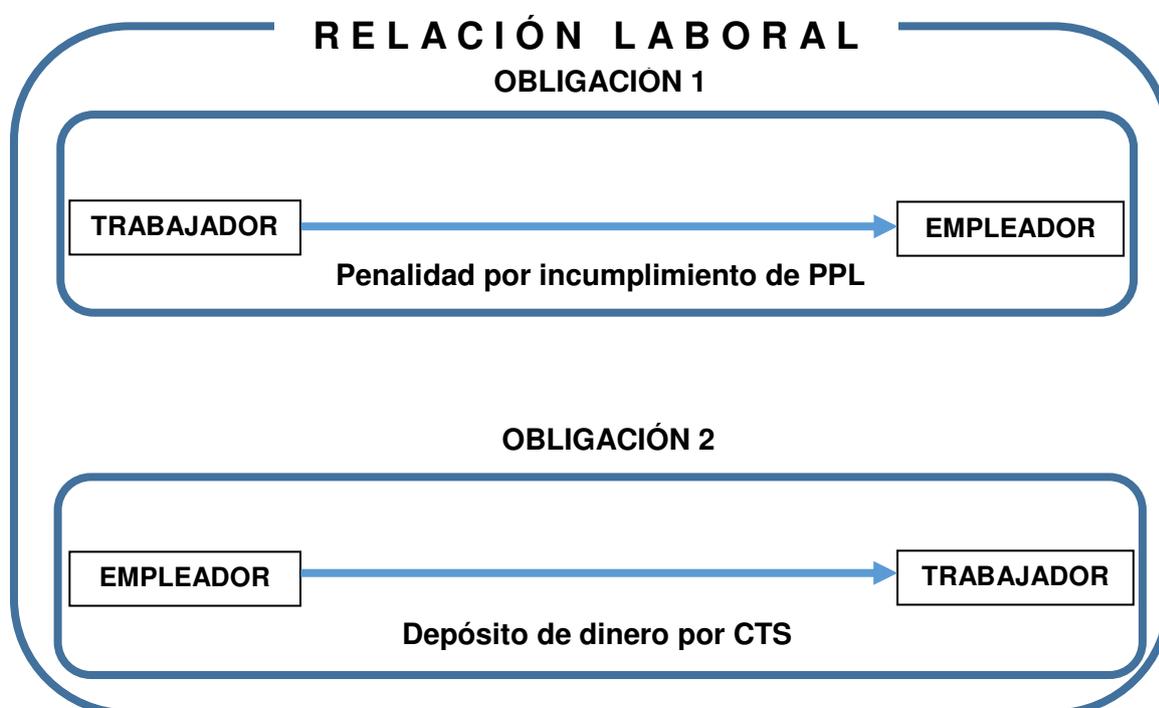


Tabla 27: Diagrama de relación laboral con dos obligaciones

Fuente: Elaboración propia

Así, podemos determinar que sí existe conexión entre el crédito del empleador-acreedor (penalidad por incumplimiento de un PPL) y el bien retenido (dinero por CTS). Esta conexión se puede generar cuando –al momento de la renuncia del trabajador– se crean dos obligaciones pecuniarias dentro de una misma relación laboral entre el empleador y trabajador. Estas partes contractuales tendrán la calidad de acreedor y deudor en las respectivas obligaciones a su cargo.

Así, concluimos que el empleador también podrá ejercer un derecho de retención del 50% de la CTS y sus intereses si el perjuicio económico es ocasionado por el incumplimiento de un PPL válido, por aplicación supletoria del 1123 del CC. Nótese que estamos ante una prestación de no hacer (no ejercer la facultad de renuncia al empleo), pero que no se respeta. Este pensamiento se grafica a continuación:



Ecuación 3: Segunda sumatoria de elementos para derecho de retención

Fuente: Elaboración propia

Pero ¿qué hay sobre la otra prestación de no hacer contenida en la obligación de permanencia laboral? Conforme se desarrolló en la tabla del 3.3.1.2, además de la prestación de no ejercer la facultad de renuncia o dimisión, también existe una prestación de no incurrir en una causa justa de despido. ¿Es posible que una falta grave (que ocasionó el despido) también incumpla un PPL válido y, como consecuencia, permita ejercer un derecho de retención en la CTS?

En primer lugar, veamos cuáles son las faltas graves que regular el artículo 25 de la LPCL a continuación:

Artículo 25.- Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves:

a) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad.

[...]

b) La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción, [...];

c) La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor;

d) El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador; la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa; la información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja; y la competencia desleal;

e) La concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y aunque no sea reiterada cuando por la naturaleza de la función o del trabajo revista excepcional gravedad. [...];

f) [...];

g) El daño intencional a los edificios, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación, materias primas y demás bienes de propiedad de la empresa o en posesión de esta;

h) El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por más de cinco días en un período de treinta días calendario o más de quince días en un período de ciento ochenta días calendario, hayan sido o no sancionadas disciplinariamente en cada caso, la impuntualidad reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se hayan aplicado sanciones disciplinarias previas de amonestaciones escritas y suspensiones.

i) El hostigamiento sexual cometido por los representantes del empleador o quien ejerza autoridad sobre el trabajador, así como el cometido por un trabajador cualquiera sea la ubicación de la víctima del hostigamiento en la estructura jerárquica del centro de trabajo.”

Como se vio anteriormente, el despido por falta grave más el perjuicio económico habilitan el derecho de retención del empleador. Adicionalmente, debemos resaltar que la comisión de falta grave no generará automáticamente la extinción de la relación laboral. Para resolver el contrato de trabajo, se necesita previamente del procedimiento interno de despido (carta de preaviso, plazo para descargos y carta de despido si no desvirtúan las imputaciones).

Salvo el literal f) que no se cita anteriormente, consideramos que las faltas graves pueden clasificarse en dos tipos, bajo el criterio del perjuicio económico al empleador. En el primer grupo tenemos a las faltas graves que necesariamente

ocasionarán un daño económico: los incisos c), d) y g). En el segundo grupo tenemos a las faltas graves que podría generar algún perjuicio económico, los demás incisos no mencionados en el grupo anterior.

En ese sentido, y en virtud artículo 51 del TUO de la ley de CTS, el empleador también podrá ejercer un derecho de retención del 50% de la CTS y sus intereses, si el perjuicio económico es ocasionado por un despido por falta grave que haya perjudicado económicamente al empleador. Así, tendrá la posibilidad de asegurar la reparación de dicho daño económico con la penalidad por incumplimiento de un PPL válido. Nótese que el incumplimiento de la obligación de permanencia laboral es imputable al trabajador por haber incurrido en una causa justa de despido.

No obstante, debemos resaltar que somos de una postura menos conservadora y consideramos que –incluso cuando no hay un perjuicio económico directo por la falta grave que motivó el despido– el empleador también tendría un derecho de retención sobre la CTS y sus intereses. El fundamento de la premisa anterior es que sí habría un daño económico indirecto o colateral.

La obligación de permanencia laboral creada por un PPL válido siempre tendrá una causa jurídica. Independientemente de cuál sea dicha causa –capacitación laboral o académica, inversión en la imagen del trabajador, etc.– no cabe duda de que el empleador desembolsa un dinero extraordinario en beneficio de su trabajador. Si el trabajador es despedido por causa justa –a pesar de haber suscrito un PPL válido– indiscutiblemente estaríamos frente a un incumplimiento de permanencia en el empleo imputable a dicho trabajador.

El artículo 51 del TUO de la ley de CTS menciona un ‘perjuicio económico’ al empleador ocasionado por una falta grave, pero no menciona si debe haber relación directa o indirecta entre ambos elementos. Por ende, concluimos que el propio incumplimiento de la obligación de permanencia laboral (ocasionado por haber incurrido en una causal de despido justo) genera dicho perjuicio, pues se habría ejecutado una prestación a favor del trabajador (ejemplo, inversión de dinero) a cambio de nada. Ya sea que se haya invertido en una capacitación laboral o

académica, en la imagen de un artista u otra causa jurídica razonable, el empleador ya no podría recuperar el monto invertido debido a la no permanencia ocasionada precisamente por la falta grave del trabajador.

Compartimos lo dicho por Galiano Gallardo (2016) cuando resalta el sustento y la necesidad del derecho de retención: «Este supuesto de retención se sustenta en el daño económico a la empresa, que es fuente de trabajo, por lo que existe la necesidad de brindar un mecanismo para resarcir el daño producido a fin de proteger a los trabajadores.» (pág. 210)

En ese sentido, concluimos que el empleador puede ejercer un derecho de retención de hasta el 50% de la CTS y sus intereses, ya sea que el trabajador provocó su despido por falta grave o por renunciar al empleo. Dicha retención será para demandar judicialmente la indemnización por daños y perjuicios o el pago de una penalidad, ambos casos por incumplimiento de un PPL válido. Lo que habilita la compensación es el hecho de que siempre habrá un perjuicio económico al empleador que invirtió en su trabajador para dicho PPL.

3.5 Aspectos controvertidos relacionados a la permanencia laboral

3.5.1 Complementos salariales

3.5.1.1 La permanencia como condición del negocio jurídico para percibir un bono por productividad ya devengado

Un caso usual que se presenta a nivel empresarial son los complementos salariales o denominados *bonus*, los cuales se devengan en un primer momento (nacimiento del derecho), y se percibe en un segundo momento (ejecución contractual). En este segundo momento se encuentra un amplio repertorio de casos, pues la entrega de muchos *bonus* se condiciona a la permanencia laboral del trabajador. La doctrina española ya ha dado cuenta de esta situación. Por ejemplo, Selma Penalva (2007) sostiene que:

El supuesto de hecho objeto de debate lo constituye la admisibilidad y eficacia de ciertos complementos retributivos de naturaleza variable, reconocidos en el convenio

colectivo de empresa y denominados bonus, que se cuantifican en virtud de la productividad individual del trabajador, pero que únicamente se devengarán cada cierto periodo de tiempo. Es decir, para que el trabajador tenga derecho a percibir los citados complementos salariales, se exige expresamente que concurren dos requisitos simultáneamente: la consecución de unos objetivos predeterminados por la empresa y la permanencia del trabajador durante el tiempo referenciado, de tal manera que la ausencia del cualquiera de estos requisitos, aunque concorra el otro, deja automáticamente sin efecto la concesión del bonus. (pág. 324)

Ahora bien, los 'complemento salariales' tienen una base legal en el derecho español. Se encuentran regulados en el artículo 26.3 del ET, cuyo texto señala que:

Artículo 26. Del salario.

1. (...)

2. (...)

3. Mediante la negociación colectiva o, en su defecto, el contrato individual, se determinará la estructura del salario, que deberá comprender el salario base, como retribución fijada por unidad de tiempo o de obra y, en su caso, complementos salariales fijados en función de circunstancias relativas a las condiciones personales del trabajador, al trabajo realizado o a la situación y resultados de la empresa, que se calcularán conforme a los criterios que a tal efecto se pacten. Igualmente se pactará el carácter consolidable o no de dichos complementos salariales, no teniendo el carácter de consolidables, salvo acuerdo en contrario, los que estén vinculados al puesto de trabajo o a la situación y resultados de la empresa.

Sobre la base de lo anterior, podemos realizar el siguiente gráfico:

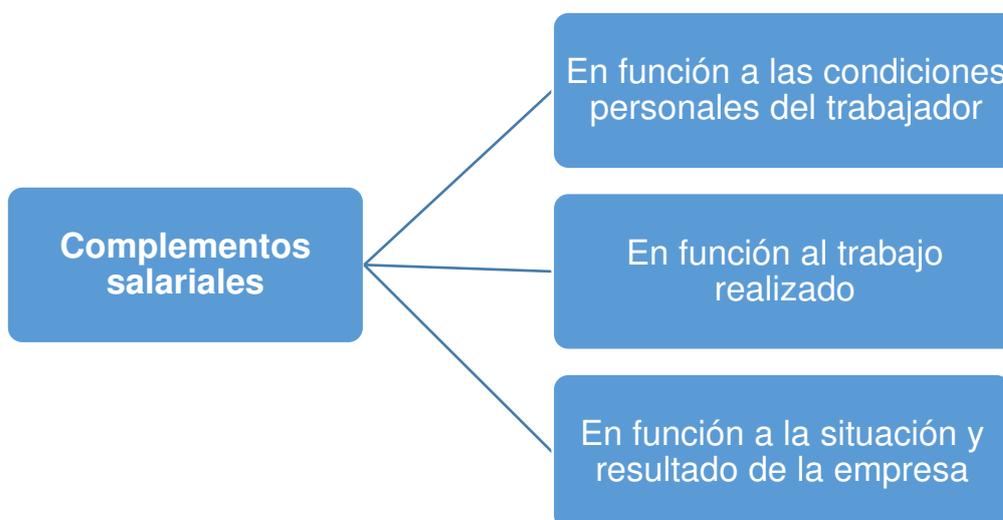


Ilustración 37: Complementos salariales, según el art. 26 del ET

Fuente: elaboración propia

Por tal motivo, Selma Penalva (2007) resalta que estos complementos salariales tienen una base legal que les permite ser creados y regulados de maneras diversas, según la autonomía privada de las partes contractuales:

El art. 26 ET permite incluir complementos retributivos en función de diversas circunstancias, y una de ellas, puede ser, como es obvio, la productividad individual del trabajador. La amplia redacción de sus términos posibilita introducir pluses salariales sometidos a complejos criterios de cuantificación, o incluso, a la concurrencia simultánea de varios presupuestos de distinta índole. Y esto es precisamente lo que se exige en el caso objeto de debate. (pág. 324)

Se pueden encontrar ejemplos en la jurisprudencia española de estas fórmulas de cálculo diversas. Por ejemplo, en el siguiente caso, el Tribunal Supremo da cuenta de que el otorgamiento de un *bonus* no sólo se condice a la productividad del trabajador (objetivos), sino también a la permanencia laboral:

Para el devengo de los objetivos se exige la permanencia en la plantilla de la empresa a 31 de diciembre de cada año. El actor además de su retribución fija tenía una retribución variable de Incentivos por el desarrollo de Objetivos Pactados (I.D.O.P.), los cuales se calculaban en virtud del cumplimiento de objetivos cada año y se percibían en las cinco anualidades siguientes a aquella en que se habían conseguido los objetivos a razón del 30% el primer y segundo año, el 20% el tercer año, el 10% el cuarto año y el 10% el quinto año. En todo caso para percibir las cantidades asignadas por objetivos era preciso permanecer en las plantillas de Aegon a 31 de Diciembre de cada año. (D. Leonardo vs. Aegon Seguros Vida Ahorro e Inversiones, S.A., 2006)

En el caso anterior, cabe destacar que, si bien el Tribunal Supremo no se pronunció concretamente sobre la validez o no de dicho pago de *bonus* sujeto a permanencia laboral, si se pronunció expresamente en cuanto al derecho a percibir dicho bono, pues se le otorga un carácter remunerativo de inevitable cumplimiento y exigencia (aun cuando nos encontremos frente a un pacto nulo):

A partir de esta consideración lo único que se aplazó -una vez liquidado y consolidado el derecho en el año 2000- fue su pago de una sola vez, pactando el empleador y

trabajador la forma y cuantía de pago fraccionado durante los años 2001, 2002, 2003, 2004 y 2005. Es cierto que se fraccionó el pago del salario-incentivo durante 5 años y que se vinculó su pago parcial a la circunstancia de permanencia en la empresa del trabajador en 31 de diciembre de cada año, pero dejando al margen la validez de este pacto –en cuanto no ha sido cuestionado– es de señalar que el salario devengado, en ningún caso, y ni siquiera en el supuesto de nulidad contractual, puede dejar de satisfacerse –según el artículo 9.2 del Estatuto de los Trabajadores–; parece claro que el deudor–empresario no puede exonerarse de su pago, cuando la no permanencia en la empresa se debió a un ilícito laboral del mismo, calificado de despido improcedente por sentencia firme. (D. Leonardo vs. Aegon Seguros Vida Ahorro e Inversiones, S.A., 2006)

Ahora bien, aun cuando el pago de dicho *bonus* fuera válido, el Tribunal Supremo español partió de los mismos hechos probados y sostiene que igual debe reconocerse el cumplimiento de un derecho devengado, pues la falta de permanencia no fue ocasionada por el trabajador, sino más bien por el propio empleador mediante un despido ilegal:

El mismo resultado se alcanzaría, caso de estimarse que la permanencia en la empresa constituye una condición para la adquisición del importe fraccionado de la obligación, pues el acto propio del obligado de despedir improcedentemente al trabajador-acreedor, impidiendo mediante este ilícito laboral su permanencia en la empresa en las fechas pactadas para recibir el pago fraccionado, equivale por disposición literal del artículo 1119 C.C. a que "se tenga por cumplida la obligación". (D. Leonardo vs. Aegon Seguros Vida Ahorro e Inversiones, S.A., 2006)

Como vemos, este caso en particular no nos permite determinar si el fraccionamiento de un pago variable (*bonus*) es válido o no, menos si la condición de pago se sujeta a la permanencia es válida o no. Sin embargo, se concluye que, si se le otorga naturaleza remunerativa (léase, "salario devengado"), será exigible la obligación de pagar dicho *bonus*, con mayor razón si lo que impide la permanencia del trabajador es ocasionada ilegalmente por el empleador, sí corresponderá se cumpla con el pago del *bonus*, por más que esté fraccionado.

Casos más complejos de nulidad de pactos de complementos salariales sujetos a la condición de permanencia laboral pueden advertirse cuando se separan los

momentos de devengado y percepción con relación a un *bonus*. Por ejemplo, en el siguiente caso a continuación se observa que se pactó el devengado de un bono (de *nomen iuris*, 'remuneración mercantil') para un determinado ejercicio anual (ejemplo 2004), pero su percepción ocurriría en el siguiente ejercicio (ejemplo, 2005):

La demanda rectora del procedimiento, interpuesta por una empresa dedicada al ramo de seguros frente a quien, desde el 1 de febrero de 2000 ocupó su Dirección Regional en Cataluña, le reclamaba la cantidad de 16.399,05 euros, "más los intereses legales devengados", al entender que ello debía ser la consecuencia del incumplimiento por el demandado de un pacto de permanencia que se decía aceptado por el propio trabajador, en virtud del cual, según consta en la versión judicial de lo sucedido ("Carta-Anexo Número 9 a su contrato": hecho probado 2º), el abono definitivo de determinadas cantidades en concepto de "remuneraciones mercantiles" para el Ejercicio de 2004, como estímulo por su gestión comercial, estaba condicionado a que permaneciera en la empresa durante la totalidad del ejercicio anual de 2005, por lo que, "si se produjera su baja en la misma, dichos pagos diferenciales le[s] serán descontados de la liquidación correspondiente a la extinción de la relación". (España, S.A. Compañía Nacional de Seguros vs. Don Jacinto, 2010)

Las instancias de mérito en dicho caso consideraron que dicho pacto de otorgar el *bonus* denominado 'remuneración mercantil' es nulo, en aplicación directa del artículo 29.2 del ET, conforme se observa a continuación:

Como igualmente vimos, la sentencia recurrida aplicó el art. 29.2 del ET, conforme al cual, el derecho al salario a comisión nace en el momento de realizarse y pagarse el negocio, la colocación o venta en que hubiera intervenido el trabajador, liquidándose y pagándose, salvo que se hubiese pactado otra cosa, al finalizar el año, y entiende que, una vez cumplidos todos los requisitos establecidos para su devengo en el ejercicio del año 2004 en la Carta-Anexo Número 9 del contrato (hecho probado 2º), la cláusula que, en esa misma Carta-Anexo, condicionaba la retribución correspondiente a dicha anualidad a la permanencia del trabajador en la empresa durante la totalidad del año siguiente (2005), era nula, por abusiva, y contraria al art. 3.5 del ET , sin que, por ello, pudiera condicionarse el abono del concepto cuestionado a la permanencia del trabajador "durante el ejercicio posterior aquél en que se genera el derecho a su percepción" [...]. (España, S.A. Compañía Nacional de Seguros vs. Don Jacinto, 2010)

Así, el Tribunal Supremo (2010) terminó la discusión al señalar que: «la "gratificación" litigiosa estaba condicionada a la permanencia en la empresa durante la totalidad del año natural en que se devengaba dicha "gratificación", y, precisamente por ello, se desestimó la demanda de quién, sin cumplir tal condición, pretendía su cobro.» (España, S.A. Compañía Nacional de Seguros vs. Don Jacinto, pág. 4)

En dicho sentido, se concluye que no es válido ni razonable condicionar la percepción de una bonificación, *bonus*, gratificación extraordinaria o cualquier fuese su denominación a la permanencia laboral del trabajador, cuando dicho beneficio ya ha sido devengado sobre la base del cumplimiento de metas u objetivos determinados durante un ejercicio anual específico.

Otra situación particular de nulidad ocurrió en un caso donde se condicionó el otorgamiento de una gratificación al hecho de que un trabajador permanezca en el mismo puesto de trabajo sin solicitar en traslados internos o participar en convocatorias internas:

3. De cualquier forma, el compromiso de que el trabajador permanezca un tiempo en el puesto de trabajo, Centro Nacional de Gestión de Tráfico, sin que durante tres años pueda solicitar traslado ni participar en convocatorias, so pena de la pérdida de gratificación y el abono de una indemnización por los daños y perjuicios causados –los costosos cursos de adiestramiento, según dice la empresa al impugnar el recurso– no es una sanción nacida de una falta o incumplimiento laboral, por lo que carece de fundamento la alegación del recurrente de la existencia de una falta sin su previa habilitación y tipificación legal; como lo carece también la mención de una devolución de salarios que contraría el mandato de irrenunciabilidad de derechos (artículo 3.5 del Estatuto). No es tampoco un compromiso o pacto de permanencia en la empresa, reconocido en el artículo 21.4 de mayor entidad que el ahora debatido y que supone la renuncia del trabajador a su derecho a dimitir (artículo 49.4 del Estatuto); sino que la obligación de permanencia asumida aquí por el trabajador se refiere a un puesto de trabajo que él ha obtenido tras participar en un concurso especial de traslados. (Federación Estatal de Transportes y Telecomunicaciones de la Unión General de Trabajadores vs. Telefónica de España, S.A., 1995)

Ahora bien, vayamos al otro extremo: los pactos que otorgan complementos salariales que sí fueran válidos ¿Son totalmente exigibles tales *bonus* aun cuando no se cumpla la permanencia laboral pactada? Para responder a esta interrogante, nos remitimos a Selma Penalva (2007) destaca que el Tribunal Supremo español:

[...] ha introducido una gran aportación interpretativa sobre el tema de la exigibilidad de complementos retributivos de cálculo complejo. Estimando el recurso de casación planteado, opta también por reconocer el derecho del trabajador a cobrar la parte proporcional del complemento que le hubiese correspondido en virtud de los objetivos alcanzados, aunque no hubiese llegado el momento temporal señalado para su devengo, y lo hace incluso aunque no se haya producido un despido, sino ante un desistimiento del trabajador. (pág. 326)

Pero, ¿cómo se arriba a dicha solución? A través de la aplicación extensiva del artículo 21.4 del ET. En efecto, el Tribunal Supremo español entendió que un pacto que otorga complementos salariales sujeto a permanencia laboral constituiría un PPL atípico, pero que debe ser interpretado como el que está regulado en el ET. Por tal motivo, Selma Penalva (2007) destaca que:

[...] el alto tribunal no se limita a aplicar las normas civiles acerca de la libertad de pacto, sino que intenta reforzar las garantías del trabajador dependiente interpretando extensivamente las restricciones que al respecto formula el art. 1255 del Código Civil: «los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público». Y para alcanzar este objetivo, califica determinados *bonus* como modalidades atípicas del pacto de permanencia. En virtud de esta peculiar interpretación se consigue que se reconozca el derecho de la trabajadora a cobrar la parte proporcional del plus que le correspondía por los objetivos alcanzados. (pág. 327)

¿Y tiene fundamento jurídico tal aplicación extensiva del PPL regulado en el artículo 21.4 del ET? Bajo la interpretación finalista que realiza el Tribunal Supremos, sí. Por tal motivo, Selma Penalva (2007) resalta que:

Será la finalidad de conseguir la continuidad del trabajador en la empresa que subyace en este tipo de *bonus*, la que obliga a valorar el pacto en el que se regula la adjudicación de este tipo de complemento retributivo, a la luz de las mismas exigencias de validez que el art. 21.4 ET contempla para los «pactos de permanencia». Jamás se ha negado que ciertos complementos retributivos intentaban fomentar la permanencia del trabajador en la empresa. En la práctica, los incentivos retributivos constituyen una de las medidas más eficaces de fidelizar al trabajador con su empresa. En cambio, esta causa última hasta ahora nunca se había considerado suficiente como para calificar a estos *bonus* como modalidades atípicas del pacto de permanencia en la empresa. (págs. 327-328)

En efecto, el Tribunal Supremo español ya se ha pronunciado sobre el hecho de que existen ciertos pactos que otorgan beneficios (como los ‘complementos salariales’) sujetos a la permanencia laboral. Para tal órgano, la causa del pacto determinará si se persigue la permanencia laboral o no y, en consecuencia, si corresponde la aplicación del artículo 21.4 del ET. Por tal motivo, Selma Penalva (2007) destaca que:

[...] el TS parte de una interpretación finalista del pacto de permanencia, y en virtud de ella, realiza su comparación con otro tipo de pactos convencionales y contractuales que persiguen la misma finalidad. Será el *bonus* una de las posibles modalidades que puede adoptar el pacto de permanencia, y por lo tanto, a juicio del tribunal, debe estar sometido a las mismas limitaciones y condicionamientos de validez que el ET impone en su art. 21.4. (pág. 328)

Por tal motivo, podemos concluir que –en principio– los pactos que otorgan *bonus* o complementos salariales que tengan como causa la permanencia laboral, deberían ser calificados como PPL.

Por último, debemos finalizar con la idea de los *bonus* o complementos salariales que se otorgan en razón de la productividad del trabajador. En el Perú, tales *bonus* no son ajenos a nuestra realidad, pues varias empresas suelen implementarlo en sus esquemas remunerativos para sus trabajadores claves. Así, normalmente se les denomina ‘**bono por desempeño**’ que –en palabras de Vanesa Palomino Merzthal,

directora de negocios de Cornerstone Executive Search, citada y parafraseada por Diario Gestión (2015) – consiste en lo siguiente:

Como su nombre lo anuncia, se otorga a los ejecutivos que hayan sobresalido por los resultados conseguidos en el cumplimiento de sus funciones y, en consecuencia, hayan generado sendos beneficios a la compañía. Se otorgan al final del año y oscilan entre el 15% y 100% del sueldo bruto anual. "El porcentaje dependerá del tamaño de la organización y de lo que facture", aclara Palomino. (pág. 2)

Otro ejemplo de *bonus* ligados a la productividad del trabajador que pueden ser concedidos por el empleador son los denominados '**bonos extraordinarios**', los cuales se otorgan –según Vanesa Palomino Merzthal, directora de negocios de Cornerstone Executive Search, citada y parafraseada por Diario Gestión (2015)– cuando:

[...] el talento alcanza un objetivo extremadamente retador que signifique una enorme contribución para el negocio. Usualmente, se otorga cuando el ejecutivo culmina un proyecto de gran envergadura, cuando un abogado gana un juicio clave para su estudio, o cuando el talento concreta una alianza estratégica", dice la experta. (pág. 3)

3.5.1.2 La naturaleza jurídica de la retención o fidelización del trabajador en los otros *bonus* no sujetos a productividad

En el capítulo enumerado 3.3.1.4 del presente trabajo se desarrolló cuál es la causa económica detrás de todo PPL, la cual no sólo es la de asegurar la inversión del empleador que asume el costo de 'especialización profesional' de su trabajador, sino también la de retención del talento humano.

Ejemplos de otros bonos que tienen como causa económica obtener dicha retención de talento humano de manera directa lo encontramos en el denominado '**bono de retención**'. Así, en palabras de Vanesa Palomino Merzthal, directora de negocios de Cornerstone Executive Search –según informa Diario Gestión (2015)– dicho bono está entendido como:

Son muestra de la escasez de talento que impera en el mercado, sobre todo, en el sector minero, petrolero y energético. El bono busca asegurar un periodo de permanencia del ejecutivo (generalmente de tres años) porque su aporte es vital para un proyecto, al punto que una eventual desvinculación podría generar retrasos o algún otro tipo de perjuicio respecto a la operación. Este beneficio adicional también se otorga a posiciones críticas de la organización. "Si el ejecutivo o especialista talentoso recibe una propuesta salarial de otra compañía, lo pensará dos veces porque podría perder el bono". (pág. 3)

Por otro lado, resaltamos la existencia de los beneficios denominados en el sector ejecutivo como *take-home vehicle* o *company car* que consisten básicamente en la entrega de auto por parte del empleador (ya sea lo adquirió o arrendó previamente) a favor del trabajador a fin de que dicho bien muebles sea entregado a título de posesión no sólo para los fines de trabajo (con lo cual, si sólo fuera para tal propósito, constituiría una 'condición de trabajo'), sino también para su uso personal.

Para un mejor desarrollo del contenido de este beneficio y los motivos que explican por qué se incluyen los beneficios denominados *take-home vehicle* o *company car* en los pactos de altos ejecutivos, nos remitimos a un *working paper* auspiciado y difundido por la Unión Europea a propósito de los efectos de esta práctica difundida. Así, NÆss-Schmidt & Winiarczyk (2010) sostienen que:

In practice there are three main reasons which explain why the provision of a company car for private use as a fringe benefit is attractive for both the employee and the employer. The first reason is that companies can supply the fringe benefit at lower costs than the employee is able to achieve – and consequently pass it on to the employee. Secondly, the tax system itself can encourage in-kind fringe benefits over monetary remuneration. Thirdly, firms may want the employee to drive in a car of certain minimum standard. (pág. 11)

La traducción del párrafo anterior para fines de la presente tesis es hecha por su autor y sería la siguiente:

“En la práctica, hay tres razones principales que explican por qué el suministro de un automóvil de la empresa para uso privado como beneficio complementario es atractiva tanto para el trabajador como para el empleador. La primera razón es que las empresas pueden proporcionar el beneficio complementario a costos más bajos que

los que el trabajador puede lograr y, por consiguiente, transmitirlo al trabajador. En segundo lugar, el propio sistema tributario puede fomentar beneficios complementarios en especie sobre la remuneración monetaria. En tercer lugar, las empresas pueden querer que el trabajador maneje un automóvil de cierto nivel mínimo.”

Para mejor sistematización de los *bonus* que puede percibir un trabajador por parte de su empleador y que estén ligados (directa o indirectamente) a la permanencia laboral, nos remitimos al siguiente cuadro a continuación:

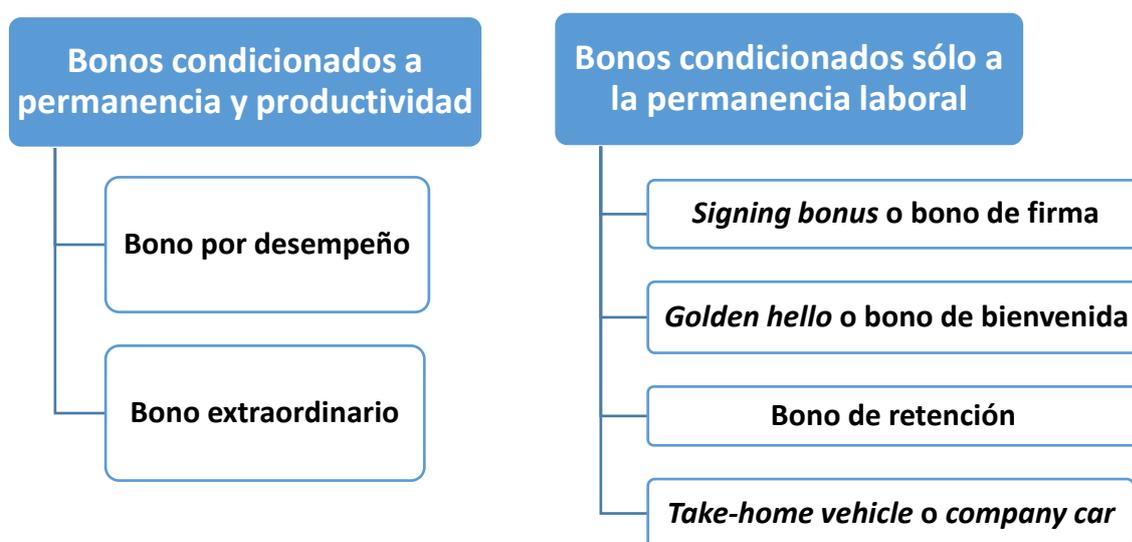


Tabla 28: Esquema de bonos con/sin condición de productividad laboral

Fuente: Elaboración propia

Nótese que los *bonus* no crean por sí mismos una obligación de permanencia laboral sujeta a indemnización o penalidad en caso de incumplimiento. Sin embargo, tales *bonus* son sólo algunas de las diversas formas que se han creado en el sector privado para obtener un único resultado: retener el talento humano. Un ejemplo de lo dicho lo tenemos en las conclusiones de la tesis de Alvarado Prentice (2017), quien nos indica que los *stock options* también persiguen dicha finalidad:

En función a lo desarrollado a lo largo de este trabajo de investigación, podemos concluir que los programas de incentivos en acciones nacen en el ejercicio del poder de dirección del empleador, con la finalidad de incrementar la productividad de la empresa, a través de la retención de personal calificado. La idea detrás de la entrega de acciones de la empresa, o su equivalente en dinero, es justamente motivar que los

trabajadores elegidos permanezcan por un periodo determinado en la empresa, durante el cual tengan un buen rendimiento y en consecuencia, ello se vea reflejado en el crecimiento de la compañía. (pág. 167)

Así, y si tenemos en cuenta la existencia de los *bonus* antes mencionados, cabe preguntarse entonces cuál es su naturaleza jurídica (más allá del PPL regulado en el derecho español) cuando se ofrece un beneficio diferido en el tiempo y sujeto a la permanencia laboral del trabajador.

Por un lado, si entendemos que en los *bonus* mencionados anteriormente subsiste tácitamente una obligación de permanencia laboral, entonces la pérdida de dicho beneficio diferido en el tiempo sería consecuencia de la aplicación de una penalidad ('no recibir la integridad de dicha prestación') por incumplir dicha obligación.

Por otro lado, si partimos desde un enfoque de la doctrina del negocio jurídico de estos *bonus*, la pérdida del beneficio no sería consecuencia de un incumplimiento propiamente dicho. Como vimos en la tabla 5 del presente trabajo de investigación, la obligación de permanencia laboral contiene prestaciones de no hacer, los *bonus* serían actos de la autonomía privada cuya eficacia (para otorgar el beneficio) que:

- Estarían sujetos a **condición negativa resolutoria** (permanencia laboral), si es que se ha ejecutado parcialmente la prestación (por ejemplo, la entrega de una suma de dinero como primera armada), conforme al siguiente cuadro:

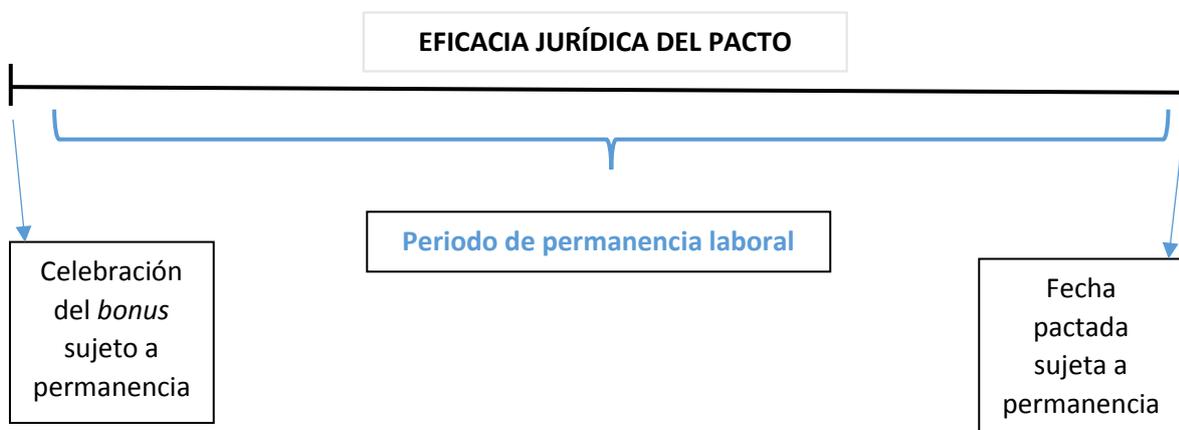


Tabla 29: Eficacia si se ejecuta parte de la prestación (entrega de bonus)

Fuente: Elaboración propia

De conformidad con el artículo 175 del CC (“Si la condición es que no se realice cierto acontecimiento dentro de un plazo, se entenderá cumplida desde que vence el plazo, o desde que llega a ser cierto que el acontecimiento no puede realizarse.”), los efectos jurídicos del pacto podrían resolverse si se realiza el acontecimiento previsto por las partes antes de la fecha prevista (extinción de la relación laboral *ad nutum* o por incurrir en una causa justa de despido).

- Estarían sujetos a **condición positiva suspensiva**, conforme al artículo 175 del CC, si es que no se ha ejecutado parcialmente la prestación (por ejemplo, la entrega de una suma de dinero como primera armada), conforme al siguiente cuadro:

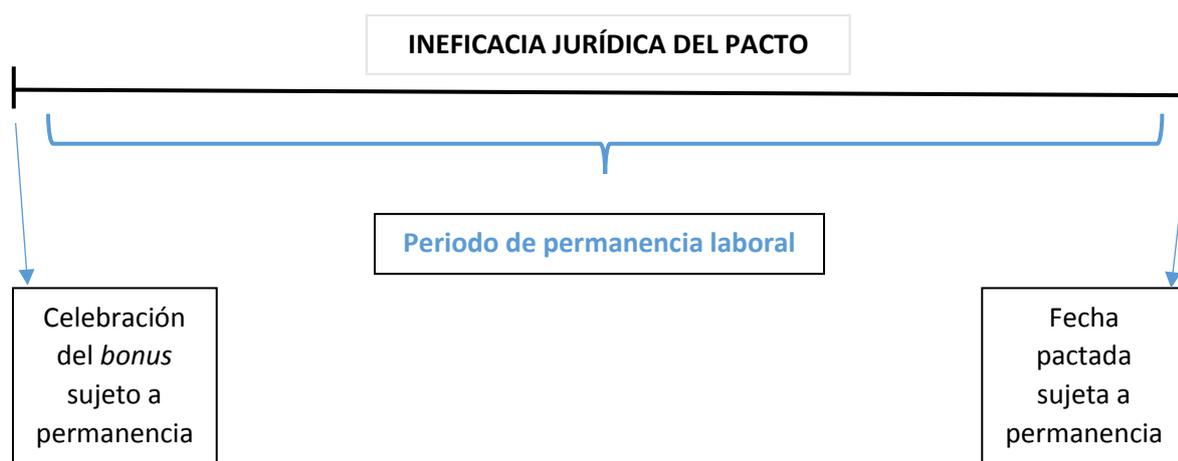


Tabla 30: Eficacia si no se ejecuta la prestación (entrega de bonus)

Fuente: Elaboración propia

En aplicación *contrarium sensu* del artículo 175 del CC (“Si la condición es que no se realice cierto acontecimiento dentro de un plazo, se entenderá cumplida desde que vence el plazo, o desde que llega a ser cierto que el acontecimiento no puede realizarse.”), es decir, que se realice dicho acontecimiento; los efectos jurídicos del pacto recién se desplegarían sólo si se realiza el acontecimiento previsto por las partes (permanencia laboral en sentido propio).

Concluimos que este último enfoque sobre la eficacia del *bonus* ('condición resolutoria negativa' y 'condición suspensiva positiva'), en concordancia con el CC, es el más adecuado e idóneo para entender y conceptualizar mejor la naturaleza jurídica de los diferentes mecanismos de retención de talento humano contenido en pactos innominados y atípicos al contrato de trabajo en el Perú.

3.5.2 Los *bonus* devengados por antigüedad ¿liberalidad por haber sido fiel a la empresa o condición de negocio jurídico para fidelizar?

¿Cómo saber si un *bonus* se entrega como liberalidad o como incentivo para la permanencia laboral? En este punto, consideramos oportuno remitirnos a Selma Penalva (2007), quien resalta que tal *bonus* deberá entregarse como un 'premio' que no limite su facultad de dimisión o renuncia al empleo:

A pesar de mantener muchos puntos de identidad con el tipo de *bonus* que se ha considerado una modalidad atípica del pacto de permanencia, jueces y tribunales no discuten por el momento su admisibilidad. Y es que se puede fidelizar al trabajador únicamente recompensando su implicación personal con la empresa (y con ello, su falta de absentismo), sin que con ello se esté limitando de ninguna manera su libre desistimiento. (pág. 331)

En tal sentido, estos *bonus* se otorgan al trabajador a título de liberalidad. Para que proceda el otorgamiento, no es necesario que preceda un PPL. Simplemente, se requiere o bien la voluntad del empleador o la existencia de una política laboral preestablecida destinada a premiar el récord laboral ya permanecido en la empresa. Estas políticas son mencionadas por Pizarro Díaz (2012) cuando menciona lo siguiente:

En este escenario, al margen de la lógica implementación de políticas de recursos humanos destinadas a la fidelización del personal, no debe perderse de vista la posibilidad de suscribir con el trabajador que se beneficiará con la capacitación un acuerdo que conceda al empleador algunas garantías respecto de su inversión. Este acuerdo es comúnmente denominado pacto de permanencia. (pág. 1)

Nótese que la autora en mención diferencia las políticas de recursos humanos de un PPL propiamente dicho. De tal manera, se puede concluir que se tratan de mecanismos que tienen cierta relación con la permanencia laboral. El PPL busca la permanencia laboral hacia futuro. Los *bonus* que se otorgan dentro del marco de estas políticas de recursos humanos constituyen liberalidades que premian el tiempo ya permanecido.

3.5.3 Caso especial: el *signing bonus* o bono de firma

3.5.3.1 Una aproximación a los antecedentes y su concepto

En el año 1936, se presenta uno de los primeros antecedentes del *signing bonus* en el deporte denominado béisbol (*baseball*), cuando a un jugador de la *Major League Baseball*, Bob Feller, se le entrega un bono de firma equivalente a \$ 1.00 (uno con 00/100 dólar americano) para jugar profesionalmente por el *Cleveland Indians*. Con ello, se inició una de las prácticas más utilizadas en el mundo deportivo en la actualidad, registrándose en este deporte bonos de hasta \$1'300,000.00 (un millón trescientos mil con 00/100 dólares americanos) otorgado a Kolten Wong en el año 2011 para jugar por *St. Louis Cardinals*. (Baseball Almanac, 2012) Pero ¿en qué consiste este denominado *signing bonus*? Para tal efecto, nos remitimos a la siguiente definición otorgada por la enciclopedia oficial del béisbol:

A baseball signing bonus or sign-on bonus is a sum of money paid to a new player by a Major League Baseball team as an incentive to join that franchise. Once drafted, players are offered signing bonuses as inducements to sign with the major league franchise and begin their professional careers. These bonuses are often determined by the slot of first round picks or the round of later picks.

Signing bonuses for first round picks typically run in the millions, but may drop off quickly after that to just a few thousand dollars for players in the bottom round. Once signed players are paid the standard minor league salary which is considerably less than the major league minimum salary. Players who play only baseball, have completed their senior year of college or may not qualify to play college baseball academically typically have little leverage and may be offered a signing bonus less than that of a high school senior or a player with scholarships to player other sports.

(pág. 1)

La traducción del texto anterior es la siguiente:

“Un bono de firma de béisbol o un bono de inicio de sesión es una suma de dinero pagada a un nuevo jugador por un equipo de ‘Grandes Ligas de Béisbol’ como incentivo para unirse a esa franquicia. Una vez redactados, se ofrece a los jugadores bonificaciones de firma como incentivos para firmar con la franquicia de ‘Grandes Ligas’ y comenzar sus carreras profesionales. Estas bonificaciones a menudo están determinadas por la posición de las selecciones de primera ronda o la ronda de selecciones posteriores.

Los bonos por firma para las selecciones de la primera ronda generalmente se ejecutan en millones, pero luego pueden caer rápidamente a unos pocos miles de dólares para los jugadores en la ronda inferior. Una vez que los jugadores fichados reciben un salario, el salario estándar de las ligas menores es considerablemente menor que el salario mínimo de las ligas mayores. Los jugadores que juegan solo al béisbol han completado su último año de universidad o pueden no calificar para jugar al béisbol universitario académicamente por lo general tienen poca influencia y se les puede ofrecer un bono por firma menos que el de un estudiante de secundaria o un jugador con becas para otros deportes.”

Así, tenemos que esta práctica se ha desarrollado hasta la actualidad y expandido en diferentes industrias dentro de los EE. UU., en incluso Perú en los últimos años. Así, Rojas Andía (2015) afirma que: «Son innumerables las empresas estadounidenses dispuestas a invertir millonarias cantidades para 'fichar' a los mejores directivos. Pero tampoco son las únicas. Grandes compañías nacionales ejecutan un novedoso mecanismo que involucra, sobre todo, a ejecutivos top.» (pág. 2)

Precisiones interesantes sobre la práctica nacional con relación al *signing bonus* nos alcanza Rojas Andía (2015) al señalar que: «Las empresas del sector minero son las que más efectúan este tipo de prácticas. Las que pertenecen al rubro de banca y finanzas apuestan, en mayor medida, por el "golden hello". Contrariamente, a las compañías de consumo masivo.» (pág. 4)

Así, para conceptualizar mejor qué es un *signing bonus*, nos remitimos al concepto que nos alcanza Vanesa Palomino Merzthal, directora de negocios de Cornerstone Executive Search –citado por Diario Gestión (2015)– a continuación:

Consiste en un pago que se le hace al talento solo para que firme contrato, sin siquiera haber pisado la empresa. Eso permite a una compañía atraer a un ejecutivo que pudiera estar perdiendo un beneficio por desvincularse de su posición anterior. "La empresa interesada en captar a esa persona busca, a través del 'signing bonus', compensar lo que estaría perdiendo por dejar su trabajo". (págs. 2-3)

Por su parte, en palabras de Rojas Andía, podemos entender al *signing bonus*: «[...] o "golden hello" (algo así como "paga de bienvenida"), consiste en un pago que se le hace al talento solo para que firme contrato, sin siquiera haber pisado la empresa.» (pág. 2)

3.5.3.2 El *signing bonus* como mecanismo de reducción de costos en la contratación laboral

En primer lugar, debemos partir de lo expuesto por Borasino (2012), quien resalta que: «El *signing bonus* o bono sólo por firmar (aceptar) una propuesta de trabajo no está muy difundida en el Perú. No obstante, sí ofrece varias ventajas para la empresa contratante que facilitan la negociación con altos ejecutivos.» (pág. 1)

Sobre este asunto, consideramos pertinente graficar 'el dilema de los tres ángulos' (como le denomina Borasino) cuando se pretende la contratación de un trabajador clave para la compañía y cuya oferta a remitirle debe ser considerada en función a los demás potenciales riesgos laborales:



Candidato elegido 'ZZ'	<ul style="list-style-type: none"> • Empleo actual + bono de retención + auto = 'X' (anual) • Propuesta: 'X' + 5% 'X' (anual)
Gerente RR. HH. de la compañía	<ul style="list-style-type: none"> • Costo de búsqueda (2 meses) • Sueldo ofrecido superior a los de la misma categoría • Riesgo de desmotivación interna o pedido por aumentos
Gerente General de la compañía	<ul style="list-style-type: none"> • Objetivo: crecimiento anual de ventas • Preocupación válida de RR. HH.

Tabla 31: Esquema de los argumentos de las personas en el ejemplo de Borasino

Fuente: Elaboración propia basada en el trabajo de Borasino (2012)

Como vemos, Borasino (2012) señala bien que la contratación laboral de un trabajador clave para el giro del negocio de la empresa no debe obviar las posibles contingencias: desmotivación de los trabajadores actuales, posibles solicitudes de aumentos de demanda e incluso demandas por homologación de remuneraciones debido a que el que se pretende contratar tendría la misma categoría que otros en la compañía.

Entonces, ¿cómo ofrecer una propuesta económica que supere los ingresos económicos anuales que el candidato elegido ya tiene (remuneración anual, auto y bono de retención) sin que ello implique el pago de una remuneración excesivamente por encima de los trabajadores de su mismo nivel o categoría? A través de los *bonus*. Así, Rojas Andía (2014) nos comenta la siguiente fórmula practicada a nivel empresarial que se presenta actualmente en el Perú:

En lugar de colocar la remuneración del ejecutivo 50% por encima del nivel salarial de otros profesionales de casi la misma categoría, muchas empresas prefieren otorgar solo un aumento de 20% y ofrecerle un 'signing bonus', que no forma parte de la remuneración. (págs. 2-3)

En efecto, la solución consiste en entregarle un *signing bonus* al trabajador que signifique un incremento patrimonial real para él (como el auto, el bono de retención, una capacitación laboral o una especialización profesional), sin que ello desvirtúe el esquema remunerativo de la empresa ni genere contingencias paralelas con los demás trabajadores de categoría o nivel similar. Así, Borasino (2012) resalta que:

La principal ventaja del *signing bonus* es que permite incorporar a un ejecutivo sin distorsionar las bandas salariales de la empresa. En el caso anterior, cuantificar el *company car* [auto] más los bonos de retención y pagarlos como *signing bonus* permite armonizar los tres ángulos. De esta manera, la oferta de remuneración a ZZ queda exactamente igual dándole un delta de +20% vs. su trabajo actual. Entregándose un cheque a ZZ que permite que adquiera un carro y cobre los bonos que su empleador actual pagaría sólo si permanece en la empresa. Así, las bandas salariales no se alteran y todos consiguen lo que buscan. (pág. 2)

Por último, es importante señalar que la entrega del *signing bonus* no necesariamente debe ser inmediata, pues puede aplazarse con la finalidad de asegurar la inversión del empleador, así como la retención del talento. Para tal efecto, Borasino (2012) recomienda que el otorgamiento de dicho beneficio esté condicionado a la permanencia laboral del trabajador beneficiado (lo cual es viable en el Perú), conforme se lee a continuación:

La objeción típica del gerente financiero de la empresa contratante contra ofrecer un *signing bonus* va vinculada al riesgo de la contratación. *¿Qué pasa si lo despedimos o si él renuncia y se va? ¿Perdemos el signing bonus?* Para manejar esta objeción, aconsejamos consultar a un asesor legal que le permita generar un contrato que condicione la entrega de este bono a ciertos requisitos, por ejemplo: de permanencia. Noten que no hay razón por la cual un *signing bonus* no pueda ser pagado al cumplirse un año tras el ingreso del candidato. (pág. 2)

En ese sentido, concluimos que el *signing bonus* no sólo constituye un mecanismo eficiente para retener el talento humano tan escaso en el Perú, sino que permite la contratación laboral de manera eficiente (sin sobrecostos laborales).

3.5.3.3 Caso emblemático (Barcelona FC vs. Neymar Jr.)

Quizá el caso más emblemático en los últimos años con relación a la permanencia laboral como condición de pago para un *signing bonus* es el del Barcelona Fútbol Club (en adelante, 'Barcelona F.C.') contra el futbolista profesional brasileño, Neymar da Silva Santos Júnior (en adelante, 'Neymar Jr.'). Dicha empleador informó sobre las acciones judiciales interpuestas en contra de dicho futbolista, mediante sus redes sociales oficiales –vía Twitter– el 22 de agosto de 2017 lo siguiente:

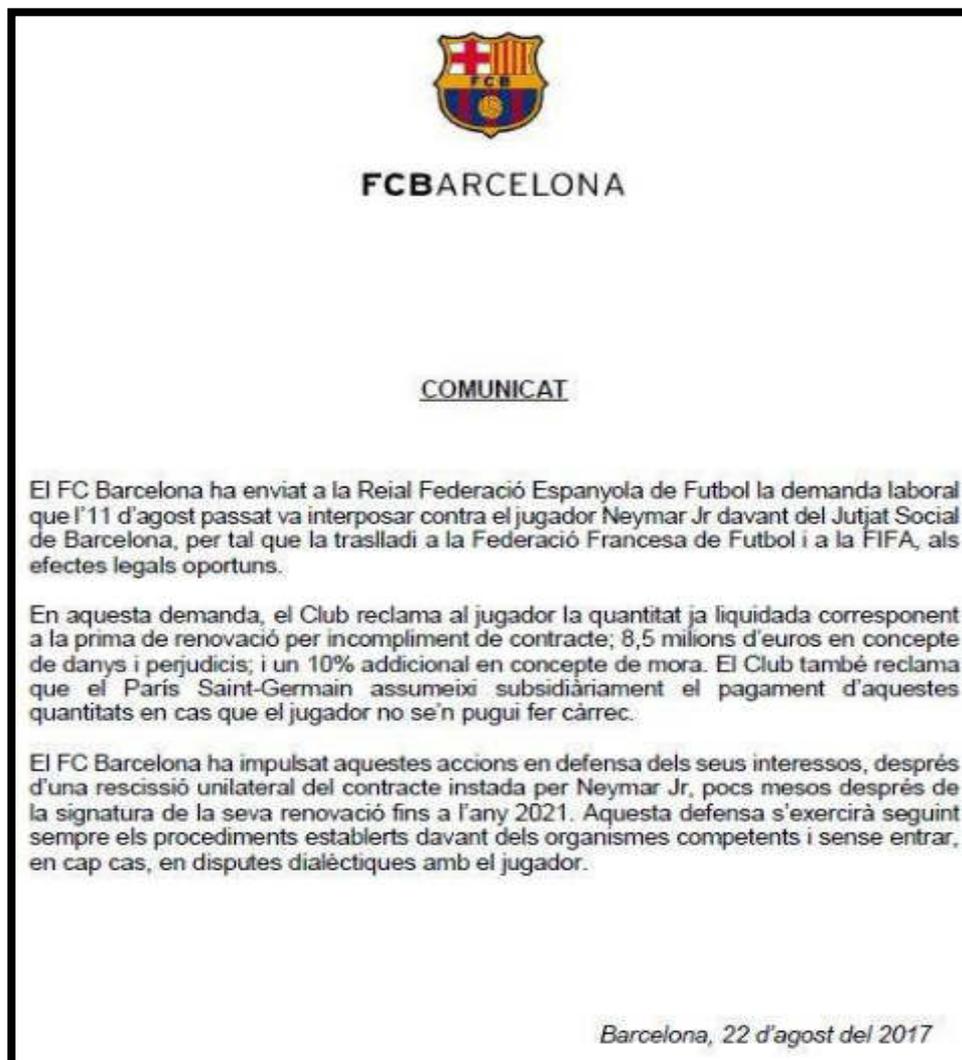


Ilustración 38: Comunicado oficial del F.C. Barcelona

Fuente: Recuperada de https://twitter.com/FCBarcelona_es/status/899997515658952705/photo/1

En dicho comunicado, el Barcelona F.C. comunicó haber demandado a Neymar Jr. por incumplimiento de contrato y la devolución de hasta 75 millones de euros. Los antecedentes son reportados por Lorente (2018) a continuación:

Neymar firmó el 1 de julio de 2016 la renovación de su contrato con el Barça hasta junio de 2021 y el club azulgrana se comprometió a pagarle una prima de renovación o 'signing bonus' de 64 millones de euros, de los cuales el brasileño recibió 21 en ese momento, en un primer plazo. Los 43 millones restantes de la prima debía cobrarlos el mes de julio de 2017. (pág. 1)

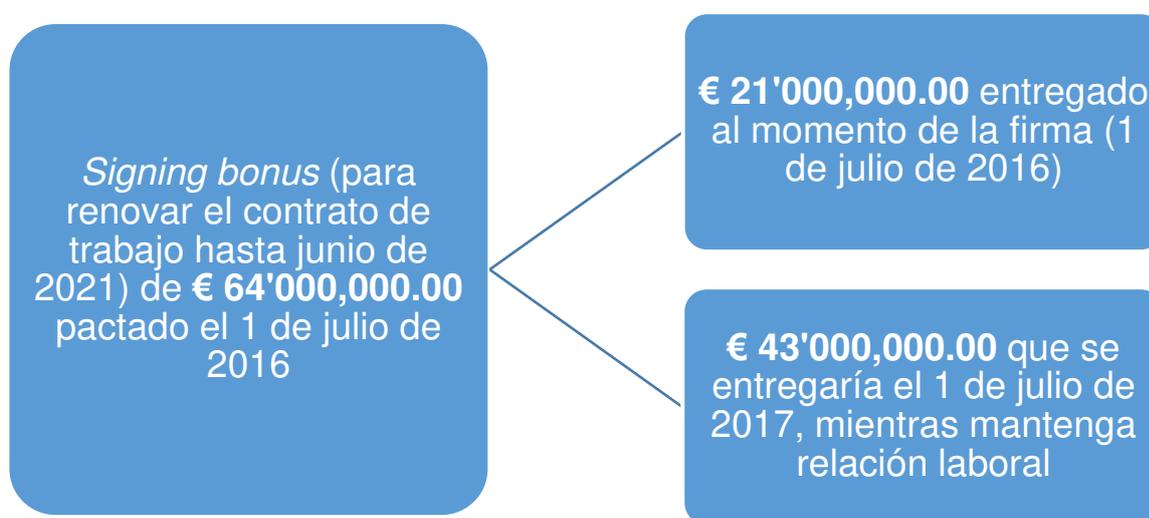


Tabla 32: Esquema de pago del signing bonus otorgado a Neymar Jr.

Fuente: Elaboración propia

Sin embargo, antes de julio de 2017, en los medios de comunicación deportivos ya se informaba sobre la posible extinción unilateral del contrato de trabajo por parte de Neymar Jr. con la finalidad de iniciar una nueva relación laboral con otro empleador (*Paris Saint-Germain Football Club*), quien solidariamente debía pagar junto al futbolista una cláusula penal compensatoria (penalidad) hasta por la suma de € 222'000,000.00 (doscientos veintidós millones con 00/100 euros) para ejercer dicha extinción del contrato de trabajo unilateralmente. Así, Lorente (2018) reportó que:

Pero ante las sospechas de su posible marcha al PSG, los dirigentes del Barça congelaron ese segundo pago y depositaron el cheque por esa cantidad en una notaría de Barcelona que el crack podría recoger a partir del 1 de septiembre si no rompía su contrato con el Barça. Su cláusula de rescisión pasaba de los 200 millones

de euros a los 222 para la temporada 2017/18, y ascendería a los 250 millones entre 2018 y 2021. El club azulgrana acusa a Neymar de conducta desleal ya que tiene indicios fundados de que se comprometió con el PSG antes del 30 de junio de 2017 en una reunión que mantuvo con Antero Henrique, director deportivo del PSG, en Oporto, pero que Neymar quiso esperar hasta agosto para rescindir unilateralmente su contrato con el Barça para cobrar íntegramente el bonus de su renovación. Algo que le supuso al PSG tener que pagar 22 millones más puesto que su cláusula hubiera sido de 200 millones en lugar de los 222 si se hubiera abonado antes del 30 de junio de 2017. (págs. 1-2)

Cabe señalar que el Barcelona F.C., en su calidad de empleador, retuvo el pago de la segunda y última armada del *signing bonus* para 'retener' al futbolista profesional y transcurriera el último día del periodo de inscripción del mercado de traspasos futbolísticos internacionales de la FIFA (31 de agosto de cada año), y así evitar la extinción unilateral del contrato de trabajo. Sin embargo, dicha medida de retención y aplazamiento no cumplió su objetivo e igual se resolvió la relación laboral *ad nutum* por parte de Neymar Jr. Así, Lorente (2018) reportó lo siguiente:

Finalmente, y viendo que el Barça no le pagaba el segundo plazo de la prima, el 3 de agosto de 2017 el abogado de Neymar, Juan de Dios Crespo, depositó en la sede de la Liga Nacional de Fútbol Profesional los 222 millones de euros de su cláusula con los que el brasileño compraba su libertad al FC Barcelona y firmaba por el club francés. (pág. 2)

Consecuentemente, el conflicto laboral fue inevitable y el empleador interpuso una demanda por resolución del contrato de trabajo por incumplimiento del trabajador; consecuentemente, se deje sin efecto las prestaciones pendientes (pago de la segunda armada del *signing bonus*) y se restituyan las prestaciones ejecutadas (devolución de la primera armada de dicho bono). Ello fue informado por Lorente (2018), conforme se cita a continuación:

Cinco días más tarde, el Barça, mediante su portavoz, Josep Vives, anunciaba que no le pagarían los 43 millones pendientes de la prima y el club azulgrana presentaba una demanda contra Neymar ante el Juzgado número 15 de lo social de Barcelona reclamando la devolución de los 21 millones que el brasileño ya había cobrado en un

primer plazo, que se declare no procedente el pago de los 43 millones que restan del segundo plazo de la prima, más 1,7 millones por la parte proporcional del bonus cobrado por su primer contrato dado que renovó sin agotarlo y 9 millones más por daños y perjuicios. (pág. 3)

El fundamento de dicha demanda laboral ha sido que el *signing bonus* sería un 'complemento salarial' que no sólo estaba sujeto a la firma de la renovación del contrato de trabajo, sino también a la ejecución del mismo en el plazo pactado (hasta el 2021), lo cual se traduce en la práctica a la permanencia laboral del futbolista profesional. A mayor abundamiento, Lorente (2018) reportó que:

Los argumentos del Barça, básicamente, son que la prima de renovación es un complemento salarial supeditado al cumplimiento del contrato laboral en toda su extensión temporal y al decidir Neymar romperlo unilateralmente demuestra que no ha tenido la voluntad de cumplirlo. Y que el bonus solo se devenga si se perfecciona el contrato. No es lógico que el jugador cobre del Barça y del PSG a la vez. (pág. 3)

Para mejor ilustración de la millonaria demanda, nos remitimos al siguiente cuadro detalle, elaborado sobre la base de la información precitada:

CONCEPTOS DEMANDADOS POR EL F.C. BARCELONA	MONTOS
Devolución de primera armada pagada por <i>signing bonus</i> de renovación de la relación laboral, por resolución del contrato	€ 21'000,000.00
Se declare ineficaz la segunda armada pagada por <i>signing bonus</i> de renovación, por resolución del contrato	€ 43'000,000.00
Parte proporcional pagada de un anterior bono pagada al inicio de la relación laboral	€ 1'700,000.00
Indemnización por daños y perjuicios al empleador	€ 9'700,000.00
TOTAL DEMANDADO	€ 74'700,000.00

Tabla 33: Conceptos indemnizatorios demandados por el F.C. Barcelona

Fuente: Elaboración propia

Cabe señalar que el trabajador demandado, Neymar Jr., presentó posteriormente un reclamo en el fuero propio de la FIFA, quien se pronunciaría correctamente al

señalar que la naturaleza del *signing bonus* debe ser delimitada por un fuero común: el PJ español. Así, Lorente (2018) señaló que: [...] Neymar optó por presentar una denuncia al Barça ante la FIFA que fue desestimada en enero de 2018, inhibiéndose este organismo en favor de la justicia ordinaria al entender que es un conflicto laboral. (pág. 3)

Consideramos acertado ello, pues este conflicto suscitado da la oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza jurídica de este *signing bonus* otorgado por el empleador, Básicamente, si estamos ante un bono de naturaleza remunerativa o no (al haberse denominado por el empleador como ‘complemente salarial’).

Pues bien, y como quiera que no se aceptó el reclamo del trabajador ante la FIFA, presentó una demanda contra su ex empleador. Ello fue informado por Lorente (2018), conforme se cita a continuación:

Es entonces cuando Neymar interpone una demanda contra el Barça ante el Juzgado 32 de lo social de Barcelona en la que le reclama los 43 millones del bonus pendientes de cobrar más un 10% de intereses de demora. En total, 47,3 millones de euros. Ese juzgado deberá traspasar las actuaciones al juzgado número 15 que es el que está conociendo de la demanda que el Barça le puso al brasileño 6 meses antes. (pág. 3)

El argumento principal de esta demanda presentada por el ex trabajador, la cual ha debido ser acumulada por el Juzgado n.º 32 de lo Social de Barcelona al proceso laboral iniciado por el ex empleador ante el Juzgado n.º 15 de lo social de Barcelona, es que el *signing bonus* –independientemente de su carácter remunerativo o no– ya habría sido devengado por la sola ‘firma’ de la renovación del contrato de trabajo y que la extinción unilateral de la relación laboral habría sido en virtud a la resolución *ad nutum* cuya penalidad fue debidamente cancelada. Lo anterior se desprende de lo informado por Lorente (2018) a continuación:

Mientras que los abogados de Neymar mantienen que el ‘Signing bonus’ es un premio separado del sueldo y se devenga por el solo hecho de la firma del nuevo contrato. Mantienen que no hubo incumplimiento del contrato sino una rescisión de la relación

laboral en los términos previstos en una de las cláusulas pactadas de mutuo acuerdo en el contrato. [...] (pág. 3)

Ahora bien, la particularidad de este emblemático caso radica en que el PJ español deberá decidir en primer lugar cuál es la naturaleza jurídica del *signing bonus* (si es laboral o civil).

En caso se entienda que sea laboral, es altamente probable que se le considere como un ‘complemento salarial’ y, por ello, se le otorgue naturaleza remunerativa. Consecuentemente, y ya sea que se analice o no la validez de condicionar la percepción de dicho bono a un determinado plazo de permanencia laboral, el argumento del extrabajador que reclama la integridad del pago debería ser fundado por mandato expreso de la Constitución española al considerarse salario (‘remuneración’) si sigue esa línea de pensamiento.

En caso se resuelva que el *signing bonus* no es de naturaleza remunerativa (es decir, no sea un ‘complemento salarial’), sino un pacto netamente civil susceptible de resolución contractual cabría preguntarse cuál sería el fundamento para condicionar la percepción de dicho bono a un determinado plazo de permanencia laboral.

Debemos resaltar en este punto que la jurisprudencia española ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre casos similares donde determinadas sumas de dinero eran devengadas al inicio de la relación laboral pero la percepción se condicionaba, entre otros aspectos, a la permanencia laboral del trabajador.

Un ejemplo de ello lo encontramos en la STS 5992/2010 (España, S.A. Compañía Nacional de Seguros vs. Don Jacinto, 2010) que confirmó la sentencia del TSJ español que había declarado nulo el pacto que supeditaba la percepción de un *bonus* al ejercicio siguiente de haber sido devengado al alcanzar determinados objetivos específicos. Es decir, si el trabajador lograba las metas establecidas por su empleador en el 2004, se le devengaba un determinado monto por concepto de *bonus*; sin embargo, recién podía percibirlo si permanecía en la empresa al final del ejercicio del año siguiente (2005). La Justicia española entendió a dicho *bonus* como

un 'salario de comisión' y, en aplicación directa del artículo 29.2 del ET, ordenó que dichos montos devengados debían ser percibidos como máximo al final del ejercicio en el cual fue devengado (en nuestro ejemplo, 2004).

Otro ejemplo de un caso similar al del Barcelona F.C. y Neymar Jr. lo encontramos en la STS 1277/2006 (D. Leonardo vs. Aegon Seguros Vida Ahorro e Inversiones, S.A., 2006) donde se presentó un conflicto derivado de un *bonus* que se devengaba sobre la base de metas específicas y se percibía transcurrido determinado tiempo de permanencia laboral. Lamentablemente, el Tribunal Supremo no entró al análisis de la validez de dicho pacto, pero sí precisó que dicho *bonus* debía ser pagado pues al estar supeditado a 'metas específicas', entonces tenía naturaleza salarial ('remunerativa' para el Perú).

No obstante, nuestra conclusión sobre este caso emblemático es que existe una oportunidad determinar la naturaleza jurídica del *signing bonus*, el cual no está supeditado a ningún criterio de productividad (objetivos o metas específicas del trabajador durante la ejecución del contrato de trabajo), sino simplemente si está sujeto exclusivamente a la firma del trabajador (la posición de Neymar Jr.) o a la permanencia laboral (la posición del Barcelona F.C.).

Cualquier sea la postura de la Justicia española, marcará un precedente importante en la aplicación del *signing bonus* condicionado a un determinado tiempo de permanencia laboral del trabajador, especialmente del futbolista profesional.

3.5.4 La permanencia laboral para un grupo económico

En primer lugar, debemos partir de la premisa de qué se entiende por grupo económico. Para tal motivo, nos remitimos a Gil y Gil (2009), quien habla de grupo económico o de empresas como un: «[...] conjunto de sociedades con personalidad jurídica propia, sometidas a la dirección económica unificada de otra sociedad o empresa. Por lo general, se hace mediante la obtención del control de una o varias sociedades (dependientes) por otra (dominante), gracias a diversas técnicas jurídicas, [...]» (pág. 118)

El autor precitado utiliza el término ‘centro de imputaciones’ de las distintas situaciones jurídicas subjetivas de las que puede ser objeto la figura del ‘empleador. Sin embargo, no estamos ante un concepto de fácil identificación. Por tal motivo, Gil y Gil (2009) advierte que su construcción conceptual ha sido producto de la función judicial, al indicarnos que: «En el derecho del trabajo español, la jurisprudencia ha elaborado una noción funcional de grupo de empresas, para hacer frente a los problemas de imputación de responsabilidades laborales y de seguridad social.» (pág. 1)

Pero ¿cómo podrían guiarse los operadores jurídicos en el Perú para determinar si estamos ante la figura de un ‘grupo económico’ o ‘grupo de empresas’? Gil y Gil (2009) nos sugiere tomar en cuenta los siguientes indicios: «La jurisprudencia social tiene en cuenta indicios como la existencia de una dirección única, de una confusión de patrimonios o plantillas, o de una apariencia de unidad empresarial, o la creación de empresas aparentes para eludir las responsabilidades laborales.» (pág. 1) Sobre la base de lo anterior, nos permitimos realizar el siguiente esquema a continuación:

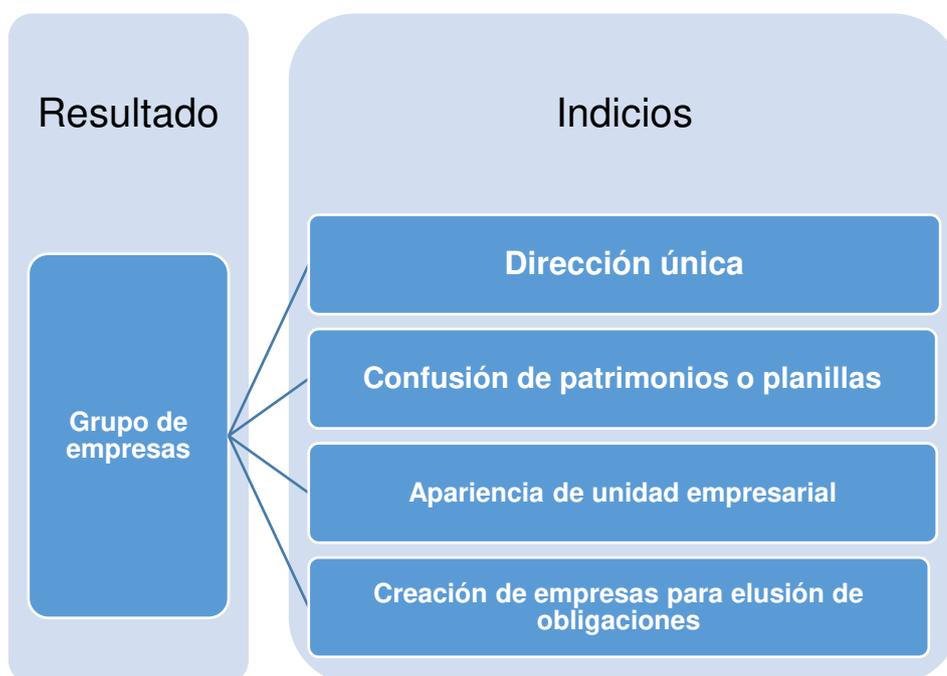


Tabla 34: Indicios para identificar a un grupo de empresas (España)

Fuente: Elaboración propia basada en el trabajo de Gil y Gil (2009)

Ahora bien, a diferencia de España, en el Perú contamos con una disposición normativa que nos permite identificar cuándo estamos ante un grupo económico o grupo de empresas. Así, el artículo n.º 4 del reglamento del TUO de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente (aprobado mediante el decreto supremo n.º 008-2008-TR, de fecha 30 de setiembre de 2008) regula los supuestos de hecho para configurar la existencia de dicho grupo. Dicha disposición normativa señala lo siguiente:

Artículo 4.- GRUPO ECONÓMICO Y VINCULACIÓN ECONÓMICA

*Se considera como grupo económico al conjunto de empresas, cualquiera sea su actividad u objeto social, que están **sujetas al control de una misma persona** natural o jurídica o **de un mismo conjunto de personas** naturales o jurídicas.*

Configurado el grupo económico, éste se mantendrá mientras continúe el control a que se refiere el párrafo anterior.

*Se considera que dos **(2) o más empresas** tienen vinculación económica cuando:*

- 1. Una persona natural o jurídica posea más de treinta por ciento (30%) del capital de otra persona jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.*
- 2. Más del treinta por ciento (30%) del capital de dos (2) o más personas jurídicas pertenezca a una misma persona natural o jurídica, directamente o por intermedio de un tercero.*
- 3. En cualquiera de los casos anteriores, cuando la indicada proporción del capital pertenezca a cónyuges o convivientes entre sí o a personas naturales vinculadas hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad.*
- 4. El capital de dos (2) o más personas jurídicas pertenezca en más del treinta por ciento (30%) a socios comunes a éstas.*
- 5. Cuando las personas naturales titulares de negocios unipersonales son cónyuges, convivientes o parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad y cuenten con más del veinticinco por ciento (25%) de trabajadores en común.*
- 6. Las personas jurídicas o entidades cuenten con uno o más directores, gerentes, administradores u otros directivos comunes, que tengan poder de decisión en los acuerdos financieros, operativos o comerciales que se adopten.*
- 7. Una empresa no domiciliada tenga uno o más establecimientos permanentes en el país, en cuyo caso existirá vinculación entre la empresa no domiciliada y cada uno de sus establecimientos permanentes y entre todos ellos entre sí.*
- 8. Una empresa venda a una misma empresa o a empresas vinculadas entre sí, el ochenta por ciento (80%) o más de sus ventas.*
- 9. Una misma garantía respalde las obligaciones de dos empresas, o cuando más del cincuenta por ciento (50%) de las de una de ellas son garantizadas por la otra, y esta otra no es empresa del sistema financiero.*
- 10. Más del cincuenta por ciento (50%) de las obligaciones de una persona jurídica sean acreencias de la otra, y esta otra no sea empresa del sistema financiero.*

La vinculación quedará configurada cuando se produzca la causal y regirá mientras ésta subsista.

Los supuestos de vinculación señalados anteriormente no operarán con empresas pertenecientes a la actividad empresarial del Estado.

En caso el MTPE determine la existencia de un grupo económico o vinculación económica entre micro y pequeñas empresas, excluirá dichas empresas de los alcances de la Ley cuando corresponda. (Énfasis agregado).

Pues bien, con la certeza de que estamos frente una figura de empleador constituida por un 'grupo económico' o 'grupo de empresas', debemos pasar al siguiente análisis. La determinación de dicho grupo no implica que –como tal– no se le puede imputar situaciones jurídicas de desventaja (como una obligación). Por ello, Gil y Gil (2009) advierte que:

Una vez que el grupo se identifica con la empresa, a efectos laborales, surge el problema de atribuir las consecuencias patrimoniales de los contratos de trabajo. El grupo carece de personalidad jurídica, en tal sentido, no puede ser sujeto responsable. Si se aceptara la responsabilidad única de la sociedad que concluyó los contratos con los trabajadores, el resultado podría ser insatisfactorio, dada la condición de insolvente que, con frecuencia, presenta tal sociedad. (pág. 1)

Entonces ¿qué sucede si una persona jurídica –que pertenece a un grupo económico– incumple el beneficio prometido a su trabajador para la celebración del PPL? Gil y Gil (2009) sugiere que: «[...] si se dan los indicios a que acaba de hacerse referencia, los tribunales españoles deducen la concurrencia de un grupo de empresas, y establecen la responsabilidad solidaria de las empresas que lo integran por las deudas laborales [...]» (pág. 1)

En consecuencia, si un sujeto que pertenece a un grupo económico o de empresas no cumple con el beneficio prometido a su trabajador, todos los demás sujetos que conforman dicha unidad económica serán responsables solidariamente.

Pero la presencia de un grupo económico o de empresas también puede funcionar no sólo ante incumplimientos del empleador, sino también para verificar si efectivamente el trabajador ha incumplido o no un PPL. Así, debemos preguntarnos,

¿qué sucede si el trabajador extingue unilateralmente la relación laboral con uno de los sujetos que conforman un grupo y constituye una nueva con otro miembro del mismo grupo?

Si tomamos en cuenta que la característica principal del 'grupo' es que hay una persona dominante que se encarga de la dirección económica de las demás personas dominadas, entonces podemos deducir que la permanencia laboral con la figura del 'empleador' sí se habría cumplido. Nótese que la figura del empleador no siempre coincide con el de un sujeto de derecho (sociedad, asociaciones, personas naturales, etc.) autónoma e independiente jurídica y económicamente. Ejemplo de casos donde se presenta anteriormente ello son los supuestos de desnaturalización de la tercerización laboral o renunciaciones y contratos de trabajos dentro de empresas del mismo grupo.

Cabe resaltar que el derecho del empleador a ser indemnizado (como consecuencia de un incumplimiento de un PPL suscrito válidamente por su trabajador) no está condicionado al supuesto de que dicho empleador pertenezca a un grupo económico. Dicho derecho tampoco está condicionado al hecho de si el trabajador incumplidor labora en una empresa de dicho grupo, siempre que se advierta direcciones económicas autónomas e independientes. Lo anterior se desprende del siguiente pronunciamiento del TSJ español cuando señala lo siguiente:

Por lo que respecta a la idea de que se trata de un grupo de empresas, señalar que aun siendo cierto que constituyen personas jurídicas distintas, y, por tanto, puede la empresa a la que pertenece el recurrente reclamarle el cumplimiento de sus obligaciones, vaya a trabajar a otra empresa del grupo o vaya a trabajar para una tercera empresa. Binter es una persona jurídica legalmente constituida; no consta que exista confusión patrimonial o de plantillas y, en todo caso, está exigiendo a un trabajador un derecho que tiene lo que es ajeno a su pertenencia a un grupo de empresas. (Binter Canarias, S.A. vs. D. Adolfo, 2005)

En ese sentido, podemos concluir que –bajo una interpretación *en contrario sensum*– la obligación de permanencia laboral podría cumplirse si el trabajador mantiene vínculo laboral con las empresas del grupo que constituyen una misma

unidad patrimonial no diferenciables entre las personas jurídicas (por ejemplo, mismas planillas electrónicas). Por tal motivo, podemos afirmar que es posible hablar del cumplimiento de una obligación de permanencia laboral dentro de un grupo económico o de empresas.

3.5.5 La permanencia laboral en los *stock options*

Un caso mundialmente conocido de *stock options* es el de Timothy Donald “Tim” Cook, cuando fue contratado por Apple, Inc. como director ejecutivo (CEO – *Chief Executive Officer*). Según Rojas Andía (2014), cuando dicho ‘trabajador’: [...] estrenó su cargo en 2011 lo hizo de la mano de un millón de acciones restringidas y valoradas, en ese momento, en US\$ 383 millones. Para recibir la totalidad del incentivo, deberá quedarse hasta 2021 en la multinacional californiana. (págs. 1-2)

Pero ¿qué debemos entender por *stock options*? Según Diario Gestión (2015): «Es un derecho que se concede para comprar acciones de la empresa a un precio determinado. La idea es que el ejecutivo pueda vender ese paquete de acciones cuando adquiera más valor. "Pero si renuncia antes de lo previsto, podría perder su derecho a vender ciertas acciones".» (pág. 3)

Ahora bien, el ejemplo referido a Tim Cook es sólo la muestra más conocida de este tipo de programas de acciones condicionados a la permanencia laboral. Entonces, ¿podríamos entender que existiría un PPL tácito o estamos ante una condición de un negocio jurídico?

En el derecho español se reconoce a los *stock options* como un incentivo o mecanismo que pretende alcanzar una vinculación entre el trabajador y su empleador, a través de una permanencia laboral. Por ello, autores españoles resaltan que es un asunto donde todavía se puede discrepar de su naturaleza jurídica. Por ejemplo, Selma Penalva (2007) resalta que:

Además del «pacto de permanencia» existen otro tipo de medidas destinadas a potenciar la permanencia del trabajador con su empresa, susceptibles también de

cuantificación económica, sobre las que no se pronunció la STS comentada. De entre todas ellas, posiblemente sean las llamadas *stock options* las que presenten problemas más serios de interpretación, pues para que el trabajador pueda ejercer los derechos de opción sobre acciones que se le han otorgado necesita permanecer en la empresa hasta el momento fijado para materializar dicha opción. En caso contrario, la expectativa de derecho que había adquirido con la *stock option*, se frustra. (pág. 333)

Nosotros coincidimos con la autora precitada cuando precisa que la doctrina y jurisprudencia reconocen la doble finalidad (retributiva y fidelizadora) de los *stock options* (Selma Penalva, 2007, pág. 333). Es más, sostenemos con la presente investigación que tal ‘doble finalidad’ también está presente en el PPL. Véase las causas jurídicas y económicas desarrolladas en los numerales 3.2.1.3 y 3.2.1.4.

Ahora bien, debemos destacar que la finalidad de los *stock options* –en comparación con otros mecanismos que buscan la retención del talento humano (como los *bonus* o complementos salariales)– expone la similitud con el PPL. Así, Selma Penalva (2007)

A diferencia de lo que ocurría con el *bonus* sobre el que se ha pronunciado el TS, las *stock options* están más relacionadas con el puesto de trabajo que el trabajador ocupa (puestos de responsabilidad) o con el tipo de relación laboral (sobre todo, con la relación laboral especial de alta dirección) que vincula al trabajador con su empresa, que con la rigurosa consecución de unos objetivos de productividad predeterminados. (pág. 334)

Como vemos, tanto los *stock options* como el PPL están ligados a un puesto de trabajo o la subsistencia de la relación laboral. Por su parte, los *bonus* que se desarrollaron en los numerales 3.5.1 y 3.5.3 no solamente procuran tal permanencia laboral, sino también metas de productividad. Por tal motivo, es comprensible que pueda entenderse que los *stock options* contendrían un PPL tácito.

Sin embargo, nosotros sostenemos que ningún PPL tácito existe en los *stock options*, pues sólo estamos ante una condición de un negocio jurídico. Para

fundamentar esta premisa, nos remitimos a la tesis realizada de Alvarado Prentice (2017), quien realizó la siguiente diferencia que citamos a continuación:

Pues bien, en el caso de los incentivos en acciones, ocurre que los trabajadores se verán beneficiados con el ofrecimiento de acciones de la empresa, siempre que continúen realizando sus actividades por un determinado tiempo. Es decir que jurídicamente se asume una obligación de hacer (permanecer en la empresa). Por lo tanto, a diferencia de los pactos de permanencia, donde se asume una obligación de no hacer (no renunciar al vínculo laboral), la suscripción de estos planes no limita el derecho a la libertad de trabajo de salida, pues los trabajadores no se encuentran impedidos de finalizar el vínculo laboral cuando ellos de decidan. Lo que ocurre en los casos de planes de incentivos en acciones, es que la condición para recibir el beneficio es la permanencia en la empresa, por lo cual el retiro anticipado de la empresa, originará como consecuencia que no se cumpla la condición para que se configure el acto jurídico y por lo tanto, no se reciba el beneficio. (pág. 104)

Conforme vimos en la tabla 5 (prestaciones de la obligación de permanencia laboral, nosotros consideramos que toda permanencia laboral implica dos prestaciones de no hacer. Por tanto, discrepamos de la diferencia de prestaciones en los *stock options* y el PPL.

Mas bien, en lo que sí estamos de acuerdo con la autora precitada es que la permanencia laboral en los *stock options* no es una obligación (como en el PPL); sino una condición propia del negocio jurídico. No existe límite extrínseco a la libertad de trabajo en los *stock options*, pues la renuncia al empleo no implicará recibir una consecuencia jurídica negativa (como una penalidad en el PPL). Por ende, coincidimos con Alvarado Prentice (2017) cuando se refiere a la consecuencia de renunciar al empleo tanto en el PPL y cuando existe la posibilidad de ser acreedor de *stock options* sujetos a condición:

En ese punto, la indemnización representa la devolución al empleador por la inversión realizada, a diferencia de lo que ocurre ante el retiro anticipado del trabajador que cuenta con un plan de incentivos en acciones no devengado, pues en este caso el

trabajador no paga una indemnización, sino que simplemente con cumple con el requisito para ser acreedor del beneficio. (pág. 105)

En conclusión, la posibilidad de que un trabajador sea acreedor de los *stock options* sujetos a la condición de la permanencia laboral no implica la existencia de un PPL, ni una obligación propiamente dicha. Tal permanencia operará sólo como una condición del negocio jurídico y, en caso de no concretarse, sólo implicará la no titularidad de dicho beneficio, mas no una penalidad por incumplimiento de una obligación.

3.6 La permanencia laboral y temas conexos en otros países.

3.6.1 La facultad de renunciar por causa justa en Colombia

En el numeral 3.3.1 del presente trabajo de investigación, habíamos resaltado que en el Perú –en palabras de Neves Mujica, citado por Chávez Núñez (2012)–: «[...] en la fase final de la relación laboral, la libertad de trabajo consiste en reconocerle al trabajador la facultad de dejar el empleo por su sola voluntad y sin necesidad de invocar motivos justificados.» (pág. C2)

La manifestación clara del ejercicio de la libertad de trabajo en esta fase es el acto unilateral del trabajador, irrevocable, incausado y recepticio de la renuncia, que no requiere ninguna forma de aceptación, un puede dejarse sin efecto luego de conocida por el empleador, momento desde el cual opera. (pág. C2)

No obstante, el artículo 62º del Código Sustantivo de Trabajo en Colombia regula un aspecto diferente. Dicho artículo regula un trabajador debe invocar y motivar una causa justificada para extinguir la relación laboral. Así, Corte Constitucional de la República de Colombia (1997) ha conceptualizado e interpretado el contenido de dicho artículo de la siguiente manera:

8- La Corte considera que para poder determinar si el cargo del actor es válido, es necesario comenzar por precisar el alcance de la obligación que impone la norma demandada, la cual ordena a aquel que termine unilateralmente un contrato de trabajo señalar a la otra parte, "en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa

determinación", ya que "posteriormente no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos". El actor entiende que la norma simplemente obliga a la parte que da por terminado el contrato a señalar en abstracto una causa legal de terminación del contrato. Sin embargo, la Corte no comparte esa interpretación, pues esta disposición debe ser interpretada conforme al principio de buena fe (CP art. 83) y de acuerdo a su propia finalidad, que es precisamente permitir que la parte conozca con precisión cuáles son las razones por las cuales la otra parte ha decidido unilateralmente dar por terminado el contrato, invocando una justa causa. En ese orden de ideas, se entiende que cuando ese párrafo señala que la parte debe indicar la causal o motivo que fundamenta la decisión de terminar unilateralmente el contrato, no basta con invocar genéricamente una de las causales previstas por la ley laboral para tal efecto sino que es necesario precisar los hechos específicos que sustentan la determinación, ya que el sentido de la norma es permitir que la otra parte conozca las razones de la finalización unilateral de la relación de trabajo. Así lo ha entendido la doctrina y la propia jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, con criterios que la Corte Constitucional comparte plenamente. (Acción de inexequibilidad presentada por Jorge Luis Pabón Apicella contra el párrafo del artículo 62° del Código Sustantiva de Trabajo, 1997)

En ese sentido, dado que en Colombia no existe la facultad de renunciar al empleo *ad nutum*, podemos concluir que el PPL sería inviable en un ordenamiento laboral con tales reglas, pues es imposible jurídicamente una obligación respecto de una prestación que el mismo sistema no facultad (dimisión *ad nutum*). El único sentido del PPL en Colombia sería en la prestación de no incurrir en una causal de despido justo.

3.6.2 La indemnización entregada por la permanencia laboral en Chile

Un asunto que hemos encontrado durante el desarrollo del presente trabajo de investigación es el beneficio denominado 'indemnización por permanencia laboral' en Chile. ¿Constituye una nomenclatura diferente para referirse a lo que en la práctica sería un PPL?

Para responder tal interrogante, nos remitimos a la literatura chilena. En ella, encontramos que Núñez Véjar & Castillo Latournerie (2015) sostienen lo siguiente:

Esta tesis es propia de las concesiones antiguas sobre la relación laboral paternalista, como una relación que va más allá de la prestación de servicios y el pago de remuneraciones, sino de la que emergen derechos de fidelidad por parte del trabajador y de protección por parte del empleador. El tratadista italiano Ludovico Barassi, principal defensor de esta tesis considera que puede verse en esta indemnización “[...]una especie de premio para la vehemencia genérica que un trabajador pudo adquirir con su permanencia no interrumpida en una misma empresa. Por tanto, esta indemnización se podría conceptuar como un premio especial por la colaboración, la laboriosidad o antigüedad.” Dejando de lado las consideraciones doctrinarias sobre la relación laboral, la mera idea de la indemnización por años de servicio como un “premio” escapa de la concepción que se tiene en nuestra legislación, puesto que sólo podría ser admitida si fuese efectivamente entregada como un premio, a razón de las funciones del trabajador y no por el mero paso del tiempo como es en nuestra legislación. Por otro lado, concebir la indemnización por años de servicio como un premio implica entenderla como una suerte de dádiva del patrón a su obrero, cuya procedencia no sólo depende de la antigüedad de este, sino que de la mera liberalidad de aquel quien la otorga. Esto escapa de la lógica del derecho del trabajo, sin contar que, al ser un premio, sería simplemente una expectativa y, por tanto, no podría tener protección alguna por parte del marco jurídico, debido a que, una vez que se cumplan las condiciones, no podría obligarse al empleador a su pago. (págs. 81-82)

Del texto precitado se puede advertir que el monto que se otorgue por motivo de tal indemnización no obedece ni tiene como causa el compromiso de hacer o no hacer del trabajador. Por tal motivo, sostener que se trata de un acto gratuito (pues no hay contraprestación por parte del trabajador) resulta válido. Como bien mencionan los autores precitados, estamos ante un ‘premio’ que se entrega por un hecho ya transcurrido que nunca vinculó al empleador.

En ese entido, podemos concluir que la ‘indemnización por permanencia laboral’ en Chile es una liberalidad que entrega el empleador chileno y no es una suerte de PPL con nomenclatura diferente.

3.6.3 Del *employment bond* en la India

El *employment bond* puede ser traducido como 'bono de empleo'. En esencia, tal bono constituye un PPL. De acuerdo con LawTeacher (2018):

The employment bonds levy certain restrictions on the employees, be it not to join a particular company after leaving the job or the paying of monetary penalty for leaving the job before the stipulated period of time. The present attrition rate in the industry particularly means that the money garnered through this method (employment bond) is very huge. Also the terms of the bond are a major issue with people in taking up of a particular job or not. (pág. 1)

La traducción del texto anterior sería la siguiente (elaborado por el autor de la presente investigación para tal efecto):

Los bonos de empleo imponen ciertas restricciones a los empleados, ya sea para no unirse a una empresa determinada después de dejar el trabajo o pagar una penalidad monetaria por dejar el trabajo antes del período de tiempo estipulado. La tasa de deserción actual en la industria, particularmente significa que el dinero obtenido a través de este método (bono de empleo) es muy grande. Además, los términos del bono son una cuestión mayor para las personas en aceptar o no un trabajo particular.

Como puede observarse del texto anterior, el PPL es un tipo de *employment bond*, pues el otro tipo sería una suerte de pacto de no competencia. Lo que más se resalta de esta institución en el extranjero es que el pacto no tiene una nomenclatura basada en la prestación del trabajador (permanencia o no competencia), sino basada en la prestación del empleador. Por tal motivo, dicho pacto recibe el nombre de 'bono de empleo'

Ahora bien, otro aspecto que resaltar es la legalidad para aplicar y ejecutar estos *employment bonds*. En efecto, Seth (2016) destaca el *enforcement* de este tipo de bonos, conforme se lee a continuación:

The increasing rate of attrition subjects the employers not only to financial losses but also delays in completing the on-going projects. In order to safeguard their interests, the employers have of late started to obtain an employment bond from their employees. The question that arises is, whether such a method to retain employees is enforceable under the law. The simple answer is yes. Such employment agreements with negative a covenant is valid and legally enforceable. (pág. 1)

La traducción del texto anterior sería la siguiente (elaborado por el autor de la presente investigación para tal efecto):

La creciente tasa de deserción somete a los empleadores no solo a pérdidas financieras, sino también a demoras en completar los proyectos en curso. Para salvaguardar sus intereses, los empleadores han comenzado últimamente a obtener un bono de empleo de sus empleados. La pregunta que surge es si un método de este tipo para retener a los trabajadores es exigible por ley. La respuesta simple es sí. Tales acuerdos de empleo con un pacto negativo son válidos y legalmente ejecutables.

No obstante, como toda institución de derecho, deben respetarse determinados parámetros que permitan darle la validez al *employment bond*. En efecto, Seth (2016) destaca los siguientes requisitos:

In order to execute a valid employment bond, the parties have to ensure that the following requisites have been complied: a) it is signed with free consent of the employee; b) the conditions stipulated must be reasonable; and c) the conditions imposed on the employee must be proved to be necessary to safeguard the interests of the employer. (pág. 1)

La traducción del texto anterior sería la siguiente (elaborado por el autor de la presente investigación para tal efecto):

Con la finalidad de ejecutar un bono de empleo válido, las partes tienen que asegurar que los siguientes requisitos hayan sido cumplidos: a) sea firmado con el consentimiento libre del trabajador; b) las condiciones estipuladas deben ser

razonables; y c) las condiciones impuestas al trabajador deben ser necesarias para salvaguardar los intereses del empleador.

Ahora bien, ¿el *employment bond* tiene fundamento jurídico en la India? Sí: *The Indian Contract Act, 1872* (la 'Ley que regula el Contrato en La India de 1872'). En efecto, el artículo (*section*) 74 de tal ley consagra lo siguiente:

74. Compensation for breach of contract where penalty stipulated for.— When a contract has been broken, if a sum is named in the contract as the amount to be paid in case of such breach, or if the contract contains any other stipulation by way of penalty, the party complaining of the breach is entitled, whether or not actual damage or loss is proved to have been caused thereby, to receive from the party who has broken the contract reasonable compensation not exceeding the amount so named or, as the case may be, the penalty stipulated for.

La traducción del texto anterior sería la siguiente (elaborado por el autor de la presente investigación para tal efecto):

74. Compensación por incumplimiento de contrato donde se estipuló penalidad.— Cuando un contrato ha sido incumplido, si una suma es designada en el contrato como la cantidad a pagar en caso de incumplimiento, o si el contrato contiene cualquier otra estipulación como forma de penalización, la parte reclamante del incumplimiento tiene derecho, ya sea que se demuestre o no que se haya causado el daño o la pérdida reales, para recibir de la parte que ha incumplido el contrato una compensación razonable que no exceda la cantidad así consignada o, según sea la situación, la pena estipulada.

Pues bien, de la redacción del artículo 74 precitado, podemos observar que las penalidad en los contratos (como en el de trabajo) son aplicables. Por tanto, el incumplimiento da derecho a reclamar una suma de dinero equivalente a la cláusula penal compensatorio, independientemente de que se hayan configurado daños o no a favor de la otra parte.

La jurisprudencia en la India también refuerza la idea de que el empleador tiene derecho a los daños que se le ocasionen como consecuencia de la inversión realizada en los trabajadores. En efecto, en la doctrina indú se resalta que para la validez de estos bonos no debe existir sólo una prestación a favor de una de las partes, sino de las dos. Es más, se puede destacar a continuación que no sólo la capacitación, sino cualquier otro gasto en favor del trabajador. Así, Seth (2016) sostiene que:

Courts in India have held in its various judgments that in the event of breach of bond by the employee, employer shall be entitled to recover damages if a considerable amount of money was spent on providing training or incurring other expenses of the employee. An employment bond however will not be enforceable if it is either one sided in favor of the employer. Therefore it is pertinent to be cautious while drafting an employment bond. In general, conditions stipulated in the bond should justify that it is necessary to safeguard the interest of the employer and to compensate the loss in the event of its breach. (pág. 1)

La traducción del texto anterior sería la siguiente (elaborado por el autor de la presente investigación para tal efecto):

Los tribunales de la India han sostenido en sus diversas sentencias que, en caso de incumplimiento del bono por parte del trabajador, el empleador tendrá derecho a recuperar los daños si se gastara una cantidad considerable de dinero en proporcionar capacitación o incurrir en otros gastos del trabajador. Sin embargo, un bono de empleo no será ejecutable si es de un solo lado a favor del empleador. Por lo tanto, es pertinente ser cauteloso al redactar un bono de empleo. En general, las condiciones estipuladas en el bono deben justificar que es necesario salvaguardar los intereses del empleador y compensar las pérdidas en caso de incumplimiento.

El texto precitado se basa en la sentencia de fecha 6 de noviembre de 2009, expedida por *The High Court of Kerala* en el proceso judicial entre *IBS Software Services Group* (empleador demandante) vs. *Leo Thomas* (trabajador demandado), (4) KLT 797. Debido a que no se ha encontrado un repositorio público de las sentencias judiciales de la India, no podemos profundizar en esta fuente.

Asimismo, la literatura jurídica en la India resalta la ‘razonabilidad’ del periodo de permanencia laboral y la penalidad, es decir, una causa razonable. De igual manera, la forma escrita donde conste la celebración de este tipo de PPL denominado *employment bond* también es destacada cuando se alude a un *stamp paper*. Así, Seth (2016) sostiene que:

Further, the penalty or compulsory employment period stipulated in the contract should not be exorbitant to be considered as valid. Further, the employment bond stipulating conditions such as to serve the employer compulsorily for a specific time period or penalty for incurring the expenses is in the nature of the indemnity bond must to be executed on a stamp paper of appropriate value in order to be valid and enforceable.
(pág. 1)

La traducción del texto anterior sería la siguiente (elaborado por el autor de la presente investigación para tal efecto):

Además, la penalización o el período de empleo obligatorio estipulados en el contrato no deben ser exorbitantes para que sean considerados válidos. Además, el bono de empleo que estipula las condiciones tales como servir al empleador de manera obligatoria por un período de tiempo específico o una penalidad por incurrir en los gastos está en la naturaleza del bono de indemnización debe ser ejecutado en un sello de valor apropiado para que sea válido y ejecutable.

Llama la atención que en la India también se aplica una suerte de reducción judicial de la penalidad. El criterio de razonabilidad es el fundamento de tal facultad jurisdiccional. Tal criterio se aplica de una manera similar a los conocidos en nuestro medio y se basa en considerar variables relacionadas directamente al empleo del trabajador obligado a la permanencia laboral. Tales variables son: (i) el gasto real incurrido por el empleador; (ii) el período de permanencia laboral efectivamente laborado; (iii) otras condiciones pactadas para determinar la pérdida del empleador. Así, Seth (2016) remarca tales variables a fin de llegar a un monto de compensación razonable conforme se lee a continuación:

In the event of breach of employment bond, the employer might incur a loss and, therefore, may be entitled for compensation. However, the compensation stipulated should be reasonable to compensate the loss incurred and should not exceed the penalty, if any, stipulated in the bond. Usually, the court determines the reasonable compensation amount by computing the actual loss incurred by the employer having regard to all circumstances of the case. Even if the bond stipulates payment of any penalty amount in the event of breach, it does not mean that the employer shall be entitled to receive the stipulated amount in full as compensation on the occurrence of such default; rather the employer shall be entitled only for reasonable compensation as determined by the court. Courts normally consider the actual expense incurred by the employer, the period of service by employee, conditions stipulated in the bond to determine the loss incurred by the employer to arrive at the reasonable compensation amount. (págs. 1-2)

La traducción del texto anterior sería la siguiente (elaborado por el autor de la presente investigación para tal efecto):

En caso de incumplimiento del bono de empleo, el empleador puede incurrir en una pérdida y, por lo tanto, puede tener derecho a una compensación. Sin embargo, la compensación estipulada debe ser razonable para compensar la pérdida incurrida y no debe exceder la penalización, si la hubiera, estipulada en el bono. Por lo general, el tribunal determina la cantidad de compensación razonable al calcular la pérdida real incurrida por el empleador teniendo en cuenta todas las circunstancias del caso. Incluso si el bono estipula el pago de cualquier penalidad en el caso de incumplimiento, no significa que el empleador tenga derecho a recibir el monto estipulado en su totalidad como compensación por la ocurrencia de dicho incumplimiento; más bien, el empleador sólo tendrá derecho a una compensación razonable según lo determine el tribunal. Los tribunales normalmente consideran el gasto real incurrido por el empleador, el período de servicio por empleado, las condiciones estipuladas en el bono para determinar la pérdida incurrida por el empleador para llegar al monto de compensación razonable.

Finalmente, para mejor ilustración cómo los tribunales indúes reducen un monto a pagar por concepto de penalidad por incumplimiento de un *employmen bond* (por motivo de capacitación), Seth (2016) se remite al siguiente caso a continuación:

For instance, in the case of Sicpa India Limited v Shri Manas Pratim Deb², the plaintiff had incurred expenses of Rs 67,595 (sixty seven thousand five hundred ninety five) towards imparting training to the defendant for which an employment bond was executed under which the defendant had agreed to serve the plaintiff company for a period of three years or to make a payment of Rs 2,00,000 (two lakh). The employee left the employment within a period of two years. To enforce the agreement the employer went to the court, which awarded a sum of Rs 22,532 (twenty two thousand five hundred thirty two) as compensation for breach of contract by the employee. It is crucial to note that though the bond stipulates a payment of Rs 2,00,000 (two lakh) as compensation for breach of contract, the court had considered the total expenses incurred by the employer and the employee's period of service while deciding the compensation amount. Since the defendant had already completed two years of service out of the agreed three year period, the court divided the total expenses of Rs 67,595 (sixty seven thousand five hundred ninety five) incurred by the plaintiff into three equal parts for three years period and awarded a sum of Rs 22,532 (twenty two thousand five hundred thirty two) as reasonable compensation for leaving the employment a year before the agreed time period. The compensation amount awarded shall be based upon the actual loss incurred by the employer by such breach. (págs. 1-2)

La traducción del texto anterior sería la siguiente (elaborado por el autor de la presente investigación para tal efecto):

Por ejemplo, en el caso de *Sicpa India Limited contra Shri Manas Pratim Deb*, el demandante incurrió en gastos de 67,595 rupias (sesenta y siete mil quinientos noventa y cinco) para impartir capacitación al demandado por el cual se ejecutó un bono laboral en virtud de la cual el demandado había acordado prestar servicios a la compañía demandante por un período de tres años o realizar un pago de Rs 2,00,000 (dos lakh). El trabajador dejó el empleo en un plazo de dos años. Para hacer cumplir el acuerdo, el empleador acudió al tribunal, que otorgó una suma de Rs 22.532 (veintidós mil quinientos treinta y dos) como compensación por el incumplimiento del contrato por parte del trabajador. Es crucial tener en cuenta que aunque el bono estipula un pago de Rs 2,00,000 (dos lakh) como compensación por incumplimiento de contrato, el tribunal consideró los gastos totales incurridos por el empleador y el período de servicio del trabajador mientras decidía el monto de la compensación. Dado que el

demandado ya había completado dos años de servicio del período de tres años acordados, el tribunal dividió los gastos totales de Rs 67,595 (sesenta y siete mil quinientos noventa y cinco) incurrido por el demandante en tres partes iguales durante un período de tres años y otorgó una suma de Rs 22.532 (veintidós mil quinientos treinta y dos) como compensación razonable por dejar el empleo un año antes del período de tiempo acordado. El monto de la compensación otorgada se basará en la pérdida real incurrida por el empleador por dicho incumplimiento.

Como vemos, estos tres (3) requisitos para que un PPL denominado *employment bond* en la India sea válido son –en términos de nuestro ordenamiento jurídico peruano–, que sea celebrado sin vicios de la voluntad, que tenga términos razonables en las prestaciones recíprocas que se creen y que responda a un interés del empleador. Claramente, estos requisitos pueden ser aplicables a un PPL en el Perú actualmente con la normativa vigente.

Por ello, podemos concluir de este acápite que la posible regulación del PPL en el Perú debería considerar la existencia de estos pactos afines como en La India y su forma de regulación. Nótese que la referencia a ‘condiciones razonables impuestas al trabajador’ implica necesariamente que la causa jurídica del PPL sea razonable. Por ello, la posible regulación de este pacto podría perfectamente recoger la regla de ‘términos razonables’ para que no se circunscriba a una única causa jurídica como en España.

3.7 Sobre el impacto económico de la permanencia laboral.

Para este numeral, hemos revisado informes oficiales de instituciones privadas y entidades públicas sobre la realidad socioeconómica del Perú en los últimos años. La finalidad de ello ha sido relacionar tal realidad con la causa jurídica más conocida en el PPL: la capacitación. De las cifras que se muestran a continuación, hemos estimado cómo una regulación restrictiva podría afectar el mercado laboral.

3.7.1 Un vistazo a las cifras oficiales

Nos centraremos en las cifras emitidas por entidades públicas, como el MTPE y la INEI. Si bien la OIT no es una entidad nacional, tiene la experiencia y capacidad de emitir documentos con cifras y resultados plenamente aplicables al Perú.

3.7.1.1 'Informalidad y productividad', por la OIT

Este informe analiza principalmente la relación que existe entre la informalidad y la productividad. Tiene capítulos que explican las diferentes causas de la informalidad. No obstante, hemos encontrado una conclusión interesante. Para Javier Herrera – según el trabajo publicado por la OIT (2017)–:

Las políticas públicas, generalmente, han destacado los aspectos positivos de la dinámica de las microempresas y han tratado de impulsar su extensión y desarrollo en el marco de políticas de promoción del empleo y de la lucha contra la pobreza. Las recientes orientaciones de política económica buscan lograr la transformación de las microempresas informales en formales. El éxito de tales políticas dependerá no solamente de los factores incitativos y del costo/beneficio de formalizarse sino también de lograr que el grueso de las microempresas de muy baja productividad incremente el valor agregado por trabajador con un mejor acceso a la capacitación empresarial, al crédito y a servicios públicos. (págs. 89-90)

Así, la productividad de los trabajadores de una microempresa puede incrementarse con una capacitación laboral. Si dicha productividad aumenta, la probabilidad de que las empresas informales también lo hará.

En ese contexto, ¿qué papel juega el PPL? La conclusión es simple: puede ser un incentivo o un desincentivo para aplicar dichas políticas públicas destinadas a la reducción de la informalidad. Nótese que, si el PPL se regula en un sentido muy similar al ET español, la única causa que validaría tal pacto sería la capacitación profesional (la 'especialización profesional'). En consecuencia, el PPL sólo por dicha causa sería un desincentivo por ser la única que puedan suscribir las microempresas con sus trabajadores.

Por el contrario, concluimos que si el PPL se regula de tal manera que no solamente se permite la causa de capacitación profesional, podrían incluirse todo tipo de capacitación. En consecuencia, el PPL sería un incentivo para las microempresas con el fin de aumentar la productividad a través de la capacitación a todo nivel (técnica y laboral).

3.7.1.2 Del 'programa de acción 2018-2019' de la OIT

En un sentido muy parecido al informe anterior se pronunció la OIT (2018). Dicha entidad –a propósito de 'lo que se debe fortalecer para una transición a la formalidad laboral'– manifestó que:

A inicios de 2018 se aprobó, con el apoyo de la OIT, la Estrategia Sectorial para la Formalización Laboral 2018-2021, liderada por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). La OIT continuará apoyando la puesta en marcha de esta Estrategia a través del diálogo social y de la capacitación técnica a los actores del mundo del trabajo. (pág. 5)

Como vemos, la 'capacitación técnica' es pieza fundamental para una estrategia de formalización de empresas en un país como el nuestro donde –de conformidad con la Encuesta Nacional de Hogares (2017)– la quinta parte de su población joven no trabaja ni estudia.



Ilustración 39: Porcentaje de la población joven que no estudia ni trabaja (2017).

Fuente: Recuperado de 'Perú. Programa de acción 2018-2019 rumbo al bicentenario' (p. 2).

Asimismo, –a propósito del empleo digno– la OIT (2018) no sólo destacó la importancia de la formación profesional, sino la técnica, conforme vemos a continuación:

El desempleo juvenil es uno de los problemas recurrentes que enfrenta el país. Las acciones de la OIT en 2018 y 2019 se concentrarán en la pertinencia de la formación para el trabajo, abordando la inadecuación ocupacional entre la oferta y la demanda, particularmente en el sector textil-confecciones. También se trabajará en mecanismos para facilitar la inserción en el mundo laboral de los jóvenes que no estudian ni trabajan (NiNis), a partir de la generación de información que les permita tomar decisiones y hacer más exitoso su tránsito de la escuela al trabajo. (pág. 4)

Como vemos, la capacitación más allá de la profesional (léase, técnica y laboral) es indispensable para que el porcentaje de la población juvenil sin estudios ni trabajo pueda disminuir. He aquí la relevancia del PPL: ¿para qué limitarlo a la capacitación profesional cuando en el Perú se necesitan incentivos para promover todo tipo de capacitación/formación?

Así, podemos concluir que el PPL puede ser un incentivo, en la medida que vaya en armonía con las políticas públicas en materia de trabajo; o, por el contrario, un desincentivo si se regula de manera aislada sin considerar los estudios realizados por la OIT.

3.7.1.3 “*Leyendo números...*” por el MTPE

Ahora bien, en este punto, resulta indispensable revisar los informes estadísticos mensuales elaborado por el MTPE a propósito del empleo formal en la actividad privada. En las siguientes tablas, se podrá observar un aumento progresivo durante todo el 2018 en dos aspectos. El primero es el aumento de la creación de empresas, mientras que el segundo es el número de trabajadores formales inscritos.

ACTIVIDAD ECONÓMICA	EMPRESAS	TRABAJADORES
A AGRICULT.,GANAD.,CAZA Y SILVIC.	6 530	313 109
B PESCA	1 422	29 533
C EXPLOTACIÓN DE MINAS Y CANTERAS	2 924	105 112
D INDUSTRIAS MANUFACTURERAS	37 615	539 737
E SUMIN.,ELECTRICIDAD, GAS Y AGUA	602	17 253
F CONSTRUCCIÓN	21 953	209 404
G COMERCIO, REP.DE VEHÍCULOS,AUT.,MOT.	101 908	631 739
H HOTELES Y RESTAURANTES	21 736	156 348
I TRANSPORTES, ALMACENAM. Y COMUN.	33 104	299 620
J INTERMEDIACIÓN FINANCIERA	1 446	133 417
K ACT. INMOBILIARIAS, EMP. Y ALQ.	62 158	708 313
L ADM.PÚBLICA, PLANES DE SEG.,SOC.	425	5 485
M ENSEÑANZA	8 083	155 840
N SERVICIOS SOCIALES Y DE SALUD	9 960	74 697
O OTRAS ACT.,SERV.COM.,SOC.Y PER.	35 350	240 705
P HOGAR.PRIVAD.CON SERV.DOMESTIC.	8	22
Q ORG.Y ORGANOS EXTRATERRITORIA.	79	1 412
NO DETERMINADO	6 143	24 170
TOTAL	351 446	3 645 916

Tabla 35: Empresas y trabajadores según actividad económica enero 2018

Fuente: MTPE / OGETIC / OFICINA DE ESTADÍSTICA / PLANILLA ELECTRÓNICA / T-REGISTRO
(Recuperado de 'Leyendo Números...' del MTPE, Año 22, n.º 1)

ACTIVIDAD ECONÓMICA	EMPRESAS	TRABAJADORES
A AGRICULT.,GANAD.,CAZA Y SILVIC.	6 574	253 551
B PESCA	1 464	29 179
C EXPLOTACIÓN DE MINAS Y CANTERAS	2 953	106 525
D INDUSTRIAS MANUFACTURERAS	37 732	531 369
E SUMIN.,ELECTRICIDAD, GAS Y AGUA	614	17 807
F CONSTRUCCIÓN	22 006	211 624
G COMERCIO, REP.DE VEHÍCULOS,AUT.,MOT.	102 717	630 741
H HOTELES Y RESTAURANTES	22 048	156 431
I TRANSPORTES, ALMACENAM. Y COMUN.	33 531	305 497
J INTERMEDIACIÓN FINANCIERA	1 502	134 479
K ACT. INMOBILIARIAS, EMP. Y ALQ.	62 271	738 775
L ADM.PÚBLICA, PLANES DE SEG.,SOC.	437	5 491
M ENSEÑANZA	8 788	237 815
N SERVICIOS SOCIALES Y DE SALUD	10 170	76 633
O OTRAS ACT.,SERV.COM.,SOC.Y PER.	35 775	250 289
P HOGAR.PRIVAD.CON SERV.DOMESTIC.	9	39
Q ORG.Y ORGANOS EXTRATERRITORIA.	78	1 386
NO DETERMINADO	6 136	25 135
TOTAL	354 807	3 712 766

Tabla 36: Empresas y trabajadores según actividad económica mayo 2018

Fuente: MTPE / OGETIC / OFICINA DE ESTADÍSTICA / PLANILLA ELECTRÓNICA / T-REGISTRO
(Recuperado de 'Leyendo Números...' del MTPE, Año 22, n.º 5)

ACTIVIDAD ECONÓMICA	EMPRESAS	TRABAJADORES
A AGRICULT.,GANAD.,CAZA Y SILVIC.	6 568	347 341
B PESCA	1 425	27 980
C EXPLOTACIÓN DE MINAS Y CANTERAS	2 933	105 962
D INDUSTRIAS MANUFACTURERAS	38 021	547 302
E SUMIN.,ELECTRICIDAD, GAS Y AGUA	636	18 723
F CONSTRUCCIÓN	22 202	214 471
G COMERCIO, REP.DE VEHÍCULOS,AUT.,MOT.	103 823	631 264
H HOTELES Y RESTAURANTES	22 427	158 806
I TRANSPORTES, ALMACENAM. Y COMUN.	34 146	312 530
J INTERMEDIACIÓN FINANCIERA	1 541	136 440
K ACT. INMOBILIARIAS, EMP. Y ALQ.	62 521	729 997
L ADM.PÚBLICA, PLANES DE SEG.,SOC.	428	6 014
M ENSEÑANZA	8 958	234 004
N SERVICIOS SOCIALES Y DE SALUD	10 416	78 516
O OTRAS ACT.,SERV.COM.,SOC.Y PER.	36 079	255 462
P HOGAR.PRIVAD.CON SERV.DOMESTIC.	8	36
Q ORG.Y ORGANOS EXTRATERRITORIA.	76	1 371
NO DETERMINADO	6 124	24 749
TOTAL	358 332	3 830 968

Tabla 37: Empresas y trabajadores según actividad económica setiembre 2018

Fuente: MTPE / OGETIC / OFICINA DE ESTADÍSTICA / PLANILLA ELECTRÓNICA / T-REGISTRO
(Recuperado de 'Leyendo Números...' del MTPE, Año 22, n.º 9)

ACTIVIDAD ECONÓMICA	EMPRESAS	TRABAJADORES
A AGRICULT.,GANAD.,CAZA Y SILVIC.	6 589	374 213
B PESCA	1 447	29 161
C EXPLOTACIÓN DE MINAS Y CANTERAS	2 939	106 202
D INDUSTRIAS MANUFACTURERAS	38 208	572 594
E SUMIN.,ELECTRICIDAD, GAS Y AGUA	641	19 638
F CONSTRUCCIÓN	22 581	222 156
G COMERCIO, REP.DE VEHÍCULOS,AUT.,MOT.	104 390	639 696
H HOTELES Y RESTAURANTES	22 581	163 959
I TRANSPORTES, ALMACENAM. Y COMUN.	34 557	318 639
J INTERMEDIACIÓN FINANCIERA	1 551	137 376
K ACT. INMOBILIARIAS, EMP. Y ALQ.	62 400	734 273
L ADM.PÚBLICA, PLANES DE SEG.,SOC.	422	5 997
M ENSEÑANZA	8 994	242 334
N SERVICIOS SOCIALES Y DE SALUD	10 510	79 325
O OTRAS ACT.,SERV.COM.,SOC.Y PER.	36 297	251 718
P HOGAR.PRIVAD.CON SERV.DOMESTIC.	8	38
Q ORG.Y ORGANOS EXTRATERRITORIA.	77	1 378
NO DETERMINADO	6 077	25 426
TOTAL	360 269	3 924 123

Tabla 38: Empresas y trabajadores según actividad económica noviembre 2018 (cifras preliminares)

Fuente: MTPE / OGETIC / OFICINA DE ESTADÍSTICA / PLANILLA ELECTRÓNICA / T-REGISTRO
(Recuperado de 'Leyendo Números...' del MTPE, Año 22, n.º 11)

Como vemos, hasta noviembre de 2018, la cantidad de trabajadores con empleo formal era de casi 4 millones. Así, las actividades que más destacan en el Perú son inmobiliarias, automovilístico e industrias manufactureras.

Pero ¿qué pretendemos sostener con dichas cifras? Que la contratación laboral formal ha ido en aumento en todo el 2018. Tal incremento se ha realizado con unas normas que regulan el mercado y que no han variado sustancialmente para efectos de nuestro trabajo de investigación.

Es decir, nosotros observamos que la tendencia es que los trabajadores contratados formalmente aumenten y no se ha regulado restrictivamente ningún PPL aplicable al régimen laboral de la actividad privada. No consideramos que en sectores tan especializados –como, por ejemplo, construcción o pesca– debe haber un nivel de capacitación ofrecido por los empleadores y que, posiblemente, sea respaldados con PPL por ser una práctica empresarial frecuente.

Si bien no hemos encontrado un resultado que respalde nuestra premisa anterior, la reflexión a la que invitamos, ¿cómo puede afectar la regulación de un PPL limitado sólo a la capacitación profesional? Adviértase que en muchas actividades económicas mencionadas en las tablas anteriores no se requerirá tanto profesional tradicionales como abogados o contadores (aunque sí que tengan afinidad a la industria específica para la que trabajen). Lo que más debe requerirse en dichas industrias es el personal técnico calificado.

¿Cómo pretendemos incentivar a los empleadores de una actividad especializada a otorgar cierto nivel de calificación para un personal técnico a través de una capacitación si regulamos el PPL sólo para la ‘especialización profesional’? Es aquí donde podemos concluir que el ‘perfeccionamiento’ de un trabajador debe ser entendido en el sentido más amplio posible para incluir las capacitaciones técnicas y laborales.

3.7.1.4 Informe Estadísticos del MTPE

Este es otro tipo de informe elaborado también por el MTPE que hemos encontrado a fin de reforzar nuestras ideas en cuanto al PPL, de conformidad como hemos mencionado en el numeral anterior. Así, el MTPE (2016) sostuvo que:

En enero de 2016, la tasa de rotación registrada en las empresas privadas formales de 10 y más trabajadores para el ámbito Perú Urbano fue 3,8%, como consecuencia de una tasa de entrada y de salida de 1,3% y 6,3%, respectivamente. Asimismo, la tasa de rotación representó un total de 144 mil 291 transiciones laborales. Las ramas de actividad económica con mayores tasas de rotación fueron servicios (5,1%), extractiva (4,2%) e industria manufacturera (3,3%), seguidas en menor medida por las ramas comercio (1,9%) y transporte, almacenamiento y comunicaciones (1,7%). (pág. 14)

Como vemos, aquí hablamos de otra variable indispensable que ya ha sido medida: la rotación laboral. Se ha registrado casi 150 mil trabajadores que han transitado de un empleo. ¿Qué relevancia tiene esto con el PPL? Básicamente que nuestro mercado tiene movimiento de personal que no puede ser detenido.

Rama de actividad económica	Indicadores de movilidad laboral			
	Tasa de rotación	Tasa de entrada	Tasa de salida	Número de transiciones 1/
TOTAL RELATIVO	3,8	1,3	6,3	144 291
Extractiva (agricultura, pesca y minería)	4,2	4,0	4,3	8 345
Industria manufacturera	3,3	0,9	5,8	29 175
Comercio	1,9	1,8	2,0	16 552
Transporte, almacenamiento y comunicaciones	1,7	0,9	2,4	6 102
Servicios 2/	5,1	1,0	9,2	84 117

1/ El número de transiciones es la suma de los ingresos y retiros de trabajadores.
2/ La rama servicios está conformada por las subramas servicios prestados a empresas; restaurantes y hoteles; establecimientos financieros; enseñanza; servicios sociales y comunales; y electricidad, gas y agua.
Fuente: MTPE - Encuesta Nacional de Variación Mensual del Empleo (ENVME).
Elaboración: MTPE - DGPE - Dirección de Investigación Socio Económico Laboral (DISSEL).

Tabla 39: Indicadores mensuales de movilidad laboral en empresas privadas formales de 10 y más trabajadores, según rama de actividad económica –enero 2016– (Porcentaje)

Fuente: Recuperado de 'Informe Estadístico Mensual' del MTPE, año 20 – n.º 236

No sostenemos que la rotación laboral sea negativa para el Perú o que el PPL deba funcionar como un mecanismo para detenerla. Pero sí podemos concluir la

relevancia que puede jugar una regulación restrictiva del PPL a determinadas causas como sólo para ‘especialización’ o ‘perfeccionamiento’.

El nivel de rotación laboral nos da un mensaje claro. Existen trabajadores que se cambian de empleo dentro de una misma industria ¿por qué? Las causas pueden ser diversas, pero estimamos y partimos de la premisa que una persona siempre busca una mejoría personal, profesional o económica.

Entonces, desde un punto de vista empresarial, ¿cómo se puede retener a un trabajador que es bueno y busca una mejoría? Brindándole esa mejoría o una similar. El beneficio puede ser variable, pero cómo asegurar la inversión económica que realiza dicho empresario si sólo se permitiera que el PPL fuese válido para supuestos de ‘especialización’ o ‘perfeccionamiento’.

Concluimos que la rotación laboral que existe en las diferentes actividades económicas de los empleadores no es negativa por sí mismo, pues tal rotación se genera por diferentes causas. No obstante, consideramos negativo que sólo se pretenda regular mecanismos legales que permitan la retención válida del trabajador para casos de especialización o perfeccionamiento, no es el único motivo que impulsa a un trabajador a cambiar de empleo.

3.7.1.5 Inadecuación ocupacional de los trabajadores profesionales

Este informe elaborado por el MTPE también revela información importante sobre el mercado laboral. Aquí se estudia otra de las causas que también podrían motivar la rotación laboral en el Perú: el comúnmente denominado ‘subempleo’. Esta causa también es uno de los mayores problemas que afrontan países de Suramérica, como explica el MTPE (2016) a continuación:

Esta situación resulta preocupante cuando los profesionales obtienen un empleo que requiere un nivel de instrucción diferente al que poseen, generándose un desajuste entre el nivel educativo que tienen y la ocupación que desempeñan, problema conocido de diversas maneras: subempleo profesional, desajuste educativo o

inadecuación ocupacional, siendo este último el término que utiliza el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE). (pág. 7)

En efecto, el subempleo es conocido técnicamente como 'inadecuación ocupacional'. Es definido por el MTPE (2016) de la siguiente manera:

La inadecuación ocupacional es definida como la no correspondencia existente entre la formación recibida y la ocupación que finalmente desempeñe un trabajador; es decir, la incompatibilidad que existe entre la educación y ocupación que ejercen. En tanto, su contraparte será la adecuación ocupacional; es decir, la correspondencia existente entre la formación recibida y la ocupación desempeñada. (pág. 9)

Las consecuencias de la inadecuación ocupaciones son desventajosas. Debemos destacar a los principales actores afectados con este fenómeno: el mercado, la empresa formal y los trabajadores, conforme el MTPE (2016) señala a continuación:

La inadecuación ocupacional conlleva a una serie desventajas, tanto para la economía en general, el empresario y para el mismo trabajador. De acuerdo con Quintini (2011, p. 7), a nivel macroeconómico genera un aumento del desempleo y reduce el crecimiento del Producto Bruto Interno a través de la pérdida de capital humano y/o la reducción de la productividad laboral; a nivel empresarial se reduce no solo la productividad, sino que aumenta la búsqueda de empleo y la movilidad en los puestos de trabajo; y, a nivel del trabajador afecta su satisfacción, su motivación y sus salarios. (pág. 7)

Dentro de los tres actores afectados, debemos resaltar la brecha salarial que existe entre el trabajador profesional adecuadamente ocupado con el trabajador profesional inadecuadamente ocupado:

[...] se observa el ingreso laboral promedio mensual por nivel de adecuación ocupacional, mostrándose una brecha a favor de los profesionales adecuadamente ocupados, pues este tipo de profesional percibe en promedio S/ 3 678 al mes, mientras que un profesional inadecuadamente ocupado percibe S/ 3 051; es decir, un profesional adecuadamente ocupado gana en promedio 20,6% más que un profesional inadecuadamente ocupado. En el caso de los jóvenes profesionales, la situación es

similar, pues un joven adecuadamente ocupado percibe un ingreso laboral mayor en 21,1% que uno inadecuadamente ocupado. (pág. 18)

Esto quiere decir que existe un porcentaje alto de trabajadores profesionales que trabajan en una actividad para la cual no se capacitaron. Las consecuencias de dicha inadecuación o subempleo pueden ser desde leves hasta muy graves. La consecuencia más leve sería que una baja productividad que implique una inevitable rotación laboral. La consecuencia más grave sería un estancamiento en el desarrollo económico de un mercado por falta de capacitación.

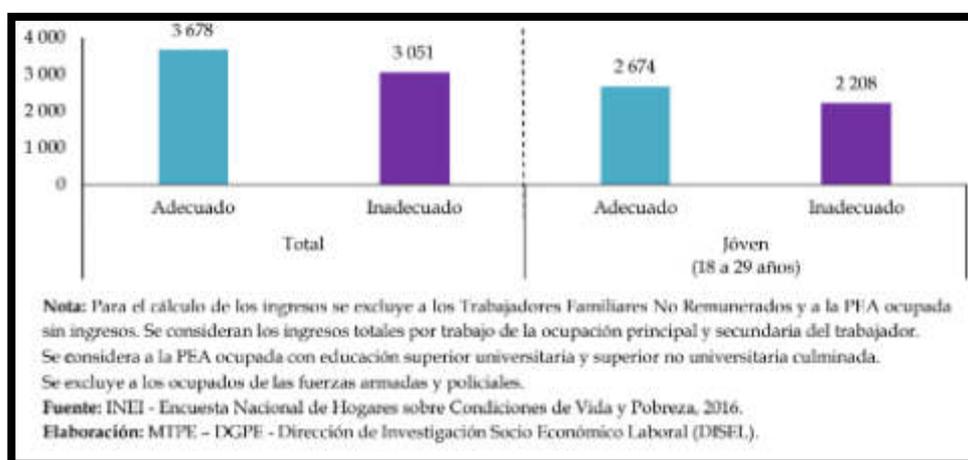


Ilustración 40: Ingreso laboral promedio mensual de la PEA ocupada profesional total y juvenil del sector privado formal, según nivel de adecuación ocupacional, 2016 (soles)

Fuente: Recuperado de 'La inadecuación ocupacional de los trabajadores profesionales del sector privado formal 2016' del MTPE (p. 18)

Del informe comentado, se puede advertir que el subempleo o inadecuación ocupacional se presenta en porcentajes similares en diferentes grupos de trabajadores, independientemente del nivel educacional que tengan. Es decir, tal inadecuación se presenta como una falla del mercado laboral peruano, pues éste no es competitivo. En consecuencia –independientemente de la formación que tuvo un trabajador (superior, superior no universitaria y universitaria)–, en el Perú, de cada diez trabajadores, cinco no se ocupan para lo que estudiaron. Así, el MTPE (2016) manifestó que:

Según el registro de la Planilla Electrónica, en el año 2016, el 52,6% de los trabajadores profesionales del sector privado formal se encontraron inadecuadamente ocupados, donde la gran mayoría (50,2%) estuvo subutilizado [...]. Por nivel educativo superior, se tiene que el 65,2% de los profesionales de educación superior no universitaria estuvieron inadecuadamente ocupados, donde la subutilización fue el componente más predominante (52,0%). En tanto, casi la mitad de los profesionales de educación superior universitaria estuvieron inadecuadamente ocupados (49,8%) o lo que es lo mismo, en este caso, afirmar que estuvieron subutilizados. (pág. 20)

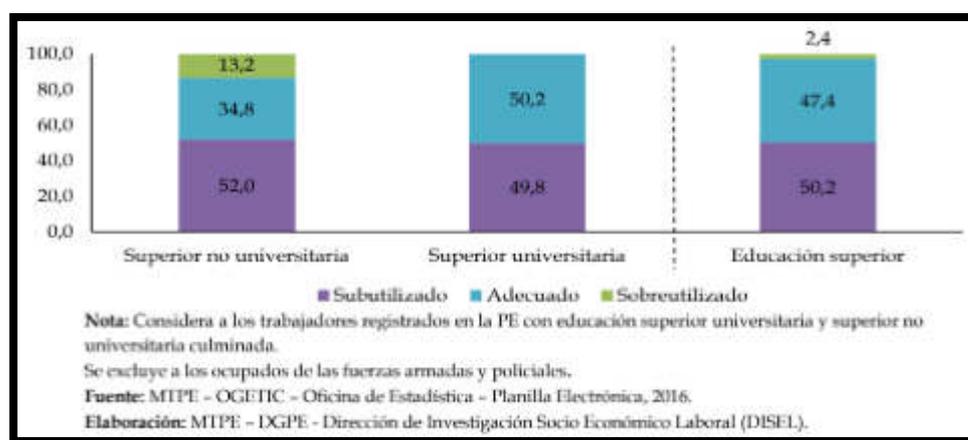


Ilustración 41: Trabajadores profesionales del sector privado formal registrados en la planilla electrónica por nivel de educación superior culminada, según nivel de adecuación ocupacional, 2016

Fuente: Recuperado de "La inadecuación ocupacional de los trabajadores profesionales del sector privado formal 2016" del MTPE (p. 20)

[...] para el nivel de educación superior universitaria, los campos de carreras que presentan las menores tasas de inadecuación ocupacional son Ciencias de la salud y la de Educación, resultados que se encuentran en línea con MTPE (2014, p. 72-73). Mientras que los demás campos de carreras presentan tasas de inadecuación altas, pues de cada 10 profesionales universitarios, entre 5 y 6 se encuentran en esta situación. (pág. 24)

Cabe destacar que se ha detectado al derecho como una de las carreras profesionales donde mayor tasa de inadecuación ocupacional de trabajadores formales. Así, el MTPE (2016) encontró que:

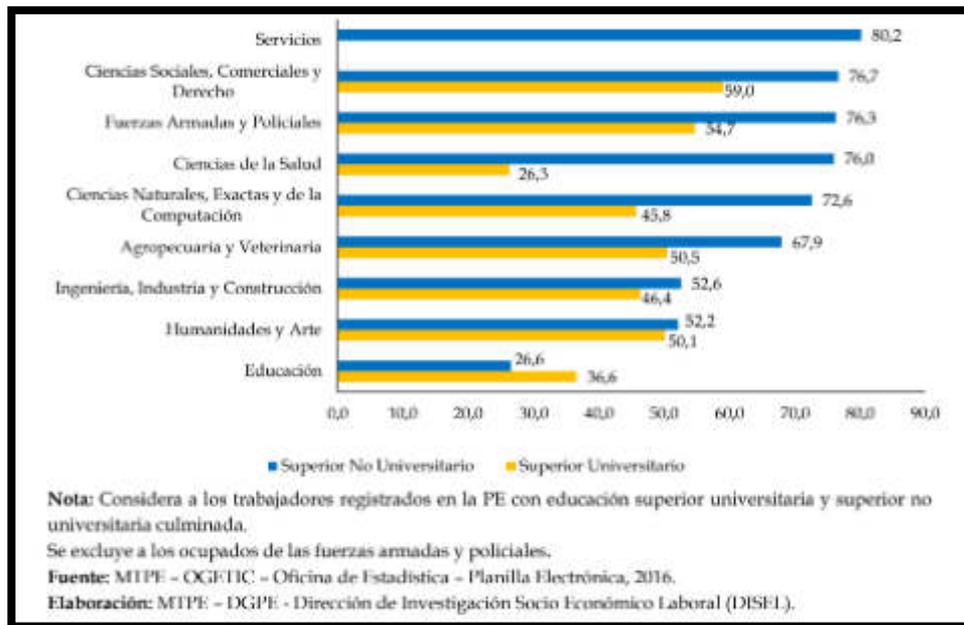


Ilustración 42: Tasa de inadecuación ocupacional de los profesionales del sector privado formal, registrados en la planilla electrónica, según campos de educación de carreras universitarias y carreras no universitarias, 2016

Fuente: Recuperado de 'La inadecuación ocupacional de los trabajadores profesionales del sector privado formal 2016' del MTPE (p. 25)

A pesar de las cifras precitadas, el MTPE ha advertido una tendencia en cuanto al fenómeno del desempleo. Existe una tendencia a que el trabajador, a medida que gana experiencia, ya no se encuentre subempleado. En otras palabras, mientras el trabajador crece, la probabilidad de estar adecuadamente ocupado aumenta. Así, el MTPE (2016) advierte que:

Un hallazgo interesante con la información de la PE, es que la tasa de inadecuación ocupacional tiende a disminuir a medida que el trabajador acumula más años de egreso del centro de estudio, [...] se espera que los profesionales jóvenes que recién se incorporan al mercado laboral tiendan a estar subutilizados dado que inician un proceso de acumulación de experiencia laboral, una vez que encuentran su trayectoria óptima al desempeñarse en una ocupación el nivel de subutilización tiende a decaer y aumenta la posibilidad de estar adecuadamente utilizado. (pág. 24)



Ilustración 43: Tasa de inadecuación ocupacional de los profesionales del sector privado formal registrados en la planilla electrónica, según rango de años de egreso del centro de estudio, 2016

Fuente: Recuperado de 'La inadecuación ocupacional de los trabajadores profesionales del sector privado formal 2016' del MTPE (p. 24)

A todo esto, ¿qué tienen que ver el nivel de subempleo con el presente trabajo de investigación? Que el empleador puede corregir supletoriamente esta falla de mercado a través de las capacitaciones. En efecto, el MTPE (2016) destacó que:

Las habilidades se pueden actualizar y mejorar después de ser contratadas mediante la participación del aprendizaje permanente, por lo tanto, se reduce la brecha entre las habilidades esperadas por las empresas y las habilidades actuales de los empleados. Nijhof (2005) argumenta que un sistema flexible de formación de habilidades con diferentes trayectorias en la vida es esencial en nuestras economías basadas en el conocimiento. El aprendizaje continuo y la capacitación son importantes para abordar esos nuevos requisitos de habilidades impulsados por el cambio del mercado laboral, así como la pérdida de habilidades con el tiempo. Arulampalam et. al (2004) resaltan la importancia de enfocarse en la adquisición de habilidades en el trabajo a través de la capacitación relacionada con el trabajo cuando se trata de una falta de correspondencia dentro de la empresa. Existe alguna evidencia de que la capacitación relacionada con el trabajo puede disminuir la brecha entre las habilidades adquiridas durante la educación formal y las requeridas en el trabajo (Arulampalam et. al., 2004) y reducir el desajuste (Van Smoorenburg y Van der Velden, 2000). (pág. 31)

De la cita anterior, destacamos dos ideas: 'sistema flexible de formación' y 'economía basada en conocimiento'. Desde nuestra perspectiva, la primera engloba conceptos como capacitación profesional, capacitación técnica y capacitación

laboral. Por su parte, la segunda idea refiere principalmente a cómo se estructura una economía para el trabajador: a mayor conocimiento, mayor posibilidad de aumento de salario.

Entonces, es aquí donde nos detenemos para relacionarlo con el presente trabajo de investigación. El PPL sólo es un mecanismo que persigue un objetivo general para cada parte. Mientras que el empleador desea retener el talento humano para fines empresariales, el trabajador persigue un beneficio extraordinario que usualmente no podría conseguir por sus propios medios. Dentro de la diversidad de tales beneficios, encontramos a la capacitación de calidad. El ejemplo más común de una especialización profesional sería el de una maestría, pero no es el único.

En efecto, podemos concluir que el PPL puede y debe funcionar como un mecanismo legal que incentive el intercambio deseado por el empleador y el trabajador, sin lesionar la libertad de trabajo. En consecuencia, una regulación limitada sólo a la especialización o perfeccionamiento podría ocasionar un efecto no deseado en el mercado laboral peruano. Por citar sólo un ejemplo, los trabajadores técnicos tendrían menos herramientas para salir del subempleo.

Por último, para reforzar la conclusión anterior, el Estado debe incluir al PPL dentro de sus acciones para reducir el subempleo. Como señala el MTPE (2016) a continuación, la formulación y planificación de una política clara debe considerar la eventual regulación que se le dé al PPL:

Existe un conjunto de acciones que el Estado puede tomar en cuenta para mejorar la articulación entre la oferta y la demanda de competencias en sus diferentes aristas (explicadas en el capítulo anterior), y donde a su vez se debería considerar la participación de diferentes entidades estatales como el Ministerio de Economía y Finanzas, Ministerio de Producción, Ministerio de Vivienda, Construcción y Saneamiento, Ministerio de Educación y especialmente el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, que tiene como función rectora de formular, planificar, dirigir, coordinar, ejecutar, supervisar y evaluar políticas nacionales y sectoriales en materia de formación profesional y capacitación para el trabajo, en todos los niveles de gobierno. (pág. 42)

3.7.1.6 De los indicadores de Empleo e Ingreso por departamento 2007-2017 de la INEI

Con relación al numeral anterior, otra entidad que nos proporciona cifras importantes sobre el nivel educacional en el Perú es la INEI. El primer dato relevante que hemos encontrado es que existe una tendencia del 2007 al 2017 de que la población con un nivel de educación secundaria hacia adelante se encuentra en edad para trabajar. No obstante, según la INEI (2018), el número de trabajadores en edad para trabajar sólo con educación primaria ha decrecido:

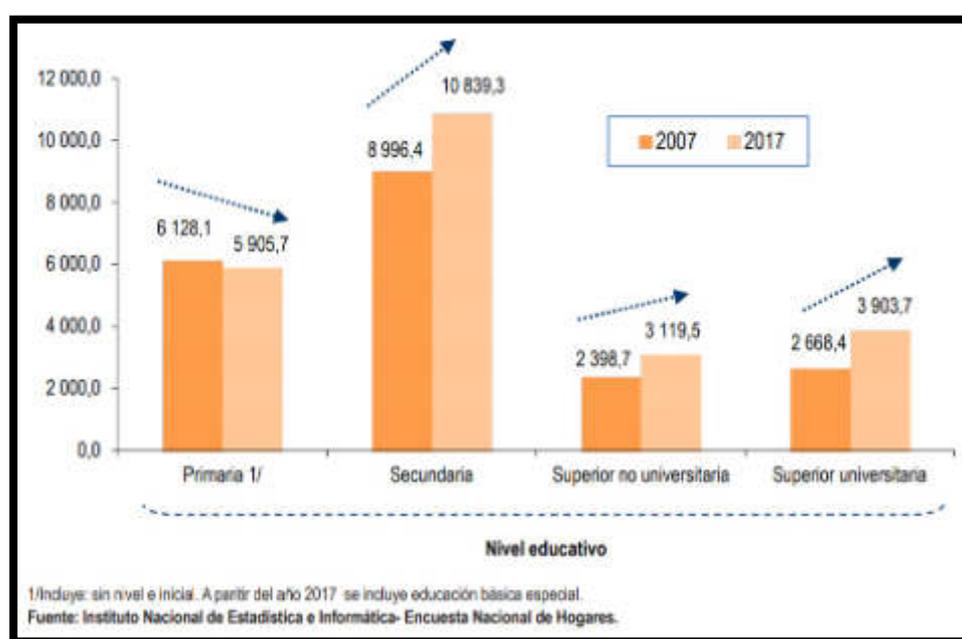


Ilustración 44: Población en Edad de Trabajar por nivel educativo, 2007-2017 (miles de personas)

Fuente: Recuperado de 'Perú: Indicadores de Empleo e Ingreso por departamento 2007-2017' de la INEI (p. 32)

¿Qué significa esto? Que cada vez hay menos personas con educación primaria con edad para trabajar ¿Es positivo? Depende de la perspectiva. Podríamos indicar que se ha reducido porque tales personas también han alcanzado la educación secundaria, lo cual sería positivo. No obstante, también podríamos indicar que ese número ha decrecido porque ni si quiera alcanzan el nivel de educación primaria completa y ya están en edad para trabajar.

Pero el dato importante de la tabla anterior es la tendencia a aumentar el número de personas en edad para trabajar que cuentan con educación secundaria, superior no universitaria o superior no universitaria. Cada vez, hay más personas de edad para trabajar con educación secundaria, técnica o profesional. La tendencia es que existen más oferta de trabajadores de diferentes niveles. Pero, ¿qué hay con la demanda de trabajadores? ¿se incrementa progresivamente como la oferta?

Resulta previsible que la oferta de empleo no aumente de igual manera con el incremento de personas en edad para trabajar con diferentes niveles de educación. Por tal motivo, siempre se ha registrado una tasa de desempleo en el Perú. Así, la INEI (2018) precisó cuál es el grupo más afectado con la tasa de desempleo:

La tasa de desempleo urbano por grupos de edad muestra importantes diferencias. Los jóvenes de 14 a 24 años son los que enfrentan mayores dificultades de inserción laboral, sea por carencias o déficit de formación, habilidades o experiencia de trabajo por lo que registran tasas de desempleo más altas que los adultos, las que se muestran en el periodo analizado (2007-2017). (pág. 129)

En efecto, el grupo conformado por jóvenes es el más afectado con el aumento de trabajadores en edad para trabajar. La relación proporcional indirecta que hacemos es que, a mayor número de trabajadores empleables, menor posibilidad de inserción laboral de los jóvenes. Para mejor ilustración, nos remitimos a la siguiente tabla:

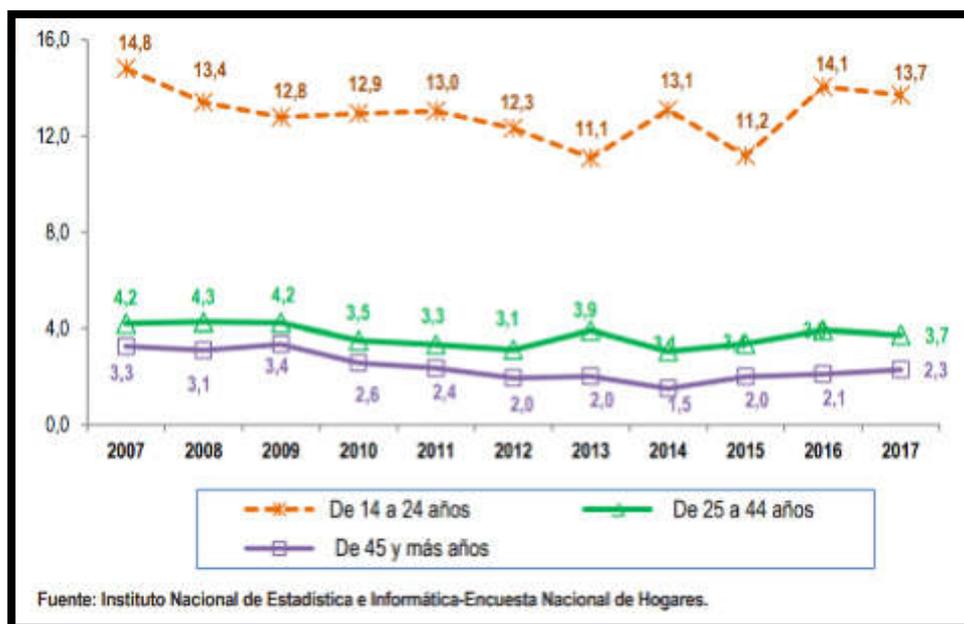


Ilustración 45: Tasa de desempleo abierto, según grupos de edad, 2007-2017 (porcentaje)

Fuente: Recuperado de 'Perú: Indicadores de Empleo e Ingreso por departamento 2007-2017' de la INEI (p. 129)

Un dato interesante que nos proporciona la INEI es que el porcentaje de personas con edad para trabajar que reciben educación básica o superior por departamento. A continuación, vemos que las zonas donde menos se invierte en educación para los propios trabajadores son Cajamarca y Madre de Dios:

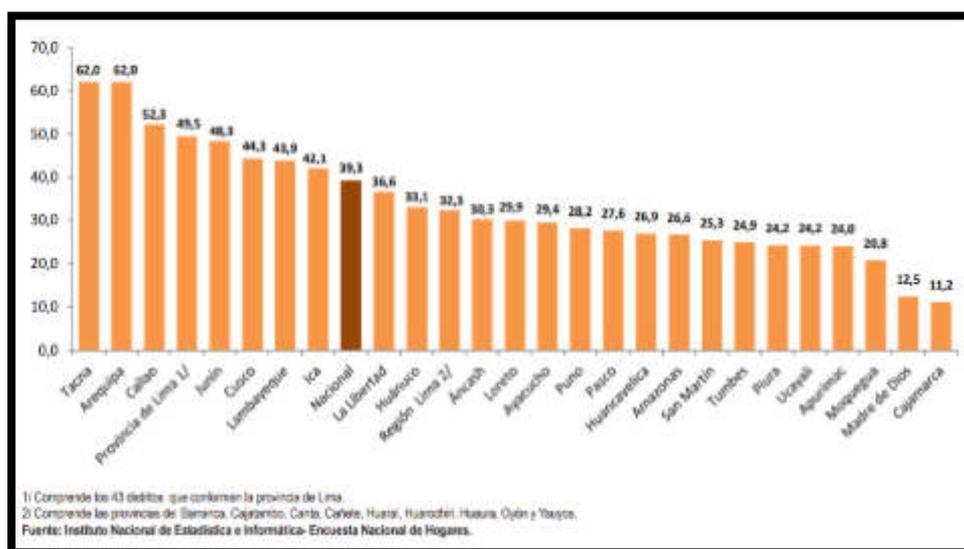


Ilustración 46: Población en Edad de Trabajar que asiste a un programa de educación básica o superior ubicado en un distrito diferente al que vive, según departamento 2017 (porcentaje)

Fuente: Recuperado de 'Perú: Indicadores de Empleo e Ingreso por departamento 2007-2017' de la INEI (p. 33)

Entonces, ¿qué podemos concluir de lo anteriormente citado? Que el mecanismo legal denominado PPL puede servir como un incentivo para controlar –e incluso, decrecer– la tasa de desempleo de los jóvenes en las zonas donde menos se invierte en capacitación. ¿Cómo llegamos a dicha conclusión? Debido a que el PPL, si se celebra por motivo de una capacitación, creará un incentivo para que un trabajador pueda o bien acceder a un empleo o mantenerse en el mismo.

Así, podemos concluir que el PPL –según cómo se regule–, puede impulsar o frenar la tasa de desempleo de los trabajadores jóvenes con recursos económicos escasos en las zonas donde más se necesita invertir en capacitación. Si el PL peruano regula el PPL más allá de la especialización o perfeccionamiento, se crearán incentivos para que los empleadores puedan ofrecer diversas capacitaciones y evitar que algunos trabajadores pasen a aumentar el número de desempleados.

Por último, un dato adicional para destacar de este informe es que, para la OIT, según la INEI (2018), los trabajadores podrían ser remunerados a través de capacitaciones, conforme vemos a continuación:

La Organización Internacional del Trabajo, define como empleo asalariado a la condición de los trabajadores con un contrato de trabajo explícito o implícito, por lo que reciben una remuneración básica, que no depende directamente de los ingresos de la unidad para la que trabajan. Las personas con empleo asalariado reciben su remuneración, como sueldo o salario, pero también pueden remunerarse por medio de comisiones de ventas, pagos a destajo, primas o pagos en especie tales como comida, habitación o formación. (pág. 77)

Nosotros entendemos que dicha posibilidad de remunerar a través de una capacitación no tiene correlato con su acepción legal. Nótese que, si la capacitación que le brinda un empleador a un trabajador se debe a la prestación subordinada de servicios, entonces no cabría posibilidad jurídica de suscribir un PPL válido.

3.7.1.7 Resultados de la Encuesta de Micro y Pequeña Empresa 2013 de la INEI

Durante la investigación realizada, encontramos esta interesante encuesta realizada a la INEI ejecutada en agosto y setiembre de 2013. De las 11,937 personas, podemos observar que no sólo los conductores (dueños) del negocio fueron encuestadas, sino también trabajadores de diferentes cargos (administradores, gerentes, contadores, otros). Así, la INEI (2014) señaló que: «Respecto al cargo del informante, el 42,6%, se identificaron como conductores de la empresa, el mismo que es sinónimo de propietario. El 31,1% manifestó ser gerente, mientras que el 20,4% se identificó como administrador.» (pág. 26)

Ciudad	Total	Conductor	Administrador	Gerente	Contador	Otro
Total	100,0	42,6	20,4	31,1	4,1	1,9
Lima - Callao	100,0	38,0	21,5	34,9	3,6	2,1
Arequipa	100,0	58,4	19,1	13,0	7,2	2,3
Ayacucho	100,0	80,0	10,0	7,5	0,0	2,5
Chiclayo	100,0	67,4	4,7	24,4	2,1	1,3
Cusco	100,0	43,9	23,2	31,7	1,2	0,0
Huancayo	100,0	61,4	5,8	30,5	0,0	2,4
Iquitos	100,0	56,4	16,7	11,5	15,4	0,0
Juliaca	100,0	76,4	6,9	8,3	4,2	4,2
Piura	100,0	22,1	44,2	26,4	7,3	0,0
Trujillo	100,0	61,6	16,6	14,4	7,3	0,0

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta de Micro y Pequeña Empresa 2013

Tabla 40: Cargo del informante a la encuesta, según ciudad, 2013 (distribución porcentual)

Fuente: Recuperado de 'Resultados de la Encuesta de Micro y Pequeña Empresa, 2013' del INEI (p. 26)

Del total de encuestados (11,937), 2,269 personas se capacitaron en asuntos relacionados a gestión empresarial. De dicha cifra, Lima y Callao concentraron el mayor número que busca capacitaciones para mejorar la gestión empresarial con relación a otros departamentos del Perú. No obstante, debemos precisar que sólo es la quinta parte de personas encuestadas que se interesaron en capacitarse en gestión empresarial.

Ciudad	MYPE	MYPE que asistieron a eventos de capacitación relacionados a la gestión empresarial	
		Absoluto	%
Total	11 937	2 269	19,0
Lima - Callao	9 373	1 725	18,4
Arequipa	839	161	19,1
Ayacucho	48	24	50,0
Chiclayo	252	21	8,2
Cusco	163	44	26,8
Huancayo	195	74	37,9
Iquitos	97	16	16,7
Juliaca	147	29	19,4
Piura	114	31	27,4
Trujillo	709	145	20,5

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta de Micro y Pequeña Empresa 2013

Tabla 41: Asistencia a eventos de capacitación relacionados a la gestión empresarial, según ciudad, 2012 (participación porcentual)

Fuente: Recuperado de 'Resultados de la Encuesta de Micro y Pequeña Empresa, 2013' del INEI (p. 35)

No obstante, además de la gestión empresarial, existe una variedad de contenido en las capacitaciones buscadas por las personas encuestadas. Las tendencias de los cursos buscados por el personal de una micro y pequeña empresa varían según la zona. Para Ayacucho, por ejemplo, la búsqueda de la formalización es indispensable para muchos de sus encuestados. Para Cuzco, la formalización fue un curso que nadie buscó. Para mejor ilustración, nos remitimos a la siguiente tabla de la INEI (2014) a continuación:

Ciudad	Total	Formalización	Compras estatales	Instrumentos financieros	Exportaciones	Calidad	Marcas y franquicias	Atención al cliente	Planes de negocios	Marketing	Cadena de suministros	Gestión financiera	Negocios por Internet	Innovación	Gestión de recursos humanos	Seguridad laboral
Total	100,0	9,7	6,2	7,1	10,1	10,2	2,0	7,7	7,0	19,0	1,2	5,8	2,1	2,9	4,4	4,8
Lima - Callao	100,0	8,6	5,5	7,8	11,0	9,2	2,1	7,4	7,7	19,9	0,9	6,0	2,6	2,2	4,4	4,7
Arequipa	100,0	10,8	5,0	3,9	5,3	20,4	3,2	2,1	4,4	15,1	3,0	8,0	0,5	6,4	6,4	5,5
Ayacucho	100,0	40,7	25,9	0,0	3,7	0,0	0,0	7,4	0,0	7,4	7,4	7,4	0,0	0,0	0,0	0,0
Chiclayo	100,0	17,9	18,3	0,0	4,7	18,3	0,0	0,0	13,6	4,7	0,0	0,0	0,0	17,9	4,7	0,0
Cusco	100,0	0,0	0,0	0,0	14,7	8,8	2,9	5,9	0,0	11,8	5,9	8,8	0,0	23,5	0,0	17,6
Huancayo	100,0	9,0	18,0	0,8	7,0	20,8	0,8	14,1	5,9	13,0	0,0	0,0	0,0	0,8	4,5	5,3
Iquitos	100,0	5,0	0,0	10,1	0,0	5,0	0,0	15,0	5,0	5,0	0,0	5,0	0,0	20,0	20,0	9,9
Juliaca	100,0	14,3	0,0	14,3	0,0	21,4	7,1	14,3	0,0	0,0	7,1	7,1	0,0	0,0	0,0	14,3
Piura	100,0	2,9	7,8	2,9	0,0	26,2	0,0	7,8	0,0	43,7	0,0	2,9	0,0	2,9	2,9	0,0
Trujillo	100,0	19,4	9,0	6,8	9,0	6,3	0,0	12,9	5,1	19,1	1,4	3,6	1,1	1,4	3,3	1,5

Nota: El resultado corresponde a una pregunta con respuesta múltiple.
Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta de Micro y Pequeña Empresa 2013.

Tabla 42: Temática de los cursos de capacitación en gestión empresarial, según ciudad, 2012 (distribución porcentual)

Fuente: Recuperado de 'Resultados de la Encuesta de Micro y Pequeña Empresa, 2013' del INEI (p. 36)

Un resultado que llamó nuestra atención fue el bajo número de capacitaciones de 'tecnología de información y comunicación' perseguidas por el personal ligado a una micro y pequeña empresa. Del total de encuestados (11,937), sólo 935 personas se capacitaron en dicha materia. Para mejor ilustración, nos remitimos a la siguiente tabla de la INEI (2014) a continuación:

Ciudad	MYPE	MYPE que participaron en cursos y/o servicios de capacitación sobre Tecnologías de Información y Comunicación	
		Absoluto	%
Total	11 937	935	7,8
Lima - Callao	9 373	796	8,5
Arequipa	839	29	3,5
Ayacucho	48	4	7,5
Chiclayo	252	1	0,4
Cusco	163	10	6,1
Huancayo	195	41	21,0
Iquitos	97	1	1,3
Julica	147	2	1,4
Piura	114	5	4,6
Trujillo	709	46	6,5

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta de Micro y Pequeña Empresa 2013

Tabla 43: Micro y Pequeña Empresa que participaron en cursos y/o servicios de capacitación sobre tecnologías de información y comunicación, según ciudad, 2012 (participación porcentual)

Fuente: Recuperado de 'Resultados de la Encuesta de Micro y Pequeña Empresa, 2013' del INEI (p. 43)

Del total de las 935 personas que buscaron capacitación relacionada a 'tecnología de información y comunicación' se obtuvieron diversos resultados. Lo que más destacó fue que la tendencia por cursos de 'diseño de página web'. Lo que menos destacaron fueron los cursos por operaciones con el Estado. Así, la INEI (2014) informó que:

Los servicios utilizados para la formación de capacidades en Tecnologías de Información y Comunicación (TIC), aplicados a la mercadotecnia en el año 2012, por parte de los conductores de las empresas, fueron: Diseño de página web (21,6%), operaciones de banca electrónica (18,2%), transacciones comerciales con compradores por internet (16,0%) y transacciones comerciales con proveedores por internet (14,4%). Los cursos menos seguidos se encuentran en la opción, operaciones con instituciones públicas (5,6%). (pág. 44)

Ciudad	Total	Diseño de página Web	Transacciones comerciales con proveedores por internet	Transacciones comerciales con compradores por internet	Operaciones de banca electrónica	Operaciones con instituciones públicas	Redes sociales	Ofimática
Total	100,0	21,6	14,4	16,0	18,2	5,6	12,4	11,7
Lima - Callao	100,0	22,3	13,9	16,0	19,0	4,6	12,5	11,7
Arequipa	100,0	25,2	14,3	10,9	16,0	6,7	14,3	12,6
Ayacucho	100,0	20,0	0,0	0,0	0,0	0,0	40,0	40,0
Chiclayo	100,0	0,0	33,3	33,3	33,3	0,0	0,0	0,0
Cusco	100,0	14,3	14,3	28,6	0,0	14,3	0,0	28,6
Huancayo	100,0	20,9	16,0	8,0	6,3	24,8	12,6	9,7
Iquitos	100,0	100,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0	0,0
Juliaca	100,0	0,0	20,0	20,0	20,0	20,0	20,0	0,0
Piura	100,0	9,7	35,5	25,8	19,4	9,7	0,0	0,0
Trujillo	100,0	10,9	21,6	22,7	14,5	9,7	10,9	9,7

Nota: El resultado corresponde a una pregunta con respuesta múltiple.
Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta de Micro y Pequeña Empresa 2013

Tabla 44: Cursos y/o servicios sobre tecnología de información y comunicación en que participaron la Micro y Pequeña Empresa, según ciudad, 2012 (distribución porcentual)

Fuente: Recuperado de 'Resultados de la Encuesta de Micro y Pequeña Empresa, 2013' del INEI (p. 44)

Del total de encuestados (11,937), 4,881 personas se capacitaron en asuntos relacionados a servicios financieros. De dicha cifra, Lima y Callao concentraron el mayor número que busca capacitaciones para mejorar sus competencias en servicios financieros con relación a otros departamentos del Perú. Para mejor ilustración, nos remitimos a la tabla elaborada por la INEI (2014) a continuación:

Ciudad	Total MYPE	MYPE que participaron en eventos de capacitación o tuvieron acceso a información relacionada con la oferta de servicios de financieros	
		Absoluto	%
Total	11 937	4 881	40,9
Lima - Callao	9 373	3 895	41,6
Arequipa	839	284	33,8
Ayacucho	48	4	7,5
Chiclayo	252	22	8,6
Cusco	163	18	11,0
Huancayo	195	148	75,6
Iquitos	97	11	11,6
Juliaca	147	10	6,9
Piura	114	26	22,8
Trujillo	709	464	65,4

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta de Micro y Pequeña Empresa 2013

Tabla 45: Micro y Pequeña Empresa que participaron en eventos de capacitación o tuvieron acceso a información sobre ofertas de servicios del sistema financiero, según ciudad, 2012 (participación porcentual)

Fuente: Recuperado de 'Resultados de la Encuesta de Micro y Pequeña Empresa, 2013' del INEI (p. 55)

Del total de encuestados (11,937), 2,004 micros y pequeñas empresas capacitaron a sus trabajadores operarios. De dicha cifra, Lima y Callao concentraron el mayor número que capacitó a sus trabajadores con relación a otros departamentos del Perú. Para mejor ilustración, nos remitimos a la tabla elaborada por la INEI (2014) a continuación:

Ciudad	Total MYPE	MYPE que capacitaron a sus trabajadores operarios	
		Absoluto	%
Total	11 937	2004	16,8
Lima - Callao	9 373	1309	14,0
Arequipa	839	192	22,9
Ayacucho	48	20	42,5
Chiclayo	252	10	3,9
Cusco	163	87	53,7
Huancayo	195	89	45,5
Iquitos	97	24	24,3
Juliaca	147	20	13,9
Piura	114	35	30,4
Trujillo	709	217	30,7

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta de Micro y Pequeña Empresa 2013

Tabla 46: Micro y Pequeña Empresa que capacitaron a sus trabajadores operarios, según ciudad, 2012 (participación porcentual)

Fuente: Recuperado de 'Resultados de la Encuesta de Micro y Pequeña Empresa, 2013' del INEI (p. 62)

Ahora bien, de las 2,004 micros y pequeñas empresas que capacitaron a sus trabajadores operarios, el 60% fueron empresas privadas, conforme se puede observar de la siguiente tabla de la INEI (2014) a continuación:

Ciudad	Total	Asociaciones	Cámaras de Comercio	CITE	Colegios Profesionales	Empresas Privadas	Gobierno Central	Gobiernos Locales	Gobiernos Regionales	Instituciones Financieras	Institutos de Educación Superior
Total	100,0	2,3	2,1	3,1	0,3	60,0	6,4	9,4	6,2	1,4	19,8
Lima - Callao	100,0	3,1	1,5	4,5	0,0	59,7	3,7	9,0	0,0	1,8	20,9
Arequipe	100,0	0,0	1,0	0,0	0,2	73,3	4,7	3,5	0,0	0,5	17,2
Ayacucho	100,0	0,0	12,2	0,0	0,0	59,2	20,4	4,1	0,0	0,0	2,0
Chiclayo	100,0	0,0	0,0	0,0	0,0	33,6	36,6	3,0	0,0	0,0	20,0
Cusco	100,0	2,3	1,2	0,0	0,0	24,4	8,1	0,0	0,0	2,3	62,3
Huancayo	100,0	0,5	9,4	0,0	0,0	56,5	32,5	0,5	0,0	0,5	0,0
Iquitos	100,0	0,0	2,4	0,0	6,1	50,7	20,5	12,0	0,0	0,0	6,0
Juliaca	100,0	0,0	0,0	0,0	0,0	84,0	8,0	3,0	0,0	0,0	8,0
Piura	100,0	0,0	23,9	1,8	0,9	29,0	2,4	0,0	9,8	0,0	27,5
Trujillo	100,0	0,5	0,6	0,2	2,2	65,6	14,0	3,9	0,5	0,0	13,0

Nota: El resultado corresponde a una pregunta con respuesta múltiple.
Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta de Micro y Pequeña Empresa 2013

Tabla 47: Instituciones que capacitaron a los trabajadores operarios de la Micro y Pequeña Empresa, según ciudad, 2012 (distribución porcentual)

Fuente: Recuperado de 'Resultados de la Encuesta de Micro y Pequeña Empresa, 2013' del INEI (p. 63)

Otro dato relevante de esta encuesta fue el tiempo de la capacitación en cada micro y pequeña empresa. Más de la mitad de las capacitaciones impartidas fueron de 1 a 10 horas, mientras que casi la tercera parte no excedía de 50 horas. Para mejor ilustración nos remitimos a la siguiente tabla de la INEI (2014):

Ciudad	Total	De 1 a 10 horas	De 11 a 50 horas	De 51 a 100 horas	Más de 100 horas
Total	100,0	54,9	30,6	7,4	7,1
Lima - Callao	100,0	54,6	29,3	7,6	8,5
Arequipa	100,0	58,3	24,9	10,7	6,2
Ayacucho	100,0	16,3	81,6	0,0	2,0
Chiclayo	100,0	42,7	26,9	30,5	0,0
Cusco	100,0	34,9	45,3	12,8	7,0
Huancayo	100,0	64,0	23,8	5,8	6,4
Iquitos	100,0	45,6	46,0	0,0	8,4
Juliaca	100,0	24,0	60,0	16,0	0,0
Piura	100,0	30,9	60,2	7,3	1,5
Trujillo	100,0	69,3	29,6	0,6	0,5

Nota: El resultado corresponde a una pregunta con respuesta múltiple.
Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta de Micro y Pequeña Empresa 2013

Tabla 48: Duración de los eventos de capacitación a trabajadores operarios de la Micro y Pequeña Empresa, según ciudad, 2012 (distribución porcentual)

Fuente: Recuperado de 'Resultados de la Encuesta de Micro y Pequeña Empresa, 2013' del INEI (p. 64)

Cabe resaltar otro dato de esta encuesta nacional. Del total de 11,937 encuestados, 6,864 trabajadores operarios recibieron capacitación en eventos relacionados con la actividad que realizaron. No obstante, sólo 162 trabajadores operarios recibieron capacitación adecuada. Para mejor ilustración, nos remitimos a la siguiente tabla a continuación:

Ciudad	Trabajadores operarios que han recibido capacitación en eventos relacionados con la actividad que desarrollan	Trabajadores operarios que han recibido capacitación adecuada	
		Absoluto	%
Total	6 864	162	2,4
Lima - Callao	4 689	122	2,6
Arequipa	731	13	1,7
Ayacucho	59	1	2,0
Chiclayo	43	0	0,0
Cusco	171	0	0,0
Huancayo	194	5	2,7
Iquitos	179	5	2,8
Juliaca	51	0	0,0
Piura	123	0	0,0
Trujillo	624	15	2,5

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta de Micro y Pequeña Empresa 2013

Tabla 49: Trabajadores de Micro y Pequeña Empresa que incrementan sus destrezas técnico-productivas en las labores que realizan, según ciudad, 2012

Fuente: Recuperado de 'Resultados de la Encuesta de Micro y Pequeña Empresa, 2013' del INEI (p. 92)

El último dato relevante es el referido a lo que se invierte en dinero para capacitaciones. Del total de 11,937 encuestados, 11,070 micros y pequeñas empresas registraron tributariamente 'gastos de capacitación'. Sin embargo, de esos 11,070, sólo 489 micros y pequeñas invirtieron en capacitación de sus trabajadores. Sin embargo, el monto dinerario que se registra en dichas 489 empresas equivale a más de 1 millón y medio de soles. Así, el INEI (2014) encontró que: «En tanto, en términos monetarios el monto invertido en capacitación (1 millón 619 mil nuevos soles) representa el 0,2% del total de los gastos de personal (964 millones 48 mil nuevos soles) registrados por las empresas.» (pág. 97)

Ciudad	MYPE que realizaron gastos de personal, directores y gerentes	MYPE que gastan en capacitación de los trabajadores		Monto gastado por MYPE en gastos de personal, directores y gerentes (Miles de nuevos soles)	Monto gastado en capacitación de sus trabajadores (Miles de nuevos soles)	
		Absoluto	%		Absoluto	%
Total	11 070	489	4,4	964 048	1 619	0,2
Lima - Callao	8 822	400	4,5	820 507	1 064	0,1
Arequipa	690	18	2,6	63 586	306	0,5
Ayacucho	48	1	2,5	1 349	0	0,0
Chiclayo	224	3	1,5	6 589	45	0,7
Cusco	99	2	2,0	3 690	2	0,0
Huancayo	194	26	13,4	7 755	30	0,4
Iquitos	85	2	2,9	6 402	1	0,0
Juliaca	147	4	2,8	6 045	38	0,6
Piura	106	1	1,1	8 691	2	0,0
Trujillo	655	31	4,7	39 434	131	0,3

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática - Encuesta de Micro y Pequeña Empresa 2013.

Tabla 50: Micro y Pequeña Empresa que gastaron en capacitación de su personal, según ciudad, 2012

Fuente: Recuperado de 'Resultados de la Encuesta de Micro y Pequeña Empresa, 2013' del INEI (p. 97)

Ahora bien, ¿qué tienen que ver todos estos números y cifras con el PPL? Debemos precisar que el PPL es un mecanismo legal que puede funcionar como un incentivo o desincentivo en la inversión económica que realizan los trabajadores en las capacitaciones de sus trabajadores.

Por tal motivo, consideramos indispensable que la regulación del PPL considere estas cifras oficiales (evidentemente, actualizadas), por las siguientes consideraciones:

- La capacitación es el objetivo de trabajadores operarios, como trabajadores de confianza (administradores o contadores) y de dirección (gerente).
- El contenido de las capacitaciones buscadas por los trabajadores puede ser de diferente índole: gestión empresarial, servicios financieros o tecnología.
- Los empleadores peruanos (del régimen más pequeño legalmente hablando) sí capacitan a trabajadores operarios, lo cual demuestra que el mercado requiere y provee capacitación técnica, aunque en un porcentaje menor.
- Más del 50% de las capacitaciones brindadas son de corta duración y, por ende, no implicarán una 'especialización' o 'perfeccionamiento' en los

conceptos tradicionales de capacitación. Por el contrario, vemos una capacitación –aunque menor– complementaria.

- El empleador peruano (del régimen más pequeño legalmente hablando) sí invierte dinero en capacitación de diversa índole.

Las consideraciones anteriores nos llevan a una reflexión consecuente. Todo ese escenario –sólo a nivel de micro y pequeña empresa– se ha desarrollado sin regulación del PPL que asegure la inversión económica del empleador. Entonces, ¿la regulación debe limitarse a considerar como válido sólo en los supuestos de especialización o perfeccionamiento?

La conclusión sobre la base de esta encuesta es que el propio mercado peruano ha ido corrigiendo sus propias fallas, como el subempleo, el desempleo y la tasa de rotación laboral. Es cierto que no ha sido corregido simultáneamente y es perfectible. No obstante, la regulación de un PPL no debe obviar que el propio mercado busca, quiere, gestiona y necesita capacitarse para ser competitivo. La función del PPL debe ser no entorpecer dicho desarrollo económico.

3.7.2 Estudios realizados en el sector privado

En nuestro país existen diversas consultoras especializadas en temas de recursos humanos y el derecho del trabajo. Muchas de ellas realizan estudios estadísticos que ayudan a comprender las falencias y fortalezas del mercado laboral peruano.

Por tal motivo, hemos encontrado dos encuestas relacionadas directamente a nuestro tema de investigación. Por un lado, tenemos al talento humano que es lo más buscado en el mercado laboral de empleadores que compiten entre sí. Por otro lado, tenemos datos reveladores de la remuneración que se paga en los diferentes sectores del mercado peruano para entender mejor lo que un trabajador busca con el beneficio que pueda recibir con la celebración de un PPL.

3.7.2.1 Encuesta de escasez de talento 2018

Esta encuesta se hizo a fin de aproximarnos a un problema que se presenta a nivel mundial: la escasez de talento humano y un estudio a las soluciones ensayadas para combatir tal situación. Para ello, Manpower Group (2018) partió de la siguiente base:

Para entender el impacto en las organizaciones, entrevistamos 39,195 empleadores en 43 países y territorios [...] El 43% admitió que no puede encontrar las habilidades que necesita, cifra que aumenta para las grandes organizaciones (con más de 250 empleados) 54% de las cuales reportan que este 2018 sufren de escasez de talento. Todas las industrias se han visto impactadas. Tanto en manufactura como minería, en transporte como en comercio, los empleadores no logran encontrar a las personas que necesitan con la adecuada combinación de habilidades técnicas y fortalezas humanas. (pág. 4)

El Perú no ha sido ajeno a esta encuesta y, menos aún, a los resultados nefastos que revelan la falta de talento humano. De hecho, en la siguiente ilustración se puede observar que Perú está próximo a entrar a un promedio de dificultad por encima del promedio a nivel mundial.

Menor Dificultad		Dificultad por debajo del Promedio		Dificultad por encima del Promedio		Mayor Dificultad	
China	13%	Australia	34%	Finlandia	45%	↓ Argentina	52%
Irlanda	18%	↓ Brasil	34%	↑ Austria	46%	↑ Eslovaquia	54%
Reino Unido	19%	Bélgica	35%	EE.UU.	46%	India	56%
Países Bajos	24%	Costa Rica	35%	↑ Portugal	46%	Singapur	56%
España	24%	Panamá	35%	↓ Israel	49%	Grecia	61%
Noruega	25%	República Checa	36%	↑ México	50%	Turquía	66%
Francia	29%	Italia	37%	Alemania	51%	Bulgaria	68%
Sudáfrica	32%	Guatemala	38%	↓ Hungría	51%	Hong Kong	76%
↑ Suiza	33%	Eslovenia	40%	Polonia	51%	Taiwán	78%
		Canada	41%			Rumanía	81%
		↓ Colombia	42%			Japón	89%
		Suecia	42%				
		Perú	43%				
		Nueva Zelanda	44%				

↑ Mayor INCREMENTO desde 2016
 ↓ Mayor DISMINUCIÓN desde 2016

Ilustración 47: Países que enfrentan dificultad en la contratación

Fuente: Recuperado de 'Resolviendo la Escasez de Talento. Construir, Adquirir, Tomar prestado y Tender puentes.' de Manpower (2018) (p. 5)

Pero ¿por qué es tan difícil encontrar talento humano? Es lógico pensar que un mercado laboral de competencia perfecta –donde todos los trabajadores tienen un talento destacable para cualquier empresario– puede ser efímero. No obstante,

consideramos que el transcurso del tiempo siempre puede revelar dónde se encuentran las causas reales de determinados fenómenos de la realidad. En efecto, Manpower Group (2018) sindicó al desarrollo de tecnologías y la estructura de una sociedad consumista como las causas principales que explican la escasez de talento en el mundo, conforme vemos a continuación:

Mientras la inteligencia artificial expande rápidamente lo que es posible automatizar, la tecnología está redefiniendo los cargos en demanda en lugar de reemplazarlos. Apoyo administrativo como asistentes administrativos y personales y recepcionistas, así como representantes de ventas, oficios especializados, técnicos y ejecutivos se han clasificado entre los primeros cinco puestos más difíciles de cubrir en los últimos diez años en Perú. Sigue siendo amplia la demanda de personal de servicio al cliente y manufactura debido al impulso del aumento del consumo: mayor comercio minorista en línea, logística y entregas a la puerta. Sin embargo, hoy estos roles son diferentes a como se veían hace una década y continúan cambiando, requiriendo de nuevas habilidades y entrenamiento. (pág. 6)

Cabe señalar que esta encuesta no sólo se limitó a identificar las posibles causas de la escasez de talento humano, sino también a identificar cuáles son esos puestos tan demandados por los empleadores peruanos. Así, Manpower Group (2018) nos revela que los puestos de trabajo más demandados en el Perú:



Ilustración 48: Top 10 de habilidades demandadas en Perú

Fuente: Recuperado de 'Resolviendo la Escasez de Talento. Construir, Adquirir, Tomar prestado y Tender puentes.' de Manpower (2018) (p. 5)

Ahora bien, nosotros sostenemos que –conforme se ha desarrollado en el numeral 3.2.1.4– el talento humano es de los bienes escaso en un mercado competitivo como el peruano. Por ende, la inversión económica que realiza el empleador para obtener dicho talento también merece tutela jurídica. Por tal motivo, dicha inversión debe ser considerada como causa económica de un PPL, el cual es un mecanismo legal que busca –justamente– retener a los trabajadores destacables por encima de la media.

No obstante, el hecho de que exista escasez de talento en el Perú no es lo único que se relaciona con el PPL. Si partimos de la premisa verdadera sobre tal escasez, la pregunta consecuente es ¿cómo un trabajador se convierte en un bien escaso en un mercado laboral? Manpower Group (2018) nos revela que como el transcurso del tiempo ha desplazado los requerimientos para obtener un empleo, conforme se cita a continuación:

En la actualidad, la mayoría de los diez puestos más demandados, tanto en Perú como a nivel global, requiere de una segunda capacitación y no siempre de un título universitario completo. Estos y otros cargos, de especialización intermedia, representan el 40% de todos los empleos en la OCDE3 y cuya demanda es cada vez mayor. En la era digital, el empleo no siempre va a requerir de un título universitario, más bien dependerá en gran medida del desarrollo continuo de habilidades, puesto que incluso los roles más tradicionales se complementan con las nuevas tecnologías.
(pág. 6)

Nótese que la ‘capacitación’ es algo que puede transformar a un trabajador promedio a un trabajador destacable. Y al trabajador que ya es destacable no por causa de capacitación (por ejemplo, competencias personales), la capacitación lo puede volver un personal de alta dirección (como personal de confianza). Entonces, podríamos estar ante un intercambio perfecto si al buen trabajador le falta la capacitación que no tiene, mientras que la empresa necesita personal calificado para

competir en el mercado. Curiosamente, el PPL –entendido como un medio o una herramienta para alcanzar fines socialmente aceptables– permite tutelar dichos intereses jurídicos al armonizarlos.

Sin embargo, no es una novedad que la contratación laboral del talento humano supone costos propios de la actividad. Dentro de tales costos encontramos a la falta de experiencia o el desarrollo tecnológico utilizado por los empleadores. Por ende, Manpower Group (2018) nos explica esta situación con los siguientes resultados:

Casi un tercio de los empleadores afirma que la falta de experiencia de los candidatos constituye la razón principal por la que no pueden cubrir los puestos vacantes. A medida que las empresas se digitalizan, automatizan y transforman, resulta más importante que nunca encontrar la combinación correcta entre habilidades técnicas y fortalezas humanas; sin embargo, el 22% de los empleadores peruanos piensa que los solicitantes carecen de las habilidades duras o de las fortalezas humanas necesarias. (pág. 7)

No obstante, debemos precisar que la dificultad antes precitada no implica que los empleadores se estanquen ante dicha carencia. Por el contrario, se puede advertir diferentes mecanismos que persiguen una única finalidad: retención del talento humano. Para mejor ilustración, nos remitimos a lo expuesto por Manpower Group (2018) a continuación:

[...] los empleadores se dan cuenta de que, lo que estás dispuesto a aprender se está volviendo cada vez más importante que lo que actualmente sabes. Las empresas están comenzando a enfrentar la escasez de talento mejorando las competencias de su fuerza de trabajo: más de la mitad está invirtiendo en plataformas de aprendizaje y herramientas de desarrollo para construir su propia comunidad de talento, incrementando el 20% que se presentaba en 2014. (pág. 8)

En efecto, la inversión que se hace para retener trabajadores calificados se materializa a través de la adquisición o el refuerzo de conocimientos o habilidades nuevas. Manpower Group (2018) también incluyó en su encuesta preguntas para indagar sobre la forma de combatir esta escasez, conforme vemos a continuación:

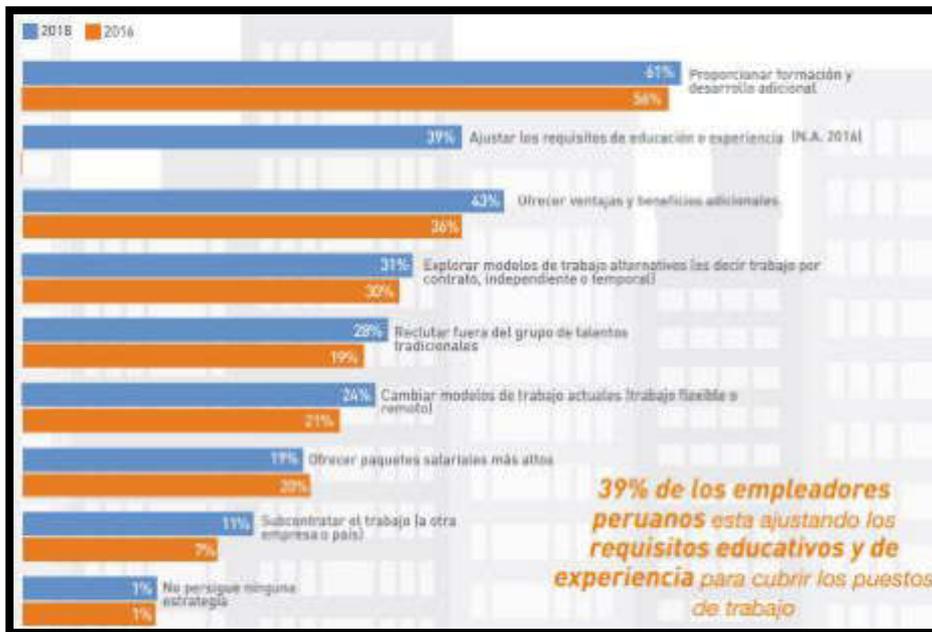


Ilustración 49: Estrategias que los empleadores están usando para superar la escasez de talento 2016-2018

Fuente: Recuperado de 'Resolviendo la Escasez de Talento. Construir, Adquirir, Tomar prestado y Tender puentes.' de Manpower (2018) (p. 8)

En efecto, más de la mitad de empleador ofrecen el beneficio de la formación o capacitación. Es decir, ésta es la estrategia más usada por los empleadores para retener a sus trabajadores buenos y convertirlos en destacables. Como consecuencia de ello, se incrementa la productividad del trabajador y la competitividad del empleador.

Asimismo, debemos precisar que la capacitación no es lo único que podría justificar la celebración de un PPL. El otorgamiento de beneficios o ventajas adicionales (como inversión en la imagen del trabajador) o paquetes económicos indirectamente (*stock options*) son otras ventajas patrimoniales que pueden interesar más al trabajador que la misma capacitación.

Para reforzar los resultados precitados en esa misma línea de pensamiento sostenida por ManpowerGroup (2018), debemos tener presente la pregunta clave que se hace todo empleador competitivo: '¿qué hago para tener personal calificado y competitivo?' Es ahí donde el PPL surge como un mecanismo jurídico de protección

de intereses cuando se procura otorgar un beneficio al trabajador que consiste en una capacitación académica o laboral. Así, en palabras de Pizarro Díaz (2012):

Sin embargo, en un mercado laboral como el nuestro, en el cual la mano de obra calificada escasea, las primeras preguntas que se plantea un empleador interesado en formar a su personal son ¿cómo lograr que esa formación redunde finalmente en beneficio de la empresa? y ¿cómo evitar que mi inversión sea finalmente aprovechada por el siguiente empleador del trabajador? (pág. 1)

En ese sentido, concluimos que el PPL se presenta como un mecanismo contractual que merece el reconocimiento por el ordenamiento jurídico para tutelar adecuadamente los intereses del empleador y el trabajador. Más aun cuando la causa perseguida por el primero es la retención del segundo y éste puede mejorar su situación de aceptar la contraprestación a cambio de permanecer en su empleo.

3.7.2.2 Encuesta de Remuneración Total, de MERCER (2015)

Por último, nos remitimos a la presente encuesta de remuneraciones en el Perú realizada en el 2018. ¿Cuál es la finalidad? Aproximarnos al promedio salarial de los diferentes tipos de trabajadores.

En tal sentido, en las siguientes ilustraciones a continuación, veremos el sueldo promedio de los CEO's, directores, gerentes generales, gerentes, superiores/jefes, profesionales dependientes y operarios. Existe una tendencia de aumento mínimo en los salarios registrados en el año 2013, 2014 y 2015, como vemos a continuación:

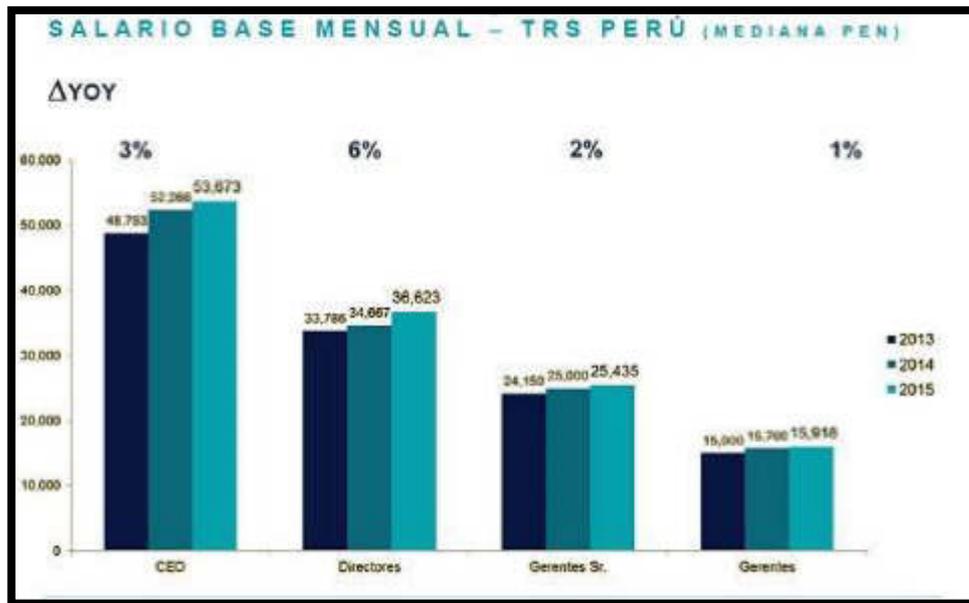


Ilustración 50: Salario base mensual de CEO's, directores, gerentes sr. y gerentes (2013, 2014 y 2015) (miles de soles)

Fuente: Encuesta de Remuneración Total de Mercer Perú 2015. Recuperado de El Comercio (2015)

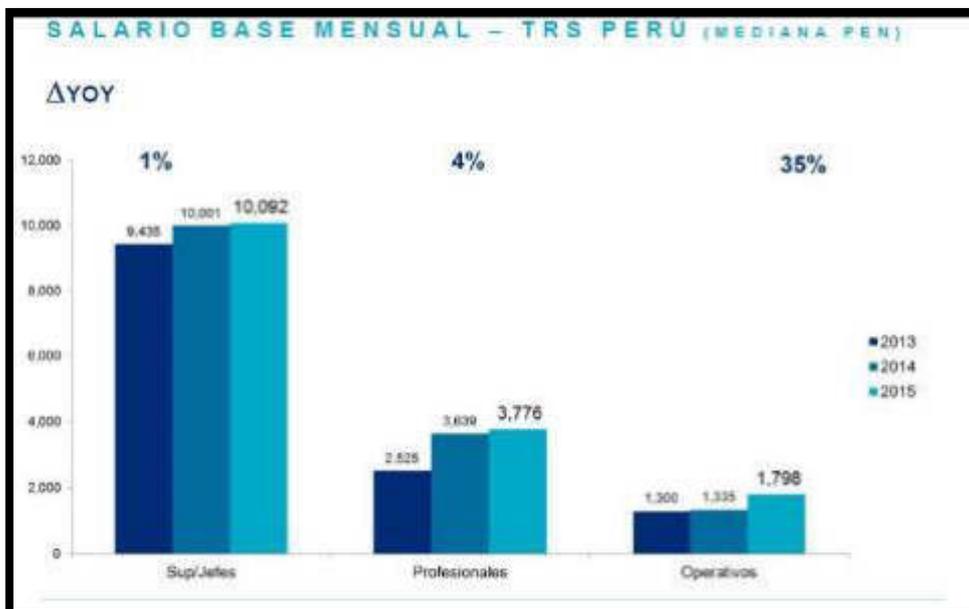


Ilustración 51: Salario base mensual de superiores/jefes, profesionales y operativos (2013, 2014 y 2015) (miles de soles)

Fuente: Encuesta de Remuneración Total de Mercer Perú 2015. Recuperado de El Comercio (2015)

La tendencia invita a pronosticar un aumento de sueldo en los años posteriores. Pero ¿qué tiene que ver estos datos con el PPL objeto de investigación? Es que

dicha alza en el promedio salarial tiene como finalidad la retención del talento humano. Es tal y como Pilar Quinteros (líder de Mercer Perú) manifestó –consultada en entrevista a El Comercio (2015)– al señalar que:

Las empresas en el Perú estiman un incremento salarial para el 2016 por encima de la inflación y del crecimiento de la economía, a pesar de la desaceleración y la incertidumbre que pudiera generar el cambio de gobierno. El estimado de remuneraciones y beneficios obedece a un factor de retención y cuidado del talento humano especialmente. (págs. 2-3)

Por lo tanto, podemos concluir que el PPL no es el único medio para obtener la retención del talento humano, sino que también existen otros medios, como el aumento salarial. El hecho de que el PPL sea sólo un mecanismo nos lleva a razonar que carecería de razonabilidad que la retención del talento humano sea valorada positivamente por el PL peruano en tal aumento, pero valorada negativamente como causa en la celebración de un PPL.

3.8 Consideraciones para una propuesta normativa que regule el pacto de permanencia laboral en el Perú

3.8.1 El pacto de permanencia laboral y las modalidades formativas laborales en el Perú

¿Es posible que se pueda pactar un PPL en los convenios de modalidades formativas laborales regulados en la ley n.º 28518? Para responder esta interrogante, consideramos pertinente remitirnos al derecho español. Así, Sempere Navarro –citado por Rubio de Medina (2005)– nos aproxima hacia una posible respuesta al comentar un caso de la jurisprudencia española, conforme se lee a continuación:

[...] no es válido ni lícito el pacto de permanencia en la empresa incorporado a un contrato de trabajo en prácticas, por no haberse acreditado que el trabajador hubiera peribido una especialización laboral costosa que mejorase su profesionalidad, además

de no percibirse proporción «entre el sacrificio de la libertad de trabajo y la ventaja de formación que el trabajador obtiene a cambio» (pág. 23)

En esa misma línea de pensamiento se encuentra el Tribunal Supremo español (2000). Dicho Tribunal manifestó que: “La especialización profesional a cargo de la empresa que justifica el pacto de permanencia mínima no es [...] la instrucción sobre el trabajo contratado que la empresa ha de dispensar a los profesionales de nuevo ingreso empleados en prácticas [...]” (Don Jesús Miguel vs. Banco Español de Crédito, S.A. -BANESTO-, pág. 5) En consecuencia, y a través de un ejercicio análogo con la realidad peruana y de regularse el PPL como en el ET español, no cabría la inserción de un PPL en ninguna modalidad formativa, pues no habría una ‘especialización extraordinaria’.

Nosotros discrepamos de este razonamiento jurídico para el Perú. ¿Por qué? Básicamente, porque tal razonamiento ha sido concebido según el artículo 21.4 del ET, el cual regula una realidad socioeconómica sólo para España. En esencia, la solución española es que el PPL es nulo en un contrato de trabajo de prácticas (figura similar a la modalidad formativa laboral en el Perú) porque no habría la ‘especialización profesional’.

Para mayor abundamiento, véase las críticas realizadas el numeral 3.2.1.3 del presente trabajo de investigación sobre el riesgo de regular el PPL en el Perú en un sentido casi idéntico al caso español. Consideramos que el análisis de la sentencia española precitada ni la aplicación de una norma similar al art. 21.4 del ET son viables para nuestra realidad nacional.

Por ejemplo, existe un sector de la población que accede a la educación universitaria (presupuesto para las prácticas preprofesionales) sin contar con fuentes regulares de ingreso económico. Por ende, la subvención que recibirán (en lugar de una ‘remuneración’ propiamente dicha) puede resultar inferior al costo de tal educación. En este supuesto, nosotros encontramos que sí puede existir un equilibrio de intereses entre la persona que pretende iniciar o completar una educación universitaria, cuyo costo puede ser asumido por la entidad formadora.

Sin embargo, debemos precisar que nuestra observación no es sobre si es aplicable o no el PPL a una modalidad formativa laboral. Nuestro reparo es por el razonamiento o la forma de cómo se llegar al resultado (postura a favor o en contra). Si partimos del enfoque de que los PPL sólo son válidos cuando se celebran por causa de una 'especialización profesional' como en el Perú, importaríamos la regulación española sin considerar que se trata de dos realidades diferentes. Por ello, discrepamos de la postura de que en el Perú no se pueda incluir un PPL en una modalidad formativa laboral porque no se trataría de una 'especialización profesional'.

Ahora bien, en cuanto a si debe o no reputarse como válida la inclusión del PPL en estos negocios jurídicos, debemos indicar que ello no es unánime, ni si quiera en el derecho español. Por ejemplo, el mismo Tribunal Supremo español, posteriormente al año de haber emitido la sentencia en el caso Don Jesús Miguel vs. Banco Español de Crédito, S.A. -BANESTO-, admite que no existe unanimidad en la doctrina española sobre este asunto, conforme se puede leer a continuación:

Es precisamente esta peculiaridad del contrato de trabajo en prácticas, consistente en tratar de proporcionar una práctica profesional a quienes están en posesión de amplios conocimientos teóricos para el puesto que van a desempeñar, junto con la limitación temporal de este tipo de contrato –máximo de dos años, según hemos visto–, lo que ha hecho negar a buena parte de la doctrina científica la posibilidad de que en el mismo (así como en cualquier otro de tipo formativo), quepa el pacto de permanencia; ello no obstante y como quiera que la cuestión no es totalmente pacífica, no debemos acoger de manera rotunda el mencionado criterio. Lo que sí es cierto, tal como la experiencia demuestra, es que el pacto de referencia suele darse con mayor frecuencia en supuestos de contratos laborales de duración indefinida en los que la empresa se ha visto obligada en la mayoría de las ocasiones a realizar gastos de cierta entidad para proporcionar a los empleados la especialización a la que se refiere el art. 21.4 del E.T. (D. Raúl vs. Banco Español de Crédito, S.A. -BANESTO-, 2001)

Adicionalmente, debemos precisar que el PPL incluido en una modalidad formativa laboral no será válido si tal modalidad es nula. Por ello, la jurisprudencia española ya se ha señalado que el análisis de validez de una figura similar a una modalidad

formativa laboral que incluye un PPL debe observar los requisitos de todo negocio jurídico. Así, el Tribunal Supremo (2000) señaló que: “También deben ser considerados para enjuiciar la validez de la cláusula en litigio determinados preceptos legales sobre el contrato de trabajo en prácticas, [...]” (Don Jesús Miguel vs. Banco Español de Crédito, S.A. -BANESTO-, pág. 4) Consideramos que este razonamiento es aplicable también a nuestro país.

En ese sentido, concluimos que este aspecto merece una solución a nivel legislativa expresa que prohíba o permita la celebración del PPL en las modalidades formativas laborales, bajo la consideración de nuestra realidad socioeconómica. Si nuestros operadores jurídicos razonan y entienden que sólo cabe suscribir un PPL para ‘especialización profesional’, una persona sujeta a una modalidad formativa podría verse impedida de acceder a estudios de pregrado costeados (total o parcialmente) por la empresa.

3.8.2 El contratos de trabajo a plazo determinado con pacto de permanencia laboral

En el Perú, existen autores que indican que el PPL se puede celebrar dentro de un contrato de trabajo a plazo indeterminado. Así, Puntriano Rosas (2016) recomienda lo siguiente:

En algunos casos las empresas cursan ofertas de empleo en físico o por medios electrónicos cuya aceptación da origen al contrato. Sin embargo, recomendamos celebrar un contrato indeterminado escrito cuando concurra alguna de las siguientes situaciones:

- [...]
- Que se acuerde alguna cláusula especial como un pacto de exclusividad, no competencia, confidencialidad o permanencia. (pág. 4)

Pero, ¿qué sucede con relación a los contratos de trabajo con plazo determinado? Debemos precisar que este aspecto ya ha sido abordado en el derecho español. Así, Rubio de Medina (2005) realiza las siguientes reflexiones a continuación:

¿Qué efectos tiene la duración máximo de permanencia en el puesto de trabajo cuando estamos ante contratos temporales con una duración máxima inferior a los dos años? ¿En estos casos se puede imponer un pacto de permanencia durante todo el tiempo que dure el contrato? (pág. 22)

Para aproximarnos hacia las respuestas de tales interrogantes, Rubio de Medina (2005) se remite a la jurisprudencia española. Así, tenemos que el TSJ de la comunidad autónoma del País Vasco ha señalado lo siguiente:

En concreto, de mediar dimisión, entendemos procedente la aplicación de la cláusula cuestionada y el abono de la indemnización pactada al amparo del artículo 21.4 del Estatuto, pues el trabajador incumple la obligación de permanencia que asume, mas no en casos, como el de autos, en el que el contrato no se extingue por tal razón, sino por vencimiento del plazo pactado por ambas partes, supuesto en el que no es que el trabajador incumpla tal pacto, sino que desde el inicio ambas partes pactaron cuál era su duración, con el soporte causal autorizante de su duración temporal, y llegada la fecha, se extingue el contrato, porque sobreviene la causa de su extinción que ambas partes prefijaron de mutuo acuerdo. (Don Pedro Antonio vs. FGS-Fondo de Garantía Salarial y Centro de Tratamiento de Información SA, 2000)

En efecto, la sentencia precitada sostiene que el PPL incluido en un contrato de trabajo de duración determinada no se incumple si la relación laboral se extingue por el transcurso del plazo de tal relación. Cabe precisar que este razonamiento presupone que el término de la relación laboral fue pactado a una fecha anterior al plazo de permanencia laboral convenida. Por ejemplo, un contrato de trabajo con plazo de 1 año, pero que también se celebra un PPL por 2 años.

¿Qué sucede con la diferencia del tiempo cuando el plazo de la relación laboral es menor al plazo de la permanencia laboral? La jurisprudencia española también ha abordado esta interrogante a través del siguiente caso:

Parte el juzgador de instancia de razonamientos erróneos, pues si un contrato temporal, válidamente celebrado, se extingue por cualquiera de los cauces legales – por ejemplo, la llegada del término– todas las cláusulas del mismo pierden su eficacia;

y la renovación del mismo ha de precisar –como es lógico– la voluntad concorde de las partes contratantes. Por ello si la empresa podía dar por resuelto el contrato de trabajo temporal a la llegada del término, también podía hacerlo el trabajador, quien era libre para aceptar o no una prórroga del aludido contrato. [...] Extinguido el contrato temporal por aplicación del artículo 49.1.c del Estatuto de los Trabajadores, esa extinción es común para ambas partes –no es lógico que se extinga para una de las partes y para la otra no– y esa extinción genera que el contrato – todo el contrato– pierda su eficacia para ambas partes contratantes. (Doña Leticia vs. Banco Español de Crédito, S.A. -BANESTO-, 1999)

Al profundizar en este asunto, Rubio de Medina (2005) enriquece el debate de la siguiente manera: «La cuestión a delimitar es si en estos contratos de duración inferior a los 2 años cabe pactar un contrato de permanencia en al empres y durante cuanto tiempo.» (pág. 23) Dicho autor contrasta el plazo máximo de permanencia laboral en España (2 años) con un contrato de trabajo a plazo determinado menor a los 2 años. Según Sirvent Hernández, citada por Rubio de Medina (2005):

[...] en el caso que el contrato de trabajo fuera de carácter temporal y pudiera prorrogarse, de haberse acordado el pacto de permanencia en la empresa éste corresponderá con la duración inicial del contrato, requiriéndose nuevo acuerdo entre las partes para que el pacto alcance la prórroga. Si las partes guardan silencio acerca de la temporalidad, o se remiten a la normativa, en su opinión, se presumirá la duración máxima legal del contrato. (pág. 23)

Es decir, el plazo del PPL se debe entender reducido al plazo de la duración del contrato de trabajo. Para que tal plazo se pueda concretar, corresponderá una prórroga del contrato de trabajo hasta alcanzar tal pacto.

En efecto, darle otra connotación a dicha diferencia de plazos entre la relación laboral y la permanencia laboral implicaría desnaturalizar las instituciones y desconocer la autonomía privada de las partes. La postura de entender ineficaz el plazo del PPL no transcurrido después de la extinción de la relación laboral –por motivo del término del plazo del contrato de trabajo– tiene acogida en juristas españoles. Por ejemplo, García Viña (2000) que:

Se han planteado algunos problemas cuando se acuerdan pactos por dos años en contratos de duración inferior. La solución de la jurisprudencia ha sido considerar que no existe abuso de derecho en este tipo de cláusulas ya que no puede afirmarse que el trabajador estará obligado a aceptar la posible prórroga propuesta por el empresario, ya que en caso contrario deberá hacer frente al pago de la indemnización correspondiente. Es evidente que, si se extingue el contrato de trabajo, todas sus cláusulas quedan sin vigencia, incluido el pacto de permanencia, y que, en caso de prórroga, ha de concurrir la voluntad de ambas partes. (pág. 641)

Por último, debemos destacar que en la doctrina española se admite que la extinción del contrato de trabajo con PPL por motivo del vencimiento del plazo no se debe a ninguna causa imputable al trabajador-deudor de la permanencia laboral. Por ello, De Val Tena (2017) que:

El incumplimiento por el trabajador del deber de permanecer en la empresa determina su responsabilidad si la terminación de la relación laboral le es imputable precisamente a él. No surgirá esta responsabilidad cuando la finalización del contrato se deba a la llegada del término final en los contratos temporales, en los cuales difícilmente suele darse este pacto, o en la extinción por la vía del despido indirecto ex artículo 50 LET. (pág. 48)

Así, podemos concluir que todo plazo de permanencia laboral que supere el plazo de la relación laboral se entiende como ineficaz, puesto que ya no hay contrato de trabajo. Por ello, tal extinción de la relación laboral no supone el incumplimiento de un PPL, al no ser una causa imputable al trabajador-deudor. No debe entenderse, en ninguna circunstancia, que tal plazo de permanencia ‘obliga’ al trabajador a renovar el contrato de trabajo.

3.8.3 El periodo de prueba en las relaciones laborales con la obligación de permanencia laboral

¿La celebración de un PPL válido tiene algún efecto respecto del periodo de prueba? Para responder tal interrogante, debemos partir de los artículos del TUO del

decreto legislativo 728, LPCL (aprobado mediante el decreto supremo 003-97-TR) que regulan dicha institución, conforme vemos a continuación:

Artículo 10.- El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.

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

Artículo 38.- La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba.

Artículo 75.- En los contratos sujetos a modalidad rige el período de prueba legal o convencional previsto en la presente ley.

Artículo 76.- Si el empleador vencido el período de prueba resolviera arbitrariamente el contrato, deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce (12) remuneraciones.

Artículo 79.- Los trabajadores contratados conforme al presente Título tienen derecho a percibir los mismos beneficios que por Ley, pacto o costumbre tuvieron los trabajadores vinculados a un contrato de duración indeterminado, del respectivo centro de trabajo y a la estabilidad laboral durante el tiempo que dure el contrato, una vez superado el período de prueba.

De una lectura concordada de los artículos precitados, podemos extraer las siguientes premisas para entender conceptualizar mejor el período de prueba y verificar si su aplicación puede ser alterada por el PPL:

- El período de prueba es, en esencia, un plazo durante el cual se encuentra suspendida los efectos de la protección constitucional contra el despido arbitrario.
- El período de prueba puede ser legal (3 meses) o convencional (6 meses ó 1 año, según el tipo de trabajador).

- El periodo de prueba legal también aplica para los trabajadores con contrato sujeto a modalidad.
- Existe igualdad de derechos establecidos por ley, pacto o costumbre entre los trabajador con contrato a plazo determinado como indeterminado.

Con las premisas precitadas, podemos advertir que existiría una aparente contradicción. Por un lado, el PPL no incide en la eficacia del periodo de prueba legal (3 meses), dado que el primer párrafo del artículo 10 del TUO de la LPCL contiene una norma imperativa.

No obstante, el artículo 79 del mismo TUO de la LPCL contiene una norma que dispone que no debe haber una diferencia entre los derechos de los trabajadores con contrato de trabajo a plazo determinado e indeterminado que provengan de un pacto. Nótese aquí que la ineficacia del periodo de prueba significaría un beneficio para el trabajador, pues ya tendría la protección constitucional contra el despido arbitrario desde el inicio de la relación laboral (primer día laborable).

Entonces, ¿cuál posición es la correcta? En este punto, consideramos pertinente remitirnos al derecho español. Así, Rubio de Medina (2005) da cuenta de que este aspecto ya ha tenido la atención de la jurisprudencia español, al señalar que: «[...] cuando se establece un pacto de permanencia en la empresa deviene ineficaz el periodo de prueba pactado en la relación contractual, [...]» (págs. 21-22)

En efecto, el Tribunal Supremo español sostiene que –a través del PPL– el trabajador no dispone sobre una materia indisponible. No obstante, el propósito práctico de tal pacto supondría la ineficiada del periodo de prueba, conforme se lee a continuación:

No ha dispuesto el trabajador, mediante el aludido pacto, de ningún derecho inalienable o indisponible y de contrario, la posición precaria que pudiera tener, vigente el plazo de prueba, ha desaparecido mediante la viabilidad práctica del pacto de permanencia, que "per se" ha hecho ineficaz, en su favor, el período probatorio, de modo que el contrato deviene ya indefinido, aunque con su obligación de continuar en

el servicio el tiempo de dos años. (Hispania Líneas Aéreas, S. A. vs. Don Luis Miguel, 1991)

Nosotros discrepamos de la postura que sostiene que la sola existencia de un PPL genera la ineficacia del periodo de prueba por sí mismo. Sin embargo, debemos precisar que sólo en cuanto al periodo de prueba convencional (el que puede pactarse con trabajadores de confianza o dirección) sí cabría hablar de una ineficacia como tal.

No obstante, no podemos mantener la misma postura con relación al periodo de prueba legal. Sostener que el PPL podría alterar tal eficacia de los 3 meses –para alcanzar la protección constitucional contra el despido arbitrario– implicaría que las partes puedan pactar en contra de una norma imperativa, aun si tal pacto supone un beneficio para el trabajador.

Por lo tanto, concluimos que este aspecto merece una solución a nivel legislativa, puesto que el PPL podría ser la excepción al periodo de prueba legal para que el trabajador obtenga protección constitucional contra el despido arbitrario desde antes que transcurran los 3 primeros del inicio de la relación laboral.

3.8.4 Efectos no deseados de un pacto de permanencia laboral regulado como en España

3.8.4.1 Posible desincentivo de usar este pacto como causa de una interpretación restrictiva de los jueces laborales

Sobre este punto, debemos indicar que la jurisprudencia española es la mejor manera de medir posibles efectos no deseados en el Perú, si se regula el PPL de una forma similar que el artículo 21.4 del ET. Por ello, qué mejor que acudir a los juristas de tal país a fin de conocer cuáles podrían ser tales consecuencias. Así, por ejemplo, Selma Penalva (2007) indica que: «[...] la jurisprudencia se muestra tajante, y además de no hacer excepciones en lo que respecta a la exigencia simultánea de los requisitos de validez enumerados en el citado precepto legal, interpreta restrictivamente la redacción literal del art. 21 ET.» (pág. 313)

Entonces, existiría una inminente interpretación y aplicación restrictiva por parte de los jueces laborales. Como afirmar Selma Penalva (2007): «[...] los derechos de los trabajadores no se han de garantizar ampliando su margen de decisión individual, ni legitimando la plena eficacia de los términos del contrato, sino intentando que el contenido contractual restrinja lo menos posible su libertad para elegir, [...]» (pág. 313). Es decir, no se trata de promover una política de intervencionismo estatal en el contenido contractual, pero si realmente nos interesa velar por los derechos de los trabajadores, entonces podríamos concluir que lo mejor resulta regular las situaciones jurídicas que no justifican la celebración de un PPL.

Ahora bien, el Tribunal Supremo (2000) español ha considerado que el análisis de la validez de un PPL también deba observar las demás normas contenidas en el ET. Así: “Para la interpretación sistemática de este precepto sobre el pacto de permanencia mínima en la empresa hay que tener en cuenta otras disposiciones del propio ET. Una de ellas es el art. 4.2.b. del ET, [...]. (Don Jesús Miguel vs. Banco Español de Crédito, S.A. -BANESTO-, pág. 4)

Así, en España, se considera la existencia de un derecho a la formación ‘ordinaria’ reconocido a favor del trabajador e interpretado con cargo del empleador, conforme al artículo 4 del ET que señala lo siguiente:

Artículo 4. Derechos laborales

1. [...]
2. En la relación de trabajo, los trabajadores tienen derecho:
 - a) [...]
 - b) A la promoción y formación profesional en el trabajo.”

Por ello, debemos enfatizar el hecho de que no sólo la propia redacción del artículo 21 del ET genera un ámbito de aplicación restringido, sino también dicho derecho a la formación profesional del trabajador. Tal formación ha sido interpretado y aplicado por la doctrina y jurisprudencia española como una ordinaria y diferente de la extraordinaria (que sería, la ‘especialización profesional’).

Por ejemplo, por parte de la doctrina española, De Val Tena (2017) resalta esta ‘obligación de brindar formación’ por parte del empleador al sostener que:

No es posible, en consecuencia, exigir un pacto de permanencia en los casos en los que la formación es una obligación del empresario en cumplimiento del propio deber legal que la exige como requisito para la prestación de la actividad laboral contratada. (pág. 47)

Esto quiere decir que, en España, no cualquier capacitación puede fundamentar la causa para celebrar un PPL. Ello se debe a que existe un deber legal de proveer dicha capacitación. Por ejemplo, en el siguiente caso de la jurisprudencia española se resalta tal 'obligación de brindar formación' a los trabajadores:

Para estos supuestos u otros semejantes, y no para compensar la formación profesional ordinaria debida por el empresario, está previsto el pacto de permanencia mínima en la empresa, que comporta un sacrificio de la libertad profesional y de trabajo del trabajador que puede ser costoso, al exigirle vinculación a la misma empresa por un período más o menos prolongado. No reuniendo estas características la cláusula controvertida, es obligado considerarla inválida o nula por falta de causa suficiente, con los efectos de nulidad parcial establecidos en el art. 10 del ET. (Don Jesús Miguel vs. Banco Español de Crédito, S.A. -BANESTO-, 2000)

Nótese, a continuación, que la causa jurídica tarifada en el derecho español ('especialización profesional') debe estar precedida por un costo 'extraordinario' o 'especial' para el empleador. Si los tribunales peruanos aplicasen una disposición normativa que regule el PPL en el Perú de una manera tarifada con en España, podríamos llegar a consideraciones muy estrictas de qué tipo de 'especialización profesional' validan la suscripción de un PPL:

SEPTIMO.- La especialización profesional a cargo de la empresa que justifica el pacto de permanencia mínima no es la formación profesional ordinaria [...] ni tampoco la instrucción sobre el trabajo [...], sino aquella formación singular o cualificada, que suponga un coste especial o extraordinario para la empresa, y que produzca al mismo tiempo un enriquecimiento del patrimonio o valor profesional del trabajador fácilmente identificable. (Don Jesús Miguel vs. Banco Español de Crédito, S.A. -BANESTO-, 2000)

Resulta natural que la interpretación del ámbito de aplicación de un PPL por parte de los tribunales españoles sea reducida. Se debe a la misma literalidad de la disposición normativa que la consagra para fines específicos (léase, 'especialización profesional'), conforme se da cuenta a continuación:

A la vista de la literalidad de la norma y pese a la escasa precisión de algunas de las expresiones que forman parte de su redacción, lo primero que puede observarse es que la "*especialización profesional*" a la que se alude como recibida por el trabajador no basta con que sea de cualquier índole, sino que requiere tratarse de una especialización con cargo al empresario "*para poner en marcha proyectos determinados*", lo que reduce de manera sensible el ámbito de aplicación del pacto de permanencia que nos ocupa. (D. Raúl vs. Banco Español de Crédito, S.A. -BANESTO-, 2001)

Lo anteriormente reseñado constituye un aspecto controversial que consideramos importante resultar, porque si se regula el PPL en el Perú con un texto similar o idéntico al del artículo 21º ET, la única causa *tarifada* (por ende, admitida) sería la 'especialización profesional', el cual –como vimos párrafos anteriores– se interpreta y aplica el derecho a la formación profesional ordinaria de los trabajadores en España, lo cual no sucede así en el Perú.

Por ello, concluimos que resulta peligroso la existencia de una disposición normativa que tenga la misma causa jurídica *tarifada* (léase, 'especialización profesional') que pueda ser aplicada por los tribunales peruanos de una forma similar que sus congéneres españoles, sin caer en cuenta que en nuestro país no existe expresamente un 'derecho a la formación profesional' a cargo del empleador; por lo que mal podría hacerse si se aplica de la misma manera que en España.

Otro posible riesgo que amerita nuestra atención es la carga probatoria con relación a si una capacitación o especialización dada a un trabajador es 'extraordinaria' y, por ende, justifica la celebración de un PPL. Si asumimos que el PPL sea regulado en el Perú de una forma similar como está regulado en el ET español, ello supondría que la carga probatoria de la 'especialización profesional extraordinaria' sea trasladada al empleador en el Perú. Basamos lo anterior en el siguiente caso ocurrido en España:

C) En consecuencia, en caso de controversia incumbe a la empresa la probanza acerca de que la formación proporcionada al trabajador ha supuesto realmente una auténtica «especialización profesional» que, por una parte, redunde en un plus de cualificación del trabajador respecto de la que corresponde habitualmente a la función laboral contratada, permitiendo a quien la ha recibido mayores facilidades de colocación en el futuro, y por otra, que origine al propio tiempo a aquélla un verdadero perjuicio la marcha anticipada del trabajador sin haber resarcido a la empleadora del esfuerzo (no necesaria y exclusivamente financiero) que le ocasionó la especialización a su cargo del empleado. (Vueling Airlines, S.A. vs. Don Emiliano, 2009)

Para efectos de considerar algunos lineamientos de cómo probar la existencia de dicha ‘especialización profesional’, es conveniente que el PPL regule presupuestos indispensables relacionados a dicha causa tarifada, como bien señala el TSJ español en el siguiente caso:

Trayendo a colación tal doctrina al actual supuesto de hecho, el pacto suscrito no ha quedado vinculado de forma alguna con la impartición de curso de especialización alguno dado que (HP 6º) no constan datos suficientes de los que se pueda extraer qué empresa ofreció tal curso, y en qué fechas, su duración, calidad, a quiénes se impartió o si generó certificación profesional alguna, ni tampoco que la trabajadora a quien se reclama la indemnización haya sido aplicada al Proyecto que llevó a cabo la empresa durante la vigencia de su relación laboral, ni en qué medida la marcha de la trabajadora perjudicó a la empresa; [...] (Tissat S.A. vs. Doña Soledad, 2012)

En virtud de lo anterior, debe quedar absolutamente determinado cuál es la ‘especialización profesional’ a la que se alude como causa justa para pactar la permanencia laboral.

Ahora bien, la experiencia española con relación al PPL es enriquecedora, pues si bien en este extremo se sugiere consideraciones para una posible regulación, también nos podemos apoyar en dicha jurisprudencia para entender desde qué óptica debe entenderse la tan mencionada ‘especialización profesional’, que aquí sería “capacitación”, pues ésta se materializa desde el sólo hecho de haberse otorgado al trabajador, independientemente de si ello le permite contratar con un nuevo empleador que mejores sus condiciones económicas.

Es decir, sin entrar al debate de si se trata de ‘ordinaria’ o ‘extraordinaria’, la especialización o capacitación se entiende finalizada desde que se termina el proceso adquisición de dichos conocimientos que incrementan potencialmente el valor patrimonial del servicio que puede prestar dicho trabajador. Para mejor ilustración, nos remitimos al siguiente caso resuelto por el TSJ español:

[...] no se trata de que haya sido contratado por una nueva empresa por haber realizado ese curso de especialización, sino de que esta específica formación suponga efectivamente la adquisición de un nivel profesional y formativo relevante y sustancialmente importante en el tipo de actividad desempeñado por el trabajador. (Don Alberto vs. TELCOM, S.A., 2009)

Ahora bien, no sólo tenemos el riesgo de una interpretación restrictiva por parte del PJ en el Perú; sino también de nuestros autores nacionales. Entendemos que los jueces laborales tomen una actitud conservadora en cuanto a ámbitos de aplicación y métodos de interpretación relacionados al PPL. Los magistrados están sujetos a disposiciones normativas de orden constitucional, legal y reglamentario que –aunque no las consideremos un obstáculo real– que delimitan su actuación.

En el caso de los autores peruanos, también advertimos un riesgo de que se regule el PPL como en el ET (sólo posible para una sola causa jurídica: la ‘especialización profesional’). Por ejemplo, para Sánchez Zapata (2016) –cuando comenta el artículo 53 del primer anteproyecto de la LGT, sostiene que el PPL sólo sería válido si su causa jurídica es la ‘formación académica’, como vemos a continuación:

En virtud de esta estipulación, podíamos inferir que la sustancia para la celebración de un pacto de permanencia era la celebración previa de un convenio de formación académica (profesional o técnica) entre empleador y trabajador, y la consecuencia lógica vendría a ser el pacto de permanencia per se. Esto demostraría la vinculación entre estas dos figuras consensuales en nuestra legislación nacional, y obviamente, tomando de reflejo a la legislación comparada, como volvemos a reiterar. (pág. 30)

Sánchez Zapata (2016) sugiere que la celebración de un PPL está condicionado a la existencia previa de un convenio de formación. Dicho autor concluye que:

El argumento claro para proceder con la suscripción de un pacto de permanencia surge necesariamente de la celebración previa entre las partes –empleador y trabajador– de un convenio de formación otorgado exclusivamente por el empleador, quien incurre en los gastos que correspondan, a efectos de perfeccionar, en cierta materia o área, a su trabajador. (pág. 35)

Pizarro Díaz (2012) coincide con el autor precitado, pues califica de ‘necesario’ la existencia de una capacitación para que se pueda originar un PPL:

De otro lado, la exigencia de que el pacto de permanencia se suscriba necesariamente como consecuencia de una capacitación especial pretende cubrir lo relativo a la razonabilidad de la limitación, dado que se considera que ningún otro motivo justifica una limitación a la libertad del trabajador para decidir para quien trabaja y en qué oportunidad. (pág. 2)

Nuestra posición es contraria a lo expuesto en las citas textuales anteriores, pues – como hemos desarrollado– la permanencia laboral puede sujetarse a otras causas jurídicas que también merecen tutela del ordenamiento. Además, permanencia laboral también puede constituirse como condición de determinados pactos atípicos como el *signing bonus*.

Además, un PPL puede celebrarse simultáneamente con el beneficio que otorgará el empleador para que se constituya como una obligación de éste a favor del trabajador. Si sólo se pudiera suscribir un PPL después de ejecutado el beneficio (léase, la capacitación) dicha prestación podría ser tomada como liberalidad sin ninguna seguridad para el empleador.

En lo que sí coincidimos es que –durante la ejecución del PPL– el beneficio a favor del trabajador no debe otorgarse después de que el trabajador culminó con la ejecución de su prestación a cargo (haber permanecido en el empleo el periodo esperado). Consideramos que el beneficio debe ser otorgado antes de que empiece

el periodo de permanencia o simultáneamente durante la ejecución de la obligación de permanencia laboral (esto último sólo cuando la causa consista en una diferente a la capacitación académica).

Para mayor ilustración de lo riesgoso de regular el PPL en el Perú como en España lo encontramos en cómo entender esa inversión que realiza el empleador en el beneficio que entrega al trabajador. Nótese que en España se exige que la totalidad de la inversión provenga sólo del empleador. Ello es correcto porque allá se ha regulado de esa forma.

No obstante, en Perú, no encontramos la necesidad de que sea igual que en España. En dicho sentido, discrepamos de la opinión de Chávez Núñez (2012) –en referencia a que el beneficio del empleador deba ser asumido al 100% sólo por éste– cuando señala que: «La especialización tiene que ser con cargo a la empresa, suponiendo un costo para el empleador. En caso contrario, si la formación fue financiada externamente –por organismos o instituciones públicas o privadas– no se podrá celebrar un pacto de permanencia.» (pág. C4)

En el caso de la ‘especialización profesional’ como causa jurídica del PPL, encontramos que la asunción de costos únicamente por el empleador podría frenar posibilidades de capacitación en el Perú. No es ilógico considerar que los trabajadores peruanos también pueden contar con un fondo económico de ahorros pero que aún es insuficiente para acceder a una determinada capacitación académica o técnica (por ejemplo, una maestría en el extranjero).

Si al trabajador sólo le faltase la mitad del costo económico de dicha capacitación, ¿por qué negar la posibilidad de acudir a un PPL para proteger los intereses tanto del empleador como del trabajador? Obviamente, este costo parcial de la capacitación igualmente debería significar un sacrificio extraordinario para el empleador y, consecuentemente, un incremento patrimonial considerable para el trabajador.

Así, para determinar si el desembolso económico es alto, consideramos razonable que se compare con la remuneración del trabajador. Por ejemplo, es posible que el 20% de una capacitación académica de calidad equivalga a S/ 10,000.00 aproximadamente (tomando como referencia que el costo total de una maestría en una universidad privada de prestigio podría costar alrededor de S/ 50,000.00) y el trabajador perciba poco más de la remuneración mínima vital en el Perú (más de S/ 930.00).

Sí estamos de acuerdo con las opiniones que destacan como inevitable recurrir al ET donde se regula el PPL como un antecedente necesario para una regulación adaptada al Perú. Por ello, sí consideramos pertinente que se acuda al caso español como consulta y análisis para mejorar y adaptar dicha institución conforme a nuestra propia realidad nacional. Por ende, compartimos la opinión de Chávez Núñez (2012) con relación a la característica de 'inevitable' del ET sólo para efectos de estudio y una posterior regulación:

Dado el vacío normativo, para el estudio y análisis de este tipo de convenios, resulta inevitable acudir a la legislación y doctrina españolas; puesto que en dicho ordenamiento jurídico está expresamente regulado el pacto de permanencia en el artículo 21, inciso 4 de Ley 8/1980 del Estatuto de Trabajadores. (pág. C5)

Por tal motivo, concluimos que el principal problema radica en seguir el sentido del artículo 21.4 del ET sin verificar si su aplicación al Perú se condice con nuestra realidad socioeconómica. En España, no negamos que exista un funcionamiento del PPL debido a que éste es excepcional, pero aquí en el Perú podría servir como un mecanismo privado que pueda pelear las deficiencias educativas y mejorar la productividad de los trabajadores peruanos.

Más allá de que vemos en el PPL un mecanismo que permitiría a trabajadores de pocos recursos económicos acceder a una mejor educación, es importante resaltar que una regulación similar al artículo 21.4 del ET nos pondría en una situación de desventaja frente a las nuevas situaciones jurídicas que regulan las relaciones laborales en la actualidad. Por ejemplo, Selma Penalva (2007) destaca que los

variados beneficios ligados a la permanencia laboral no sólo pueden otorgarse a través de un pacto, por lo que una regulación como la del ET podría desincentivar el otorgamiento de nuevos beneficios:

Ahora bien, figuras retributivas poco frecuentes, que por el momento se venían incluyendo sin problemas en la amplia redacción literal del art. 26 ET, pueden encontrar serios problemas de validez si se intentan encuadrar en los estrictos requisitos a los que el art. 21.4 ET condiciona la validez del pacto de permanencia, sobre todo en lo que respecta a la especialización profesional requerida (a la que no se suele condicionar el otorgamiento de las stock options) y al periodo máximo de validez del pacto (pues en muchas ocasiones el plazo de espera que se requiere para ejecutar la opción de compra sobre acciones es muy superior a esos dos años). (pág. 334)

Así, si sólo nos limitáramos a seguir el caso español y resarcir lo que efectivamente gastó el empleador en el trabajador, sería un desincentivo para el uso del PPL en el Perú. En palabras de Galiano Gallardo (2016):

Finalmente, no se puede negar que el empleador de alguna manera deposita su confianza en el trabajador, limitar la pena a los gastos de capacitación no resulta adecuado porque ante ello menos empleadores estarán dispuestos a celebrar este tipo de contrato, por lo que la pena debe ser razonable para asegurar el cumplimiento de la obligación del trabajador. (pág. 209)

Finalmente, para concluir, damos cuenta de la siguiente reflexión que realiza Selma Penalva (2007) a propósito de la experiencia en el derecho español a continuación:

Por otra, y como medida complementaria, junto a los requisitos expresos, impuestos directamente por la Ley, se van a exigir otros requisitos constitutivos, de creación jurisprudencial, cuya repercusión en la validez final del pacto es todavía mayor, si cabe, que la de los requisitos explícitos. Tal práctica, desencadena la siguiente consecuencia: cada vez son más los pactos de permanencia incluidos en el texto de un contrato que devienen ineficaces, por no superar los requisitos de validez que la jurisprudencia más reciente les exige. (pág. 314)

3.8.4.2 Posible incentivo para simular pactos civiles de contenido laboral

- Error de concepto: interpretar un PPL en el Perú como si estuviéramos en España

Concluimos que el primer riesgo de una posible regulación del PPL en el Perú es seguir la literalidad de la forma como se regula en España. Ello puede llevarnos a situaciones de desprotección laboral y que las partes (aunque principalmente, el empleador) recurran a figuras civiles a fin de eludir los efectos de una disposición normativa restrictiva. Para mejor ilustración, nos remitimos a un caso ocurrido en la jurisprudencia española, donde las partes suscribieron un PPL con depósito en garantía (como en los contratos de arrendamiento) y hasta un pacto comisorio (los cuales son nulos a la luz del artículo 1130° del CC peruano), conforme por ejemplo se observa a continuación:

3º) Con anterioridad al inicio de la prestación de servicios, el 29.12.99 el actor había entregado a la empresa demandada la cantidad de 3.000.000 pts. mediante ingreso en cuenta.

4º) Como consecuencia de la entrega de dicha cantidad, ambas partes suscribieron un documento fechado el 27.12.99 del siguiente tenor:

"Don Darío en su condición de apoderado de la Compañía de Actividades y Servicios de Aviación, certifica haber recibido la cantidad de 3.000.000 pts. (TRES MILLONES DE PTS.) en concepto de depósito para el pago del curso Teórico y Simulador de avión G-1, y otros gastos de Gestión, de D. Lucas (DNI NUM000), los cuales les serán devueltos íntegramente una vez transcurridos tres años desde la fecha de firma del contrato laboral entre ambas partes que se realizará más adelante. (Don Lucas vs. Compañía de Actividades y Servicios de Aviación, S.L., 2006)

Nótese que, por ejemplo, la jurisprudencia española tiene muy marcado el aspecto referido al plazo de duración máxima de permanencia laboral. En el siguiente caso, podemos advertir que el TSJ español resalta como irregular el beneficio que un empleador pretende obtener de un PPL superior a dos años. Si bien es cierto, tiene que haber una contraprestación que justifique la limitación extrínseca de la libertad

de trabajo (en lo que estamos de acuerdo), nótese como se hace mención a los plazos máximos de tales PPL a continuación:

Las objeciones que el recurrente hace a la regularidad del acuerdo cuestionado son básicamente ciertas, pues, en efecto, lo así convenido pretende otorgar el empresario una garantía semejante a la que obtendría a través de la firma de un específico pacto de permanencia, con las ventajas añadidas de que tales ventajas las obtiene por un periodo superior legalmente establecido y sin sacrificio económico alguno, por lo que el pacto en cuestión vulnera, en perjuicio del trabajador, los límites marcados por una norma de derecho necesario establecida sin duda para impedir que se coarte de manera abusiva y desproporcionada la libre prestación del trabajo humano. (Don Lucas vs. Compañía de Actividades y Servicios de Aviación, S.L., 2006)

Por tal motivo, debemos advertir que –dado que no existe abundancia en fuentes doctrinarias en nuestro país– lo más probable es que los operadores jurídicos pueda acudir a fuente extranjera y el PPL sea interpretado conforme al ordenamiento jurídico de la nacionalidad del autor que consulten. Por ejemplo, si un juez consulta a autores españoles como García Viña (2000) –al hablar del PPL español– para entender el fundamento, podrá encontrar lo siguiente:

[...] lo que legitima el reintegro de aquéllos cuyo alcance fue legítimamente pactado, no puede constituir la realización de la simple formación que todas las empresas dan a sus trabajadores, como sucede actualmente en los contratos en prácticas que van acompañados de simples cursillos. (pág. 642)

Por tal motivo, la revisión de fuente extranjera debe ser sólo referencial, tanto en una etapa anterior a una posible regulación como al momento de interpretarlo para resolver posibles conflictos judiciales.

- Posible celebración de contratos de mutuo sujeto a condición resolutoria

Si en el Perú se regula el PPL con la misma causa jurídica que en España (léase, la ‘especialización profesional’, podríamos dejar de lado a otras causas jurídicas relacionadas como la capacitación laboral o técnica. Es más, en nuestro país ya

existen voces que advierten sobre la posibilidad de que las partes, en lugar de celebrar un PPL válido cuya causa jurídica sea la capacitación académica en general, opten por un pacto civil. Así, Sánchez Zapata (2016) señala que:

[...] existe la posibilidad de que el empleador sólo se convierta en un intermediario – prestamista–, a favor del trabajador, y para la realización de la capacitación que este, por propia voluntad esté buscando realizar, en cuyo caso, la figura contractual cambiaría hacia la figura de un contrato de préstamo dinerario o un mutuo, obligándose el trabajador tan sólo al pago, mas no a sujetarse a una permanencia sostenida en la empresa. (pág. 32)

Otra autora nacional que destaca la posibilidad de que el empleador y el trabajador suscriban un contrato de mutuo en lugar de un PPL cuya causa jurídica sea la capacitación académica o laboral es Pizarro Díaz (2012). Así, dicha autora nacional –mientras comenta las ventajas tributarias del PPL que se ha desarrollado en el numeral 3.8.6 del presente trabajo de investigación– reconoce que:

En nuestra opinión, la celebración de pactos de permanencia, como el que estamos analizando, que incluyan penalidades para el trabajador en caso de incumplimiento, resulta más adecuado que conceder a los trabajadores préstamos para estudios cuyo monto se va condonando paulatinamente con el plazo del tiempo. [...] (págs. 2-3)

En efecto, en dicho supuesto de hecho hipotético, las partes podrían suscribir un contrato de mutuo y (en el mismo documento o uno aparte) una condonación de deuda sujeta a plazo suspensivo. Ahora bien, el contrato de mutuo y su formalidad se encuentran regulados en el 1648 y 1649 del CC respectivamente, los cuales señalan lo siguiente:

Artículo 1648.- Por el mutuo, el mutuante se obliga a entregar al mutuuario una determinada cantidad de dinero o de bienes consumibles, a cambio de que se le devuelvan otros de la misma especie, calidad o cantidad.

Artículo 1649.- La existencia y contenido del mutuo se rigen por lo dispuesto en la primera parte del artículo 1605.

Por ello, en virtud del artículo 1605 del CC, el contrato de mutuo ('préstamo dinerario' para financiar la capacitación académica o laboral del trabajador) no tiene una formalidad predeterminada por ley (*ad solemnitatem*), conforme vemos a continuación:

Artículo 1605.- La existencia y contenido del suministro pueden probarse por cualesquiera de los medios que permite la ley, pero si se hubiera celebrado por escrito, el mérito del instrumento respectivo prevalecerá sobre todos los otros medios probatorios.

Cuando el contrato se celebre a título de liberalidad debe formalizarse por escrito, bajo sanción de nulidad.

Por su parte, nótese que, si el empleador desea asegurar la permanencia laboral, pero la regulación del PPL en el Perú se hiciera como en el ET, no podría celebrarse por motivo de una capacitación técnica o laboral. Por ello, lo más probable es que se opte la condonación aludida. Dicho modo de extinción de la obligación (en este supuesto, la devolución del dinero prestado) está regulado en el artículo 1295 del CC:

Artículo 1295.- De cualquier modo que se pruebe la condonación de la deuda efectuada de común acuerdo entre el acreedor y el deudor, se extingue la obligación, sin perjuicio del derecho de tercero.

Aquí debemos mencionar que –si un empleador le ha otorgado un préstamo dinerario y quiere tener mejores herramientas para un cobro judicial inmediato en caso de incumplimiento– lo más probable es que dicha deuda sea trasladada a un título valor, como un pagaré o una letra de cambio. No obstante, si el trabajador cumple con devolver el dinero mutuado, entonces deberá exigir dicho documento cartular, conforme al artículo 1297 del CC:

Artículo 1297.- Hay condonación de la deuda cuando el acreedor entrega al deudor el documento original en que consta aquella, salvo que el deudor pruebe que la ha pagado.

Si la regulación del PPL en el Perú sólo se limita a reconocer como causa jurídica a la 'especialización profesional' como en el ET, es muy probable que empleadores busquen simular contratos de mutuos. La finalidad de la simulación sería ocultar una

permanencia laboral a través de un plazo suspensivo de la condonación, conforme a los artículos 178 y 1404 del CC que estipulan lo siguiente:

Artículo 178.- **Cuando el plazo es suspensivo, el acto no surte efecto mientras se encuentre pendiente.** Cuando el plazo es resolutorio, los efectos del acto cesan a su vencimiento.

Antes del vencimiento del plazo, quien tenga derecho a recibir alguna prestación puede ejercitar las acciones conducentes a la cautela de su derecho. (Énfasis agregado)

Artículo 1404.- **La licitud de la obligación** o la posibilidad de la prestación o del bien que es objeto de ella **en un contrato sujeto a** condición o **a plazo suspensivo, se apreciarán al momento** del cumplimiento de la condición o **del vencimiento del plazo.** (Énfasis agregado)

Las disposiciones normativas precitadas quieren decir que la condonación recién operaría a partir de una fecha determinada. Es decir, que la relación laboral del trabajador deudor con su empleador acreedor (prestamista) subsista para determinada fecha.

¿Cuál es el problema de recurrir a un pacto civil? Nuestra conclusión es que ello desemboque en una eventual desprotección del trabajador. El derecho civil cuenta con mecanismos sustantivos para nivelar la asimetría entre el empleador y el trabajador. Sin embargo, la aplicación de dichos mecanismos sólo tiene cabida cuando es supletoria a un PPL.

No olvidemos que el PPL tiene naturaleza laboral. Por ende, cualquier conflicto derivado de ello, el fuero judicial implica que dicha *litis* se resuelva ante un juez especializado de la materia y no un juez civil. Si a eso le agregamos que la discusión en un pacto civil simulado requiere previamente la declaración de nulidad en un proceso civil, podemos observar que encontramos obstáculos que impiden tutela jurisdiccional efectiva al trabajador.

- Celebración de pactos de exclusividad mezclados con pactos de permanencia

Esta confusión de pactos es advertida por Selma Penalva (2007), al señalar que:

Cualquier pacto de exclusividad, tanto cuando se ha incluido en seno de un vínculo laboral como civil o mercantil –sobre todo cuando se pone en relación con cierta duración temporal– genera una «vinculación económica» entre el sujeto que presta el servicio y aquél que lo recibe y retribuye en exclusiva, puesto que ocupa la posición de su único cliente. (pág. 315)

El autor precitado concluye que, en aras de buscar la permanencia laboral real, el empleador simule una relación civil en la cual se pacte tanto la exclusividad y permanencia. Por tal motivo, Selma Penalva (2007) advierte que una situación así tiene un claro indicio de laboralidad, al señalar que:

Ahora bien, bajo ciertas circunstancias y en un contexto muy concreto, la «exclusividad de derecho» que deriva de la concurrencia de un «pacto de exclusividad» y un «pacto de permanencia» entre los mismos contratantes aparentemente civiles, puede funcionar como un indicio de laboralidad muy contundente, aunque, curiosamente y pese a su obviedad, la jurisprudencia todavía no se ha pronunciado de manera clara. (pág. 315)

Por último, consideramos relevante precisar que el PPL es una suerte de producto generado por la autonomía privada del empleador y el trabajador. Decimos producto en la medida que se le está asignado un nuevo valor de creación a dicha autonomía. Dicha revalorización es resaltada por Toyama Miyagusuku (2001) al reseñar que:

[...] la revalorización de la voluntad como fuente dispositiva de derechos laborales, [...] y, en general, las transformaciones del Derecho Laboral no deben traer como consecuencia la disponibilidad de las partes de las notas tipificadoras de la tutela laboral (ajenidad del trabajo o integración del trabajador de una empresa ajena). (pág. 179)

3.8.5 Aspectos procesales

En el Perú, podemos indicar algunas pretensiones por conflictos relacionados a la validez o la ejecución de un PPL, aunque siempre cabe la posibilidad de más:

- a) La pretensión indemnizatoria del empleador (en caso de no haberse pactado una penalidad por incumplimiento de un PPL);
- b) La pretensión de pago de penalidad;
- c) La pretensión de nulidad de un PPL; y
- d) La pretensión de reintegro de montos retenidos indebidamente.

Por ello, los resultados de la presente investigación nos permiten concluir que el juez competente y la vía procedimental variarán según la pretensión (e, incluso, cuantía) según sea el caso. No obstante, debemos resaltar que en la mayoría de los casos será el juez especializado de trabajo y en la vía ordinaria laboral.

Respecto a la pretensión indemnizatoria y la de nulidad de un PPL, concluimos que el competente será el Juzgado especializado de Trabajo y deberá tramitarse en la vía procedimental ordinaria laboral, conforme a los inciso a) y b) –respectivamente– de numeral 1, artículo 2 de la NLPT. Dichos numerales señalan que:

Artículo 2.- Competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo

Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos:

1. En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios.

Se consideran incluidas en dicha competencia, sin ser exclusivas, las pretensiones relacionadas a los siguientes:

- a) El nacimiento, desarrollo y extinción de la prestación personal de servicios; así como a los correspondientes actos jurídicos.
- b) La responsabilidad por daño patrimonial o extrapatrimonial, incurrida por cualquiera de las partes involucradas en la prestación personal de servicios, o terceros en cuyo favor se presta o prestó el servicio.

Cabe precisar que tanto la pretensión indemnizatoria como la de nulidad de un PPL deberán ser fundamentadas por normas sustantivas (principalmente, del Código Civil) casi exclusivamente. Nótese que en el Perú no existe una norma en el sentido del artículo 21.4 del ET.

Por su parte, respecto a la pretensión de pago de penalidad y de reintegro de montos retenidos indebidamente, concluimos que la competencia y la vía procedimental se determinarán según la cuantía de la pretensión. Como es posible advertir, ambas pretensiones –aunque opuestas en cuanto a las partes del conflicto, trabajador y ex trabajador– son, en esencia, obligaciones de dar suma de dinero. Por ende, la competencia (Juzgado de Paz Letrado Laboral o Juzgado especializado en Trabajo) y la vía procedimental (abreviado laboral u ordinario laboral) se determinará si el monto total reclamado supera las cincuenta (50) URP –equivalente a S/ 21,000, según valor de 2019–, de conformidad con el artículo 1 (numeral 1) y artículo 2 (numeral 1) de la NLPT. Dicha disposición señala que:

Artículo 1.- Competencia por materia de los juzgados de paz letrados laborales

Los juzgados de paz letrados laborales conocen de los siguientes procesos:

1. En proceso abreviado laboral, las pretensiones referidas al cumplimiento de obligaciones de dar no superiores a cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP) originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios.

Artículo 2.- Competencia por materia de los juzgados especializados de trabajo

Los juzgados especializados de trabajo conocen de los siguientes procesos:

1. En proceso ordinario laboral, todas las pretensiones relativas a la protección de derechos individuales, plurales o colectivos, originadas con ocasión de la prestación personal de servicios de naturaleza laboral, formativa o cooperativista, referidas a aspectos sustanciales o conexos, incluso previos o posteriores a la prestación efectiva de los servicios.

(...)

Conoce las pretensiones referidas al cumplimiento de obligaciones de dar superiores a cincuenta (50) Unidades de Referencia Procesal (URP).

Debemos precisar una posible confusión en cuanto a la pretensión de pago de penalidad que pueda iniciar el empleador contra su ex trabajador. Tal penalidad no constituye un título ejecutivo que permita acudir al proceso único de ejecución. Este aclaración ya ha sido objeto de pronunciamientos por la Corte Superior de Justicia de Lima. Por ejemplo, la 1° Sala Civil con subespecialidad Comercial de Lima ha señalado que: «[...] en pronunciamientos anteriores ha dejado establecido que el

pago de sumas de dinero provenientes de la aplicación de cláusulas penales no corresponden ser cobradas a través del proceso único de ejecución, [...]» (pág. 3)

Ahora bien, en un proceso de obligación de dar suma de dinero que pueda presentar un trabajador peruano contra su empleador (por indebida retención), es procesalmente viable que se presente una reconvención (ya sea por una indemnización por daños y perjuicios o por pago de la penalidad establecido por un PPL). Un ejemplo de viabilidad lo encontramos en la jurisprudencia española en el siguiente caso a continuación:

12.- La parte demandante formuló solicitud de celebración de acto de conciliación el día 11/6/2004, celebrándose dicho acto en fecha de 28/6/2004 con el resultado de sin avenencia. En ese mismo acto la empresa demandada anunció su propósito de formular reconvención por la cantidad de 2.500 Euros más intereses por mora debido al incumplimiento del pacto de permanencia. (Acta de conciliación unida a autos). (Doña Marí Trini vs. Fianz Soluciones Financieras, S.A., 2006)

Por otro lado, debemos destacar que en el punto 3.2.4 del presente trabajo de investigación se resaltó los tipos de responsabilidad que pueden imputársele al empleador que ‘obliga a trabajar’ a un trabajador. Tales tipos pueden ser de naturaleza administrativa (de un PPL válido) o penal (de un PPL inválido), así como la obligación de resarcir los daños que correspondan (responsabilidad civil).

En el caso de una posible responsabilidad penal, debemos manifestar que es deber del juez –en caso de advertir un supuesto de ‘trabajo forzoso’– otorgar la tutela procesal efectiva de manera prioritaria y urgente que corresponda a cada caso en concreto. Así, De Valdivia Cano (2017) enfatiza que:

En el caso de percibirse la existencia de trabajo forzado el Juez debe responder, bajo la premisa de la aplicación del enunciado constitucional de la tutela urgente, a las pretensiones sobre derechos fundamentales para hacer efectivas la responsabilidad civil, el pago de daños, la reparación de perjuicios en que incurren los implementadores de trabajo forzoso; aun cuando estos extremos no hayan sido expresamente demandados en los procesos judiciales laborales. El Juez Laboral no

debe preocuparse sino de verificar la validez de la norma y su necesaria compatibilidad con la Carta Fundamental. (pág. 2)

Finalmente, no debemos dejar de mencionar que otro aspecto procesal ligado al PPL es la acción de indemnización por daños y perjuicios por falta grave del trabajador. Si la relación laboral se extingue por la comisión de dicha causa de despido justo y genera daños al empleador, entonces éste podrá retener –directa o indirectamente– hasta el 50% de la CTS y sus intereses.

Si bien el análisis sustantivo se realizó en el numeral 3.4.4.3 del presente trabajo, consideramos pertinente referirnos a cómo materializar dicho derecho de retención y su consecuente acción judicial. Para tal efecto, resulta pertinentes remitirnos a los artículos 51 y 52 del TUO de la ley de CTS, que señalan lo siguiente:

Artículo 51.- Si el trabajador es despedido por comisión de falta grave que haya originado perjuicio económico al empleador, éste deberá notificar al depositario para que la compensación por tiempo de servicios y sus intereses quede retenida por el monto que corresponda en custodia por el depositario, a las resultas del juicio que promueva el empleador.

Cuando el empleador tenga la calidad de depositario, efectuará directamente la retención.

La acción legal de daños y perjuicios deberá interponerse dentro de los treinta días naturales de producido el cese ante el Juzgado de Trabajo respectivo, conforme a lo previsto en la Ley Procesal del Trabajo, debiendo acreditar el empleador ante el depositario el inicio de la citada acción judicial. Esta acción no perjudica a la acción penal que pudiera corresponder.

Vencido el plazo en mención sin presentarse la demanda, caducará el derecho del empleador y el trabajador podrá disponer de su compensación por tiempo de servicios e intereses. (Énfasis agregado)

Artículo 52.- **Si el empleador no presentase la demanda dentro del plazo indicado, quedará obligado, en calidad de indemnización, al pago de los días en que el trabajador estuvo impedido de retirar su compensación por tiempo de servicios,** así como de entregar la certificación de cese de la relación laboral. Para estos efectos se tomará como referencia la remuneración percibida por el trabajador al cese de la relación laboral. De no efectuarse el pago o no entregarse la certificación se procederá de acuerdo al procedimiento previsto en el Artículo 46. (Énfasis agregado)

De la lectura de ambas disposiciones normativas precitadas, podemos advertir que el ejercicio legítimo del derecho de retención de la CTS se encuentra condicionado por ley. Como podremos advertir, tal beneficio que se pretende retener corresponde

a un ex trabajador que incumplió un PPL a través de la comisión de una falta grave. Tal falta grave ocasionó su despido disciplinario.

Entonces, al ejercicio del derecho de retención de la CTS, se exige que el empleador que sufre tal daño interpona la demanda por daños y perjuicios un plazo de 30 días naturales tras el despido. Tal plazo es de caducidad, por lo que de transcurrir, se extinguirá dicho derecho de retención. Es más, también se exhorta al empleador que comunique a la entidad financiera tal acción interpuesta dentro del plazo para evitar que la retención sea ilegítima.

3.8.6 Incentivos tributarios

Otro resultado importante en el presente trabajo de investigación son los incentivos tributarios relacionados a la aplicación de un PPL en el Perú. Así, hemos subdividido tales resultados en lo siguiente.

3.8.6.1 Los gastos de capacitación, transporte y viáticos son deducibles para determinar el impuesto a la renta de Tercera Categoría

La importancia de los incentivos tributarios es resaltada por Pizarro Díaz (2012) quien concluye el PPL válido cuya causa es la capacitación académica de un trabajador presenta ventajas económicas frente a otras instituciones contractuales del derecho civil, como el mutuo. Así, dicha autora nacional nos dice que:

En nuestra opinión, la celebración de pactos de permanencia, como el que estamos analizando, que incluyan penalidades para el trabajador en caso de incumplimiento, resulta más adecuado que conceder a los trabajadores préstamos para estudios cuyo monto se va condonando paulatinamente con el plazo del tiempo. Sostenemos lo anterior debido a que: (i) los préstamos a trabajadores no pueden ser considerados gastos de capacitación y, por ende, no son deducibles para efectos del impuesto a la renta, y (ii) por aplicación de las normas tributarias, el préstamo otorgado generará a favor de la empresa un interés presunto (ficticio) sobre el cual se deberá tributar si se desea evitar una contingencia. (págs. 2-3)

En efecto, dicha deducción de gastos para determinar el impuesto a la renta de tercera categoría de un empleador es posible en virtud al artículo 37°, inciso II), de la LIR (aprobado mediante decreto supremo 179-2004-EF, de fecha 6 de diciembre de 2004). Tal artículo regula lo siguiente:

Artículo 37.- A fin de establecer la renta neta de tercera categoría se deducirá de la renta bruta los gastos necesarios para producirla y mantener su fuente, así como los vinculados con la generación de ganancias de capital, en tanto la deducción no esté expresamente prohibida por esta ley, en consecuencia, son deducibles:

[...]

"II) Los gastos y contribuciones destinados a prestar al personal servicios de salud, recreativos, culturales y educativos, así como los gastos de enfermedad de cualquier servidor.

Adicionalmente, serán deducibles los gastos que efectúe el empleador por las primas de seguro de salud del cónyuge e hijos del trabajador, siempre que estos últimos sean menores de 18 años.

También están comprendidos los hijos del trabajador mayores de 18 años que se encuentren incapacitados.

Los gastos recreativos a que se refiere el presente inciso serán deducibles en la parte que no exceda del 0,5% de los ingresos netos del ejercicio, con un límite de cuarenta (40) Unidades Impositivas Tributarias."

[...]

Para efecto de determinar que los gastos sean necesarios para producir y mantener la fuente, estos deberán ser normalmente para la actividad que genera la renta gravada, así como cumplir con criterios tales como razonabilidad en relación con los ingresos del contribuyente, generalidad para los gastos a que se refieren los incisos I), II) y a.2) de este artículo, entre otros."

Del artículo precitado, podemos esquematizar cuáles deben ser las finalidades de un gasto deducible de tal índole. Así, nos remitimos al siguiente gráfico:

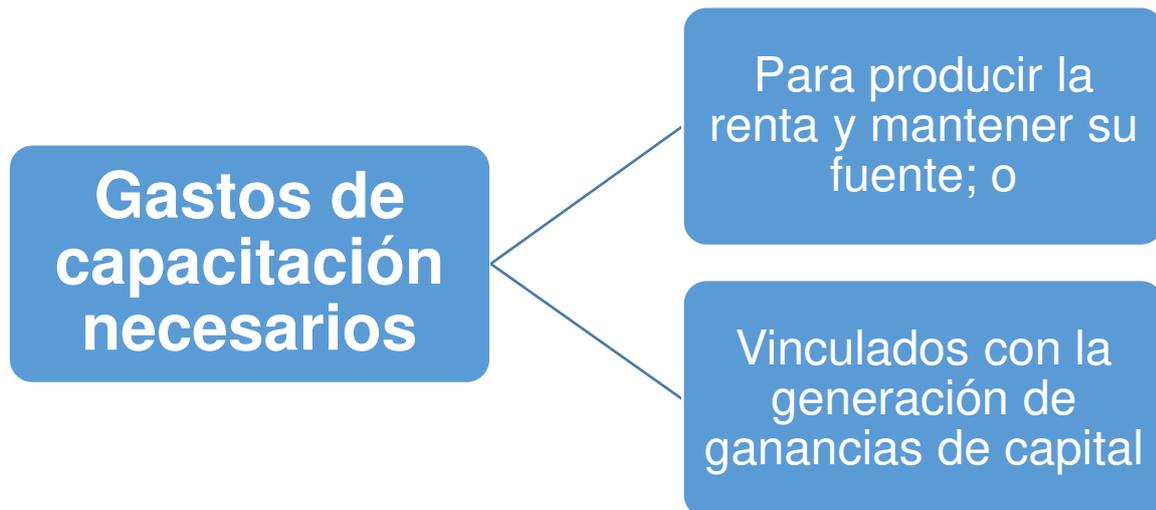


Ilustración 52: Gastos de capacitación necesarios deducibles para el IR de 3° categoría

Fuente: elaboración propia

Cabe preguntarnos, ¿cuáles son los gastos considerados por el legislador que cumplen con dicha finalidad? El inciso II) precitado incluye de manera enunciativa los siguientes:

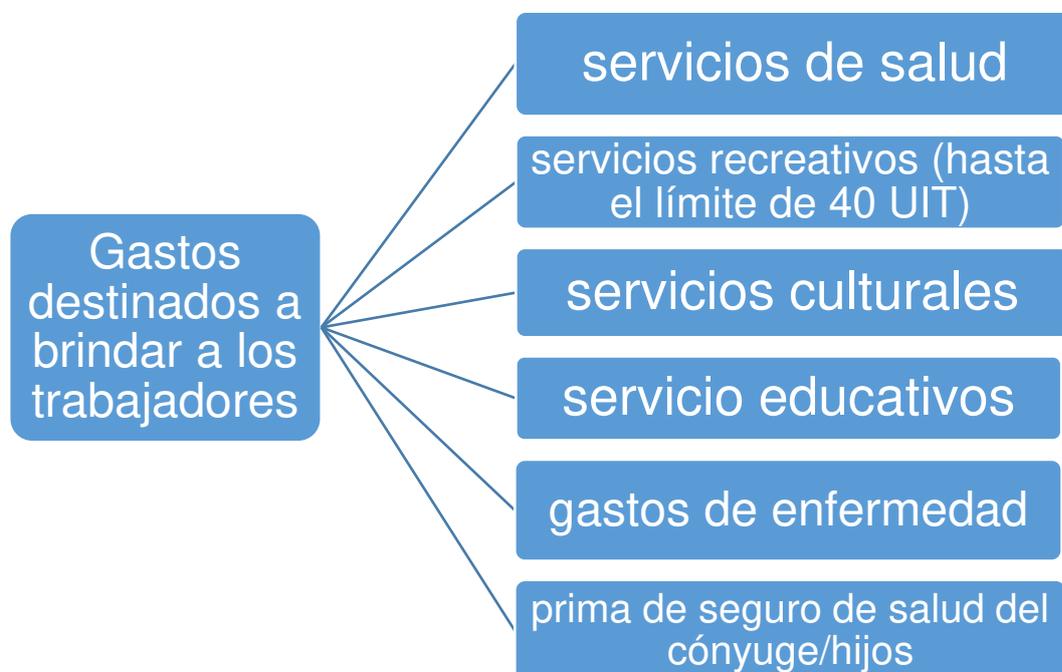


Ilustración 53: Gastos considerados por la LIR como deducibles

Fuente: Elaboración propia

De la lectura de lo citado, se puede advertir que tales gastos predeterminados por la LIR deben cumplir con reglas específicas. La primera era el 'criterio de generalidad'; es decir, que el gasto debe significar un beneficio a **todos** los trabajadores que estén en una misma situación común (jerarquía, antigüedad, área o actividad). La segunda es el 'criterio de razonabilidad'; es decir, que los ingresos generados por el empleador sean razonables.

Un ejemplo de un gasto deducible destinado a brindar un servicio educativo al trabajador es la capacitación académica o laboral. En efecto, de conformidad con el informe 021-2009-SUNAT/2B0000 (de fecha 5 de febrero de 2009), la maestría y cursos de especialización son el caso típico (igual para la celebración de un PPL). Así, dicho informe señala lo siguiente:

No existe impedimento para que las empresas, al amparo del inciso II) del artículo 37° del TUO de la Ley del Impuesto a la Renta, puedan deducir los gastos incurridos por concepto de maestrías, postgrados y cursos de especialización de sus trabajadores, siempre que dichos gastos cumplan con el criterio de generalidad, entre otros criterios. (Morales-Bermudez Field, 2009)

Cabe señalar que, de conformidad con la segunda disposición complementaria final del decreto legislativo 1120 (publicado el 18 julio 2012) el criterio de generalidad establecido en el artículo 37, inciso ii), ya no se aplica para deducir los gastos de capacitación que respondan a una necesidad concreta del empleador de invertir en la capacitación de su personal a efectos que la misma repercuta en la generación de renta gravada y el mantenimiento de la fuente productora. El citado decreto legislativo entró en vigencia a partir del 1 de enero de 2013, por lo que sólo se exige el criterio de razonabilidad.

Por otro lado, debemos resaltar que el artículo 21° del reglamento de la LIR considera relevante considerar como gasto deducible todo monto destinado a incrementar las competencias laborales de los trabajadores o coadyuvar a su productividad. Así, dicho artículo dispone lo siguiente:

Artículo 21.- RENTA NETA DE TERCERA CATEGORÍA

Para efecto de determinar la Renta Neta de Tercera Categoría, se aplicará las siguientes disposiciones:

[...]

k) Están incluidas en lo dispuesto por el inciso II) del artículo 37 de la Ley, las contribuciones a las fundaciones constituidas de acuerdo al Decreto Ley N° 14525.

Entiéndase por sumas destinadas a la capacitación del personal, a aquéllas invertidas por los empleadores con el fin de incrementar las competencias laborales de sus trabajadores, a fin de coadyuvar a la mejora de la productividad de la empresa, incluyendo los cursos de formación profesional o que otorguen un grado académico, como cursos de carrera, postgrados y maestrías.

Para determinar el monto máximo deducible en cada ejercicio por concepto de capacitación del personal, a que se refiere el segundo párrafo del inciso II) del artículo 37 de la Ley, se debe entender que el total de los gastos deducidos en el ejercicio, es el resultado de dividir entre 0.95 los gastos distintos a la capacitación del personal que sean deducibles para determinar la renta neta de tercera categoría del ejercicio.

Cabe destacar que los dos últimos párrafos de la cita anterior fueron incluidos a través del artículo 4 del decreto supremo N° 136-2011-EF. Tal decreto fue publicado el 9 julio de 2011.

En ese sentido, podemos concluir dos puntos importantes. El primero es que existe un claro incentivo tributario para el empleador a fin de celebrar un PPL que tenga como causa jurídica la capacitación laboral o profesional. La segunda es que existen otros tipos de gastos diferentes a la capacitación que son valorados por la LIR como suficientes para mantener la fuente generadora de ingreso en una empresa o aumentar el valor económico del servicio del trabajador (incrementando competencias laborales). Esto último demuestra que gastos recreativos o gastos de salud tienen una valoración importante en una estructura empresarial que han sido valorados correctamente por el legislador en materia tributario, mas no en materia laboral.

3.8.6.2 El servicio de capacitación brindado en el extranjero no es una operación gravada

Finalmente, y con relación a la capacitación profesional o laboral como causa jurídica de un PPL, debemos precisar que el artículo 1 de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo (aprobado mediante decreto supremo n.º 055-99-EF, de fecha 14 de abril de 1999) resalta que si tal capacitación fue prestada (brindada) en el extranjero, no estará gravada a tal impuesto. Así, dicho artículo dispone lo siguiente:

Artículo 1.- OPERACIONES GRAVADAS

El Impuesto General a las Ventas grava las siguientes operaciones:

- a) [...];
- b) La prestación o utilización de servicios en el país; [...]

En esa misma línea de pensamiento, tenemos que el artículo 2º, numeral 1, inciso b), del Reglamento de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo (aprobado mediante decreto supremo 29-94-EF, de fecha 28 de marzo de 1994) precisa los alcances de la ley, en cuanto a los otros lugares que pudieran generar confusión, como el lugar de pago o lugar de celebración de contrato. Así, dicho artículo 2 señala lo siguiente:

Artículo 2.- Para la determinación del ámbito de aplicación del Impuesto, se tendrá en cuenta lo siguiente:

1. OPERACIONES GRAVADAS

Se encuentran comprendidos en el Artículo 1 del Decreto:

a) [...]

"b) Los servicios prestados o utilizados en el país, independientemente del lugar en que se pague o se perciba la contraprestación, y del lugar donde se celebre el contrato.

No se encuentra gravado el servicio prestado en el extranjero por sujetos domiciliados en el país o por un establecimiento permanente domiciliado en el exterior de personas naturales o jurídicas domiciliadas en el país, siempre que el mismo no sea consumido o empleado en el territorio nacional.

No se consideran utilizados en el país aquellos servicios de ejecución inmediata que por su naturaleza se consumen íntegramente en el exterior ni los servicios de reparación y mantenimiento de naves y aeronaves y otros medios de transporte prestados en el exterior.

Para efecto de la utilización de servicios en el país, se considera que el establecimiento permanente domiciliado en el exterior de personas naturales o jurídicas domiciliadas en el país es un sujeto no domiciliado. (...)"

Cabe señalar que el inciso anterior fue sustituido inicialmente por el artículo 2 del decreto supremo 064-2000-EF, publicado el 30 de junio de 2000. Luego, por el artículo 2 del decreto supremo 130-2005-EF, publicado el 7 de octubre de 2005, el mismo que –de conformidad con su artículo 13– entró en vigencia el primer día calendario del mes siguiente de su publicación.

En ese sentido, en el caso particular del PPL celebrado por motivo de una capacitación profesional o laboral brindada en el extranjero, podemos concluir que tenemos otro incentivo tributario. En efecto, el monto que pagará dicho empleador no es una operación gravada con el impuesto general a las ventas.

CAPÍTULO IV: DISCUSIÓN

4.1 Discusión principal

- 1) La primera discusión principal de los resultados con la posición del autor es que se importe la interpretación de los tribunales españoles, en el sentido de que la especialización profesional a cargo de la empresa que justifica el pacto de permanencia mínima no pueda ser distinta a la especialización profesional, como lo sería la capacitación laboral.

Tal interpretación y aplicación de los tribunales españoles ha sido elaborada sobre la base de un artículo 21.4 del ET, el cual regula una realidad socioeconómica sólo para España. En consecuencia, no estamos de acuerdo con la postura que sostiene la imposibilidad de incluir un PPL en una modalidad formativa laboral en el Perú.

- 2) La segunda discusión principal de los resultados con la posición del autor es que nosotros discrepamos de que la causa jurídica en todos los PPL es y debar ser siempre la ‘especialización profesional’ –como se desarrolló en el numeral 3.2.1.3 de la presente investigación–.

Nuestra objeción principal a la que concluimos es que no todas las causas jurídicas serán las mismas en todos los PPL, por lo que discrepamos sobre un tope máximo o si éste debe ser como máximo dos (2) años en todo PPL.

4.2 Discusión secundaria

- 1) Si bien los fondos económicos para el beneficio del servidor público salen del erario nacional, no estamos de acuerdo con que ello un tiempo de permanencia laboral excesivo para estos trabajadores, porque exigir el doble de tiempo es desproporcional, además de inconstitucional.
- 2) No coincidimos con Sánchez Zapata (2016) sobre la necesidad de que exista un contrato de trabajo suscrito necesariamente con anterioridad a la celebración de un PPL válido, puesto que estos dos actos pueden realizarse en simultáneo. Tampoco coincidimos con que sólo la 'formación académica' puede ser la causa jurídica para celebrar un PPL válido.
- 3) No coincidimos con Galiano Gallardo (2016) en cuanto a la existencia propia de un 'contrato de permanencia laboral', que éste sea de adhesión y que solamente pueda ser usado cuando la causa jurídica sea la 'capacitación académica'.
- 4) No coincidimos con Pizarro Díaz (2012) en cuanto a que el plazo de la permanencia laboral sería 'forzoso', pues ello podría conllevarnos a supuestos de inconstitucionalidad y responsabilidad penal. Tampoco compartimos que la 'obligación' de permanencia laboral pueda tener connotación penal en todos los casos, pues podríamos estar ante una situación socialmente aceptación y un PPL válido. Tampoco en cuanto a que el PPL crea una obligación con prestaciones de hacer. De igual manera, tampoco coincidimos en que la proporcionalidad de todo PPL sea de dos años.
- 5) En el derecho español existe discrepancia sobre la naturaleza jurídica de los *stock options*, a pesar de que es claro que el empleador pretende alcanzar una

vinculación entre el trabajador y su empleador, a través de una permanencia laboral. No obstante, consideramos que las prestaciones de la obligación de permanencia laboral son diferentes de las prestaciones contenida en las obligaciones que se constituyen con el otorgamiento de los *stock options*.

- 6) No estamos de acuerdo con la postura que sostenga que en el Perú no se pueda incluir un PPL en una modalidad formativa laboral porque no se trataría de una 'especialización profesional'.
- 7) No coincidimos con Chávez Núñez (2012) en cuanto a que, en el Perú, el beneficio que ofrece el empleador al trabajador deba ser necesariamente asumido al 100% sólo por tal entidad. La razón es que este es el sentido del artículo 21.4 del ET, el cual regula una realidad socioeconómica sólo para España y que no necesariamente es aplicable para nuestra realidad nacional.

CAPÍTULO V: CONCLUSIONES

5.1 Conclusión principal

Nuestra principal conclusión es que no sólo es conveniente regular el PPL en el Perú, sino que es necesario. Por tal motivo, estamos de acuerdo con las iniciativas legislativas que reconocen su existencia. No obstante, no consideramos ni conveniente ni necesario que se regule bajo el mismo supuesto de hecho o causa jurídica que el PPL regulado en el artículo 21.4 del ET (España).

En ese sentido, concluimos que los únicos aspectos que deben ser regulados es la forma *ad solemnitatem* –como requisito de validez– a fin de brindar seguridad jurídica de la existencia del PPL, así como su contenido. Asimismo, concluimos que –más que en un plazo máximo de permanencia laboral que funcione para todos los casos sin importar la causa– el PPL necesita que se consigne como requisito de validez la causa real que motiva tal permanencia en el empleo (como se exigen en los contratos de trabajo sujetos a modalidad).

Finalmente, concluimos que el PPL por motivo de capacitación profesional o laboral sí puede tener un plazo máximo, a criterio del legislador. No obstante, consideramos que tal plazo debe ser aplicable sólo para dicho supuesto de capacitación y no para otros supuestos que también significan un aumento patrimonial o un incremento del valor profesional del trabajador.

5.2 Conclusiones secundarias

- 1) Respecto al deber constitucional del Estado de promover condiciones de progreso social y económico: El 'progreso económico' que indica nuestra Constitución puede alcanzarse a través un PPL válido que tenga causas jurídicas diferentes a la 'formación académica'. Sólo a manera de ejemplo podríamos mencionar un bono de dinero o gastos de publicidad en la imagen del trabajador.
- 2) La aplicación supletoria del derecho civil y el ejercicio abusivo del derecho como mecanismos de protección ante un PPL: El trabajador y el empleador cuentan con mecanismos de protección suficientes para tutelar sus intereses al suscribir un PPL. Tales mecanismos son la aplicación supletoria del derecho civil y que la ley no ampara el ejercicio abusivo del derecho, con la precisión de que ambos mecanismos deben ser aplicados con la consideración de las particularidades del caso en concreto.
- 3) Respecto a la aplicación del *in dubio pro stipulatore* en lugar del *in dubio pro operario*: El principio constitucional *in dubio pro operario* no debe ser aplicado cuando el sentido a dilucidar se trate de una norma que nace del propio contrato de trabajo. En consecuencia, es válido concluir que si existiera una duda en cuanto al sentido o alcance de una obligación laboral creada mediante el contrato de trabajo (por ejemplo, un PPL), resulta aplicable método de interpretación *in dubio contra stipulatore* para asegurar un nivel de protección jurídica mínima al trabajador.
- 4) Respecto a los orígenes normativos del PPL: No ha existido una variación sustancial del contenido de un PPL que regula el ET. No obstante, sí existen variaciones sustanciales en los reales decretos que regulan las situaciones jurídicas de trabajadores específicos: (i) En el personal de dirección, se omite la forma *ad solemnitatem* por escrito; (ii) En los trabajadores abogados, se amplía 'formación' a la 'especialización profesional' (lo que amplía el ámbito de aplicación), además de que ya se puede celebrar dicho PPL en documento

aparte; y (iii) En el personal civil no funcionario en establecimientos militares, el plazo máximo de permanencia laboral es de 3 años, no 2.

- 5) Respecto a la llegada y difusión del PPL en el sector público: El legislador peruano sí ha importado el PPL para los servidores sometidos al régimen laboral público. Sin embargo, al no existir uniformidad de criterios, cada entidad lo ha adaptado y aplicado a su mejor interpretación y conveniencia. La desproporcionalidad del doble del tiempo que se exige para la permanencia laboral nos lleva a la conclusión de que todas las maneras de regular y aplicar el PPL en el sector público mencionadas en el presente trabajo de investigación –salvo el reglamento de la Ley del Servicio Civil– son inconstitucionales.
- 6) Respecto a los esfuerzos para la regulación del PPL en el sector privado: las propuestas de regulación del PPL para el régimen laboral privado no han tenido ningún análisis. La Comisión de Trabajo, un grupo parlamentario multipartidario y la CGTP sólo conciben el mismo supuesto de hecho hipotético que en el ET: la especialización profesional (cuando todos mencionan ‘estudios de especialización o perfeccionamiento del trabajador’).
- 7) Respecto al régimen laboral especial de los futbolistas: la formación de deportistas profesionales es algo que ha existido y existe más allá de la regulación del fútbol profesional en el Perú. Por tal motivo, los conceptos contenidos en ‘formación’ (como alimentación, educación o vivienda) son causas jurídicas válidas para celebrar un PPL. Salvo en el fútbol profesional, es válido que se suscriba un PPL cuando el deportista profesional tenga como interés la formación que le puede brindar una institución deportiva.
- 8) Respecto al régimen laboral especial de los artistas: la renuncia al empleo por parte del trabajador artista sí puede generar –por sí mismo– un incumplimiento a un PPL, siempre que se haya pactado la permanencia laboral –aun si no se usa estos términos expresamente e incluso si se incluyó un pacto de exclusividad–. Dicha permanencia debe ser pactada como una obligación

expresa en términos del plazo o tiempo que la relación laboral debe estar vigente. Además, debe ser reforzada necesariamente por una cláusula penal compensatoria.

- 9) Respecto a la nomenclatura correcta del título que contiene un PPL: Dicho pacto puede estar contenido en una cláusula dentro de un contrato o en un documento aparte, pero ello no debe llevarnos a la confusión que es un contrato o convenio.

- 10) Respecto a la naturaleza de la permanencia laboral: es más adecuado denominarle 'obligación de permanencia laboral', en lugar de deber. Esta obligación puede contener diversas prestaciones (comportamientos) destinados a que la relación laboral se mantenga vigente en el plazo pactado por las partes. Pero, las más importantes –en nuestra consideración– son de no ejercer temporalmente la facultad de dimisión o renuncia al empleo y no incurrir en una causa justa de despido disciplinario. Esta obligación es de carácter personal: sólo puede ser cumplida por el trabajador y no, a través de terceros.

- 11) Respecto al beneficio otorgado por el empleador como causa jurídica del PPL: lo que persigue el trabajador en un PPL constituye una causa jurídica tutelable por el ordenamiento. Nótese que el calificativo de 'jurídica' radica en el hecho de que los beneficios que pretende alcanzar el trabajador merecen tutela, siempre que sean equilibrados con la restricción a la libertad de trabajo. Además, los beneficios que interesan al trabajador son una especie de contraprestación a una limitación extrínseca del derecho constitucional a la libertad de trabajo. Dicha contraprestación no tiene carácter salarial o remunerativo.

La causa que otorga validez a un PPL debe significar necesariamente o un enriquecimiento en el patrimonio del trabajador o un incremento de su valor profesional. Por ejemplo, los 'gastos de publicidad y promoción' (que incidan en la imagen del artista) y los 'derechos de formación' (para el óptimo desarrollo del deportista) guardan similitudes con la 'especialización profesional' que

costea el empleador, puesto que en ambos casos se genera una inversión por parte de la compañía que merece tutela y protección por parte del ordenamiento jurídico. La validez de un PPL deberá ser analizado desde su propia 'causalidad'. Es decir, deberá analizarse si lo que motivó a las partes a suscribir un PPL merece tutela o no del ordenamiento jurídico.

- 12) Respecto a la inversión económica para retener o fidelizar como causa económica del PPL: La retención del talento humano se hace como medio para alcanzar un fin superior: que el trabajador pueda retribuir dicho talento en su productividad en la compañía. Así, la causa económica que persigue el empleador es la inversión para retener talento para mejorar su productividad en beneficio de la empresa. No obstante, la permanencia laboral no sólo puede ser obtenida a través de un PPL, sino también a través de otros mecanismos que han sido creados y desarrollados en el ámbito del derecho laboral privado como: *i)* una 'especialización profesional', *ii)* el otorgamiento de una 'capacitación laboral', *iii)* la entrega de sumas de dinero como *bonus*, *iv)* otorgar una formación al deportista, *v)* invertir en la imagen de un trabajador, *vi)* ofrecer acciones societarias (*stock options*); o *vii)* la entrega de otros bienes de alto valor patrimonial. Lo que se busca es **retener el talento o capital humano** a fin de que dicha inversión retorne con utilidades al empleador.
- 13) Respecto al contenido constitucionalmente protegido de la libertad de trabajo cuando se celebra un PPL: la idea de un PPL válido es que nunca se elimine ni suprima la libertad de trabajo. Por ello, el término adecuado es la 'restricción' o 'limitación'. En el PPL debe caracterizarse por su temporalidad o transitoriedad para restringir o limitar la libertad de trabajo. Sólo debe causarse consecuencias jurídicas en la esfera patrimonial del trabajador. No significa, en ninguna circunstancia, que la libertad de trabajo deje de existir.
- 14) Respecto a la causa jurídica tarifada del PPL en España: la única causa que faculta la celebración de un PPL es la 'especialización profesional'. Para verificar si estamos ante un auténtico supuesto de hecho de la capacitación sufragada por el empleador, debe cotejarse con el cargo/puesto del trabajador

o con las funciones que desempeña dentro de la empresa. La ‘especialización profesional para poner proyectos en marcha’ no es la única causal –tarifada legalmente en el derecho español– que permita la celebración de un PPL; sino también la ‘especialización profesional para un trabajo específico’, como contratar con un determinado proveedor.

- 15) Respecto a la formalidad *ad solemnitatem* del PPL en España: Este aspecto si es necesario importarlo al Perú con la finalidad de dotar de seguridad jurídica a dicho pacto a través de la formalidad solemne. El trabajador deberá necesariamente estar de acuerdo con el contenido de un PPL (plazo, costo del beneficio, cláusulas en caso de incumplimiento). El empleador afianzará su confianza en invertir en dicho trabajador. Y, por sobre todas las cosas, en caso de un conflicto judicial, el documento que contenga el PPL será indispensable para que el juez solucione dicho conflicto.
- 16) Respecto al plazo máximo de permanencia laboral: Este aspecto si es necesario importarlo al Perú con la finalidad de dotar de seguridad jurídica a dicho pacto a través de un tope máximo (en España, es 2 años). No obstante, debemos precisar que todo exceso a dicho plazo es ineficaz, salvo para los trabajadores de alta dirección (no hay plazo máximo expreso) y el personal civil en establecimientos militares (tope máximo de 3 años).
- 17) Respecto a la posibilidad de que el PPL genere un delito contra la libertad de trabajo: existen prestaciones de servicios que –incluso cuando puedan ser requeridas bajo coacción y sin consentimiento del trabajador– no necesariamente serán ‘trabajo forzoso’, pues también se requiere el rechazo socialmente. la celebración de un PPL válido no se condice de ninguna manera a la conducta típica de ‘someter’ que sanciona el nuevo delito de ‘trabajo forzoso’. Por ello, ni ‘la obligación de trabajar’ por motivo de horas extras (y, por interpretación extensiva, el PPL) no es sancionable penalmente, puesto que socialmente no son circunstancias rechazadas.

- 18) Respecto a la dimisión *ad nutum* como comportamiento que incumple directamente un PPL: la renuncia *ad nutum* al empleo es el principal y más frecuente comportamiento que incumple un PPL, es decir, que no ejercite su derecho constitucional a la libertad de trabajo (en su faceta de salida).
- 19) Respecto al despido justificado como comportamiento que incumple indirectamente un PPL: la obligación de permanencia laboral (creada por un PPL válido) también se puede incumplir de manera indirecta por el despido disciplinario por falta grave. El fundamento jurídico de lo expuesto es, principalmente, la buena fe y la causa jurídica y económica que motivó al trabajador a obligarse a permanecer en su puesto de trabajo.
- 20) Respecto al cálculo de la indemnización por incumplimiento de un PPL: los conceptos o variables que deben considerarse para tal efecto son: (i) costo real de la beneficio otorgado directamente (ejm. especialización profesional); (ii) gastos conexos para el otorgamiento del beneficio (ejm. alojamiento, manutención y desplazamiento); (iii) gastos administrativos relacionados al beneficio otorgado (ejm. obtención del grado o título de la especialización); (iv) salarios de sustitución (remuneración y otros beneficios pagados durante la suspensión de la relación laboral); (v) perjuicios específicos causados al empleador (ejm. si es contratado por la competencia o la reputación del empleador); y (vi) proporción del tiempo del incumplimiento con relación al plazo de permanencia laboral.
- 21) Respecto a la aplicación de la cláusula penal compensatoria por incumplimiento de un PPL: Es constitucional y legal su inclusión en el contrato de trabajo, como en los conflictos judiciales/arbitrales de algunos trabajadores artísticos. En el régimen laboral de los deportistas profesionales se reconoce un 'derecho de indemnización' a los empleadores (como en España) y se permite el uso de penalidades para cuantificar los daños (básicamente, por 'derechos de formación'). Tales penalidades constituyen un incentivo legal que promueve el cumplimiento del contrato de trabajo con los deportistas.

- 22) Respecto a la reducción judicial de la penalidad por incumplimiento de un PPL: el artículo 1346 del CC ya ha sido aplicado en casos laborales (de trabajadores artistas) ocurridos en el Perú con una regla de tres (3) simple directa. Esto permite la reducción proporcionalmente la penalidad, al descontar del monto total pactado en la penalidad la valorización monetaria del tiempo efectivamente permanecido.
- 23) Respecto a la compensación como mecanismos de cobro de penalidad por incumplimiento de un PPL: Los créditos laborales de origen contractual son de libre disponibilidad por parte del trabajador, por lo que se pueden compensar con tal penalidad. Sobre los créditos laborales de origen legal, el trabajador de la actividad privada sólo puede autorizar que se descuente de sus gratificaciones legales, mientras que el servidor público ni si quiera puede disponer de tal gratificación. Por tanto, cualquier autorización para descontar es nula *ipso iure*. La CTS sólo tiene 3 causales expresas para autorizar descuentos, dentro de las cuales no se encuentra el cobro de penalidad.
- 24) Respecto al derecho de retención de la CTS para futuro cobro de penalidad por incumplimiento de un PPL: El empleador puede ejercer un derecho de retención de hasta el 50% de la CTS y sus intereses, ya sea que el trabajador provocó su despido por falta grave o por renunciar al empleo. Dicha retención será para demandar judicialmente la indemnización por daños y perjuicios o el pago de una penalidad, ambos casos por incumplimiento de un PPL válido. Lo que habilita la compensación es el hecho de que siempre habrá un perjuicio económico al empleador que invirtió en su trabajador para dicho PPL.
- 25) Respecto a la permanencia como condición para percibir un bono por productividad devengado en España: No es razonable condicionar la percepción de una bonificación, *bonus*, gratificación extraordinaria o cualquier fuese su denominación a la permanencia laboral del trabajador, cuando dicho beneficio ya ha sido devengado sobre la base del cumplimiento de metas u objetivos determinados durante un ejercicio anual específico. Los pactos que otorgan bonos por productividad que tengan como causa la permanencia laboral, deberían ser calificados como PPL.

- 26) Respecto de la naturaleza en los bonos no sujetos a productividad: La pérdida de estos bonos no sería consecuencia de incumplir una obligación de permanencia laboral, sino que tales bonos son actos de la autonomía privada. Por tanto, el enfoque debe ser sobre partir sobre la eficacia jurídica ('condición resolutoria negativa' y 'condición suspensiva positiva'), en concordancia con el CC. Este concepto permitirá entender y conceptualizar mejor la naturaleza jurídica de los diferentes mecanismos de retención de talento humano contenido en pactos innominadas y atípicos al contrato de trabajo en el Perú.
- 27) Respecto a los bonos devengados por antigüedad: Se tratan de mecanismos que tienen cierta relación con la permanencia laboral. No obstante, el PPL busca la permanencia laboral hacia futuro, mientras que estos bonos se suelen otorgar dentro del marco de políticas de recursos humanos. Por tanto, constituyen liberalidades que premian el tiempo ya permanecido.
- 28) Respecto al *signing bonus* y el caso emblemático del fútbol profesional: no sólo constituye un mecanismo eficiente para retener el talento humano tan escaso en el Perú, sino que permite la contratación laboral de manera eficiente (sin sobrecostos laborales). Asimismo, existe una oportunidad determinar la naturaleza jurídica del *signing bonus*, si no está supeditado a ningún criterio de productividad (objetivos o metas específicas del trabajador durante la ejecución del contrato de trabajo) o si sólo está sujeto exclusivamente a la firma del trabajador.
- 29) Respecto a la permanencia laboral en un grupo económico: Puede cumplirse si el trabajador mantiene vínculo laboral continuo con las empresas del grupo que constituyen una misma unidad patrimonial no diferenciables entre las personas jurídicas (por ejemplo, mismas planillas electrónicas).
- 30) Respecto a la relación de los *stock options* y la permanencia laboral: la posibilidad de que un trabajador sea acreedor de los *stock options* sujetos a la condición de la permanencia laboral no implica la existencia de un PPL, ni una obligación propiamente dicha. Tal permanencia operará sólo como una

condición del negocio jurídico y, en caso de no concretarse, sólo implicará la pérdida de dicho beneficio, mas no una penalidad por incumplimiento de una obligación.

- 31) Respecto al impacto económico de la permanencia laboral en el Perú –cifras oficiales–: si el PPL se regula de tal manera que no solamente se permite la causa de capacitación profesional, podrían incluirse todo tipo de capacitación. El ‘perfeccionamiento’ de un trabajador debe ser entendido en el sentido más amplio posible para incluir las capacitaciones técnicas y laborales.

En consecuencia, el PPL sería un incentivo en la medida que vaya en armonía con las políticas públicas en materia de trabajo (ejm. las microempresas con el fin de aumentar la productividad a través de la capacitación a todo nivel – técnica y laboral–). El PPL puede y debe funcionar como un mecanismo legal que incentive el intercambio deseado por el empleador y el trabajador, sin lesionar la libertad de trabajo.

Adicionalmente, la rotación laboral que existe en las diferentes actividades económicas de los empleadores no es negativa por sí mismo, pues tal rotación se genera por diferentes causas. No obstante, consideramos negativo que sólo se pretenda regular mecanismos legales que permitan la retención válida del trabajador para casos de especialización o perfeccionamiento, no es el único motivo que impulsa a un trabajador a cambiar de empleo.

- 32) Respecto al impacto económico de la permanencia laboral en el Perú – encuestas privadas–: Si bien el PPL no es el único medio para obtener la retención del talento humano, lo que mayormente se ofrece es el beneficio de la capacitación. Otros medios que procuran la permanencia laboral es el aumento salarial. El hecho de que el PPL sea sólo un mecanismo nos lleva a reflexionar que carecería de razonabilidad que la retención del talento humano sea valorada positivamente por el Legislador peruano en tal aumento salarial, pero valorada negativamente como causa en la celebración de un PPL.

Aceptamos el hecho de que en España el PPL se aplica a pesar de su carácter de excepcionalidad. No obstante, aquí en el Perú podría servir como un mecanismo privado que pueda pelear las deficiencias educativas y mejorar la productividad de los trabajadores peruanos.

- 33) Respecto a los incentivos tributarios relacionados al PPL: Existe un claro incentivo tributario para el empleador a fin de celebrar un PPL que tenga como causa jurídica la capacitación laboral o profesional. No obstante, existen otros tipos de gastos diferentes a la capacitación que son valorados por la LIR como suficientes para mantener la fuente generadora de ingreso en una empresa o aumentar el valor económico del servicio del trabajador (incrementando competencias laborales). Esto último demuestra que gastos recreativos o gastos de salud tienen una valoración importante en una estructura empresarial que han sido valorados correctamente por el legislador en materia tributario, mas no en materia laboral. Finalmente, si dicha capacitación (profesional o laboral) fueses brindada en el extranjero, el monto que pagará dicho empleador no es una operación gravada con el impuesto general a las ventas.

CAPÍTULO VI: RECOMENDACIONES O PROPUESTAS PARA UN CAMBIO LEGISLATIVO

- 1) Se propone y recomienda que el Legislador peruano –en caso se regule el PPL– considere el hecho que en una prestación de servicios civil se establece un plazo máximo de tres (3) años que sólo puede ser invocado por el locador si se pactase plazos mayores, con mayor razón en una prestación de servicios laboral debería establecerse también un plazo máximo.
- 2) Se propone y sugiere que los jueces laborales consideren las siguientes variables para una reducción de una cláusula penal compensatoria (por incumplimiento de un PPL) justa: *(i)* el monto gastado directamente en el beneficio del trabajador; *(ii)* el monto gastado indirectamente en el beneficio del trabajador; *(iii)* el cumplimiento parcial de la obligación de permanencia laboral; y *(iv)* la remuneración total percibida por el trabajador.
- 3) El PPL puede y debe funcionar como un mecanismo legal que incentive el intercambio deseado por el empleador y el trabajador, sin lesionar la libertad de trabajo. En consecuencia, una regulación limitada sólo a la especialización o perfeccionamiento podría ocasionar un efecto no deseado en el mercado

laboral peruano. Por citar sólo un ejemplo, los trabajadores técnicos tendrían menos herramientas para salir del subempleo. Por tal motivo, se recomienda que el Estado incluya el PPL dentro de sus acciones para reducir el subempleo, pues puede servir como una herramienta para controlar la tasa de desempleo de los jóvenes en las zonas donde menos se invierte en capacitación. Se cuenta con indicadores estadísticos que provee INEI o el MTPE para evaluar de manera idónea el impacto económico de una regulación del PPL.

- 4) Se propone y recomienda que el Legislador peruano –en caso se regule el PPL– considere el hecho de incluir una disposición normativa expresa que prohíba o permita la celebración del PPL en las modalidades formativas laborales, bajo la consideración de nuestra realidad socioeconómica. Si nuestros operadores jurídicos razonan y entienden que sólo cabe suscribir un PPL para ‘especialización profesional’, una persona sujeta a una modalidad formativa podría verse impedida de acceder a estudios de pregrado costeados (total o parcialmente) por la empresa.
- 5) Se propone y sugiere que los jueces laborales consideren que el plazo de permanencia laboral que supere el plazo del contrato de trabajo a plazo determinado se entiende como ineficaz, puesto que ya no hay contrato de trabajo. Tal extinción de la relación laboral no supone el incumplimiento de un PPL, al no ser una causa imputable al trabajador-deudor. Asimismo, los operadores jurídicos no deben exigir, en ninguna circunstancia, la renovación del contrato de trabajo en virtud a que se pactó un plazo de permanencia mayor a la duración del contrato de trabajo a plazo determinado.
- 6) Se propone y recomienda al Legislador peruano revisar profundizar sobre la implicancia en el periodo de prueba legal cuando se pacta un PPL válido. Sostener que es tal periodo de prueba devendría en ineficaz –lo cual es, incluso, beneficioso para el trabajador– significaría que las partes pueden pactar en contra de una norma imperativa como es la Constitución. Por tal motivo, se recomienda que el Legislador peruano –en caso se regule el PPL– meritúe una solución normativa: proponer que el PPL sea la excepción al periodo de prueba

legal para que el trabajador obtenga una protección mayor contra el despido arbitrario desde antes que transcurran los 3 primeros del inicio de la relación laboral.

- 7) Se propone y exhorta al Legislador peruano sobre lo peligroso que resultaría la existencia de una disposición normativa que tenga la misma causa jurídica *tarifada* que en España (léase, 'especialización profesional'), porque se aplicaría sesgadamente por los tribunales peruanos de una forma similar que sus congéneres españoles, sin caer en cuenta que en nuestro país no existe expresamente un 'derecho a la formación profesional' a cargo del empleador. Ello también podría generar situaciones de desprotección laboral y que las partes (aunque principalmente, el empleador) recurran a figuras civiles a fin de eludir los efectos de una disposición normativa restrictiva.
- 8) Se propone y exhorta que el juez competente para los potenciales conflictos laborales derivados de un PPL sea el especializado de trabajo o el paz letrado laboral, según la cuantía de la pretensión (si la hubiese). Asimismo, la vía procedimental será –en la mayoría de los casos– la ordinaria laboral u ordinario laboral, según dicha cuantía.
- 9) Finalmente, se propone y sugiere que la Sunat –en coordinación con el MTPE– difunda los incentivos tributarios contenidos en la LIR y la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, en cuanto a la capacitación a los trabajadores. Esta difusión podría arrojar indicadores sobre la eficiencia de tales incentivos en el corto plazo.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Referencias bibliográficas

- Acción de inexecuibilidad presentada por Jorge Luis Pabón Apicella contra el párrafo del artículo 62° del Código Sustantiva de Trabajo, Sentencia C-594/97 (Corte Constitucional de la República de Colombia 20 de noviembre de 1997).
- Alva, J., Gazzolo, L., Alarcón, A., Cabanillas, G., López, E., Baffigo, J., . . . López, L. (1991). *Exposición de motivos*. Comisión revisora del Código Penal de 1924, Lima.
- Alvarado, J. (2017). *El impacto laboral de los programas de incentivos en acciones en el Perú: una propuesta de regulación normativa en el ordenamiento peruano*. Tesis. Lima, Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado el 29 de enero de 2019
- Anacleto, V. (2015). *Manual del Derecho del Trabajo*. Lima, Perú: Grupo Editorial Lex & Iuris.
- Arias-Schreiber, M. (2006). *Exégesis del Código Civil Peruano de 1984* (Vol. I). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Binter Canarias, S.A. vs. D. Adolfo, STSJ ICAN 2615/2005 (Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social 23 de junio de 2005).
- Cinco mil setenta y siete ciudadanos contra el artículo 1 de la ley 27633, modificatoria de la ley 27143, STC n.º 018-2003-AI/TC (Tribunal Constitucional 26 de abril de 2004). Recuperado el 19 de enero de 2019, de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00018-2003-AI.html>
- Colegio de Abogados de Lima Norte vs. Congreso de la República (Caso Ley de Protección a la Economía Familiar), STC n.º 0011-2013-PI-TC (Tribunal

- Constitucional 10 de enero de 2015). Recuperado el 31 de julio de 2019, de http://spij.minjus.gob.pe/content/noticia/pdf/Sentencia_0011-2013-PI-TC.pdf
- Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. vs. Edwin Sierra Enríquez, S/N (Tribunal Arbitral 27 de agosto de 2010). Recuperado el 14 de enero de 2019
- Compañía Peruana de Radiodifusión S.A. vs. Tula Gabriela Rodríguez Quintana, Exp. N° 1074-2007-PI(S) (Tercera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima 15 de agosto de 2007). Recuperado el 14 de enero de 2019
- Continental Rail S.A. vs. Don Amador, STS 6626/2011 (Tribunal Supremo. Sala de lo Social 19 de setiembre de 2011).
- D. Leonardo vs. Aegon Seguros Vida Ahorro e Inversiones, S.A., STS 1277/2006 (Tribunal Supremo. Sala de lo Social 15 de febrero de 2006).
- D. Raúl vs. Banco Español de Crédito, S.A. -BANESTO-, STS 5489/2001 (Tribunal Supremo. Sala de lo Social 26 de junio de 2001).
- Dávalos, J. (2016). *El constituyente laboral. Grandes temas constitucionales*. Ciudad de México, México: Instituto Nacional de Estudios Históricos de las Revoluciones de México, la Secretaría de Gobernación y el Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM.
- Díaz, M. y Suclupe, V. (2017). *El pacto de permanencia como violación a la libertad de trabajo. Tesis*. Pimentel, Chiclayo, Perú: Universidad Señor de Sipán. Recuperado el 29 de enero de 2019
- Díaz, D. (2015). *Prohibiciones a la competencia del trabajador*. 399. Madrid, España: Universidad Complutense de Madrid.
- Don Alberto vs. TELCOM, S.A., STSJ CAT 13242/2009 (Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social 16 de noviembre de 2009).
- Don Jesús Miguel vs. Banco Español de Crédito, S.A. -BANESTO-, STS 9506/2000 (Tribunal Supremo. Sala de lo Social 21 de diciembre de 2000).
- Don Lucas vs. Compañía de Actividades y Servicios de Aviación, S.L., STSJ M 7522/2006 (Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social 7 de junio de 2006).
- Don Pedro Antonio vs. FGS-Fondo de Garantía Salarial y Centro de Tratamiento de Información SA, STSJ PV 192/2000 (Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social 18 de enero de 2000). Recuperado el 20 de febrero de 2019
- Doña Leticia vs. Banco Español de Crédito, S.A. -BANESTO-, STSJ EXT 1000/1999 (Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social 6 de Mayo de 1999).
- Doña Marí Trini vs. Fianz Soluciones Financieras, S.A., STSJ CAT 8085/2006 (Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social 12 de julio de 2006).
- Doña Mariana vs. Uponsor Hispania SAU, STSJ M 1516/2006 (Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social 24 de marzo de 2006).

- España, S.A. Compañía Nacional de Seguros vs. Don Jacinto, STS 5992/2010 (Tribunal Supremo. Sala de lo Social 29 de octubre de 2010).
- Espinoza, J. (2005). *Los principios contenidos en el Título Preliminar del Código Civil Peruano de 1984. Análisis doctrinario, legislativo y jurisprudencial* (Segunda ed.). Lima, Perú: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Eugenio Rigoberto Vidal Sánchez vs. Zocimo Teodulo Zárate Morales y Nelly Elizabeth Osorio Maguiña, Exp. 07932-2010-0-1817-JR-CO-08 (1° Sala Civil con subespecialidad Comercial de Lima 2 de setiembre de 2014). Recuperado el 20 de marzo de 2019
- Federación Estatal de Transportes y Telecomunicaciones de la Unión General de Trabajadores vs. Telefónica de España, S.A., STS 10735/1995 (Tribunal Supremo. Sala de lo Social 1 de abril de 1995).
- García, J. (2000). *El principio general de la buena fe en el contrato de trabajo*. Universitat de Barcelona, Cataluña. Barcelona: Facultat de Dret. Recuperado el 7 de febrero de 2019
- Gómez, F. (1996). *Derecho del Trabajo. Las relaciones individuales de trabajo*. (Primera ed.). Lima, Lima, Perú: Editorial "San Marcos".
- Hispania Líneas Aéreas, S. A. vs. Don Luis Miguel, STS 820/1991 (Tribunal Supremo. Sala de lo Social 14 de febrero de 1991).
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2014). *Encuesta de Micro y Pequeña Empresa 2013*. Lima. Lima: INEI. Recuperado el 3 de febrero de 2019, de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1139/index.html
- Jesús María Moisés Abarzuza Gil contra Telefónica del Perú S.A.A., Casación Laboral N° 10712-2014-Lima (Corte Suprema de Justicia de la República 6 de Julio de 2015). Obtenido de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/60943f004cccd26abc81beb8adeb3b40/Resolucion_10712-2014.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=60943f004cccd26abc81beb8adeb3b40
- Juan José Gorriti y más de cinco mil ciudadanos contra el Congreso de la República, 008-2005-PI/TC (Tribunal Constitucional 12 de agosto de 2005). Obtenido de <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00008-2005-AI.html>
- Lagun Air, S.A. vs. Don Pedro Antonio, STSJ CL 6462/2004 (Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social 17 de diciembre de 2004).
- Loreto. Gonzalo Sarmiento Soto, Expediente N° 05382-2011-PA/TC (Tribunal Constitucional 26 de Marzo de 2012).

- Luis Mamani Miranda vs. Ministerio de la Presidencia y otro, Casación n.º 01739-2003-PUNO (Corte Suprema de Justicia de la República 6 de setiembre de 2005). Recuperado el 25 de enero de 2019
- ManpowerGroup. (2018). *Resolviendo la Escasez de Talento. Construir, Adquirir, Tomar prestado y Tender Puentes*. Lima. Lima: Manpower. Recuperado el 31 de enero de 2019
- María Guadalupe Núñez del Prado Aparicio vs. Asociación Pro Vivienda Villa Rosario y otros, Casación n.º 15708-2013-Cusco (Corte Suprema de Justicia de la República 11 de agosto de 2015). Recuperado el 25 de enero de 2019
- María Tereza Mendiola de Claux y otra vs. BBVA Banco Continental, Casación n.º 02619-2014-ICA (Corte Suprema de Justicia de la República 6 de abril de 2015). Recuperado el 25 de enero de 2019
- Mella, L. (2013). La Responsabilidad Civil por Daños en el Contrato de Trabajo. En C. N. Social, *La responsabilidad civil por daños en las relaciones laborales : XXIII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pág. 311). Gerona, Cataluña, España: Ediciones Cinca. Recuperado el 2 de febrero de 2019
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2016). *La inadecuación ocupacional de los trabajadores profesionales del sector privado formal*. Lima. Lima: Dirección de Investigación Socio Económico Laboral. Recuperado el 30 de enero de 2019
- Morales, R. (2011). *Patologías y remedios del contrato*. Lima: Jurista Editores.
- Morales-Bermudez, M. A. (2009). *Informe 021-2009-SUNAT/2B0000*. Lima: Intendente Nacional Jurídico. Recuperado el 27 de marzo de 2019, de <http://www.sunat.gob.pe/legislacion/oficios/2009/oficios/i021-2009.htm>
- Moreno, V. (2003). El pacto de permanencia y otros pactos en la empresa. 29. Santiago de Chile, Chile: Universidad de Chile. Obtenido de http://www.tesis.uchile.cl/tesis/uchile/2003/moreno_v/html/index-frames.html
- NÆss-Schmidt, S., & Winiarczyk, M. (2010). *Company Car Taxation. Subsidies, Welfare and Environment*. Copenhagen Economics. doi:10.2778/13821
- Neves, J. (2004). *Introducción al Derecho Laboral* (Segunda ed.). Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Núñez, A. y Castillo, F. (2015). *La indemnización por años de servicio en la actual realidad laboral chilena*. Universidad de Chile, Metropolitana de Santiago. Santiago de Chile: Facultad de Derecho. Departamento derecho del trabajo. Recuperado el 7 de febrero de 2019
- Organización Internacional del Trabajo. (2017). *Sobre informalidad y productividad: breves reflexiones para el caso del Perú*. Pontificia Universidad Católica del

- Perú, Lima. Lima: Oficina de la OIT para los Países Andinos. Recuperado el 30 de enero de 2019
- Organización Internacional del Trabajo. (2018). *Perú. Programa de acción 2018-2019 rumbo al bicentenario*. Lima. Lima: Oficina de la OIT para los Países Andinos. Recuperado el 30 de enero de 2019
- Pérez, M. y Romero-Lozada, A. (2017). *Modificaciones en el Código Penal para fortalecer la lucha contra el feminicidio, la violencia familiar y la violencia de género*. Exposición de motivos, Consejo de ministros, Lima, Lima. Recuperado el 13 de enero de 2019
- Pizarro, M. (2006). *La Remuneración en el Perú. Análisis Jurídico Laboral* (Primera ed.). Lima, Lima, Perú: Gonzalez & Asociados Consultores Laborales S.C. Recuperado el 25 de enero de 2019
- Quiñones, S. (2007). *La libertad de trabajo: vigencia de un principio y derecho fundamental en el Perú* (Primera ed.). Lima, Lima, Perú: Palestra Editores. Recuperado el 22 de enero de 2019
- Ramos, C. (2011). *Cómo hacer una tesis en Derecho y no envejecer en el intento*. Lima, Perú: Editora y Librería Jurídica Grijley.
- Ríos, G. (2017). *¡Hagamos juntos tu tesis de Derecho! Teoría y práctica* (1° ed.). Lima, Lima, Perú: Ideas Solución Editorial S.A.C. Recuperado el 5 de setiembre de 2018
- Rubio de Medina, M. (2005). *El pacto de permanencia en la empresa* (Primera ed.). Barcelona, Cataluña, España: Editorial Bosch, S. A. Recuperado el 18 de febrero de 2019
- Sessarego, F. (1990). *El abuso del Derecho*. En U. d. Lima, *Tratado de Derecho Civil* (Primera ed., Vol. I, págs. 83-196). Lima, Perú: Universidad de Lima.
- Tissat S.A. vs. Doña Soledad, STSJ CV 8444/2012 (Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social 13 de diciembre de 2012).
- Toyama, J. (2015). *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico* (Primera ed.). Lima, Perú: Gaceta Jurídica.
- Vueling Airlines, S.A. vs. Don Emiliano, STSJ CAT 9216/2009 (Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social 25 de junio de 2009).

Referencias electrónicas

- Baseball Almanac. (2012). Recuperado el 1 de octubre de 2018, de http://www.baseball-almanac.com/players/baseball_signing_bonus.shtml
- Coral, A. (2010). *actualicese.com*. Obtenido de <http://actualicese.com/respuestas/clausula-de-permanencia-en-un-contrato-laboral/>
- De Valdivia, R. (2017). *Poder Judicial*. Recuperado el 14 de enero de 2019, de https://scc.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/06c2c38041bfc984a33cf749cfca7f5d/T_RABAJO+FORZOSO-RDVC.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=06c2c38041bfc984a33cf749cfca7f5d
- LawTeacher. (2018). *LawTeacher. The Law Essay Professionals*. Recuperado el 10 de marzo de 2019, de <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/employment-law/employment-bond-enforceable-or-unenforceable.php#citethis>
- NFP Surety. (2019). *NFP Surety*. Recuperado el 3 de marzo de 2019, de <https://nfpsurety.com/blog/what-is-an-employment-bond/>
- Paredes, J. (2015). Recuperado el 19 de enero de 2019, de <https://prezi.com/urylcjm7ihoj/la-integracion-juridica/>
- Poder Judicial del Perú. (2007). *Diccionario jurídico*. Obtenido de https://historico.pj.gob.pe/servicios/diccionario/diccionario_detalle.asp?codigo=740
- Romero, F. (17 de octubre de 2017). La crisis de los principios del derecho del trabajo. *Instituto de Investigación de la Facultad de Derecho de la USMP*, 1-19. Recuperado el 21 de enero de 2019, de http://www.usmp.edu.pe/derecho/instituto/revista/articulos/La_crisis_de_los_principios_del_derecho_del_trabajo.
- Rubén La Rosa Chagaray vs. Cooperativa de Ahorro y Crédito Toquepala, Casación Laboral n.º 04961-2011 (Corte Suprema de Justicia de la República 16 de mayo de 2012). Recuperado el 21 de enero de 2019, de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/888be3804bc56e899c3bdd40a5645add/CAS.+LAB.+4961-2011+LA+LIBERTAD.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=888be3804bc56e899c3bdd40a5645add>
- Sánchez, A. (2017). *Enfoque Derecho*. Recuperado el 14 de enero de 2019, de <https://www.enfoquederecho.com/2017/02/21/acerca-del-trabajo-forzoso-y-el-decreto-legislativo-n-1323/>
- Seth, R. (2016). *Evaluer law firm*. Recuperado el 17 de marzo de 2019, de <https://evaluerind.tumblr.com/post/144290800701/employment-bond-need-and-enforceability>

Universidad de San Martín de Porres. (2017). Diplomado en Nuevas Tendencias del Derecho del Trabajo y Procedimientos Laborales: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y Sunafil. (Facultad de Derecho) Recuperado el 27 de junio de 2018, de http://www.derecho.usmp.edu.pe/diplomados_virtuales/2017-1/derecho_trabajo/temario.htm

Referencias hemerográficas

- Agencia EFE. (2018). *Diario Gestión*. Recuperado el 14 de enero de 2019, de <https://gestion.pe/peru/politica/dictan-35-32-anos-carcel-responsables-muertes-jovenes-incendio-galeria-nicolini-237172>
- Avalos, B. (2017). Advierten que si te obligan a hacer horas extras, tu jefe puede ir a la cárcel. *Economía*, 4. (Difusión, Entrevistador) Lima, Lima, Perú: febrero. Recuperado el 13 de enero de 2019, de <https://rpp.pe/economia/economia/si-te-obligan-a-hacer-horas-extras-tu-jefe-puede-ir-a-la-carcel-noticia-1031008>
- Beltrán, J. (2008). *El silencio de los inocentes. Los daños derivados de las relaciones laborales*. Diálogo con la jurisprudencia, 14 (122), 83-95. Recuperado el 25 de enero de 2019
- Beltrán, J. y Campos, H. (2009). Breves Apuntes sobre los Presupuestos y Elementos del Negocio Jurídico. *Derecho & Sociedad*(32), 198-211. Recuperado el 24 de enero de 2019
- Borasino, S. (2012). *Semana Económica - Factor Humano*. Recuperado el 12 de enero de 2019, de <http://semanaeconomica.com/factor-humano/2012/03/21/las-ventajas-del-signing-bonus-al-contratar-a-ejecutivos/>
- Bringas, G. (2013). *La relación de hecho como tesis anticontractual. Hacia una interpretación protectora del contrato de trabajo*. Soluciones Laborales (61), 22-30. Recuperado el 20 de enero de 2019
- Cadillo, C. (2009). *Validez del pacto de permanencia en el caso de artistas trabajadores*. Revista Jurídica del Perú (106), 354 y ss.
- Carranza, C. (2008). *La imprevisión contractual. Breves comentarios a propósito del artículo 80° del Código Civil Cubano*. Revista Oficial del Poder Judicial (1), 269-284. Obtenido de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_investigacion_publicacion/as_publicaciones/as_revista_oficial/as_revista_oficial_21?WCM_PI=1&WCM_Page.1e600f804f447278905ef8049c8bb817=2
- Chávez, F. (2012). *El pacto de permanencia y los límites a la aplicación de penalidades por parte del empleador*. Contadores y empresas (196), C1-C5. Recuperado el 21 de enero de 2019
- De Val, Á. (2014). *El pacto de permanencia en la empresa en el derecho español*. IL DIRITTO DEI LAVORI, VIII (3), 45-49. Recuperado el 7 de marzo de 2019
- Diario Gestión. (2015). *Redacción Gestión*. Recuperado el 11 de enero de 2019, de <https://gestion.pe/tendencias/management-empleo/me-vas-echar-bono-perderas-renuncias-empresa-77850>

- Diario La República. (2007). <https://larepublica.pe/>. Recuperado el 15 de enero de 2019, de <https://larepublica.pe/tendencias/242932-tula-perdio-juicio-con-america>
- Diario Líbero. (2018). *Diario Líbero*. Recuperado el 11 de enero de 2019, de <https://libero.pe/futbol-peruano/1364460-sporting-cristal-mario-salas-dejara-equipo-llega-oferta-seleccion-chilena?ref=whp>
- Diario Peru21. (2005). <http://archivo.peru21.pe/>. Recuperado el 19 de enero de 2019, de <http://archivo.peru21.pe/noticia/40470/manolo-rojas-desata-guerra-america-television>
- El Comercio. (2015). *¿Cuál es el sueldo mensual de los ejecutivos peruanos?* pág. 3. Recuperado el 30 de enero de 2019
- Galiano, E. (2016). *El contrato de capacitación y permanencia laboral. Al pan, pan y al vino, vino*. Actualidad jurídica (270), 206-214. Recuperado el 18 de enero de 2019
- Gandulfo, E. (2012). *La prohibición de ir contra los propios actos y el contexto del orden público. Una aproximación con el Derecho del Trabajo en el caso 'Pacareu con Universidad Mayor'*. La Razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas (3), 1-24. Obtenido de <https://es.scribd.com/doc/161565439/Acto-Propio-Expectativa-Contexto-de-Orden-Publico>
- Gil y Gil, J. (2009). *El concepto laboral de grupo de empresas*. Capital Humano (234), 118-119. Recuperado el 24 de enero de 2019, de <http://pdfs.wke.es/2/4/9/0/pd0000052490.pdf>
- Higa, A. (2015). *Las Cláusula Arbitrales y la Nueva Ley Procesal del Trabajo*. Derecho y Sociedad (46), 309-326. Recuperado el 23 de enero de 2019, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/viewFile/18852/19072>
- Instituto Nacional de Estadística e Informática. (2018). *Perú: Indicadores de Empleo y Ingreso por departamento 2007-2017*. Lima. Lima: Dirección Técnica de Demografía e Indicadores Sociales. Recuperado el 30 de enero de 2019
- La Ley - El Ángulo Legal de la Noticia. (2018). Recuperado el 14 de enero de 2019, de <https://laley.pe/art/5656/dictan-prision-para-responsables-del-incendio-en-las-malvinas>
- Latina redacción. (2018). *Latina*. Recuperado el 11 de enero de 2019, de <https://www.latina.pe/deportes/futbol-peruano/portada/raul-ruidiaz-revelan-clausula-de-rescision-ante-interes-de-otros-clubes>
- Leyva, J. (2010-2011). *Autonomía privada y contrato*. Revista Oficial del Poder Judicial (4-5, 6 y 7), 267-290. Obtenido de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_ho

me/as_cij/as_investigacion_publicacion/as_publicaciones/as_revista_oficial/as_revista_oficial_67/cij_d_revista4567_12

- Lorente, M. (2018). *Mundo Deportivo*. Recuperado el 10 de enero de 2019, de <https://www.mundodeportivo.com/futbol/fc-barcelona/20180309/441356735808/neymar-barca-bartomeu-demanda-millones-psg.html>
- Mejía, R. (2002). *La extinción de la relación laboral*. Revista Jurídica del Perú (41). Recuperado el 17 de enero de 2019.
- Mejorada, M. (2014). *La remuneración en garantía*. THĒMIS-Revista de Derecho (65), 269-278. Recuperado el 19 de enero de 2019, de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/viewFile/10873/11378>
- Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo. (2016). *Informe Estadístico Mensual*. Lima. Lima: Dirección General de Promoción del Empleo. Recuperado el 30 de enero de 2019.
- Murillo, J. (2014). *La pretensión como límite de Iura Novit Curia y su aplicación práctica*. IUS 360. Recuperado el 16 de enero de 2019, de <http://ius360.com/publico/procesal/la-pretension-como-limite-del-iura-novit-curia-y-su-aplicacion-practica/>
- Muschi, F. (2015). *El fútbol es el único deporte en el Perú con un régimen laboral profesional*. Redacción Gestión. Recuperado el 11 de enero de 2019, de <https://gestion.pe/tendencias/management-empleo/futbol-unico-deporte-peru-regimen-laboral-profesional-97563>
- Pizarro, M. (2012). *La inversión en la capacitación de los trabajadores y los acuerdos de permanencia en el empleo*. Boletín Laboral y de Seguridad Social, 1-3. Lima, Perú: Estudio Echeconpar.
- Puntriano, C. (2016). *Lecciones sobre contratación laboral*. Jurídica. Suplemento de análisis legal de El Peruano, Segunda etapa. Año 10 (615), 8. Recuperado el 16 de enero de 2019.
- Quiñones, S. (2017). *En qué consiste el nuevo delito de trabajo forzoso*. IUS360. Recuperado el 14 de enero de 2019, de <http://ius360.com/columnas/sergio-quinones/en-que-consiste-el-nuevo-delito-de-trabajo-forzoso/>
- Quiñones, S. (2017). *Se enciende el debate sobre si las horas extra son o no trabajo forzoso*. Economía, 7. (EFE, Entrevistador) Lima, Lima, Perú. Recuperado el 13 de enero de 2019, de <https://rpp.pe/economia/economia/la-imposicion-de-horas-extra-no-califica-como-trabajo-forzoso-noticia-1031228>
- Redacción DT. (2018). *El Comercio*. Recuperado el 11 de enero de 2019, de <https://elcomercio.pe/deporte-total/futbol-mundial/barcelona-arturo-vidal-exorbitante-clausula-rescision-cuadro-blaugrana-espana-noticia-543869>

- Rojas, K. (2014). *Redacción Gestión - Management & Empleo*. Recuperado el 11 de enero de 2019, de Diario Gestión: <https://gestion.pe/tendencias/management-empleo/formula-millonaria-jalar-talento-clave-63449>
- Sánchez, R. (2016). *La validez de los convenios de formación a favor del trabajador y su incidencia en el uso de pactos de permanencia*. Soluciones Laborales (102), 27-36. Recuperado el 16 de enero de 2019
- Selma, A. (2007). *La vinculación del trabajador con su empresa: nuevas perspectivas*. Anales de Derecho. Universidad de Murcia (25), 311-340. Recuperado el 3 de marzo de 2019.
- Seligrat, V. (2013). *Responsabilidad civil dimanante del incumplimiento de contrato por deportistas profesionales o la denominada "cláusula de rescisión"*. Revista Icade (90), 195-225. Recuperado el 2 de abril de 2019
- Serkovic, G. (2018). *¿Se puede multar a un trabajador por una infracción laboral?* Diario El Peruano. Recuperado el 16 de enero de 2019, de Enfoque Laboral: <https://elperuano.pe/noticia-%C2%BFse-puede-multar-a-un-trabajador-una-infraccion-laboral-64105.aspx>
- Soto, C. (2012). *El pacta sunt servanda y la revisión del contrato*. Revista de Derecho Privado (1), 197-236. Obtenido de <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-privado/article/view/8969/11019>
- Toyama, J. (2001). *El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales: normativa, jurisprudencia y realidad*. Ius Et Veritas (22), 164-179. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/15997/16421>
- Toyama, J. (2012). *Validez y eficacia del contrato de trabajo*. Revista de la Facultad de Derecho PUCP (68), 449-469. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2842/2771>
- Vargas, R. y Idrogo, T. (2015). *El ejercicio abusivo del derecho y su relación en la sobrecarga procesal del poder judicial*. Revista Ciencia y Tecnología, 11 (4), 121-136. Obtenido de <http://revistas.unitru.edu.pe/index.php/PGM/article/viewFile/1154/1093>
- Verdugo, I. (2008). *La relación entre la autonomía privada y los contratos atípicos*. Ars. Boni Et Aequi. Revista Jurídica de la Facultad de Derecho y Comunicación Social de la Universidad Bernardo O' Higgins (4), 101-110. Obtenido de <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/7-Verdugo.pdf>

Referencias normativas nacionales

Acta n.º 01-2014-CEPDP/GOB.REG/TACNA, de fecha 21 de enero de 2014 (que aprueba Plan de Desarrollo de Personas – PDP 2014-2018 del Gobierno Regional de Tacna).

Anteproyecto de Ley General de Trabajo (de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República, en junio 2002).

Anteproyecto de Ley General de Trabajo (de la de la Confederación General de Trabajadores del Perú, del 25 de agosto de 2015).

Código Civil (1984).

Código Penal (1991).

Código Procesal Civil (1993).

Constitución Política del Perú (1993).

Convenio n.º 29 de la OIT.

Decreto legislativo n.º 1025 (que aprueba Normas de Capacitación y Rendimiento para el Sector Público).

Decreto supremo n.º 005-90-PCM, de fecha 15 de enero de 1990 (Reglamento de la Ley de Bases de la Carrera Administrativa).

Decreto supremo n.º 29-94-EF, de fecha 28 de marzo de 1994 (Reglamento de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo).

Decreto supremo n.º 122-94-EF, del 19 de setiembre de 1994 (Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta).

Decreto supremo n.º 001-97-TR, de fecha 27 de febrero de 1997 (TUO de la Ley de CTS).

Decreto supremo n.º 002-97-TR, de fecha 21 de marzo de 1997 (TUO del decreto legislativo n.º 728, Ley de Formación y Promoción Laboral).

Decreto supremo n.º 003-97-TR, de fecha 21 de marzo de 1997 (TUO del decreto legislativo n.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral).

Decreto supremo n.º 055-99-EF, de fecha 14 de abril de 1999 (Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo).

Decreto supremo n.º 007-2002-TR, 3 de julio de 2002 (TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo).

Decreto supremo n.º 058-2004-PCM, de fecha 28 de julio de 2004 (Reglamento de la ley n.º 28131, 'Ley del Artista, Intérprete y Ejecutante').

Decreto supremo 179-2004-EF, de fecha 6 de diciembre de 2004 (Ley del Impuesto a la Renta).

Decreto supremo n.º 008-2008-TR, de fecha 30 de setiembre de 2008 (TUO de la Ley de Promoción de la Competitividad, Formalización y Desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa y del Acceso al Empleo Decente).

Decreto supremo n.º 009-2010-PCM, 16 de enero de 2010 (reglamento del decreto legislativo n.º 1025).

Decreto supremo n.º 040-2014-PCM, de fecha 11 de junio de 2014 (reglamento general de la ley n.º 30057, 'Ley del Servicio Civil').

Ley n.º 26566 (Normas referidas a la relación laboral de los futbolistas profesionales con los clubes).

Ley n.º 27287 (Ley de Títulos Valores).

Ley n.º 27735 (Ley que regula el otorgamiento de las Gratificaciones para los Trabajadores del Régimen de la Actividad Privada por Fiestas Patrias y Navidad).

Ley n.º 28131 (Ley del Artista, Intérprete y Ejecutante).

Ley n.º 28518 (Ley sobre Modalidades Formativas Laborales).

Ley n.º 29497 (Nueva Ley Procesal del Trabajo).

Ley n.º 30057 (Ley de Servicio Civil).

Proyecto de la Ley General de Trabajo (de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República, del 16 de mayo de 2007).

Proyecto de la Ley General de Trabajo (de la Comisión de Trabajo del Congreso de la República, del 26 de enero de 2015).

Reglamento sobre el Estatuto y Transferencia de Jugadores de la FIFA.

Resolución n.º 22-FPF-2017, de fecha 29 de diciembre de 2017 (Reglamento de Indemnización por Derechos de Formación de Jugadores de la Federación Deportiva Nacional Peruana de Fútbol).

Resolución n.º 23-FPF-2017, de fecha 29 de diciembre de 2017 (Reglamento de la Cámara de Conciliación y Resolución de Disputas de la Federación Deportiva Nacional Peruana de Fútbol).

Resolución de Secretaría General n.º 014-2018-COFOPRI/SG, de fecha 28 de marzo de 2018 (que aprueba el Plan de Desarrollo de las Personas Anualizados – PDP 2018 de Cofopri).

Resolución directoral nacional n.º 046-2013-BNP, de fecha 26 de abril de 2013 (directiva n.º 004-2013-BNP, "Lineamientos para el beneficio de becas nacionales e internacionales otorgadas por el Estado y/o por la cooperación internacional para el personal que labora en la Biblioteca Nacional del Perú").

Resolución jefatural n.º 235-2014-MIDIS/SG/OGA, de fecha 18 de setiembre de 2014 (directiva n.º 007-2014-MIDIS/SG/OGA, “lineamientos y procedimientos para la capacitación del personal de la Unidad Ejecutora N° 001: Sede Central del MIDIS”).

Resolución ministerial n.º 0122-2013-ED, de fecha 14 de marzo de 2013 (directiva n.º 006-2013-MINEDU/VMGI-OAAE-UCG, “Tramitación de Solicitudes, Ejecución, Seguimiento y Evaluación de la Capacitación del Personal del Ministerio de Educación”).

Referencias normativas internacionales

Código Sustantivo de Trabajo (Colombia)

Ley n.º 8/1980, de fecha 10 de marzo de 1980 (que aprueba el Estatuto de los Trabajadores).

Ley n.º 36/2011, de fecha 10 de octubre de 2011 (Ley Reguladora de la Jurisdicción Social).

Real decreto n.º 2205/1980, del 13 de junio de 1980 (que regula el trabajo del personal civil no funcionario en los establecimientos militares).

Real decreto n.º 1006/1985, de fecha 26 de junio de 1985 (que regula la relación laboral especial de los deportistas profesionales).

Real decreto n.º 1382/1985, del 1 de agosto de 1985 (que regula la relación laboral del personal de alta dirección).

Real decreto legislativo n.º 1/1995, del 24 de marzo de 1995 (primer texto refundido de los Estatutos de los Trabajadores).

Real decreto n.º 1331/2006, del 17 de noviembre de 2006 (que regula la relación laboral de carácter especial de los abogados).

Real decreto legislativo n.º 2/2015, del 23 de octubre de 2015 (segundo texto refundido de los Estatutos de los Trabajadores).

The Indian Contract Act, 1872 (La India).

ANEXOS

- I. Anexo 4 (documento de compromiso y pacto de permanencia) de la directiva n.º 006-2013-MINEDU/VMGI-OAAE-UCG, “tramitación de solicitudes, ejecución, seguimiento y evaluación de la capacitación del personal del Ministerio de Educación”.
- II. Formato n.3 (modelo de pacto de permanencia en el trabajo) de la directiva n.º 004-2013-BNP, “lineamientos para el beneficio de becas nacionales e internacionales otorgadas por el Estado y/o por la cooperación internacional para el personal que labora en la Biblioteca Nacional del Perú”.
- III. Relación de entidades en tránsito al régimen de la Ley del Servicio Civil (SERVIR), actualizado hasta el 9 de enero de 2019.
- IV. Anexo 4 (modelo de pacto de permanencia) del ‘Plan de Desarrollo de Personas (2014-2018)’, aprobado por el Comité de Elaboración del Plan de Desarrollo de las Personas (PDP) del Gobierno Regional de Tacna, a través del acta n.º 1-2014’CEPDP/GOB.REG/TACNA.
- V. Anexo (modelo de acta de compromiso) de la directiva n.º 007-2014-MIDIS/SG/OGA, “Lineamientos y procedimientos para la capacitación del personal de la Unidad Ejecutora N° 001: Sede Central del MIDIS”, del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social.
- VI. Resolución de acuerdo de directorio n.º 024-2016-APN/DIR, de fecha 2 de mayo de 2016, de la Autoridad Portuaria Nacional.
- VII. Anexo 2 (carta de compromiso de capacitación) del Plan de Desarrollo de las Personas Anualizado – PDP 2018, del Cofopri.
- VIII. Correo respuesta a consulta laboral, de fecha 1 de agosto de 2018, sobre la existencia de normas laborales imperativas aplicables al PPL.
- IX. Impresión de temario del ‘Diplomado en Nuevas Tendencias del Derecho del Trabajo y Procedimientos Laborales: Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo y Sunafil’ realizado en el 2017-I por la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.