



FACULTAD DE DERECHO
SECCIÓN DE POSGRADO

**AUSENCIA DE PROPORCIONALIDAD DEL PERIODO
DE PRUEBA EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO CON
PACTOS DE PERMANENCIA DE LOS TRABAJADORES
DE DIRECCIÓN**

PRESENTADA POR

DANTE ABRAHAM BOTTON GIRON

ASESOR

ANTONIO FERNANDO VARELA BOHORQUEZ

TESIS

**PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN
DERECHO DEL TRABAJO**

LIMA – PERÚ

2021



**Reconocimiento - Compartir igual
CC BY-SA**

El autor permite a otros transformar (traducir, adaptar o compilar) esta obra incluso para propósitos comerciales, siempre que se reconozca la autoría y licencien las nuevas obras bajo idénticos términos.

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



POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO

**AUSENCIA DE PROPORCIONALIDAD DEL PERIODO DE PRUEBA
EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO CON PACTOS DE
PERMANENCIA DE LOS TRABAJADORES DE DIRECCIÓN**

TESIS PARA OPTAR

EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN DERECHO DEL TRABAJO

PRESENTADA POR:

DANTE ABRAHAM BOTTON GIRON

ASESOR:

DR. ANTONIO FERNANDO VARELA BOHORQUEZ

LIMA, PERÚ

2021

A Dios y a mi madre, por ser razones siempre suficientes, y a la memoria de José Miguel Rojas Bernal, gran amigo e insigne hombre de derecho.

*A Jorge, mi padre, quien desde el
cielo contempla alegre, y a mi
hermano David, mi padre terrenal.*

ÍNDICE

RESUMEN	9
ABSTRACT	11
INTRODUCCION	13

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1.	Descripción de la realidad problemática	16
1.2.	Formulación del problema	19
1.3.	Hipótesis de la investigación	20
1.4.	Objetivos de la investigación	20
1.5.	Justificación de la investigación	21
	1.5.1. Importancia de la investigación	21
	1.5.2. Viabilidad de la investigación	23
1.6.	Limitaciones de estudio	24

CAPITULO II

MARCO TEORICO

2.1.	Antecedentes de la investigación	25
2.2.	Bases teóricas	25
	2.2.1. El periodo de prueba	25
	2.2.2. Los trabajadores de dirección	28
	2.2.3. El pacto de permanencia	30
	2.2.4. Autonomía privada y derecho laboral	35
2.3.	Definición de términos básicos	37
	2.3.1. Periodo de prueba	37
	2.3.2. Pacto de permanencia	37
	2.3.3. Libertad de trabajo	37

2.3.4. Trabajador de confianza	38
2.3.5. Trabajador de dirección	38

CAPITULO III METODOLOGIA

3.1. Diseño metodológico	39
3.1.1. Tipo de investigación	39
3.1.2. Nivel de investigación	40
3.1.3. Método de la investigación	40
3.1.4. Diseño de la investigación	40
3.2. Aspectos éticos	40

CAPITULO IV PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL EN EL PERU

4.1. Tratamiento de los principios en el derecho laboral peruano	41
4.1.1. Principio protector	43
4.1.2. Principio del in dubio pro operario	45
4.1.3. Principio de la condición más beneficiosa	46
4.1.4. Principio de la irrenunciabilidad de derechos	48
4.1.5. Principio de continuidad de la relación de trabajo	51
4.1.6. Principio de la primacía de la realidad	52
4.1.7. Principio de la buena fe en el derecho del trabajo	54
4.1.8. Principio de proporcionalidad	57
4.1.9. Principio de razonabilidad	73

CAPITULO V

PERIODO DE PRUEBA

5.1.	Tránsito normativo del periodo de prueba	78
5.2.	Concepto del periodo de prueba	83
5.3.	Naturaleza jurídica del periodo de prueba	88
5.4.	Extensión y cómputo del periodo de prueba	93
5.5.	El periodo de prueba en el derecho comparado	95
	▪ España	95
	▪ Portugal	96
	▪ Colombia	96
	▪ Argentina	97
	▪ Ecuador	97
	▪ Chile	99
5.6.	Fundamento jurídico del periodo de prueba	99
	5.6.1. El periodo de prueba como contrapeso a la restricción de la facultad extintiva del empleador	100
	5.6.2. El periodo de prueba como instituto de defensa del empleador	102
5.7.	Periodo de prueba y el principio de buena fe	103
5.8.	Periodo de prueba y prestación efectiva de servicios	105
5.9.	Periodo de prueba y trabajadores de dirección	108

CAPITULO VI

LOS TRABAJADORES DE DIRECCION EN EL RÉGIMEN LABORAL DE LA ACTIVIDAD PRIVADA

6.1.	Ideas preliminares	110
6.2.	Tránsito normativo respecto de los trabajadores de dirección	112
6.3.	Concepto de trabajador de dirección	113
6.4.	Calificación de los trabajadores de dirección	117
6.5.	Derechos de los trabajadores de dirección	119
	6.5.1. Periodo de prueba extendido	120
	6.5.2. Exclusión de la jornada máxima de trabajo	120

6.5.3.	Impedimento de afiliación sindical	122
6.5.4.	Descanso anual remunerado (vacaciones)	123
6.5.5.	Protección contra el despido (reposición)	127
6.5.6.	Protección contra el despido (indemnización)	133

CAPITULO VII

EL PACTO DE PERMANENCIA Y SU INCORPORACIÓN EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO

7.1.	Concepto del pacto de permanencia	141
7.2.	Justificación del pacto de permanencia	143
7.3.	El pacto de permanencia y la libertad general personal	146
7.4.	El pacto de permanencia y la libertad de contratación	149
7.5.	El pacto de permanencia y la libertad de empresa	153
7.6.	El pacto de permanencia y la libertad de trabajo	156
7.7.	El pacto de permanencia en los trabajadores públicos	161
7.8.	El pacto de permanencia en el sistema jurídico español	159
7.9.	Alcances de la permanencia	165
7.10.	El pacto de permanencia y su duración	167
7.11.	El pacto de permanencia y su incumplimiento por parte del trabajador	171
7.12.	El pacto de permanencia y el resarcimiento al empleado	173

CAPITULO VIII

RESULTADOS: CONFLICTO DE APLICACIÓN SIMULTÁNEA DEL PERIODO DE PRUEBA Y EL PACTO DE PERMANENCIA EN LOS CONTRATOS DE TRABAJADORES DE DIRECCION

8.1.	Identificación del conflicto de la aplicación simultánea del periodo de prueba y el pacto de permanencia en los contratos de los trabajadores de dirección	177
8.2.	Efectos del conflicto de la aplicación simultánea del periodo de prueba y el pacto de permanencia en los contratos de los trabajadores de dirección.	179

8.3.	Principios de proporcionalidad y razonabilidad como requisitos de validez para el legislador y para los operadores del derecho.	181
8.4.	Prohibición de una intervención desproporcional en la libertad de trabajo	183
8.5	Necesidad regulatoria	186

CAPÍTULO IX

DISCUSIÓN	187
------------------	-----

CONCLUSIONES	191
---------------------	-----

RECOMENDACIONES	196
------------------------	-----

PROPUESTA LEGISLATIVA	198
------------------------------	-----

FUENTES DE INFORMACION	202
-------------------------------	-----

RESUMEN

El presente trabajo de investigación pretende analizar la aplicación simultánea del periodo de prueba y el pacto de permanencia en los contratos de trabajo de los trabajadores de dirección y verificar si dicha circunstancia genera una afectación desproporcional o irrazonable a la libertad de trabajo.

En ese sentido, si bien el legislador tiene un ámbito de discrecionalidad al momento de regular los diversos aspectos generados antes, durante y después de la vigencia del contrato de trabajo, dicha potestad no resulta absoluta. Para resolver las situaciones antes descritas, muchos sistemas jurídicos, entre los que se encuentra el peruano han tomado como herramienta metodológica de solución al denominado principio de proporcionalidad. Así, dicho principio nos permitirá verificar si lo regulado o lo omitido por el legislador, así como lo acordado por las partes del contrato de trabajo resulta válido desde la Constitución.

Teniendo en cuenta ello, verificaremos que el periodo de prueba permite la resolución unilateral del contrato de trabajo sin consecuencias negativas para la empresa y el trabajador. Por otro lado, el pacto de permanencia determina que un trabajador deba prestar servicios por un determinado periodo de tiempo a cambio de una contraprestación determinada. Así, en caso el trabajador extinga el contrato de trabajo con anterioridad al plazo pactado, deberá efectuar el pago de una cláusula penal.

La coexistencia de ambas figuras jurídicas no ha merecido regulación por parte del legislador, resultando necesario determinar si aquella genera la violación de la libertad de trabajo o si, por el contrario, resulta razonable que el trabajador de

dirección se encuentre obligado a prestar servicios por el tiempo previsto en el pacto de permanencia y a la misma vez, estar sujeto a la posibilidad de que el empleador extinga su contrato en caso considere que no ha superado el periodo de prueba.

Por lo cual en esta investigación se desarrollan aspectos concernientes al desarrollo de cada una de las instituciones señaladas y su posterior análisis a fin de ubicar la solución normativa para el problema planteado.

Palabras Clave: periodo de prueba, pacto de permanencia, libertad de trabajo y trabajador de dirección.

ABSTRACT

The present research work intends to analyze the application of the trial period within the contracts of permanence agreement and verify if this circumstance generates an unreasonable affectation to the right to work of the management personnel.

In that sense, although the legislator had a scope of discretion at the time of regulating the various aspects generated before, during and after the validity of the employment contract, said power is not absolute. To solve the situations described before, many legal systems, among which is the Peruvian, have taken the method of solution to the so-called proportionality principle. Thus, this principle will allow us to verify whether what is regulated or omitted by the legislator, as well as what is agreed by the parties to the employment contract, is valid Constitutionally speaking. Taking this into account, we will verify that the trial period allows the unilateral termination of the employment contract without negative consequences for the Company and the worker. On the other hand, the permanence agreement determines that a worker must provide services for a certain period in exchange for a specific consideration. Thus, in case the worker terminates the employment contract before the agreed term, he is obligated to pay a penal clause.

The coexistence of both legal figures has not merited regulation by the legislator, it being necessary to determine whether it generates the violation of the principle of proportionality or if, on the contrary, it is reasonable to obligate the management worker to provide services for the expected time, established in the agreement of permanence, and, at the same time, terminate his contract by the employer, in case he considers that the trial period has not been exceeded.

Therefore, this research will develop aspects concerning the development of each of the institutions indicated and its subsequent analysis to locate the normative solution for the posed problem.

Keywords: probationary period, pact of permanence, freedom of work and management worker.

INTRODUCCIÓN

El periodo de prueba es una institución de estricta raigambre laboral que permite que tanto los empleadores como los trabajadores, verifiquen la conveniencia y adaptación a la naciente relación de trabajo. En atención a ello, es que ambas partes pueden resolver unilateralmente el contrato de trabajo sin consecuencias jurídicas desfavorables. No obstante, surge la interrogante si la creación y utilización de nuevas y diversas figuras jurídicas nos permiten arribar a una conclusión diferente.

En efecto, con motivo de cubrir las necesidades de recursos humanos y atraer el talento, los empleadores han venido utilizando diversas herramientas jurídicas (otorgamiento de bonificaciones, pago de salarios por encima del mercado, entrega de condiciones de trabajo, fijación de conceptos como Golden parachutes, entre otros). Sin embargo, la atracción del talento genera una gran inversión de tiempo, esfuerzo y dinero que merece ser protegida jurídicamente. Una de las formas de hacerlo es que el empleador y el trabajador celebren un pacto de permanencia.

En virtud de este tipo de acuerdo, el trabajador se obliga esencialmente a continuar prestando servicios por una cantidad específica de tiempo y por el otro lado, el empleador se obliga al pago de una contraprestación adicional o particular hacia el trabajador. De dicha forma, el trabajador se encuentra impedido de resolver unilateralmente el contrato de trabajo, pues de lo contrario, deberá efectuar el pago de una penalidad prevista de forma expresa en dicho pacto.

Esta circunstancia que prima facie resulta ser totalmente legítima debido a que beneficia en primer lugar al trabajador pues percibe mayores ingresos a los habituales u ordinarios y por el otro, satisface al empleador pues le asegura que su personal preste servicios durante un determinado periodo de tiempo, merece analizarse si aún en este caso, el periodo de prueba resulta ser una institución aplicable y razonable o si por el contrario resulta ser un supuesto que amerita una excepción a su aplicación.

Esta investigación tiene como finalidad responder dicha interrogante a la luz de los avances de las necesidades empresariales y de la volatilidad de los trabajadores en las empresas. Debe precisarse que esta investigación se ha circunscrito a analizar la celebración de los pactos de permanencia entre empleadores y trabajadores de dirección.

Ello debido en primer término a que estos trabajadores son los que representan el nivel jerárquico más alto dentro de las organizaciones y, por ende, ostentan la mayor responsabilidad dentro de la empresa, siendo incluso aquellos de los que depende el éxito del negocio. Ello explica lógicamente que los empleadores tengan un alto interés por mantener dentro de su personal a este tipo de trabajadores o lograr en todo caso, la atracción de talento hacia su organización.

La otra razón por la que la investigación tiene en cuenta únicamente a los trabajadores de dirección es porque el propio legislador ha establecido que con este tipo de trabajadores se puede celebrar o extender un periodo de prueba hasta de un año. Siendo ello así, tenemos que en caso se celebre un pacto de permanencia con este tipo de trabajadores la confluencia del periodo de prueba y del pacto de permanencia será de por lo menos un año. Circunstancia que justamente nos permite verificar si ello resulta razonable a la luz del principio de proporcionalidad.

CAPITULO I

PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

1.1. Descripción de la situación problemática

La evolución de la concepción del Derecho del Trabajo como una disciplina tuitiva fundada entre otros principios por el denominado principio protector, ha encontrado en el constitucionalismo uno de sus mejores aliados y sustento para continuar en constante vigencia en las diversas legislaciones contemporáneas. Así, nuestra disciplina posee no sólo explicación desde las propias reglas previstas por el legislador laboral, sino que además viene justificada por la propia Constitución quien ha establecido diversos principios y derechos de específica connotación laboral. La existencia de dicha Constitución Laboral ha generado que el entendimiento del Derecho del Trabajo pase de ser específicamente silogístico, para tener en cuenta a los mandatos que los principios y derechos generan para la solución de una controversia dentro de la relación de empleo.

Una nueva faceta sin embargo en la constitucionalización del Derecho del Trabajo la encontramos en la progresiva extensión de la aplicación de los derechos fundamentales de la persona al ámbito de la relación laboral, así como en la posibilidad de controlar las propias normas laborales. En efecto, la contraposición de intereses existente generalmente en la relación empleador - trabajador no resulta inusual, de forma tal que pueden efectuarse eventuales intervenciones en los derechos fundamentales de los trabajadores como consecuencia del ejercicio del poder de dirección por

parte del empleador y del acatamiento de dichas órdenes por el trabajador (entendible por el hecho de que el trabajador sólo tiene su fuerza de trabajo para lograr la cobertura de sus necesidades).

Por otro lado, con la finalidad de responder a lo que algunos han denominado la guerra por el talento de los trabajadores de dirección, los empleadores han generado diversos acuerdos o pactos con la finalidad de retener o atraer talento que se ajuste a las necesidades de cada negocio, entre los que resaltan el pacto de exclusividad, el de no competencia post contractual y el de permanencia.

Mediante este último, el trabajador se obliga frente a su empleador, a no extinguir el contrato de trabajo, mediante la presentación de una carta de renuncia, por ejemplo, dentro de un periodo de tiempo determinado y el empleador a su vez al pago de una contraprestación que retribuya dicha permanencia en el empleo. Ante el incumplimiento de dicha obligación de no hacer, el trabajador se obliga al pago de una indemnización que cubra el resarcimiento por los daños y perjuicios generados.

Pese a la importancia de dicho pacto y a los efectos negativos y vicisitudes que podrían generarse en determinados casos, dentro de la normatividad del régimen laboral privado vigente en el Perú no existe disposición alguna que regule los alcances y límites del denominado pacto de permanencia, así como su interrelación con otras instituciones como el periodo de prueba.

La omisión acotada ha intentado ser suplida por algunos pronunciamientos emitidos por los órganos judiciales encargados de impartir justicia laboral; empero no existe propiamente un número importante de pronunciamientos con un criterio determinado y reiterado en el tiempo que haya efectuado un

trazo lo suficientemente claro respecto a la validez del pacto de permanencia, y tampoco hemos observado que se haga referencia al principio de proporcionalidad como instrumento metodológico de solución.

Dicho silencio normativo y judicial, ha generado que el pacto de permanencia pueda ser exigible y por ende generar el derecho del empleador a percibir una indemnización aún si la resolución del contrato de trabajo por parte del trabajador se efectúa durante el periodo de prueba.

No obstante, y teniendo en cuenta el estatus del personal de dirección dentro de la empresa, es posible que tanto empleador como trabajador se pongan de acuerdo en cuanto a la regulación de las diversas circunstancias que pueden ocurrir durante el pacto de permanencia en atención a su autonomía privada, que, si bien resulta limitada en materia laboral, no impide por supuesto la regulación de intereses por parte de los sujetos de la relación laboral. Sin embargo, dicha regulación también debe efectuarse en total concordancia con el principio de proporcionalidad teniendo en cuenta que conforme hemos indicado incluso los propios pactos incorporados en el contrato de trabajo estarán sujetos al respeto de dicho principio y a la libertad de trabajo.

1.2. Formulación del problema

Problema General:

- ¿En qué medida la aplicación simultánea del periodo de prueba dentro de los contratos con pacto de permanencia afecta la libertad de trabajo del personal de dirección?

Problema específico:

- ¿En qué medida la aplicación temporal del periodo de prueba dentro de los contratos con pacto de permanencia se encuentra regulado en la legislación nacional para los trabajadores del sector privado?
- ¿De qué manera influye la aplicación del principio de proporcionalidad respecto de la aplicación simultánea del periodo de prueba y el pacto de permanencia en los contratos de los trabajadores de dirección?

1.3. Hipótesis de la investigación

Hipótesis General

- La aplicación simultánea del periodo de prueba dentro de los contratos con pacto de permanencia afecta la libertad de trabajo del personal de dirección.

Hipótesis Específica

- La aplicación temporal del periodo de prueba dentro de los contratos con pacto de permanencia no se encuentra regulado en la legislación nacional para los trabajadores del sector privado.
- El principio de proporcionalidad influye sobre la aplicación simultánea del periodo de prueba y el pacto de permanencia en los contratos de trabajo de los trabajadores de dirección.

1.4. Objetivos de la investigación

Objetivo General

- Determinar en qué medida la aplicación simultánea del periodo de prueba dentro de los contratos con pacto de permanencia afecta la libertad de trabajo del trabajador de dirección.

Objetivos específicos:

- Determinar si la aplicación temporal del periodo de prueba dentro de los contratos con pacto de permanencia se encuentra regulado en la legislación nacional para los trabajadores del sector privado.
- Determinar si el principio de proporcionalidad influye sobre la aplicación simultánea del periodo de prueba y el pacto de permanencia dentro de los contratos de trabajadores de dirección.

1.5. Justificación de la investigación

1.5.1. Importancia de la investigación

La investigación será de suma importancia pues contribuirá tanto desde el enfoque jurídico y social al análisis de los derechos de los trabajadores de dirección, en tanto se evidencie que de la aplicación de la figura del periodo de prueba en los contratos que estos celebran vulnera de alguna forma derechos intrínsecos a los mismos.

El Derecho del Trabajo ha atravesado durante su corta existencia, diferentes etapas que han ido desde su consolidación que posibilitó el hacer frente a diferentes fenómenos que no eran posibles de regular con las reglas establecidas por el Derecho Civil, pasando por su flexibilización que generó su debilitamiento y casi extinción, hasta su

constitucionalización con la cual intentó e intenta fundar sus bases a partir de los derechos fundamentales pero manteniendo a la asimetría existente entre trabajador y empleador, como elemento esencial y orientador.

Como consecuencia de ello, tenemos que el prisma desde el cual se analizan y estudian las instituciones del Derecho del Trabajo hoy en día, ya no puede ser simplemente la del legislador decimonónico en el cual la ley tenía validez dentro del ordenamiento jurídico laboral por el sólo hecho de haber sido dictada. Tampoco lo puede ser desde la mera consideración del pacta sunt servanda pues los acuerdos arribados dentro del contrato de trabajo serán válidos siempre que se encuentren en clara concordancia y asidero con los principios y mandatos que la Constitución imparte.

En esa perspectiva, debe tenerse en consideración que el periodo de prueba ha venido siendo regulado con cierta extensión dentro del ordenamiento jurídico laboral desde la dación del Decreto Legislativo n.º 728 en el año 1991 y posteriormente con el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo n.º 003-97-TR vigente hasta la actualidad.

Dicho periodo de prueba interviene en la libertad de trabajo en su dimensión de salida de forma tal que la extinción del vínculo laboral de forma unilateral por parte del trabajador o del empleador no genera una reparación o protección durante su vigencia. No obstante, y atendiendo que las normas laborales del régimen general de la actividad privada tienen casi treinta años, tenemos que dicho periodo

de prueba puede confluír con otro pacto de la relación de trabajo como es el pacto de permanencia, frente a lo cual surge la duda si aún en ese caso, el trabajador se encuentre obligado al pago de un resarcimiento pese a que su dimisión se efectúa dentro del periodo de prueba.

La relevancia y el uso expandido que viene tomando dicho pacto dentro de la contratación laboral peruana como consecuencia de la especialización del mercado de trabajo y de la prestación de servicios de trabajadores como los de dirección que brindan a sus empleadores, exigen que se fijen criterios que determinen la proporcionalidad de la aplicación y vigencia del periodo de prueba para dichos trabajadores, más aún si tenemos en consideración que la extinción del contrato de trabajo en los que se ha pactado la permanencia, genera una consecuencia patrimonial importante para el trabajador, hecho que importa una intervención adicional a su libertad de trabajo.

La presente investigación recoge dichas circunstancias y tiene en consideración la importancia que tiene para el trabajador de dirección la determinación de los efectos de la extinción del contrato de trabajo de forma unilateral por parte suya dentro del periodo de prueba aun habiendo celebrado un pacto de permanencia. El otorgamiento de criterios para tener en cuenta para la regulación de los contratos de permanencia y su concordancia a la Constitución Política del Estado con la libertad de trabajo evidencian la acotada importancia.

1.5.2. Viabilidad de la investigación

La investigación ha sido viable técnicamente por los conocimientos jurídicos, competencia académica y experiencia profesional adquirida por el investigador a lo largo del ejercicio de la defensa en diversos procesos de índole laboral. Asimismo, ha sido viable materialmente porque se contó con el equipo necesario y elementos tecnológicos, así como recursos bibliográficos a los que se accedió durante el tiempo de duración de la investigación. De la misma forma fue viable económicamente, ya que se gestionó con recursos propios del investigador.

1.6. Limitaciones de estudio

No se presentaron limitaciones para el desarrollo de la presente investigación.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la Investigación

De la revisión de las listas de tesis efectuadas en las diversas universidades del país, se concluye que el presente proyecto carece de trabajos de investigación cuya unidad de análisis sean similares o semejantes. Dicha búsqueda se efectuó en la base de datos obtenida por la SUNEDU, sede de la ciudad de Lima.

2.2. Bases teóricas

2.2.1. El periodo de prueba

La Constitución Política del Perú establece que el trabajo es un medio de realización de la persona y que a la vez es un derecho y un deber. Empero, como derecho ostenta un contenido esencial que a decir del Tribunal Constitucional implicaría dos aspectos. En primer lugar, el aspecto que contiene la posibilidad de acceder a un puesto de trabajo, y el de no ser despedido sino por causa justa. El segundo aspecto del derecho es, y que es el que resulta relevante para esta investigación, el derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa (Exp. n.º 1124-2001-AA/TC). Conforme a las disposiciones del ordenamiento jurídico peruano, dicha causa justa puede estar sustentada en la capacidad o en la conducta del trabajador. Dicha exigencia de causa justa y su configuración por parte del

legislador deriva directamente del mandato de protección adecuada contra el despido arbitrario contenido en el artículo 27° de la Constitución Política del Estado.

Sin embargo, como delimitación o desarrollo de dicha protección el legislador también ha tenido en cuenta una institución particular del Derecho del Trabajo denominada periodo de prueba. Al respecto se ha indicado que: “El periodo de prueba es entendido como el lapso en el que el empleador evalúa si el trabajador se desempeña de acuerdo con las expectativas de idoneidad y eficiencia requeridas por el puesto de trabajo para el que fue contratado” (Dolorier, 2010, p.24). En efecto, dicho periodo consiste en aquel lapso en el cual el legislador dispensa de protección contra el despido arbitrario al trabajador con la finalidad de que el empleador determine, según su perspectiva si este reúne los requisitos, condiciones y competencias que aquel requiere para desempeñar las funciones que fueran plasmadas en el contrato de trabajo.

De lo descrito convenimos en que la regulación jurídica del periodo de prueba está hecha con un definido objetivo: “el que cualquiera de las partes pueda durante la duración de este periodo de prueba resolver el contrato sin dar explicación alguna, sin preaviso y, sobre todo, sin derecho a indemnización. Esta situación de provisionalidad es la esencia misma de este pacto que favorecería al empresario, dándole la posibilidad de conocer mejor al trabajador con quien va a convenir (...)”. (Palomeque y Álvarez de la Rosa, 2008, p.580).

Resulta importante resaltar que por lo menos dos teorías explican la naturaleza jurídica del periodo de prueba en los diversos ordenamientos laborales: la teoría dualista y la tesis monista. La tesis dualista considera la existencia de dos momentos contractuales y contratos distintos; sería un momento contractual de prueba y otro momento contractual definitivo. Según esta postura, se trata de una contratación autónoma o desvinculada al contrato de trabajo que nace a partir de su vencimiento, si es que no se lo ha resuelto. Como se aprecia, la tesis dualista opta por la existencia de dos momentos contractuales diversificados y separables entre sí; mientras que la tesis monista explica que el periodo de prueba sólo resulta ser un tramo del contrato de trabajo.

Analizando la regulación establecida por la legislación nacional, consideramos que esta se adhiere a la tesis monista en tanto que el periodo de prueba es considerado sólo como un periodo en el cual se otorga una facultad discrecional al empleador sobre la extinción del vínculo laboral sin que se le genere consecuencia patrimonial alguna; empero no supone el establecimiento de un contrato previo o de un negocio jurídico independiente o diferente al contrato de trabajo. En ese sentido, en cuanto a la crítica a su existencia, concuerdo con las expresiones del profesor Ackerman cuando expresa que: “la inserción de la prueba en el texto legal parece, ilusoriamente, dar una motivación objetiva, razonable y funcional a tal postergación de derechos constitucionales. Señalando además que esta artificiosa involucración de la prueba procura dar ropaje de justificación a lo que,

en definitiva, no es otra cosa que una ley que reglamenta de un modo dudosamente constitucional, la garantía de la protección contra el despido arbitrario” (Ackerman, 2008, p.421). Los conceptos anteriormente expresados son de utilidad para la presente investigación, pues otorgan el entorno dogmático y cognitivo que sustenta la concepción del periodo de prueba.

2.2.2. Los trabajadores de dirección

Dicho esto, debemos tener en cuenta que nuestro ordenamiento jurídico, se preocupa en distinguir a los trabajadores comunes u ordinarios de aquellos trabajadores que en atención a las funciones y cargo que desempeñan en la empresa ostentan un mayor grado de responsabilidad o cercanía con el empleador, es decir los denominados trabajadores de dirección. Así, conforme a lo establecido en el artículo 43° del Decreto Supremo n.° 003-97-TR dichos trabajadores son aquellos que: “ejercen la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquellas funciones de administración, control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial”.

Como vemos, el personal de dirección es el de más alta jerarquía dentro de la empresa y de quien depende el resultado de la actividad empresarial (usualmente bajo la denominación de gerentes). Como muestra de la preocupación del legislador por distinguir a dichos trabajadores respecto de los trabajadores comunes, es que incluso se

ha establecido normativamente la posibilidad de que se pacte con ellos la extensión de un periodo de prueba hasta de un (1) año conforme se prevé en el artículo 10° del Decreto Supremo n.° 003-97-TR.

Ello, considero en clara atención a que la medición de las condiciones y resultados por parte de los trabajadores de dirección merece un tiempo más extenso de verificación por parte del empleador, pues deberá cotejar además circunstancias o habilidades denominadas blandas, como liderazgo, su interrelación con sus subordinados, el cumplimiento de objetivos, entre otros.

Los trabajadores de dirección usualmente son los mejor remunerados dentro de las organizaciones empresariales, pues como hemos indicado, al ser los responsables directos de la marcha de la empresa y de sus resultados, su remuneración está estrechamente vinculada a su grado de responsabilidad y de generación de riqueza para el empleador. Teniendo en cuenta ello, los empleadores no sólo buscan que sus trabajadores de dirección sean razonablemente remunerados, sino que, por otra parte, se mantengan en la empresa durante cierto lapso de tiempo al significar una importante inversión tanto su contratación como la búsqueda de un reemplazo dentro del mercado de trabajo.

2.2.3. El pacto de permanencia

Con el ánimo de proteger dicha inversión y el logro de objetivos dentro de la empresa, las organizaciones han creado una serie de pactos o

acuerdos entre los que destaca el pacto de permanencia. En efecto, con relación a ello se ha indicado que: “coincidiendo o no con un pacto de plena dedicación, es posible para el trabajador convenir la obligación de permanecer un determinado tiempo en la empresa que lo contrata (...) Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios” (Palomeque y Álvarez de la Rosa, 2008, p.618).

Como vemos, la celebración del pacto de permanencia implica la generación de una obligación de no hacer por parte del trabajador consistente en no abandonar el trabajo (o extinguir el contrato) antes del término del periodo acordado con el empleador, razón por la cual “Si el trabajador abandonase el trabajo antes del plazo convenido, el empleador tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios” (Quiñones, 2007, p. 175).

Como hemos mencionado anteriormente, no existe regulación por parte del legislador en cuanto a las condiciones que deben cumplirse para la celebración de un pacto de permanencia, debido a lo cual su celebración se derivaría directamente del derecho a la libertad de contratación prevista en el artículo 62º de la Constitución. En ese sentido, si bien algunos han mencionado cuestionamientos en cuanto a las condiciones que deberían cumplirse a efectos de celebrar un pacto de permanencia, la doctrina nacional ha mencionado que: “En principio podemos verificar en base a nuestra doctrina y jurisprudencia que el pacto de permanencia es utilizado como una condición para que el trabajador adquiera una especialización profesional a cargo del

empleador, como es el caso español, sin embargo, su uso se ha extendido a cualquier otra prestación extraordinaria por parte del empleador a favor del trabajador como una prestación personalísima” (Feria, 2012, p.27).

De la misma forma se ha indicado con acierto que: “en todos los casos en los cuales el pacto de permanencia cumpla satisfactoriamente el análisis de razonabilidad y proporcionalidad éste debe ser considerado válido dentro del ordenamiento jurídico peruano” (Pizarro, 2006, p. 138). Deducimos entonces que el análisis respecto a la proporcionalidad y razonabilidad del pacto de permanencia debe ser casuística; empero consideramos que no podría limitarse su celebración a la profesionalización o capacitación del trabajador, pues hoy en día existen muchos supuestos en los que se contrata a una persona para el desempeño de una labor y su permanencia en el puesto de trabajo, puede eventualmente incluso suponer el éxito de la empresa. Un caso de ellos creemos que se encuentra en los trabajadores de dirección.

No obstante ello, y bajo dicha perspectiva, podríamos concluir que todo empleador estaría habilitado para celebrar un contrato con pacto de permanencia con su trabajador en virtud del cual podría -ante la renuncia de aquel por ejemplo- conminarlo al pago de un resarcimiento, lo que devendría en una afectación a su libertad de trabajo, pues “no se debe olvidar que los pactos de permanencia constituyen verdaderos límites a un derecho constitucionalmente protegido como es la libertad de trabajo al momento de la extinción de

la relación laboral. Por ello resulta imprescindible una correcta regulación al respecto que le de fundamento y lo haga válido” (Chávez, 2012, p.64). Del mismo modo y siguiendo dicha línea argumentativa se ha expresado que: “Precisamente su falta de regulación puede dar pie a que se celebren pactos de permanencia que vulneran derechos laborales del trabajador, principalmente el derecho a la libertad de trabajo” (Feria, 2012, p.25).

Con la finalidad de evitar eventuales perjuicios a los trabajadores ante la celebración de los pactos de permanencia, que como hemos visto, encuentran sustento no legal, sino constitucional en tanto son consecuencia del ejercicio de la libertad de contratación, un sector de la Judicatura se ha inclinado en algún caso, por definir lo que serían requisitos de validez del pacto de permanencia. Así, se ha indicado en la sentencia del expediente n.º 5963-2003-BE (A Y S) que: “Doctrinariamente para la validez del Pacto de Permanencia se requiere: 1) se trate de un pacto individual concertado entre empleador y trabajador con ocasión de la suscripción del contrato o posteriormente; 2) que, este pacto se formalice por escrito, siendo una exigencia ad solemnitatem, es decir, su validez dependerá de dicha observancia; 3) que, exista una causa específica que justifique el pacto de permanencia, concretamente la especialización profesional que recibe o ha de recibir el trabajador por parte del empleador; 4) que, tenga una duración cierta, es determinada, no superior a dos años” (Toledo, 2011, p.305).

Es posible deducir del pronunciamiento mencionado que uno de los requisitos pretorianamente establecidos para la validez del pacto de permanencia, sería el hecho que el empleador otorgue a su trabajador una especialización profesional. Al respecto, se ha indicado que: “Los pactos de permanencia requieren una justificación económica y técnica, que consiste en la formación específica que recibe el trabajador con cargo a la empresa para poner en marcha proyectos determinados o la realización de un trabajo específico” (Quiñones, 2007. P.175).

Sin embargo, dicho modo de concebir el pacto de permanencia, que además encuentra su inspiración en el artículo 21 numeral 4 del Estatuto de los Trabajadores español, no recoge sin duda todos los escenarios en los que podría justificarse la celebración de los pactos de permanencia, como sería el pacto de una remuneración por encima del mercado con la finalidad de asegurar la prestación de servicios durante un tiempo determinado.

Vemos entonces que no resulta prudente a la luz de la especialización del mercado de trabajo y del personal cada vez más calificado para el desempeño de determinadas labores, impedir que las partes puedan celebrar un pacto de permanencia que por un lado permita al trabajador la percepción de una ventaja que normalmente no percibiría y al empleador satisfacer su interés de contar con la prestación de servicios de un trabajador durante cierta cantidad de tiempo, lapso además que no podría ser muy extenso, debido a que: “la legislación sí debe establecer un plazo máximo para evitar que se

celebran pactos en donde la obligación de permanencia del trabajador resulta desproporcionada y por tanto gravosa en relación a los beneficios recibidos por éste” (Feria, 2012, p.27).

Pensemos en un trabajador de dirección que es contratado por una empresa para la elaboración de un proyecto comercial, como por ejemplo la administración de un nuevo centro comercial en el Perú y el éxito de este está supeditada, justamente en las funciones que realiza este trabajador de dirección. Entendemos que en dicha situación resulta claro que el empleador puede celebrar un pacto de permanencia con la finalidad de asegurar su interés de que aquel trabajador permanezca hasta la culminación de todo el proyecto, a cambio de un beneficio que sea proporcional a dicha limitación.

Habiendo quedado claro que la validez de los pactos de permanencia se sujeta a la proporcionalidad existente entre la satisfacción del derecho a la libertad de contratación que ostenta el trabajador, y la eventual intervención en su derecho a la libertad de trabajo, conviene resaltar que el principio de proporcionalidad es “un límite general para el ejercicio de toda función administrativa que suponga la afectación de los derechos fundamentales” (Bernal, 2005, p.81). De igual modo Bernal ha indicado que: “de esta forma, la comunidad queda resguardada de los excesos o abusos de poder que podrían provenir del empleo discriminándose la facultad legislativa o de la discrecionalidad atribuida a la administración” (Bernal, 2005, p.75). En efecto, el principio de proporcionalidad, y los tres subprincipios que de este se desprenden, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en

sentido estricto, se convierten entonces en la herramienta metodológica para determinar si la intervención del legislador o de los privados, resulta constitucional o no.

2.2.4. Autonomía privada y derecho laboral

Como se ha mencionado, la validez de la celebración del pacto de permanencia entre un trabajador de dirección y un empleador deriva directamente del ejercicio de la libertad de contratación y de la autonomía privada. Si bien es importante cautelar los intereses del trabajador y evitar una regulación que pueda darle total libertad para desarrollar su autonomía privada en atención a los eventuales abusos que puede sufrir, ello no implica considerar al trabajador como incapaz para decidir respecto a aspectos que le incumben a él mismo. Validando dicha apreciación se ha indicado con asidero que: “Si bien existe una desigualdad material entre el empleador y el trabajador, ello no impide que ambas partes puedan ejercer su derecho constitucional a la libertad de contratar, de lo contrario si se entendiera que esa desigualdad implicaría la imposibilidad de celebrar acuerdos, todos los contratos de trabajo y demás pactos que celebren el trabajador y el empleador devendrían en nulos”. (Cadillo, 2009, p.384).

En ese orden de ideas, en nuestra opinión la legislación laboral sí otorga un margen de acción a los trabajadores respecto a la adopción de determinadas decisiones, pues aun cuando la contratación laboral esté sujeta mayoritariamente a normas imperativas, el sistema jurídico

peruano deja un espacio para la libre actuación de las partes, de no ser así, todo el Derecho Laboral se tornaría imperativo, y ello implicaría la desaparición de la autonomía de la voluntad.

Uno de los ejemplos más claros en la actualidad respecto a los límites al derecho a la libertad de trabajo fijado por autonomía privada, es de la celebración de los denominados pactos de exclusividad, permanencia y no competencia post contractual, que no son sino manifestaciones del derecho a la libertad de contratación que tiene todo trabajador, derecho que, si bien está sujeto a ciertas restricciones en material laboral, no está vedado en la relación de trabajo.

Dichos acuerdos adoptados en ejercicio de la autonomía privada sin embargo deben alinearse con las exigencias que implica la buena fe contractual. Según se ha mencionado “Ello comportaría una armonización o búsqueda de compatibilidad entre los derechos e intereses en juego de los trabajadores, del empresario y de las personas que integren el estamento directivo de la empresa” (Martin, 2009. p.148).

2.3. Definición de términos básicos

2.3.1. Periodo de prueba

Definida como condición expresa en el contrato de trabajo en cuyo lapso cada uno de los contratantes tiene la posibilidad de disolver el vínculo contractual si no está satisfecho, de las prestaciones de la otra parte. (Cabanellas, 1978, p. 487)

2.3.2. Pacto de permanencia

Los pactos de permanencia pueden definirse como los acuerdos en el empleo que son admitidos frente a ciertas prestaciones extraordinarias de parte del empleador a favor del trabajador, vinculadas por lo general al financiamiento de sus estudios o de su especialización profesional. (Quiñones, 2007, p. 173)

2.3.3. Libertad de trabajo

La libertad de trabajo puede definirse como el derecho que le concede al trabajador las siguientes decisiones fundamentales: la de trabajar o no hacerlo, la de establecer en qué actividad se va a ocupar, la de determinar si va a trabajar para sí o para otro, y, en este último caso, la de precisar en favor de quién. Asimismo, dicho derecho consiste en reconocerle al trabajador la facultad de dejar el empleo por su propia voluntad. (Neves, 2001, p. 24).

2.3.4. Trabajador de dirección

Se hace referencia a aquél que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, que los sustituye, o que comparte con aquél las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial. (Decreto Supremo n.º 003-97-TR, art. 43)

CAPÍTULO III

METODOLOGÍA

3.1. Diseño metodológico

3.1.1. Tipo de investigación

La investigación será de tipo cualitativo por lo cual se utilizará la recolección de datos sin la utilización de la medición numérica para descubrir o afirmar las preguntas de la investigación en el proceso de interpretación.

Es de tipo analítico porque se tratará de entender las situaciones en términos de las relaciones de sus componentes.

3.1.2. Nivel de investigación

La investigación será de nivel explicativo, es decir, estará orientada al descubrimiento de las causas que originan el problema.

3.1.3. Método de la investigación

El método de investigación será lógico - deductivo, para lo cual se aplican los principios descubiertos a casos particulares, a partir de un enlace de juicios.

3.1.4. Diseño de la investigación

La investigación será de tipo observacional, en el que no hay intervención por parte del investigador, y éste se limitará a medir las variables que define en el estudio.

3.2 Aspectos éticos

El investigador declara que respetará los derechos de autor y todos los aspectos éticos necesarios para desarrollar la investigación.

CAPITULO IV

PRINCIPIOS DEL DERECHO LABORAL EN EL PERÚ

4.1. Tratamiento de los principios en el derecho laboral peruano

De acuerdo con la doctrina laboral más renombrada, los principios son: “Líneas directrices, siendo estas las que informan algunas normas e inspiran directa o indirectamente una serie de soluciones, por ello el autor menciona que, estas pueden servir para promover y encauzar la aprobación de nuevas normas, orientar la interpretación de las existentes y resolver los casos no previstos” (Plá, 1998, p.9).

Los principios del Derecho del trabajo resaltan en importancia en tanto la función fundamental que estos tienen, debido a que “son aquellas líneas directrices o postulados que inspiran el sentido de las normas laborales y, como ha enfatizado el autor, estas configuran la regulación de las relaciones de trabajo con arreglo a criterios distintos de los que pueden darse en otras ramas del Derecho” (Alonso, 1960, p. 247).

En el caso del ordenamiento jurídico peruano, tenemos que el legislador laboral, así como el propio Constituyente se han preocupado de la enumeración de diversos principios estrictamente laborales. Así tenemos que el artículo 26° de la Constitución Política del Estado enumera y señala los siguientes: *(i)* igualdad de oportunidades sin discriminación; *(ii)* irrenunciabilidad de derechos; *(iii)* interpretación más favorable en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma.

No obstante, también tenemos que otros principios del derecho laboral (primacía de la realidad, condición más beneficiosa, continuidad, proporcionalidad o razonabilidad, buena fe en la relación de trabajo) se generarán a partir de otros postulados de la propia Constitución o de contenidos implícitos de aquella conforme ha sido ratificado por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano y la Corte Suprema de Justicia de la República.

La estructura de dichos principios supone preceptos de optimización. Así se indica que: “Ellos prescriben que algo se debe hacer de la manera más amplia posible, compatible con las posibilidades jurídicas y, de hecho. Esto, dicho de otra manera, quiere decir que puede ser realizado en grados diversos y que la medida de la realización debida no depende sólo de las posibilidades de hecho sino también de las jurídicas de realización de un principio vienen determinadas esencialmente no sólo por reglas sino también por principios contrastantes” (Plá, 1998, p.18).

Adicionalmente a ello, es necesario precisar que además los principios se pueden definir como enunciados básicos que pretenden abarcar una serie indefinida de situaciones y no solo una en particular, ello a fin de que estos puedan ser de utilidad en una diversidad de casos, lugares, momentos, etc. La necesidad de su incorporación dentro de las relaciones de trabajo guarda estricta justificación en la desigualdad o asimetría que se presenta entre el trabajador y el empleador.

4.1.1. Principio protector

Se tiene que este principio nos es de utilidad para hacer una diferencia entre el derecho al trabajo con el derecho civil en tanto a

la relación que existe entre trabajador y empleador, la cual deviene en desigual. Ante ello podemos afirmar que el derecho laboral tiene una marcada vocación de tutela y protección hacia el trabajador, lo que traerá como consecuencia la humanización en las relaciones laborales.

En efecto, y conforme a lo establecido por Plá: “ante la desigualdad económica desfavorable al trabajador, el legislador no pudo mantener más la ficción de una igualdad existente entre ambas partes del contrato de trabajo y decidió compensarla con una protección jurídica favorable” (Plá, 1998, p.63).

El principio protector es “un principio general que inspira todas las normas del derecho del trabajo y que debe ser tenido en cuenta en su aplicación; mas no será solo un método especial de interpretación. Siendo que este principio presidirá la actuación en cada una de las fuentes; donde cada fuente deberá ser interpretada conforme a su naturaleza,” (Plá, 1998, p. 77).

Como apreciamos, el principio protector nació como piedra angular de los demás principios laborales enfocado básicamente en la tutela y garantía a favor de los trabajadores. Sin embargo, debe reconocerse que, con el devenir del tiempo y la generación de una profusa legislación laboral, la acción sindical y la mayor conciencia de las empresas respecto a la dignidad de sus trabajadores, la aplicación de dicho principio se ha limitado.

En efecto, “el Derecho del Trabajo no sólo contiene normas protectoras o tuitivas del trabajador, sino que también va a contener

normas destinadas a proteger los intereses de la empresa y además normas neutras. En una relación laboral van a existir diversos intereses en juego y el derecho debe ocuparse de todos ellos. Además, por la especial dignidad del sujeto que presta los servicios objeto del contrato de trabajo, no se puede obviar su nota distintiva de origen y siempre conserva una orientación social destinada a mantener un punto de equilibrio entre las relaciones del capital con el trabajo” (Munita, 2014, pp. 85-86)

Sin perjuicio de ello y que los intereses empresariales merecen clara tutela por parte del sistema jurídico, aún es válido afirmar que el principio protector ostenta particular relevancia, sobre todo en aquellas circunstancias en las que el legislador no ha regulado diversas figuras jurídicas o la existencia de casos no previstos.

4.1.2. Principio del in dubio pro operario

El presente principio resulta de aplicación cuando existen varios sentidos interpretativos respecto de un texto normativo. En ese caso, se deberá preferir el sentido interpretativo más favorable al trabajador. En ese sentido, la doctrina más autorizada precisa que: “haciendo una definición de esta regla se puede señalar que es el criterio que va a actuarse en caso de que una norma se pueda entender de varias maneras, momento en que se debe preferir aquella interpretación más favorable al trabajador” (Plá, 1998, p. 77).

No obstante, resulta importante tener en cuenta que antes de su aplicación debemos encontrarnos frente a una duda insalvable, esto es, que aun aplicando los métodos de interpretación jurídica mayoritariamente aceptados (histórico, sistemático, literal, teleológico) se mantenga aún la incertidumbre respecto a la forma de interpretar determinado texto normativo.

Sobre este aspecto, el Tribunal Constitucional Peruano señaló lo siguiente: “respecto del principio in dubio pro operario este será aplicable solo cuando exista un problema de asignación de significado de los alcances y contenido de una norma. Por lo tanto, este va a nacer de un conflicto de interpretación, mas no de integración normativa. La noción de «norma» abarca a la misma Constitución, los tratados, leyes, los reglamentos, los convenios colectivos de trabajo, los contratos de trabajo, etc.» (Exp. n.º 0008-2005-PI/TC)

Resulta claro entonces, que este principio importa la asignación de sentidos interpretativos, pero no de corrección del texto a interpretación sea adicionando o suprimiendo texto alguno. Así, se ha indicado que: “No se trata de corregir ni de integrar la norma: solo debe utilizar esta regla cuando existe una norma y únicamente para determinar el verdadero sentido dentro de varios posibles. Así, cuando se tiene que una norma no existe, no será posible recurrir a este procedimiento para sustituir al encargado de dictarla, y menos se puede recurrir a esta regla, para apartarse del significado de la norma, ni para atribuirle a esta un sentido que no se puede

desprender de ninguna manera de su texto ni de su contexto” (Plá, 1998, p.85).

4.1.3. Principio de la condición más beneficiosa

Con relación a los alcances de este principio, Toyama ha precisado que: “este principio va a suponer la conservación de los derechos nacidos de actos no normativos (...), siempre que estos no contravengan disposiciones de orden público. Se tiene además que la aplicación del principio va a conllevar a mantener derechos de los trabajadores frente a una sucesión normativa, convencional o acto no normativo (ya sea ésta expresa o tácita). Es debido a lo señalado que se hablaría de derechos adquiridos -en tanto se mantienen- en la aplicación de la condición más beneficiosa. Los fundamentos de este principio los encontramos en el carácter protector del derecho del trabajo y por el cual se considera que los derechos de los trabajadores sólo pueden ser desplazados por una norma o acto no normativo que contenga mayores beneficios o sea más beneficiosa. Nos referimos con ello a la tendencia progresiva del Derecho Laboral que busca mantener o superar los derechos de los trabajadores” (Toyama, 1994, p.42).

Como vemos, el mencionado principio se genera particularmente para actos no normativos, pues frente a disposiciones normativas heterónomas, se aplican las reglas de sucesión normativa, específicamente la teoría de los hechos cumplidos.

Así, este deberá: “ser aplicado en los casos de silencio normativo. Por ello, sólo es aplicable frente a derechos nacidos de actos no normativos. Ser aplicado en los casos en que la norma lo indique expresamente (un convenio colectivo a una ley) donde se necesita una cláusula ad personaem para que sea posible la conservación de los derechos. Aquí existe un respeto por los derechos adquiridos por mención expresa de la norma” (Toyama, 1994, p.44).

El principio de condición más beneficiosa no ostenta regulación expresa dentro del ordenamiento jurídico constitucional peruano. Sin embargo, para el Tribunal Constitucional su existencia derivaría del carácter tuitivo de la propia Constitución. Así ha indicado que: “siendo que nuestra Constitución ha consagrado al trabajo como un deber y a la vez un derecho, además de un objetivo de atención prioritaria del Estado; por ello el tratamiento constitucional de la relación laboral debe ser victo en estos términos” (Exp. n.º 3111-2004-AA/TC).

Finalmente, debemos tener en cuenta que el principio de la condición más beneficiosa no convierte a la legislación laboral en inmodificable o inmutable.

4.1.4. Principio de la irrenunciabilidad de derechos

Este principio señala la imposibilidad de que se priven, aun a voluntad de parte, de los derechos reconocidos por las normas laborales. Nuestra Constitución Política del Perú de 1993 lo señala

en el inciso 2) del artículo 26°, que menciona: “Principios que regulan la relación laboral: En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”. Constitución Política del Perú:1993). Por medio de este principio se busca regular a la parte empoderada en la relación laboral, es decir, del empleador, salvaguardando con el mismo los derechos fundamentales que le asisten al trabajador.

La irrenunciabilidad es también fundamento que va a diferenciar el derecho laboral de las otras áreas. Ello debido a que en el derecho del trabajo se declararía un acto absolutamente nulo que se renuncie a un derecho otorgado por la ley (debido a ser de orden público), asimismo, en otras ramas jurídicas, la renuncia a un derecho se va a configurar como un principio, ya que las personas pueden obligarse a todo aquello que no les esté prohibido expresamente por la ley o que no siéndolo constituye un acto ilícito, o que afecte derechos de terceros de buena fe. Ante ello podemos señalar que este principio es propio del derecho laboral.

Para algunos autores como Borrajo “el carácter tutelar de las normas laborales arranca para afirmar que ellas tienen el carácter de obligatorias en cuanto imponen condiciones mínimas al nivel que el Estado considera como ajustado a las exigencias de la personalidad del trabajador a las posibilidades de la rama o de la empresa, etc. La consecuencia es obvia: los beneficios

establecidos en tales normas son irrenunciables, en cuanto la renuncia se entiende como dejación de un derecho sin compensación” (Borrajo, 1969, p.191)

Javier Neves señala que “un derecho puede nacer de una norma dispositiva o imperativa. En el caso de la norma dispositiva, su titular puede decidir libremente sobre él. El acto que contenga esta decisión será de disposición. Por otro lado, el de una norma imperativa, 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”. (Neves, 2014, p.102)

De lo antes expresado podemos concluir que este principio prohíbe que los actos de disposición del titular de un derecho recaigan sobre aquellos derechos originados en normas imperativas y sanciona con la invalidez (acto nulo) la transgresión de esta regla. Ante este principio se torna imposible la renuncia al mismo, debido a que la ley protege de manera absoluta al trabajador.

En este mismo sentido Almanza ha señalado que: “este principio implica la nulidad de la renuncia de parte del trabajador a los beneficios señalados por normas del derecho necesario. Sin embargo, este principio carece de la suficiente generalidad para ser considerado como tal y queda como simple mandato imperativo del art.36 de la Ley de Seguridad Social. La generalidad del principio exige que este no se limite a la simple renuncia, sino que ascienda a la indisponibilidad de los derechos”. (Almansa, 1972, p.28)

El Tribunal Constitucional, ha señalado que este principio: “hace referencia a la regla de no revocabilidad e irrenunciabilidad de los derechos reconocidos al trabajador por la Constitución y la ley (...). Es por este motivo que la renuncia a este sería nula y sin efecto legal alguno” (Exp. n.º 0008-2005-AI/TC)

Sin embargo, no importa que la totalidad de derechos encuentren una proscripción en cuanto a su disposición, recorte, novación, entre otros. El derecho sí permite y reconoce la existencia de derechos renunciables (disponibles), como los siguientes:

- ✓ En los casos de los contratos individuales, se tiene los derechos generados de este, no debiendo afectarse la dignidad del trabajador.
- ✓ Los emanados de una costumbre, no debiendo haberse producido una permanencia en el tiempo que haga irrazonable su renuncia.
- ✓ Los derechos que se encuentren por encima de los mínimos legales.
- ✓ Aquellos derechos de los que establecer su origen no sea posible.
- ✓ Los hechos que inciden sobre la relación laboral.

4.1.5. Principio de continuidad

Este principio tampoco encuentra específicamente recepción por parte de la Constitución Política. Sin embargo, ha tenido reconocimiento por parte del Tribunal Constitucional al resolver

controversias vinculadas a la contratación laboral. Así, se ha indicado que: “en nuestro país este principio va a operar como un límite a la contratación laboral por tiempo determinado. Ante ello en la STC 1874-2002-AA/TC, se señaló que hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido siendo esta poseedora de un carácter excepcional y solo va a proceder cuando las labores que se van a prestar (objeto del contrato) son de naturaleza temporal o accidental” (Exp. n.º 3976-2012-AA/TC).

Como vemos, la preocupación principal del principio de continuidad tiene estricta relación con que la finalización del contrato de trabajo, así como la existencia de interrupciones o suspensiones tengan carácter residual o determinado. Ello justifica que el artículo 4º del Decreto Supremo n.º 003-97-TR prevé que: “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”.

Del mismo modo, la Corte Suprema ha precisado en relación a este principio que es: “aquella regla por la cual el contrato de trabajo va a ser considerado como indefinido, por tanto resistente a las circunstancias que en ese proceso pueda alterar dicha característica, señalándose que este principio se encuentra íntimamente vinculado a la vitalidad y resistencia de la relación laboral, ello además, que determinadas circunstancias puedan aparecer como razón o motivo de su terminación como en el caso de los despidos violatorios de los derechos constitucionales” (Casación n.º 960-2006-Lima)

4.1.6. Principio de la primacía de la realidad

Es conocido como uno de los principios laborales que mayor difusión y aplicación ha tenido por los órganos jurisdiccionales. Guerrero ha señalado: “que bajo la interpretación de este principio va a primar por sobre todo la verdad de los hechos por encima de la apariencia o de los acuerdos formales. Lo importante será lo que suceda en la práctica, por sobre lo que las partes hayan convenido o establecido en documentos”. (Guerrero, 1999, p.94)

Javier Neves Mujica, sobre este principio, señala que: “si se produjera una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho va a prestar preferencia a esto sobre aquello. El Derecho del Trabajo ha formulado el llamado principio de primacía de la realidad, basado en un aforismo del Derecho Civil que menciona que las cosas son lo que determina su naturaleza y no su denominación.” (Neves, 2014, p. 29)

Por su parte Américo Plá Rodríguez, ha señalado que este principio dispone si se presentara “discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, deberá darse marcada preferencia a lo que ocurre en el terreno de los hechos” (Plá, 1978, p.243).

El Tribunal Constitucional ha dicho por su parte que: “En virtud del principio de primacía de la realidad, resulta evidente que las labores, al margen del texto de los contratos respectivos, han

tenido las características de subordinación, dependencia y permanencia, de modo que no es correcto considerar que la relación laboral mencionada tuvo carácter eventual. El principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del Trabajo, que ha visto este como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de la realización de la persona (artículo 22º) y, además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23º). Dicho de otro modo, el tratamiento constitucional de una relación laboral impone que sea enfocado precisamente en estos términos.” (Exp. 0991-2000-AA/TC)

Cabe precisar que, si bien este principio no cuenta con una normativa de rango constitucional, éste ha sido reconocido en la Ley general de Inspección del Trabajo n.º 28806, específicamente en el numeral 2º: “Principios ordenadores que rigen el Sistema de Inspección del Trabajo: (...) 2. Primacía de la Realidad, en caso de discordancia, entre los hechos constatados y los hechos reflejados en los documentos formales debe siempre privilegiarse los hechos constatados”.

4.1.7. Principio de la buena fe en el derecho del trabajo

La buena fe se encuentra incluida en la totalidad del derecho, tanto en normas específicas como en normas generales, y resulta ser un principio general del derecho, en tanto entabla una vía de

comunicación con la moral social y con la ética; esto enfatiza su predominante connotación ética, lo cual supone la canalización del derecho hacia sus metas más puras.

Este principio es reconocido de manera implícita constitucionalmente y exige de forma obligatoria a que las autoridades y la ley presuman la buena fe en todo tipo de actuaciones de los particulares.

El profesor Anacleto define este principio de la siguiente manera:

“Este principio se refiere a la conducta a que deben ajustarse las partes en el cumplimiento de sus obligaciones, ya se refieran a la celebración, ejecución o extinción de la relación; el mismo comprende el deber de actuar con fidelidad. Los obliga a un modo de obrar tanto en lo que se refiere a las obligaciones de cumplimiento, como éticas: honesto, leal, prudente, veraz, diligente, fiel al cumplimiento contraído, que, deshecha todo engaño y perjuicio, y exige ausencia de trampas, abusos” (Anacleto, 2015, p.88)

De acuerdo con el magistrado Javier Arévalo Vela, según este principio, “las partes de la relación laboral, entiéndase trabajador y empleador, deberán actuar de una manera leal, respetando determinados valores como la honradez, lealtad, confidencialidad, es decir, respetando la buena fe del otro.” (Arévalo Vela, 2016, p.55)

Según el profesor argentino Gozaíni, “La buena fe es exigible en el ejercicio de cualquier acción y de cualquier derecho. Este principio

fundamenta cualquier ordenamiento jurídico, tanto público como privado, al enraizarlo con las más sólidas tradiciones éticas y sociales de la cultura” (Gozáíni, 2003, p.46)

En ese sentido, se tiene que la ley obliga a presumir que todo el mundo actúa de buena fe, teniéndose en cuenta que, si se cuestiona el actuar de mala fe, éste deberá ser probado. La buena fe que debe regir como principio del Derecho del Trabajo es la buena fe relacionada con la lealtad, la misma que se basa en el correcto comportamiento de las partes.

Las relaciones de trabajo conllevan un carácter personal entre las partes, por tal razón, se pone de por medio la conducta de los sujetos, quienes a su vez deben actuar de buena fe, lo cual implica honestidad, lealtad y honradez en todo el cumplimiento de sus obligaciones.

Teniendo este panorama, se debe entender que el trabajador debe cumplir con sus funciones, prestando sus servicios de la mejor manera; por otra parte, el empleador deberá cumplir con sus obligaciones de abonar de manera íntegra todos los derechos que le corresponden al trabajador, creando así un ambiente pacífico en la relación laboral, evitándose todo tipo de daños de carácter material o moral. Respetando estos puntos claves sobre el principio de buena fe, será imposible la existencia de algún tipo de fraude entre ambas partes.

Vinculando a este principio y al de razonabilidad, Gamarra opina lo siguiente: “la buena fe actúa como criterio de ponderación de los

intereses enfrentados de las partes de la relación. En este caso, se trataría de un criterio de ponderación que resuelve el conflicto planteado a la luz de una determinada orientación valorativa. Y no es posible creer que la buena fe sea un principio ajeno a gran parte de un ordenamiento jurídico, sin dejar de señalar su particularidad para el derecho laboral. Esta presente regulando materias como matrimonio, obligaciones, posesión, transmisión de créditos, mandatos, depósitos, prescripciones, etc. y, además, precisando que los derechos se ejercerán conforme a la buena fe. (Gamarra, 2004, p.483).

4.1.8. El principio de proporcionalidad

Si efectuamos una revisión detallada de las disposiciones normativas previstas en la Constitución Política del Estado, concluiremos que el principio de proporcionalidad se menciona de forma expresa una sola vez con ocasión del artículo 200° cuando se hace mención de la interposición de un habeas corpus o amparo durante los regímenes de excepción.

En efecto, el artículo mencionado indica lo siguiente: “El ejercicio de las acciones de hábeas corpus y de amparo no se suspende durante la vigencia de los regímenes de excepción a que se refiere el artículo 137° de la Constitución. Cuando se interponen acciones de esta naturaleza en relación con derechos restringidos o suspendidos, el órgano jurisdiccional competente examina la razonabilidad y la proporcionalidad del acto

restrictivo. No corresponde al juez cuestionar la declaración del estado de emergencia ni de sitio”

Como se verifica, la propia Constitución concede al juez la obligación de analizar la razonabilidad y proporcionalidad del acto restrictivo a los derechos fundamentales durante los regímenes de excepción (estado de emergencia y estado de sitio). Sin perjuicio de ello, tenemos que la Constitución de forma alguna nos indica el contenido o concepto del principio de proporcionalidad. En ese sentido, y antes de dar cuenta de ello, de su estructura y su finalidad, es necesario mencionar algunos datos históricos.

El principio de proporcionalidad se remonta a las sentencias dictadas en el siglo XIX por parte del Tribunal Supremo Administrativo Alemán en el área del derecho de policía. Luego, es el Tribunal Constitucional Alemán quien lo eleva a rango constitucional, en tanto se deriva del principio de Estado de Derecho. (Castillo, 2005, p.118).

En efecto, la doctrina concuerda en el sentido de que la denominada sentencia de las farmacias en 1958 (Sentencia BVerfGE 7, 377) es la decisión jurisprudencial pionera en aplicar, a nivel constitucional, el principio de proporcionalidad como criterio o baremo para determinar si la injerencia sobre el contenido de un derecho fundamental está o no justificada. (Clérico, 2009, p.30).

En la decisión invocada, el Tribunal Constitucional Federal Alemán analizó una pretensión constitucional dirigida contra el Gobierno de Oberbayern que había rechazado la apertura de una farmacia a un ciudadano, alegando que la creación de una nueva farmacia en dicho lugar no respondía a la exigencia del interés público, además que restringía en un 40% los beneficios económicos de las farmacias existentes en el lugar; todo esto, se sustentaba en normativa administrativa vigente.

El Tribunal Constitucional, para determinar la constitucionalidad de las disposiciones que la autoridad invocó para denegar la solicitud, analizó la finalidad perseguida por la medida puesta en cuestión y que restringía el derecho del demandante, concluyendo que cuanto mayor sea la afectación de la órbita individual mayor debe ser el interés público que la justifique, entre otros argumentos, que condujeron a la declaración de inconstitucionalidad de la norma enjuiciada (Clérigo, 2009, p.32).

Con posterioridad, el principio de proporcionalidad ha sido recogido e incorporado como principio constitucional por el Tribunal Constitucional Español (STC n.º 66/1995) sobre la base de tres razones fundamentales: (i) que se sustenta en la negación u oposición de la arbitrariedad, (ii) que es una expresión el principio de Estado de Derecho y (iii) tiene una justificación material. El Tribunal Constitucional español, ha asimilado la teoría del principio de proporcionalidad

entendiéndolo como un juicio de análisis de los tres subprincipios (STC 106/2013).

Como vemos, a través del principio de proporcionalidad se permite analizar la constitucionalidad en la intervención de los derechos fundamentales. Así en palabras de Bernal, el principio de proporcionalidad se define y comprende a partir de dos dimensiones. “Por un lado, es entendido en un sentido amplio y, por otro, en un sentido estricto. En el sentido amplio, cuando se trata de evaluar si una intervención en un derecho fundamental o en un interés jurídico es una medida adecuada, necesaria y equilibrada con el orden de cosas; debiendo cada supuesto ser evaluado independiente, concatenada y armónicamente, bajo lo que se ha denominado el triple juicio de proporcionalidad”. (Bernal, 2005, p.44).

En el caso del sistema jurídico peruano, ha sido el Tribunal Constitucional el que se ha encargado de definir al principio de proporcionalidad, así como de indicarnos las razones jurídico - constitucionales que la sustentan.

En ese sentido, ha indicado el máximo intérprete de la Constitución que: “[e]l principio de proporcionalidad es un principio general del derecho expresamente positivizado, cuya satisfacción ha de analizarse en cualquier ámbito del derecho. En efecto, en nuestro ordenamiento jurídico, éste se halla constitucionalizado en el último párrafo del artículo 200 de la

Constitución. En su condición de principio, su ámbito de proyección no se circunscribe sólo al análisis del acto restrictivo de un derecho bajo un estado de excepción, pues como lo dispone dicha disposición constitucional, ella sirve para analizar cualquier acto restrictivo de un atributo subjetivo de la persona, independientemente de que aquel se haya declarado o no” (Exp. n.º 10-2002-PI/TC)

Como vemos, el TC reconoce la existencia del principio de proporcionalidad como un principio del entero ordenamiento jurídico, invocable por tanto en cualquiera de los ámbitos del derecho y no sólo para los casos de determinar la proporcionalidad de la concreta medida restrictiva de un derecho constitucional suspendido en un régimen de excepción.

Sin embargo y como denota Castillo, el principio de proporcionalidad también ha encontrado justificación a partir de la cláusula del Estado de Derecho y complementariamente en el valor justicia (Castillo, 2005, p.6).

Así, en la sentencia recaída en el expediente n.º 10-2002-PI/TC el máximo intérprete de la Constitución ha indicado que: “en la medida que el principio de proporcionalidad se deriva de la cláusula del Estado de Derecho, él no sólo comporta una garantía de seguridad jurídica, sino también concretas exigencias de justicia material”

Sin perjuicio de ello, y conforme a lo indicado por Castillo: “Esta exigencia de que toda afectación de cualquier derecho constitucional sea equilibrada y razonable, es decir, que no sea inútil ni desproporcionada, tiene también como basamento la propia dignidad de la persona humana que –nunca debe olvidarse– se ha convertido por mandato constitucional en el fin de la existencia misma del Estado (artículo 1 CP). El respeto a la persona humana, a su dignidad de persona, obliga a que cuando se tenga que afectar las concreciones y exigencias jurídicas de esa dignidad que son sus derechos fundamentales, se realice de modo digno, es decir, que se haga en beneficio de la misma persona humana y siempre se haga de modo estrictamente necesario y ponderado” (Castillo, 2005, p. 7).

Como vemos, el principio de proporcionalidad emerge no sólo en función a su reconocimiento en el artículo 200 de la Constitución, sino que encuentra su justificación dentro del sistema jurídico peruano en función a la cláusula del Estado de Derecho, exigencias de justicia material y finalmente, en el propio principio – derecho a la dignidad de la persona.

Respecto al principio de proporcionalidad en materia laboral, tenemos que aquel ha merecido también acogimiento normativo expreso. A manera de ejemplo, el artículo 22° del Decreto Supremo n.° 001-96-TR expresa lo siguiente: “En la verificación se tendrá en cuenta que la causa invocada guarde

proporcionalidad y razonabilidad con el período de suspensión temporal de labores determinada por el empleador”.

De otro lado, la única disposición complementaria transitoria de la Ley n.º 30222 (que modificó la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo n.º 29783) establece que: “Durante el periodo de tres años, referido en el primer párrafo, la multa que se imponga no será mayor al 35% de la que resulte de aplicar luego de la evaluación del caso concreto sobre la base de los principios de razonabilidad, proporcionalidad, así como las atenuantes y/o agravantes que correspondan según sea el caso”

Asimismo, el artículo 109º del Decreto Supremo n.º 005-2012-TR (Reglamento de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo) establece que: “En el Reglamento Interno de Trabajo se establecerán las sanciones por el incumplimiento de los trabajadores de alguna de las obligaciones a que hace referencia el artículo 79 de la Ley, en base a criterios de objetividad y proporcionalidad a la falta cometida”

De otro lado, el artículo 71º del Decreto Supremo n.º 002-2018-PCM (Reglamento de Inspecciones Técnicas en Edificaciones) establece que: “El Procedimiento Administrativo Sancionador a los/las Inspectores/ as Técnicos/as de Seguridad en Edificaciones, se sujeta a los criterios de razonabilidad y proporcionalidad; y, en general a los principios establecidos en el Texto Único Ordenado de la Ley n.º 27444, Ley del

Procedimiento Administrativo General, que son considerados en la Directiva del Procedimiento Administrativo Sancionador - PAS aprobada por la entidad sancionadora.”

De otro lado, el artículo 9° del Decreto Supremo n.° 002-98-TR (Normas reglamentarias de la Ley n.° 26722, sobre prohibición de discriminación en las ofertas de empleo y acceso a medios de formación educativa) prevé que: “La indemnización a que se refiere el artículo anterior, será fijada con criterio de razonabilidad y proporcionalidad, debiendo tenerse en consideración, el monto de la remuneración anual ofertada o de la pensión anual, según se trate de discriminación en materia de oferta de empleo o de acceso a medios de formación educativa, respectivamente”

Asimismo, el artículo 3.25 del Decreto Supremo n.° 002-2014-MIMP (Reglamento de la Ley n.° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad) establece que: “Principio basado en la proporcionalidad entre el ejercicio de las facultades atribuidas en el marco de la ley y la finalidad a tutelar”

Adicionalmente, el artículo 7.2 del Decreto Supremo n.° 010-2003-MIMDES (Reglamento de la Ley n.° 27942 Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual) prevé lo siguiente: “Con la finalidad de asegurar la eficacia de la Resolución final y la protección a la víctima, se podrá solicitar y/o dictar medidas cautelares. Las medidas que se adopten deberán

ajustarse a la intensidad, proporcionalidad y necesidad, y que podrán ser (...)"

En este mismo cuerpo normativo se indica en el artículo 14° que: "Con el fin de determinar la gravedad de la conducta de Hostigamiento Sexual se deberá decidir de acuerdo con criterios de razonabilidad y proporcionalidad. Adicionalmente, se deberá tomar en cuenta la reiterancia y la concurrencia de las citadas manifestaciones. La severidad de la conducta hostilizadora dependerá del número de incidentes y de la intensidad de cada uno de ellos. Sin que sea determinante la reiterancia para la configuración del acto de hostigamiento sexual"

Asimismo, la Resolución Ministerial n.° 284-2011-TR (Normas Complementarias en arbitraje en materia de relaciones colectivas de trabajo) prevé en su artículo 1° párrafo final que: "La valoración de los supuestos de procedencia del arbitraje potestativo establecidos en el artículo 61-A del Decreto Supremo n.° 011-92-TR, es realizada por el Tribunal Arbitral en el proceso arbitral y está sujeta para su comprobación a criterios de razonabilidad y proporcionalidad considerando el contexto en el que se producen, el marco de la negociación colectiva y los comportamientos precedentes de las partes en anteriores procesos negociales"

Adicionalmente, el artículo 39° de la Ley General de Inspección n.° 28806 indica que: "La aplicación de las mencionadas

sanciones y la graduación de estas, es efectuada teniendo en cuenta las circunstancias del caso concreto y los criterios de razonabilidad y proporcionalidad”

Más recientemente, la Nueva Ley Procesal del Trabajo n.º 29497 establece que: “En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo, por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad”

Como vemos, la diversidad de casos en los que el legislador laboral tanto originario como derivado, ha considerado que el principio de proporcionalidad debe ser tomado en cuenta nos resalta la importancia que tiene para el caso del Derecho del Trabajo. Ello se explica fácilmente en atención a la relación asimétrica que existe entre el empleador y el trabajador. Ello, sobre la base de reconocer la existencia de una relación de sujeción o subordinación, debido a lo cual la existencia de comportamientos desproporcionados merece ser controlados a través del principio de proporcionalidad.

Surge ahora la necesidad de determinar cuándo una medida legislativa resulta ser acorde con los lineamientos constitucionales. Para ello, se ha creado el denominado test de proporcionalidad el cual nos permite evaluar la relación entre lo

sacrificado y la finalidad del sacrificio. Dicho test supone el tránsito por un triple juicio conformado por: (i) el juicio de idoneidad; (ii) el juicio de necesidad; (iii) el juicio de proporcionalidad en sentido estricto. Corresponde analizar cada uno de ellos.

El juicio de idoneidad tiene una doble exigencia. En primer lugar, requiere que la medida o acto de limitación del derecho constitucional tenga un fin constitucionalmente permitido y socialmente relevante; y en segundo lugar exige que la medida en sí misma sea adecuada para el logro de ese fin. Debe tenerse siempre en cuenta que lo que exige este primer juicio o subprincipio de idoneidad es que la medida elegida como medio para alcanzar el fin no resulte desde todo punto de vista absolutamente incapaz para conseguir la finalidad que se persigue.

De manera que, por ínfima que sea la afectación de un derecho fundamental, si tal restricción es manifiestamente inútil, será una medida desproporcionada por no idónea e irrazonable. En cualquier caso, y dado que se presume la constitucionalidad o legalidad de las actuaciones estatales, en caso de duda se ha de estar por la idoneidad de la medida. (Castillo, 2005, p. 7).

El Tribunal Constitucional ha indicado con relación al principio de idoneidad lo siguiente: “En cuanto al procedimiento que debe seguirse en la aplicación del test de proporcionalidad, hemos

establecido que la decisión que afecta un derecho fundamental debe ser sometida, en primer término, a un juicio de idoneidad o adecuación, esto es, si la restricción en el derecho resulta pertinente o adecuada a la finalidad que se busca tutelar” (Exp. n.º 579-2008-AA/TC).

En ese sentido y a efectos de determinar la existencia o no de idoneidad del régimen de protección patrimonial de las empresas azucareras indicó lo siguiente: “El establecimiento de un régimen de protección patrimonial en beneficio de las empresas azucareras constituye un medio adecuado para lograr el objetivo. La suspensión temporal de la ejecución de medidas cautelares, garantías reales o personales y similares sobre los activos de las empresas agrarias azucareras en las que el Estado tiene participación accionaria constituye, en efecto, una medida para la reactivación económica de las empresas agrarias azucareras en las que el Estado tiene participación accionaria, las mismas que como ya señaláramos atraviesan por una crisis económica, pues, tal medida evita que los acreedores de las mismas se hagan cobro de sus acreencias con los escasos recursos con que cuentan las referidas empresas, dejando en grave riesgo a los trabajadores respecto de su puesto de trabajo y la propia población del lugar, pues es claro que dichas poblaciones dependen en esencia de la actividad agroindustrial y de los comercios y actividades colaterales que se desarrollan en torno a ella” (Exp. 579-2008-AA/TC)

El juicio de necesidad se efectúa una vez que se ha determinado que la medida es idónea. Este juicio, también llamado juicio de indispensabilidad, consiste en examinar si la medida que se evalúa es la menos restrictiva del derecho fundamental que otras medidas igualmente eficaces. Definido así el juicio de necesidad, es claro que presupone el juicio de eficacia, en cuanto que el juicio de necesidad sólo se realiza entre medidas igualmente eficaces para el logro de la finalidad que se persigue. (Castillo, 2005, p.13).

El Tribunal Constitucional ha indicado con relación al principio de necesidad lo siguiente: “En segundo lugar, superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; esto supone, como hemos señalado, verificar si existen medios alternativos al adoptado por el legislador. Se trata del análisis de relación medio-medio, esto es, de una comparación entre medios; el medio elegido por quien está interviniendo en la esfera de un derecho fundamental y el o los hipotéticos medios que hubiera podido adoptar para alcanzar el mismo fin” (Exp. n.º 579-2008-AA/TC).

En ese sentido y a efectos de determinar la existencia o no de necesidad del régimen de protección patrimonial de las empresas azucareras se indicó lo siguiente: “Dado que se trata de una sentencia en proceso de ejecución es fácil comprobar que no existe medida más efectiva que la propuesta por el

legislador. La suspensión de la ejecución de medidas cautelares, garantías reales o personales, así como de la suspensión de ejecución de sentencias resulta ser un medio necesario (indispensable) para alcanzar el objetivo, dado que además de los otros mecanismos descritos en la Ley 28207, no existen medidas alternativas igualmente eficaces o que sean menos gravosas que se dirijan a obtener el mismo fin. Si bien podrían alegarse como medidas para lograr el objetivo, entre otras, la condonación de las deudas de tales empresas agrarias azucareras, no obstante, ello, dichas medidas no gozan de la misma eficacia para lograr el desarrollo de la actividad azucarera, pues, aunque tales medidas impedirían que las empresas disminuyan sus activos fijos, sin embargo, se perjudicaría sin lugar a dudas, los derechos de los acreedores quienes se verían imposibilitados a cobrar sus créditos para siempre” (Exp. 579-2008-AA/TC)

En cuanto a la ponderación en sentido estricto, tenemos que aquella será materia de análisis una vez que la medida supere el juicio de idoneidad y de necesidad. Este último paso exige que la medida cuestionada guarde una relación razonable con el fin que se pretende alcanzar. Generalmente se admite que se está frente a una relación razonable cuando existe un equilibrio entre las ventajas o beneficios y entre las desventajas o los costos de adoptar la medida enjuiciada. (Castillo, 2005, p.14).

El Tribunal Constitucional ha indicado con relación al principio de proporcionalidad en sentido estricto lo siguiente: “Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los test o pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Aquí rige la ley de la ponderación, según la cual “cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de la afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro” (Exp. 579-2008-AA/TC).

En ese sentido y a efectos de determinar la proporcionalidad en sentido estricto del régimen de protección patrimonial de las empresas azucareras se indicó lo siguiente: “Para hacer más racional dicha operación resulta relevante contrastar los grados o intensidades de afectación en el ámbito del derecho a la ejecución con los grados o niveles de satisfacción que se logra en los bienes u objetivos constitucionales que persigue la intervención por parte de la ley y su aplicación en el caso concreto. Este colegiado ha incorporado una escala triádica para asignar dichos valores. En tal sentido hemos establecido que “la valoración de las intensidades puede ser catalogada como: grave, medio o leve, escala que es equivalente a la de: elevado, medio o débil. Por esta razón, la escala puede también ser aplicada para valorar los grados de realización [grados de satisfacción] del fin constitucional de la restricción [STC 0045-2005-PI/TC, fundamento N.º 35]. La postergación en el tiempo

de la ejecución de una sentencia firme puede ser catalogada aquí como una intervención de intensidad leve, en la medida que se trata sólo de una suspensión temporal de ejecución de una sentencia, que no elimina o desvanece el derecho que tienen los acreedores de las empresas agrarias azucareras, que han recurrido a la vía judicial a fin de hacer efectivo su derecho de crédito y han obtenido pronunciamiento favorable por parte de los órganos judiciales. Sobre todo, si se toma en cuenta que dicha suspensión se encuentra próxima a quedar sin efecto además de considerar que la referida ley tampoco ha dejado sin efecto la inscripción registral de las medidas cautelares que se habían dictado con antelación a la restricción, tal como dispone la ley en cuestión en su segundo párrafo, al disponer que dichas medidas continuarán inscritas, aunque no podrán ser materia de ejecución. Por otra parte, tenemos que el grado de realización o satisfacción del objetivo propuesto por el legislador que en este caso, es lograr el desarrollo, reactivación y saneamiento económico y financiero de las empresas agrarias azucareras, así como la promoción del empleo y la disminución de la pobreza, disponiendo para ello la suspensión temporal de la ejecución de medidas cautelares, garantías reales o personales y ejecución de sentencias resulta ser elevado, en la medida que sin dicha medida el objetivo constitucional no sería posible de realizar, en la medida que una empresa cuyos bienes se encuentran próximos a ser ejecutados difícilmente podría conseguir las

alianzas económicas necesarias para su reactivación. Esto muestra que, con una leve intervención en el ámbito del derecho a la ejecución de las sentencias, se logra por otro lado un grado de satisfacción elevado a favor de los derechos y fines constitucionales a los que busca proteger la medida de protección legal de la industria azucarera en el norte del país. Cuando es posible establecer de manera racional que una medida de restricción de baja o leve intensidad logra niveles de satisfacción altos o elevados, la conclusión que resulta es que el medio empleado (ley) ha pasado el test de proporcionalidad y debe considerarse que estamos ante una restricción legítima desde la perspectiva constitucional”.

Sobre lo base de lo anteriormente expresado, se tiene que una restricción a los derechos fundamentales será válida siempre que supere el test de proporcionalidad en cada uno de sus subprincipios, esto es, que la medida adoptada sea idónea, necesaria y proporcional en sentido estricto.

4.1.9. Principio de razonabilidad

Finalmente, uno de los principios en los que se inspira el derecho del trabajo es el de razonabilidad. En efecto, si bien es posible indicar que dicho principio no es único o exclusivo en material laboral, lo cierto es que asume especial importancia teniendo en cuenta la relación asimétrica o desventajosa que usualmente ocurre dentro del marco de la relación de trabajo.

Sobre el particular Recasens, se inclina también por llamarle principio de razonabilidad y no de racionalidad por razones más profundas derivadas de la lógica de lo razonable. (Recasens; 1985. p.252).

Sin entrar en esas disquisiciones filosóficas, coincidimos con el maestro español en que lo razonable es lo bien fundado, pensado satisfactoriamente, de un modo concienzudo.

En esa misma línea de pensamiento Perelman afirma: “Todo derecho, todo poder legalmente protegido y concedido teniéndose en vista una cierta finalidad, el titular de ese derecho tiene un poder de apreciación en cuanto a la manera por el cual se ejerce. Pero ningún derecho puede ser ejercido de un modo no razonable, porque lo que no es razonable no es derecho.” (Perelman, 1984, p.19)

Reducido a su expresión más escueta, podemos decir que el principio de razonabilidad consiste: “en la afirmación esencial de que el ser humano, en sus relaciones laborales, procede y debe proceder conforme a la razón”. (Plá, 1998, p.364).

Se podría decir, quizá, que una afirmación tan elemental no es exclusiva del Derecho del Trabajo, sino propia de todas las ramas del derecho. Todo el orden jurídico se diseña en torno de criterios de razón y de justicia que parten de la naturaleza de la persona humana y buscan concretar un ideal de justicia. El supuesto del régimen Jurídico es que el hombre actúa razonablemente y no arbitrariamente, ya que la arbitrariedad se puede mirar como la

contrapartida de la razonabilidad. La Corte Argentina ha dicho que toda pretensión de una persona –sea física o moral- se debe encuadrar en un marco de razonabilidad. (Plá, 1998, p.365).

En atención a lo expuesto, tanto el legislador como los integrantes de la relación laboral, esto es, el empleador y el trabajador tienen que observar dentro de su comportamiento al principio de razonabilidad, descartando de dicha forma la emisión de actos arbitrarios o alejados de todo parámetro racional.

El principio de razonabilidad permite además a los jueces la resolución de los conflictos puestos a su conocimiento, sobre todo en aquellos casos en los que las disposiciones legales no regulen determinada situación de hecho o existan lagunas normativas. En ese sentido, ha indicado Landoni que el principio de razonabilidad: “permitirá a los magistrados resolver con justicia determinadas situaciones planteadas en el proceso y lograr en los casos concretos la efectiva vigencia de los derechos sustanciales. (...) El principio de razonabilidad, como integrante de las reglas de la sana crítica, lo concebimos como una aplicación de la lógica de lo razonable, de lo humano de que nos hablara Recasens, tanto para la interpretación de los hechos relevantes del proceso, cuanto para la valoración de la prueba, así como para la aplicación de la previsión contenida en el artículo 14 del C.G.P que le impone al tribunal el deber de interpretar la norma procesal teniendo en cuenta que el fin del proceso es la efectividad de los derechos sustanciales. (Landoni, 1997, p.97).

En el caso del ordenamiento jurídico peruano, el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto a la existencia y aplicación del mencionado principio de razonabilidad. Así, ha indicado que: “El control de constitucionalidad de los actos dictados al amparo de una facultad discrecional no debe ni puede limitarse a constatar que el acto administrativo tenga una motivación más o menos explícita, pues constituye, además, una exigencia constitucional evaluar si la decisión finalmente adoptada observa los principios de razonabilidad y proporcionalidad con relación a la motivación de hechos, ya que una incoherencia sustancial entre lo considerado relevante para que se adopte la medida y la decisión tomada, convierte a esta última también en una manifestación de arbitrariedad (Exp. n.º 0090-2004-AA/TC). La aplicación del principio de razonabilidad, la encontramos en diversas disposiciones laborales. Así, tenemos las siguientes:

- ✓ Aplicación de medidas disciplinarias dentro de los límites de razonabilidad (D.S n.º 003-97-TR art.9 primer párrafo)
- ✓ Ejercicio del ius variandi dentro de los criterios de razonabilidad (D.S n.º 003-97-TR art. 9 segundo párrafo)
- ✓ Otorgamiento de plazo razonable para presentar descargos por la imputación de falta grave (D.S n.º 003-97-TR, art. 31)
- ✓ Verificación de la razonabilidad del periodo de suspensión temporal de labores (D.S n.º 003-97-TR, art 22)
- ✓ Determinación del valor del transporte para no ser considerada como remuneración computable para el cálculo

de la compensación por tiempo de servicios (D.S n.º 001-97-TR art. 19 inc. c)

- ✓ Determinación del valor de las condiciones de trabajo para no ser consideradas como remuneración computable para el cálculo de la compensación por tiempo de servicios (D.S n.º 001-97-TR art. 19 inc. f) (Arévalo, 2016, pp. 84-85)

CAPITULO V

PERIODO DE PRUEBA

5.1. Tránsito normativo del periodo de prueba

El primer antecedente que tenemos dentro del ordenamiento jurídico peruano con relación al periodo de prueba es el reglamento de la Ley n.º 4916, Resolución Suprema del 22 de junio de 1928, cuyo artículo 6º establecía que “Durante los tres primeros meses, periodo que se considera de prueba, el empleado no gozará de ninguno de los derechos, indemnizaciones o beneficios señalados por ley”.

Vale decir que esta previsión legal del periodo de prueba no daba lugar a la estabilidad o permanencia, y se orientaba únicamente a conseguir beneficios de orden económico, incluyendo, además, a las indemnizaciones (entre ellos la indemnización por despido arbitrario, acorde con lo previsto en la Ley 4916). Un segundo antecedente lo encontramos el 19 de octubre de 1962, con la emisión del Decreto Ley n.º 14218, emitida por la Junta de Gobierno presidida por Ricardo Pérez Godoy, que ratificaba en sus 3 primeros artículos la existencia del periodo de prueba en el lapso de tres meses.

Este decreto incluye también el derecho a percibir la compensación por tiempo de servicios a razón de un dozavo de su remuneración mensual por cada mes de labor. Ratifica que el trabajador que continúe laborando después del periodo de prueba, gozará del régimen indemnizatorio y compensatorio que las respectivas leyes acuerden, a partir de su primer día de ingreso al trabajo. Incluye adicionalmente en su artículo tres, la

exoneración del periodo de prueba para aquellos empleados u obreros que ingresen al servicio por concurso, examen de conocimiento o de aptitud, así como los que reingresen al servicio. De igual forma, en esta norma tampoco se contempla la estabilidad en el empleo como consecuencia de la superación del periodo de prueba, ratificándose únicamente el derecho a indemnización y cobro de compensaciones.

El 10 de noviembre de 1970, en el gobierno revolucionario de Juan Velasco Alvarado, entró en vigor el Decreto Ley n.º 18471, conocido como el primer antecedente sobre estabilidad laboral, conforme se verifica del tenor de su parte considerativa, donde destaca que la estabilidad del trabajador propende al incremento de la productividad. Esta norma, sin embargo, se exploya a lo largo de sus once artículos, en el objetivo de establecer las faltas graves, su comprobación y consecuencias, la suspensión parcial o total de actividades, reducción o despido total de personal, por causa de liquidación de la empresa, sin hacer referencia alguna al periodo de prueba.

Esta precisión aparece únicamente en su reglamento, el Decreto Supremo n.º 001-71-TR, cuyo artículo señala claramente que el acotado Decreto Ley 18471 no comprende a los trabajadores dentro del periodo de prueba. Como bien lo remarca Villavicencio, se estableció un régimen de estabilidad laboral absoluta, permitiendo únicamente el despido en casos de reducción o despedida total del personal, debido a causa económica o técnica y caso fortuito o fuerza mayor, o una vez superado el periodo de prueba o por falta grave que debía ser acreditada por el empleador. (Villavicencio, 2013, p.311).

Con ello se ratifica la existencia de esta institución (periodo de prueba) en los mismos términos que venía rigiendo, otorgando protección al trabajador luego de superarse el plazo respectivo, el cual continuaba siendo de tres meses. El 23 de marzo de 1978, durante el gobierno de Francisco Morales Bermúdez, se puso en vigencia el Decreto Ley 22126, cuya segunda disposición final derogaría al Decreto Ley 18471. Esta norma estableció en su artículo 2, literal b, un nuevo plazo de duración para el periodo de prueba: “tres años al servicio del mismo empleador en forma ininterrumpida”.

Es decir, con la dación de esta nueva norma, se buscó reafirmar el objetivo de la estabilidad laboral, pero esta vez, a condición de que los trabajadores superasen los tres años del periodo de prueba. Antes de eso, podían ser despedidos sin alegar causa justa, con las únicas exigencias de un preaviso de noventa días calendario, cursado notarialmente y pagando una indemnización especial equivalente a noventa días de remuneración, tal como queda expresamente establecido en el artículo 28° de dicho decreto ley.

El 4 de junio de 1986, a la luz de la ya vigente Constitución de 1979, entró a regir la Ley n.º 24514, ley que regula el derecho de estabilidad en el trabajo, que vino a sustituir al Decreto Ley n.º 22126, restableciendo en su artículo 2° el plazo de tres meses para el periodo de prueba. Asimismo, se incluye expresamente en el segundo párrafo de este artículo, la exoneración del periodo de prueba a los trabajadores que ingresen por concurso y los que reingresen al servicio del mismo empleador.

Cinco años después, en 1991, se produce lo que Blancas Bustamante llamó “el inicio de la transición desde el modelo de la estabilidad laboral absoluta hacia un modelo de mínima protección ante el despido”. (Blancas, 2006, p.106).

Ese año se promulgó el primigenio Decreto Legislativo n.º 728 Ley de Fomento del Empleo, estableciéndose en su artículo 43º el periodo de prueba de tres meses y dejando a las partes la posibilidad de pactar un periodo de seis meses o un año, según se trate de trabajadores calificados o de dirección.

Se preserva, además, la exoneración del periodo de prueba para aquellos trabajadores que ingresen por concurso, los que reingresen al servicio del mismo empleador, salvo que dicho reingreso sea a un puesto notoria y cualitativamente distinto al anterior. Se restringe el porcentaje de personal en periodo de prueba al 10% del total de trabajadores, salvo en el caso de inicio o ampliación de actividades u otra eventualidad debidamente comprobada por la empresa.

Para el año 1995, entra en vigor la Ley n.º 26513, que establece una serie de modificaciones a diversos artículos de la Ley de Fomento del Empleo, entre ellos al artículo 43º. Como resultado de esta modificación, sobre el periodo de prueba “(...) se elimina la restricción de que sólo pueden estar en periodo de prueba el 10% del personal y se elimina también las exoneraciones a dicho periodo” (Toyama, 2004, p.27).

Es el tenor de esta última modificación del 26 de julio de 1995 (texto integral del artículo 43 corregido) la que se encuentra vigente, recogido

esta vez, en el artículo 10° del Decreto Supremo n.° 003-97-TR Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

En resumen, desde su regulación inicial, el periodo de prueba, en cuanto a su plazo de duración, ha tenido un tránsito largo por el periodo mínimo de tres meses que se vio sobredimensionado a un plazo de tres años, para retornar finalmente al periodo mínimo y legalmente obligatorio de tres meses; pero esta vez, complementado con el plazo convencional de seis y doce meses para determinados trabajadores que, por el tipo de labor y grado de responsabilidad, requieren un plazo mayor de adaptación.

Se produjo, además, una desmejora en el tratamiento de esta institución laboral, ya que progresivamente fueron quedando en el camino, los criterios de máximo porcentaje de trabajadores en periodo de prueba y los supuestos de exoneración para los ingresantes por concurso o los que reingresan al mismo puesto.

Finalmente, consideramos importante ponderar los esfuerzos trancos hasta la fecha, que se encuentran recogidos en una propuesta normativa de más reciente data: El proyecto de Ley General del Trabajo, la misma que se gestó con el concurso de notables juristas del ámbito laboral propone, en sus artículos 94° y 95°, entre otros aspectos relacionados al periodo de prueba, el retorno de los supuestos de exoneración, estableciendo además una interesante previsión al periodo de prueba en los contratos de duración determinada, planteando que en caso dicho contrato sea de duración menor a un año, el periodo de prueba debería ser igual a la cuarta parte del plazo estipulado.

5.2. Concepto del periodo de prueba

Conforme hemos verificado, el periodo de prueba es una de las figuras del Derecho del Trabajo de mayor arraigo, habida cuenta que su existencia avanza en estrecha relación con la extinción del contrato de trabajo. En efecto, sin perjuicio que como detallaremos más adelante, el periodo de prueba tenga diferentes fundamentos o formas de entenderse, lo cierto es que resulta ser una herramienta de suma utilidad para el empleador a efectos de resolver el contrato de trabajo sin generarle consecuencia jurídica negativa alguna.

Dicho esto, y antes de proponernos una definición respecto al periodo de prueba, debemos tener en claro que el ordenamiento jurídico peruano no contiene definición alguna respecto a lo que debemos entender por el periodo de prueba, ni sus alcances. Apenas se nos indica el plazo máximo en los que éste puede ser invocado. Por tanto, para cumplir con este primer objetivo respecto a la conceptualización del periodo de prueba nos apoyaremos en la doctrina nacional y extranjera, así como a lo establecido por la Corte Suprema de Justicia de la República buscando aproximarnos a una definición, a partir de los elementos que caracterizan al periodo de prueba.

Guillermo Cabanellas, lo define como: “una fase preliminar, de especial inestabilidad e índole experimental (...) se trata de la condición expresa en el contrato de trabajo por la cual cada uno de los contratantes puede disolver el vínculo contractual si no está satisfecho, durante dicho lapso, de las prestaciones de la otra parte. (...) Por la prestación del trabajador durante esta etapa experimental, puede el empresario apreciar en la

práctica su capacidad profesional, la adaptación a la tarea que se le asignará, así como descubrir, en la convivencia inmediata y más o menos prolongada, sus cualidades personales de toda índole que se valoren en el trabajo” (Cabanellas, 1968, p. 487).

Como se aprecia, Cabanellas parte de un concepto amplio del periodo de prueba de tal forma que no sólo se puedan analizar aspectos vinculados con la prestación de servicios de forma directa por parte del trabajador, sino que además puedan tenerse en cuenta cualidades personales o de toda índole a efectos de verificar la conveniencia de continuar con el contrato de trabajo.

Por otro lado, Rafael Caldera precisa que: “se trata de la fijación, en un contrato de trabajo, de un periodo limitado de experimentación durante el cual las partes tienen tiempo para conocerse y ver si les conviene consolidar el contrato en forma definitiva. (Caldera, 1960, p.136).

De otro lado, José Montenegro lo denominaba el “periodo adquisitivo del derecho a la estabilidad en el empleo, precisando que, de acuerdo con la legislación comparada, se constituye en la prestación de determinado periodo de servicios efectivos, para que adquiera el derecho a la estabilidad en el empleo” (Montenegro, 1981, p.330)

En el caso de los autores antes mencionados, sólo se hace mención de las consecuencias jurídicas de superar el periodo de prueba, esto es, a la estabilidad en el empleo y más precisamente a la protección contra el despido, sin abordar los extremos que pueden formar parte de la evaluación por parte del empleador y trabajador a efectos de decidir la continuación del contrato de trabajo.

Para el profesor Alonso García, el periodo de prueba, en lo que respecta al empresario, tiene como uno de sus objetivos: “Comprobar la aptitud técnica, así como, en general, las condiciones personales – de rendimiento y éticas – del interesado sometido a prueba, y evitar, negativamente, los riesgos de un contrato de trabajo celebrado ya inicialmente, con carácter definitivo, dado los lazos de estabilidad que tal contrato puede suponer desde el punto de vista jurídico-positivo” (Alonso, 1975, p.458)

En esta definición vuelve a tenerse en cuenta una dimensión lata del periodo de prueba, en particular hacia el empleador, el que puede analizar no sólo las condiciones profesionales sino también personales (éticas) del trabajador. No se precisa, sin embargo, si dichas condiciones guardan relación con lo ocurrido durante la ejecución del contrato de trabajo o también durante la vida privada del trabajador.

Carlos Blancas Bustamante lo define como: “Una institución que hace posible que ambas partes de la relación laboral – empleador y trabajador – se conozcan mutuamente y, sobre todo, valoren las condiciones generales – personales, profesionales y las propias del medio en que debe realizar el servicio – antes de otorgar a dicha relación, un grado mayor de permanencia y seguridad” (Blancas, 2006, p.126)

En ese mismo sentido, Santiago Carlos, indicará que: “El objetivo del periodo de prueba es un ensayo que trate de comprobar si el trabajador puede formar parte de forma indefinida de la empresa que lo ha contratado. Si puede insertarse en los modos de la organización, realizando sus tareas y siendo capaz de relacionarse con los demás

empleados, sus supervisores y la gerencia de forma exitosa” (Carlos, 2016, p.318).

Esta definición resulta ser más conservadora o restringida respecto al periodo de prueba, pues el profesor peruano hace estricta referencia a las condiciones profesionales y personales, vinculadas al medio en que se debe realizar el servicio. Es decir, más ajustado a lo ocurrido durante la prestación de servicios y no fuera de ella.

En el caso de la jurisprudencia nacional, la Corte Suprema ha expedido, básicamente dos pronunciamientos relevantes en cuanto al concepto del periodo de prueba. Así tenemos a la Casación n.º 5252-2014-Lima de fecha 19 de mayo de 2016 y la Casación n.º 6051-2016-Arequipa de fecha 19 de julio de 2018. En ambos pronunciamientos se establece lo siguiente: *“el periodo de prueba es aquel pacto contractual de duración temporal, que en términos generales se circunscribe al plazo de tres meses, salvo con las excepciones prescritas por Ley, con la finalidad de experimentar sobre el terreno, las aptitudes del trabajador para el desarrollo del trabajo encomendado, lo que supone una suspensión de las restricciones legales a la facultad de extinción del contrato de trabajo, o dicho en otros términos, es un lapso de tiempo inicial en el contrato de trabajo que da la posibilidad a la parte empleadora de extinguir unilateralmente el vínculo laboral, independientemente de la modalidad, al no alcanzar al trabajador la protección contra el despido arbitrario”*

Como vemos, la Corte Suprema asume un criterio restringido respecto al periodo de prueba y desliza la posibilidad de que se analicen las aptitudes del trabajador para el desarrollo del trabajo encomendado; es

decir, lo vincula estrechamente con la idoneidad de la prestación de servicios y no con aspectos personales por parte del trabajador. Dicha posición es consolidada por dicho órgano de justicia cuando indica en ambos pronunciamientos que: “Este periodo de prueba no puede extenderse más allá y pretender comprobar determinadas circunstancias personales o privadas del trabajador, puesto que la obligación que hace del contrato de trabajo se centra en el desempeño del trabajo pactado de forma diligente y conforme a las reglas de la buena fe”

En consecuencia, a través del periodo de prueba será posible que el empleador evalúe entre otras circunstancias las siguientes: *(i)* la capacidad del trabajador para los cambios tecnológicos; *(ii)* las posibilidades de desarrollo profesional; *(iii)* el grado de iniciativa para resolver situaciones imprevistas; *(iv)* las relaciones con el resto del personal o con sus clientes que faciliten unas relaciones cordiales entre los mismos.

5.3. Naturaleza jurídica del periodo de prueba

La doctrina ha asumido diversas posiciones que han tratado de explicar la naturaleza jurídica del periodo de prueba. Lo que haremos será revisarlas e incluiremos, además, una revisión de la naturaleza extintiva de este periodo de evaluación. Pasamos a realizar entonces una revisión de estas.

El autor español Pérez Botija, considera que el periodo de prueba trae consigo, entre otros problemas jurídicos, el relacionado con la determinación de su naturaleza. Señala este autor, que, en el

tratamiento de este problema jurídico, algunos autores lo califican como precontrato, otros como contrato preliminar o preparatorio, otros de condición suspensiva y otros, por último, de condición resolutoria. (Pérez, 1960, p.146)

El autor español Carro Igelmo, en esta misma orientación, resume como las principales posiciones respecto a la naturaleza del periodo de prueba, las siguientes: “a) se trata de un precontrato, ya que aún no ha surgido el verdadero contrato de trabajo, sino que nos hallamos ante un periodo precontractual, con un régimen jurídico propio y específico; b) constituye un contrato con condición suspensiva, ya que el contrato nace desde el primer momento, pero se encuentra sometido a una condición suspensiva negativa. Si durante su vigencia no se produce una declaración de voluntad extintiva, el contrato pasa a producir sus efectos plenos, que están pendientes en tanto no finalice tal periodo; c) se trata de una condición resolutoria, ya que el contrato nace desde el primer momento, pero sometido a una condición resolutoria positiva. Sobrevenida tal declaración de voluntad la relación se extingue” (Carro, 1995, pp.260-261)

Cabanellas plantea de forma didáctica, una diversidad de teorías, describiéndolas del modo siguiente:

a) La del contrato autónomo, por el cual se afirma que la prueba constituye un contrato con existencia propia. Por más que se considere un vínculo de prueba y otro definitivo, no por ello se confunden uno y otro contrato, pues se trata de dos vínculos con diferente objeto.

b) La del contrato preliminar o precontrato, por la cual una o ambas partes se comprometen a celebrar posteriormente otro contrato, el llamado principal. No hay dos contratos sino un solo vínculo, situación más de destacar, si se considera que la antigüedad del trabajador es una sola, por quedar absorbido prácticamente el segundo contrato por el primero; al que se le atribuiría en realidad, dentro de esta tesis, un simple carácter provisional.

c) La de un contrato de trabajo especial, por su objeto de experiencia o ensayo. Señala el autor, que esta tesis parte de una conclusión cierta, si se admite la existencia autónoma de un contrato de trabajo a prueba; pero se desvirtúa si se acepta solamente un solo periodo, plazo o pacto de prueba en el contrato de trabajo, común como condición para el trabajo general y para los especiales.

d) La de un contrato de duración determinada, fundándose en que se halla limitado de antemano por las partes contratantes. Este criterio se desvirtúa debido a que ese plazo puede reducirse a un lapso menor que el autorizado por ley. Puede ser rescindido tan pronto como una de las partes estime suficiente la prueba.

e) La de un contrato condicional del trabajo, siendo esta la más seguida por los autores y divide a los laboristas en dos grupos: los que estiman la condición suspensiva y los que la interpretan como resolutoria.

Se cuestiona la primera ya que: “De tales condiciones depende el nacimiento de una obligación y en el periodo de prueba existen prestaciones recíprocas sin duda alguna. Por ello parece más sólida la consideración de una condición resolutoria del contrato laboral, ya que a

la índole de éstas corresponde subordinar a un hecho futuro o incierto, la resolución de un derecho adquirido al iniciar el vínculo jurídico. Condición resolutoria es aquella de la que depende la extinción de la obligación. El hecho futuro e incierto consiste en que la prestación de servicios no satisfaga a la parte patronal o en que el trabajador no estime ventajosas en razón a la labor, las condiciones ofrecidas.” (Cabanellas, 1968, p.490).

Este criterio se ratifica con lo señalado por Ludovico Barassi, citado por Mario de la Cueva, cuando precisa que: “La condición resolutoria consiste en la facultad del empresario de decidir sobre la aptitud del trabajador, de tal manera que, si la decisión negativa se produce, se tiene realizada la condición y por disuelta la relación de trabajo. (De la Cueva, 1964, p.767)

Mientras la condición está pendiente, los efectos de la obligación son los mismos que si dicha condición no se hubiera establecido; y si transcurrido el periodo de prueba el trabajador prosigue prestando sus servicios, los derechos adquiridos quedan irrevocablemente firmes, como si nunca hubiera habido condición.

Si tenemos en cuenta lo establecido por el artículo 10° del Decreto Supremo n.° 003-97-TR y por la jurisprudencia nacional, tenemos que en el sistema jurídico peruano nos hemos decantado por la tesis de que el periodo de prueba no supone un contrato independiente, sino que supone la existencia de un lapso inicial que da la posibilidad de extinguir el vínculo laboral, es decir, la tesis de la condición resolutoria.

Respecto a la naturaleza jurídica del periodo de prueba se ha indicado en la doctrina española que: “El periodo de prueba no es un contrato separado sino una etapa preliminar dentro de aquel y donde existe una prueba, un ensayo para identificar incógnitas sobre la aptitud y adaptación del trabajador de reciente contratación” (Carlos, 2016, p.329).

De igual manera, el Tribunal Constitucional Español con motivo de las sentencia recaída en el expediente 119/2014 indicó lo siguiente: “Conforme a la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo (a la que este Tribunal ha tenido ocasión de referirse en la STC 173/2013, de 10 de octubre, FJ 4), el desistimiento durante el período de prueba no constituye un despido, sino la plasmación, a través de una declaración de voluntad, de una condición resolutoria, positiva y potestativa, expresamente asumida por las partes en el momento de la suscripción del contrato. Es cierto que la posibilidad legal de introducir en el contrato tal condición resolutoria, únicamente sujeta para su activación a la mera declaración de voluntad de cualquiera de las partes —singularmente, del empresario— constituye un mecanismo que habilita la extinción contractual *ad nutum* a iniciativa empresarial (por todas, STC 182/2005, 4 de julio, FJ 4). Desde esta perspectiva, por tanto, el período de prueba admitido y regulado por el legislador puede actuar como una limitación del derecho a la estabilidad en el empleo —mayor cuanto más amplia sea su duración—, y que, por tal razón, entra en conexión con el art. 35.1 CE. Por ello, en atención a la alegación de los

recurrentes, se hace necesario examinar la adecuación del art. 4.3 de la Ley 3/2012 a este precepto constitucional”

5.4. Extensión y cómputo del periodo de prueba

Luego de determinar la naturaleza jurídica del periodo de prueba, debemos tener en cuenta que este resulta de aplicación automática a los contratos de trabajo, salvo que se haya pactado su exoneración. Dicha forma de regular el periodo de prueba discrepa de algunas legislaciones comparadas, particularmente con el Estatuto de los Trabajadores de España en el que se indica en su artículo 14° que el periodo de prueba puede pactarse. En consecuencia, mientras en el Perú el periodo de prueba se aplica a los contratos de trabajo y se debe pactar su exoneración; en el sistema jurídico español sólo se aplica el periodo de prueba en caso éste se encuentra pactado.

Con relación al plazo, los trabajadores tendrán un periodo de tres (3) meses en los que podrán verificar la conveniencia de prestar servicios para el empleador, y por su parte, este podrá analizar el cumplimiento de las expectativas que se tuvo en el desempeño y la adaptación del trabajador al puesto de trabajo, así como a los demás elementos de la prestación de servicios (interrelación con colegas, jefes, lugar de trabajo, cumplimientos de prestaciones, etc.).

No obstante, los trabajadores pueden pactar que el periodo de prueba sea mayor a los tres (3) meses. En efecto, el artículo 10° del Decreto Supremo n.° 003-97-TR precisa lo siguiente: *“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”

Como vemos, el periodo de seis (6) meses y de un (1) año son plazos máximos o topes previstos por nuestro legislador a efectos de evitar que la aplicación del periodo de prueba suponga una violación al principio de proporcionalidad y razonabilidad. La extensión del periodo de prueba si requiere una formalidad determinada: debe constar por escrito. Claramente la exigencia de que conste por escrito resulta ser una previsión normativa de protección a favor de los trabajadores a fin de evitar conductas fraudulentas o abusivas en su contra.

Dicho esto, conviene precisar que el legislador peruano se ha preocupado por indicar qué sucede con el periodo de prueba en los casos en que exista suspensión del contrato de trabajo (lo que supone que el trabajador no prestará servicios y por tanto no podrá ser evaluado por el empleador).

Al respecto el artículo 16° del Decreto Supremo n.° 001-96-TR establece lo siguiente: “En caso de suspensión del contrato de trabajo o reingreso del trabajador, se suman los periodos laborados en cada oportunidad hasta completar el periodo de prueba establecido por la Ley. No corresponde dicha acumulación en caso de que el reingreso se haya producido a un puesto notoria y cualitativamente distinto al ocupado

previamente, o que se produzca transcurridos tres (3) años de producido el cese”

Como vemos, si existen circunstancias de suspensión del contrato de trabajo (enfermedad, licencia sin goce de haber, accidente de trabajo, entre otros) dicho periodo de tiempo no será tomado en cuenta para el cómputo (determinar la superación o no) del periodo de prueba. Dicha regla resulta ser racional si se tiene en cuenta el concepto que hemos precisado del periodo de prueba en cuanto a que el empleador determina la idoneidad del trabajador en cuanto a la prestación de servicios y adaptación a la empresa.

5.5. El periodo de prueba en el derecho comparado

▪ España

La institución del periodo de prueba no sólo encuentra regulación específica en el ordenamiento jurídico peruano, sino en la mayoría de las legislaciones latinoamericanas y además en la española (la que resulta de especial relevancia teniendo en cuenta que el Derecho del Trabajo peruano se nutre, en gran medida, de lo establecido en España).

El Estatuto de los Trabajadores Español regula al periodo de prueba esencialmente en el artículo 14º de dicho cuerpo normativo. En caso no se tenga regulación específica en los convenios colectivos aplicables al sector privado y de la categoría profesional del trabajador, la duración máxima no podrá exceder de 6 meses por su

calidad de técnicos o titulados; 3 meses para los que no lo sean en aquellas empresas de menos de 25 trabajadores y 2 meses para el resto de los trabajadores.

Cabe precisar que la regulación del periodo de prueba sufrió importantes modificaciones a partir de la Ley 3/2012 a efectos de apoyar a los nuevos contratos indefinidos en apoyo a los emprendedores (CIAE) extendiendo su duración hasta a un (1) año. Debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional Español ratificó la validez de dicha regulación normativa en las sentencias recaídas en los expedientes STC 119/2014 y STC 8/2015.

- **Portugal**

En Portugal, como indica Jara: “hay periodo de prueba para los contratos de tiempo determinado (entre 15 y 30 días) para los contratos indeterminados es de 60 días (es de 90 días cuando la empresa tiene menos de 21 trabajadores). Código do Trabalho, Ley n.º 7-2009-, del 12 de febrero del 2009” (Jara, 2017, p.201).

- **Colombia**

En Colombia, el Código Sustantivo del Trabajo regula al periodo de prueba. En ese sentido, el Capítulo I, del Título II (artículo 76º y siguientes) establece que el periodo de prueba no puede durar más de 2 meses. Es relevante precisar que en dicho cuerpo normativo sí se establece un concepto en cuanto al periodo de prueba cuando se indica en el artículo 76º que: *“Período de prueba es la etapa inicial del*

contrato de trabajo que tiene por objeto, por parte del {empleador}, apreciar las aptitudes del trabajador, y por parte de éste, la conveniencia de las condiciones del trabajo”

- **Argentina**

En Argentina sí se regula de forma específica al periodo de prueba estableciendo en la Ley n.º 20.744 (Ley de Contrato de Trabajo) incorporado por la Ley 25.877. que el periodo de prueba es de tres (3) meses. Cualquiera de las partes podrá extinguir la relación de trabajo sin derecho a indemnización alguna, pero con obligación de preaviso. Una regla particular que tenemos respecto del periodo de prueba en el sistema jurídico argentino es que el artículo 92º numeral 3 de la Ley n.º 20744 establece lo siguiente: “El empleador debe registrar al trabajador que comienza su relación laboral por el período de prueba. Caso contrario, sin perjuicio de las consecuencias que se deriven de ese incumplimiento, se entenderá de pleno derecho que ha renunciado a dicho período”.

Como vemos, el legislador argentino considera al periodo de prueba como una institución beneficiosa y premial a favor del empleador por lo que en caso no registre al trabajador dentro de la planilla, no podrá gozar de la aplicación del periodo de prueba como castigo o sanción al no registro del trabajador.

- **Ecuador**

En el caso del sistema jurídico ecuatoriano, el Código del Trabajo regula el contrato a prueba, estableciendo que es aquel que, al

celebrarse por primera vez, se señala un tiempo de prueba, de duración máxima de noventa (90) días. Vencido el plazo, se entiende que automáticamente continúa en vigencia por el tiempo que faltase para completar el año.

En ese sentido, el artículo 15° establece lo siguiente: “Contrato a prueba. - En todo contrato de aquellos a los que se refiere el inciso primero del artículo anterior, cuando se celebre por primera vez, podrá señalarse un tiempo de prueba, de duración máxima de noventa días. Vencido este plazo, automáticamente se entenderá que continúa en vigencia por el tiempo que faltare para completar el año. Tal contrato no podrá celebrarse sino una sola vez entre las mismas partes. Durante el plazo de prueba, cualquiera de las partes lo puede dar por terminado libremente. El empleador no podrá mantener simultáneamente trabajadores con contrato a prueba por un número que exceda al quince por ciento del total de sus trabajadores. Sin embargo, los empleadores que inicien sus operaciones en el país, o los existentes que amplíen o diversifiquen su industria, actividad o negocio, no se sujetarán al porcentaje del quince por ciento durante los seis meses posteriores al inicio de operaciones, ampliación o diversificación de la actividad, industria o negocio. Para el caso de ampliación o diversificación, la exoneración del porcentaje no se aplicará con respecto a todos los trabajadores de la empresa sino exclusivamente sobre el incremento en el número de trabajadores de las nuevas actividades comerciales o industriales. La violación de esta disposición dará lugar a las sanciones previstas en este Código, sin

perjuicio de que el excedente de trabajadores del porcentaje arriba indicado, pasen a ser trabajadores permanentes, en orden de antigüedad en el ingreso a labores”

Como vemos, y tal como ocurrió en algún momento de la historia del periodo de prueba en el Perú, se prevén topes a la cantidad de trabajadores que pueden ser contratados de esta forma.

- **Chile**

En el caso del sistema jurídico chileno, no existe ninguna disposición para el período de prueba en el Código del Trabajo. Sin embargo, este mismo cuerpo normativo lo regula en su artículo 147° para los trabajadores domésticos, las dos (2) primeras semanas de trabajo se estiman como período de prueba y durante ese período, el contrato podrá ser resuelto a voluntad de cualquiera de las partes, siempre y cuando den un aviso por lo menos con tres días de antelación, y paguen por el tiempo servido.

5.6. Fundamento jurídico del periodo de prueba

El periodo de prueba como uno de previsión legal y convencional, se despliega en la parte inicial de un único contrato principal, donde el trabajador puede gozar desde el primer día de todos los beneficios que prevé la legislación laboral, a excepción de protección contra el despido (por ser su naturaleza extintiva) que opera válidamente ante el resultado insatisfactorio de dicha evaluación.

Corresponde ahora, revisar en que se fundamenta jurídicamente el periodo de prueba, es decir, conocer la razón o motivo que llevó al legislador a incluirlo en los alcances de la normativa laboral. Iniciaremos con una revisión semántica de esta acepción, lo cual nos lleva a entender al fundamento, como el principio o la base de una cosa.

Llevando el significado de este término al ámbito jurídico, nos encontraremos con una acepción destinada a encontrar la razón o motivo de la inclusión de una institución en el ordenamiento jurídico. En tal sentido, reiteramos que lo pretendido con el tratamiento de este acápite, es encontrar la causa, razón o motivo que lleva al legislador, a incluir en la normativa laboral, la institución del periodo de prueba.

5.6.1. El periodo de prueba como contrapeso a la restricción de la facultad extintiva del empleador

En primer término, es importante ratificar que el periodo de prueba en cuanto regulación especial de la fase inicial de la relación de trabajo sólo tiene sentido cuando existe restricciones a la facultad de extinción unilateral del contrato. Por tanto, si nos encontrásemos en un escenario de total libertad para despedir sin restricciones, no habría mayor necesidad de regular un periodo de prueba. (Martin, 2009, p.145)

En efecto, si en determinado sistema jurídico, se puede despedir sin necesidad de expresar y acreditar causa alguna, el periodo de prueba deviene en una institución con alcance muy limitado. En el

caso del Perú a partir de lo previsto por el Decreto Supremo n.º 003-97-TR, así como por el Tribunal Constitucional a partir de las sentencias de los casos FETRATEL vs Telefónica (Exp. n.º 1124-2001-AA/TC) y Llanos Huasco vs Telefónica (Exp. 976-2001-AA/TC) se amplió la protección contra el despido generando una estabilidad laboral cuasi absoluta.

Debemos tener en cuenta que los mecanismos de protección frente al despido son la reposición en el empleo o el pago de una indemnización prevista por la Ley, conforme a lo prescrito por el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (llamada Protocolo de San Salvador) uno de los derechos reconocidos a nivel del sistema regional de los derechos humanos es a: “la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”

De otro lado, y gracias a la aplicación del periodo de prueba, bastará que el trabajador cumpla con la formalidad previa de presentar su renuncia, para lograr desvincularse de la empresa, sin mayores consecuencias de ninguna índole.

5.6.2. El periodo de prueba como instituto de defensa del empleador

Sin perjuicio que el periodo de prueba permita la desvinculación libre por parte del trabajador y por tanto sea considerado como una institución que es aplicable a ambos sujetos de la relación laboral; coincidimos con Cruz cuando indica que: “Indudablemente las dos partes contractuales (trabajador y empresario) tienen interés en conocer en qué consistirá la prestación de servicios, pero desde el punto de vista de la extinción contractual a quien aprovecha la institución es al empresario” (Cruz 1985, p.199).

Por tanto, afirmar la tesis de que el periodo de prueba sirve en gran medida al trabajador, para comprobar la satisfacción de su interés contractual de forma simétrica a lo que ocurre con el empleador peca, entre otras cosas, de excesiva abstracción. Es verdad, como señala Asquerino Lamparero que “ambas partes contractuales (trabajador y empresario) tienen interés en conocer en qué consistirá la prestación de servicios, pero desde el punto de vista de la extinción contractual a quien aprovecha la institución es al empresario” (Asquerino, 2017, p.62).

Esto se explica porque el trabajador, a diferencia del empleador, tiene menores obstáculos o amenazas de apremios indemnizatorios si decide extinguir el vínculo laboral. Las limitaciones legales del desistimiento ad nutum son limitaciones de la facultad empresarial de despido, y no de la facultad de dimisión del trabajador.

5.7. Periodo de prueba y el principio de buena fe

El derecho permite, prohíbe u obliga a la realización de diversas conductas. Claramente, la ejecución u omisión de dichas conductas deberá coincidir con el principio de buena fe, que como hemos indicado precedentemente, resulta ser uno de los principios que regulan e inspiran el Derecho del Trabajo.

Debe tenerse en cuenta que la aplicación del periodo de prueba para un trabajador que recién incursiona en el mercado de trabajo no reviste mayor dificultad toda vez que no habrá renunciado a ningún otro trabajo, ni tampoco tendrá una experiencia o prestigio que deba proteger.

Sobre el particular, Campos Rivera nos dice respecto de la buena fe lo siguiente: “En el campo del derecho, todo acto o declaración de voluntad debe emitirse de buena fe, es decir, debe expresar el deseo sincero de dar cumplimiento al compromiso que por él se adquiere. Por esa razón, la ley protege esta clase de actos, y sanciona los fraudulentos, que contrarían no solo las estipulaciones de la ley, de la moral y de la ética, sino también la voluntad en ellos expresada” (Campos, 2012, p. 53).

En el caso del sistema jurídico peruano, la Corte Suprema de Justicia tuvo la oportunidad de analizar cómo se manifiesta el principio de buena fe con relación a la aplicación del periodo de prueba. Se trata de la sentencia expedida en la Casación n.º 7095-2014-LIMA de fecha 17 de junio de 2015. Se trata básicamente de una trabajadora que había prestado servicios para Tiendas Ripley ocupando el cargo de supervisor integral. Luego de seis (6) años, dicha trabajadora renunció a efectos de

iniciar una relación laboral con la empresa Deportes Aventura S.A.C, siendo cesada a los dos (2) meses y catorce (14) días.

A efectos de resolver el caso, la Corte Suprema precisa lo siguiente: “Además, la finalidad del periodo de prueba consiste en probar las cualidades del trabajador, resultado lógico concluir que la resolución del contrato, durante dicho periodo, solo debería operar en el supuesto de que tales cualidades no se ajusten a las exigencias que el empleador tiene establecidas para el puesto o que las pruebas propuestas por la empresa no hayan sido superadas por el trabajador”

De otro lado, se indicará que: “el artículo 10° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo n.° 003-97-TR, no resulta aplicable al caso de autos por no estar referido a un supuesto en que la empresa demandada no solo ha truncado las expectativas laborales que tenía la demandante para con esta parte, la cual se vería reflejado en una mejor retribución económica y un mejor estatus laboral (gerente), sino también ha frustrado su proyecto laboral que tenía con respecto a su ex empleador Tiendas Ripley (...) resultado por esta cercanía entre ingreso y nueva contratación, creíble que dejó su anterior empleo para acceder al que le ofrecía la empresa demandada, sufriendo un perjuicio”

Como vemos, para la Corte Suprema el hecho de que la demandante haya dejado de lado su anterior empleo a efectos de prestar servicios en la nueva empresa posibilitaría la imputación de una conducta antijurídica por parte del empleador, ante la aplicación del periodo de prueba.

Considero que es correcto que, ante la violación del principio de buena fe, no sea válida la aplicación del periodo de prueba; empero, en el caso en concreto no se indica específicamente que conductas por parte de la empresa permitían verificar la existencia de mala fe. En todo caso, y conforme hemos indicado anteriormente, el trabajador tiene la posibilidad de pactar la exoneración del periodo de prueba, más aún si nos encontráramos frente a un trabajador que no desempeñaba un cargo ordinario en empresa sino uno de confianza.

5.8. Periodo de prueba y prestación efectiva de servicios

Como hemos indicado en líneas anteriores, la finalidad del periodo de prueba es principalmente, la evaluación por parte del empleador, respecto a la adaptación del trabajador a la empresa y su desempeño, pudiendo ocurrir esto desde el primer día hasta el último del periodo que corresponda (3, 6 o 12 meses).

Una circunstancia, sin embargo, que también ha merecido pronunciamiento por parte de la judicatura nacional es si es posible aplicar el periodo de prueba, sin que en los hechos el trabajador haya prestado servicios efectivos en la empresa y las consecuencias jurídicas de ello.

Así, en el caso de un ex trabajador de una empresa de seguros que fuera contratado como Sub Gerente de Seguros y que fuera cesado como consecuencia de considerarse que no había superado el periodo de prueba, la Cuarta Sala Laboral de Lima indicó en el expediente n.º 31417-2012 lo siguiente: “Siendo ello así, el periodo de prueba debe ser

entendida como el lapso de tiempo de la relación laboral durante el cual el empleador verifica la capacidad del trabajador, es decir, constata si dicho trabajador cumple con las exigencias para el puesto para el cual ha sido contratado. Asimismo, el trabajador expresará su conformidad con el puesto asignado y con lo ofrecido por la empresa. Durante este periodo, cualquiera de ellos puede dar por finalizada la relación laboral sin preaviso, sin necesidad de alegar ninguna causa y sin derecho a la indemnización, asimismo, debe tenerse en cuenta que, en el caso de los trabajadores calificados y trabajadores de confianza, el periodo de prueba puede extenderse hasta (6) meses como máximo”

Como se ve, el órgano jurisdiccional hace especial énfasis en que debe efectuarse en la realidad una verificación de la capacidad del trabajador y se asume que ello sólo puede ocurrir cuando existe prestación efectiva de servicios. A efectos de consolidar dicha posición se indica lo siguiente: “En el presente caso, conforme se advierte de los términos de la demanda, y lo admitido por la empresa demandada, si bien el contrato de trabajo se pactó el día 25 de julio de 2012, la prestación efectiva de labores se difirió para el día 13 de agosto de 2012, conforme se acredita en el correo electrónico impreso a fojas 05. En ese sentido, y conforme lo ha reconocido el abogado de la demandada (...) el día en que se debieron iniciar las labores efectivas del actor, esto es, 13 de agosto de 2012, no se le otorgó labor alguna al accionante que le permitiera demostrar sus capacidades y potencialidades y más bien, a criterio de este Colegiado, la demandada desnaturalizó con su actuar la institución jurídica del periodo de prueba”.

Finalmente y a fin de argumentar la inaplicación del artículo 10° del Decreto Supremo n.º 003-97-TR se precisa lo siguiente: “Situación que no puede ser amparada por el Derecho Laboral, en efecto, bajo la figura que el actor se encontraba en periodo de prueba y que en virtud a ella, la empresa dio por extinguida la relación laboral, pues admitir ello implicaría desnaturalizar el objeto de la figura del periodo de prueba y afectar el principio-derecho a la dignidad del trabajador, lo cual determina que el daño debe ser indemnizado pues constituye presupuesto básico de convivencia en un Estado democrático y social la interdicción de la arbitrariedad, no solamente en las relaciones jurídicas en las que interviene el Estado sino también en las relaciones particulares o inter privados”.

Como vemos, para los órganos jurisdiccionales será necesario que el trabajador preste servicios en el centro de trabajo a efectos de alegar la no superación del periodo de prueba, circunstancia que guarda estrecha relación con el concepto de periodo de prueba que hemos esbozado en líneas anteriores.

5.9. Periodo de prueba y trabajadores de dirección

Como hemos indicado anteriormente, algunas legislaciones establecen la posibilidad de periodos de prueba especiales para determinados tipos de trabajadores, atendiendo a las circunstancias particulares que pueden sucederse con muchos de ellos.

En el caso del legislador peruano, este ha tenido especial preocupación en establecer que, para los trabajadores de dirección, el periodo de

prueba puede ser extendido ante la voluntad del trabajador y empresario hasta un año. Dicha regulación ostenta similitud con lo previsto en España. En efecto, el Real Decreto 1382/1985 que regula la relación laboral especial del personal de alta dirección establece en su artículo 5° lo siguiente: “En el contrato especial de trabajo del personal de alta dirección podrá concertarse un período de prueba que en ningún caso podrá exceder de nueve meses, si su duración es indefinida. Dos. Transcurrido el período de prueba sin que se haya producido desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador de alta dirección de la Empresa”

Como vemos, y a diferencia de lo que sucede con los trabajadores ordinarios, el plazo del periodo de prueba puede ser hasta de nueve meses. Respecto a la racionalidad y justificación de dicha regulación se ha indicado lo siguiente: “Como se puede constatar, en este tipo de relación el legislador claramente ha optado por fijar un lapso superior al ordinario para el periodo de prueba, quizás motivado por la peculiaridad de los servicios contratados -que acaso, requieren una mayor cualificación profesional- y por las altas dosis de especial confianza que sustenta la relación” (Asquerino, 2017, p. 185).

Emerge entonces una flexibilización a la importancia de la estabilidad laboral y la protección contra el despido en atención del elemento personal que tiene el trabajador de dirección. Así, se ha indicado con acierto que: “De esta aseveración extraemos la importancia del elemento personal que procura una flexibilización de la regulación del periodo de

prueba en este singular contrato y que nos remite al sentido al que obedece la institución probatoria: comprobar in situ las capacidades técnicas y actitudinales del trabajador contratado” (Asquerino, 2017, p. 185).

Las razones antes expresadas no parecen ser las únicas que justifican que el legislador tolere un periodo de prueba más extenso en el caso de los trabajadores de dirección. En efecto, debe tenerse en cuenta su situación en la empresa, el grado de responsabilidad que ostenta, todo lo cual ha generado que incluso algunos hablen de la “indispensabilidad” del periodo de prueba para los directivos.

Dicho esto, considero que el periodo de prueba para los trabajadores de dirección resulta necesario a la luz de las altas responsabilidades que tienen dentro de la empresa. Asimismo, resulta razonable que el periodo de prueba para los trabajadores de dirección sea mayor al de los trabajadores comunes, en virtud de las exigencias que se requieren para determinar la satisfacción por parte del empleador con relación a los servicios brindados.

CAPITULO VI

LOS TRABAJADORES DE DIRECCION EN EL RÉGIMEN LABORAL DE LA ACTIVIDAD PRIVADA

6.1 Ideas preliminares

La relación de trabajo se basa fundamentalmente en la buena fe, y particularmente en la confianza que ostenta el empleador en sus trabajadores, pues son ellos quienes, en buena cuenta, lograrán en la realidad, la realización de todos aquellos actos vinculados al logro de objetivos empresariales o institucionales.

Justamente la ruptura de la confianza es la que motiva que el empleador pueda despedir al trabajador en atención a que convierte en irrazonable la existencia de la relación laboral. Por ello, es correcto afirmar que la buena fe (confianza) de parte del empleador está depositada en todos sus trabajadores. Sin perjuicio de ello, no todas las labores desempeñadas dentro de una empresa tienen la misma relevancia, impacto o importancia. En efecto, existen algunos trabajadores que por su propia labor tienen acceso a información relevante del empleador o que ayudan con sus opiniones a la toma de decisiones de importancia. De otro lado, tenemos trabajadores de los que depende de manera directa, el éxito o no de la actividad empresarial. Asimismo, quienes ejercen la representación del empleador frente a los trabajadores ordinarios o frente a terceros. Nos estamos refiriendo, por tanto, a los trabajadores de alta dirección o ejecutivos.

Las circunstancias antes descritas no han escapado al legislador peruano quien se ha preocupado de regular a los mencionados trabajadores de confianza y a los trabajadores de dirección. Teniendo en cuenta que la presente investigación está circunscrita al impacto que puede tener para los trabajadores de dirección la aceptación de la cláusula de un pacto de permanencia y la aplicación del periodo de prueba en forma simultánea, nos centraremos en analizar a este tipo de trabajadores, sin perjuicio de efectuar alguna referencia respecto de los trabajadores de confianza.

En ese sentido, Toyama (2014, p.82) menciona que” si bien existen puestos que desafían el concepto tradicional de trabajador, refiriéndose a quienes tienen facultades especiales y un trato diferenciado en nuestro ordenamiento, ello debido a que en nuestro derecho del trabajo existen ciertas posiciones o funciones investidos de una naturaleza especial colocándolos unos peldaños más arriba de la relación desigual.”

6.2 Tránsito normativo respecto de los trabajadores de dirección

Conforme ocurrió con el caso del periodo de prueba, la regulación del trabajador de dirección ha tenido un tránsito normativo que resulta pertinente considerar. En ese sentido y conforme lo ha recordado la Corte Suprema: quienes luego de realizar una revisión histórica respecto de los trabajadores de confianza al servicio de un empleador particular, era restringido al puesto de los gerentes de quienes hacía referencia la Ley de Sociedades Mercantiles n.º 16123, sustituida posteriormente por el Texto Único Ordenado de la Ley General de Sociedades, aprobado por Decreto Supremo n.º 003-85-JUS.

Sin embargo, en el régimen laboral público sí existió una detallada normatividad sobre cargos de confianza. Luego en 1981, el tema de los trabajadores de confianza tuvo un tratamiento específico por el Decreto Legislativo n.º 39 en relación al personal de confianza de las empresas periodísticas restituidas a sus propietarios las cuales habían sido confiscadas por el Gobierno Militar del General Velazco Alvarado.

Respecto del Derecho Laboral el régimen de los trabajadores de confianza será objeto de específica regulación por el artículo 15º de la Ley n.º 24514, el cual señalaba que los cargos de confianza solo podrían ser desempeñados por trabajadores empleados. Luego, las primeras diferencias entre trabajadores de dirección y confianza son introducidas en el Decreto Legislativo n.º 728, Ley de Fomento del Empleo; siendo que las modificaciones que ha sufrido esta norma han mantenido esta diferencia, encontrándose en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo n.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo n.º 003-97-TR (en adelante LPCL).

6.3 Concepto de trabajador de dirección

Siguiendo a Montoya Melgar, los trabajadores de dirección son aquellos que: “desempeñan poderes propios del empleador (no necesariamente de todos) que versan sobre los objetivos generales de la empresa” (Montoya, 1998, p. 501).

De la definición de dicho autor, tenemos que el concepto de trabajador de dirección estará vinculado directamente con los objetivos de la empresa y

el ejercicio de determinadas facultades que siendo propias del empleador son ejercitadas por ellos.

Otro sector de la doctrina española nos indica que “la participación en la toma de decisiones, el elemento central en el caso del personal de dirección, siendo esta referida a los actos fundamentales de la actividad empresarial” (Palomeque, 1998, p. 1019)

Esta conceptualización del trabajador de dirección está dirigida a resaltar que lo diferenciador en este tipo de trabajadores reside en las decisiones que puede y debe tomar en el ejercicio de sus labores.

El legislador peruano ha definido al trabajador de dirección en el artículo 43 del Decreto Supremo n.º 003-97-TR de la siguiente forma: “(...) aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquellas funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial (...)”

De la definición antes mencionada, tenemos que en el Perú rige un concepto amplio de trabajador de dirección, toda vez que este puede ser catalogado como tal bien sea respecto a los alcances de la representación en la empresa; sea por las funciones de administración y control o finalmente por la responsabilidad que tenga dentro de la organización para lo cual de sus labores deberá depender el resultado de la actividad empresarial.

En consecuencia, será considerado como de dirección, el trabajador que:

- ✓ Se encargará de actuar en representación de su empleador ante otros trabajadores o terceros, o

- ✓ Cumpliría función de sustituir al empleador, o
- ✓ Podrá, en forma conjunta ejercer función de administración y control, a la par con otros trabajadores o terceros, o
- ✓ Ostentara responsabilidad del resultado de la actividad empresarial, en función a su grado y las actividades que realice.

Cabe precisar que será personal de dirección aquel que se subsuma en cualquiera de los supuestos antes señalados, no siendo necesario que confluyan más de uno. Sobre el particular, la doctrina más autorizada precisa que: “las características no serían conjuntivas, por lo cual no resulta exigible que se cumplan todos los señalados, bastara con cumplirse con una característica o rasgo para obtener la calificación de trabajador de dirección” (TOYAMA y MERZTHAL, 2014, p. 84)

En ese sentido y sintetizando las características del trabajador de dirección tenemos las siguientes:

- ✓ Que todo trabajador de dirección también lo es de confianza, pero el cargo de dirección importa una categoría mayor que la de simplemente ser un trabajador de confianza.
- ✓ Los trabajadores de dirección ejercen facultades de representación frente a terceros o frente a otros trabajadores. Por tanto, debe tratarse de trabajadores premunidos de ejercicio de poder que les permitan ejercer la representación del empleador.
- ✓ Ejercen funciones de administración y control. Por lo que, dentro de la estructura de la empresa, detentan cargos importantes, como gerencias, subgerencias, jefaturas, etc.

- ✓ También son de dirección quienes poseen nivel de responsabilidad y esta dependa de los resultados de la actividad de la empresa.

En cuanto a la jurisprudencia nacional, tenemos que la Corte Suprema de Justicia ha indicado respecto a los trabajadores de dirección: “(...) los trabajadores de dirección son los altos directivos que representan o sustituyen al empleador, los mismos que se encargan de administrar, dirigir, controlar y fiscalizar la actividad empresarial, ejemplo de este cargo es el gerente general de una empresa” (Casación n.º 14847-2015-Del Santa)

Adicional a la definición brindada por dicho órgano jurisdiccional, la casación antes precisada resulta ilustrativa toda vez que nos menciona ejemplos o casos en los que conforme a disposiciones normativas estaremos frente a un trabajador de dirección. Así se indicará lo siguiente: “(...) en la legislación peruana encontramos expresamente señalados los casos de personal de dirección siguientes: a) Los Gerentes de las empresas del Estado o sociedades de economía mixta (segundo párrafo del artículo 40º de la Constitución Política del Perú y el Decreto Legislativo n.º 1031). b) El Gerente de una sociedad anónima (artículo 187º de la Ley n.º 26887, Ley General de Sociedades). c) El Gerente de una cooperativa (artículo 35º del Texto Único Ordenado de la Ley General de Cooperativas, aprobado por el Decreto Supremo n.º 074-90-TR). d) Los jefes de relaciones industriales o los que hagan sus veces (Decreto Ley n.º 14371). e) Todos aquellos casos que la ley lo establezca así” (Casación n.º 14847-2015-Del Santa).

Finalmente, resulta ilustrativo tener en cuenta algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo Español (RJ 1990,205, del 24 de enero de 1990 y RJ 2005, 1231, del 17 de diciembre del 2004) en los cuales se ha señalado características que deben presentarse en un trabajador para calificarlo como “empleado de alta dirección” y que pueden aplicarse a nuestra regulación:

- ✓ Que el interesado ejercite poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, lo cual implica, fundamentalmente, la capacidad de llevar a cabo actos jurídicos en nombre de la empresa y de realizar actos de disposición patrimonial, teniendo la facultad de obligar a la empresa frente a terceros.
- ✓ Que los intereses afecten a objetivos generales de la compañía, no pudiendo ser calificados como tales los que se refieran a facetas o sectores parciales de la actividad de esta.
- ✓ Que exista autonomía y plena responsabilidad, en el ejercicio de los poderes, con la sola limitación de los criterios o instrucciones directas emanadas de la persona física o jurídica que represente la titularidad de la empresa.

6.4 Calificación de los trabajadores de dirección

En el Decreto Supremo n.º 001-96-TR, artículo 59º, en cuanto a el proceso que utilizara el empleador para la calificación de los puestos de dirección:

- a) Identificará y determinará los puestos de dirección y de confianza de la empresa, de conformidad con la Ley;

- b) Comunicará por escrito a los trabajadores que ocupan los puestos de dirección y de confianza que sus cargos han sido calificados como tales; y,
- c) Consignará en el libro de planillas y boletas de pago la calificación correspondiente.

Sin embargo, el artículo 60° del cuerpo normativo antes citado precisa que: “La calificación de los puestos de dirección o de confianza, es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita”. (Decreto Supremo n.° 001-96-TR)

De la interpretación de ambas disposiciones normativas, se concluye que, si bien existe un procedimiento de calificación de los cargos de dirección en la empresa, en caso ello no haya ocurrido, el empleador podrá acreditar en el proceso judicial que determinado trabajador si tenía dicha categoría, en aplicación del principio de primacía de la realidad.

En ese mismo sentido se ha indicado que: “(...) el artículo 60° del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, es importante enfatizar que el legislador considera que no es indispensable la calificación formal del personal de dirección y trabajadores de confianza, ya que, si en la práctica puede acreditarse tal naturaleza, entonces la calificación formal del cargo carece de relevancia en el caso concreto. Por lo tanto, en cada caso concreto, deberá evaluarse en virtud de las labores efectivamente realizadas si es que estamos o no ante un caso de un trabajador de confianza o personal de dirección” (TOYAMA y MERZTHAL, 2014, p. 87)

Cabe precisar que el Tribunal Constitucional también ha tenido oportunidad de pronunciarse respecto a la calificación de los trabajadores de dirección o confianza. Así, ha indicado que: “(...) la calificación de los puestos de confianza “es una formalidad que debe observar el empleador; sin embargo, su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada ésta se acredita. En el caso de autos, la demandante afirma que el cargo que desempeñaba no tiene la calificación de cargo de confianza debido a que fue nombrada por concurso público y que en su boleta se consigna que tiene la condición de trabajador permanente. Sin embargo, si concordamos dicha afirmación con lo dispuesto por la legislación sobre la materia, expuesta en el fundamento precedente, se advierte que, si el emplazado hubiera omitido consignar en la boleta de la accionante la calificación de trabajadora de confianza, ello no enervaría dicha condición, si se llegara a acreditar con las pruebas pertinentes” (Exp. 746-2003-AA/TC)

Finalmente, debe tenerse en cuenta que los trabajadores que consideren que su calificación como trabajadores de dirección o confianza resulta indebida, podrán accionar ante el Poder Judicial dentro del plazo de 30 días naturales de dicha designación. No obstante, los órganos jurisdiccionales han considerado de forma mayoritaria que dicho cuestionamiento resulta ser facultativo para el trabajador pues podrá en cualquier proceso judicial en el que se alegue su condición de trabajador de dirección, negar dicha circunstancia a efectos que el empleador acredite dicha condición.

6.5 Derechos de los trabajadores de dirección

Los beneficios de los trabajadores de dirección no distan mucho de los que posee un trabajador ordinario. En efecto, el trabajador de dirección tendrá derecho a la asignación familiar, pago de gratificaciones, compensación por tiempo de servicios y descanso anual remunerado. Sin embargo, existen algunos derechos que no le son propios pero que guardan alguna relación con los beneficios adicionales que la mayoría de los trabajadores no gozan, como son los viáticos, los gastos de representación, teléfonos, vivienda, asignación de vehículos, bonos de retención, entre otros.

6.5.1 Periodo de prueba extendido

Como se ha señalado en el capítulo precedente, el periodo de prueba regulado en el artículo 10° del Decreto Supremo n.° 003-97-TR que fija como regla general que el período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza protección contra el despido arbitrario. En ese sentido, el mencionado artículo permite que, en caso de pacto por escrito, el periodo de prueba para el personal de dirección pueda ser extendido hasta un año.

Por tanto, la ampliación del periodo de prueba no es automático, esto es, no basta la sola condición de que el trabajador vaya a ejercer un cargo de dirección. Se exige la celebración de un pacto de ampliación. Respecto a la mencionada ampliación, aquella puede constar en el propio contrato de trabajo primigenio o en un

documento adicional en el que se especifique el acuerdo de parte de prolongar el periodo de prueba, precisándose las razones a fin de cumplir con el marco legal.

6.5.2 Exclusión de la jornada máxima de trabajo

La jornada de trabajo es: “el tiempo que, en cada día, semana o año o parámetro temporal de que se trate, dedicada por el trabajador a la ejecución de su trabajo” (Roqueta, 2018, p. 304). En el caso del Perú, la jornada máxima de trabajo conforme a lo previsto por el artículo 25° de la Constitución Política del Estado es de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales.

Sin embargo, existen una serie de trabajadores que se encuentran excluidos de la aplicación de la mencionada jornada máxima de trabajo. La posibilidad de generar excepciones no proviene sólo desde la legislación nacional sino desde los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

En ese sentido y para lo que el presente trabajo interesa, el artículo 3° del Convenio n.º 30 precisa lo siguiente: “La autoridad competente de cada país podrá exceptuar de la aplicación del Convenio a: (a) los establecimientos en que estén empleados solamente miembros de la familia del empleador; (b) las oficinas públicas en las que el personal empleado actúe como órgano del poder público; (c) las personas que desempeñen un cargo de dirección o de confianza; (d) los viajantes y representantes, siempre que realicen su trabajo fuera del establecimiento”.

Recogiendo lo dicho por la OIT, el artículo 5° del Decreto Supremo n.° 007-2002-TR nos señala: “No se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia”.

Por otro lado, el artículo 10° del Decreto Supremo n.° 008-2002-TR (Reglamento del cuerpo normativo antes señalado) precisa que: “Para efectos del Artículo 5 de la Ley se considera como: a) Trabajadores de dirección, a los que reúnen las características previstas en el primer párrafo del Artículo 43 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo n.°003-97-TR”. (Decreto Supremo n.° 008-2002-TR)

Como vemos, los trabajadores de dirección se encuentran excluidos de la jornada máxima de trabajo, lo que supone entonces que no les corresponde el pago de trabajo en sobretiempo. Entendemos que la voluntad del legislador al establecer estos trabajadores se encuentre excluidos de la jornada máxima legal, y por defecto, al pago de horas extras, ya que estos trabajadores no se encuentran bajo supervisión inmediata de los empleadores debido a la naturaleza del servicio que estos prestan, ya que cabe la posibilidad presten servicios dentro o fuera de la empresa y usualmente sin tener la necesidad de concurrir por largos periodos de tiempo dentro del centro de trabajo.

6.5.3 Impedimento de afiliación sindical

Los trabajadores de dirección están impedidos de afiliación sindical conforme a lo señalado en el inciso b) del artículo 12° del Decreto

Supremo n.º 010-2003-TR, TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo que señala que los trabajadores de dirección y de confianza no pueden ser miembros de un sindicato, salvo que este permitido y señalado expresamente en el estatuto de la organización.

En efecto, dicha disposición normativa prevé que: “Para ser miembro de un sindicato se requiere: a) Ser trabajador de la empresa, actividad, profesión u oficio que corresponda según el tipo de sindicato. b) No formar parte del personal de dirección o desempeñar cargo de confianza del empleador, salvo que el estatuto expresamente lo admita. c) No estar afiliado a otro sindicato del mismo ámbito. Los trabajadores podrán afiliarse a un sindicato durante el período de prueba, sin menoscabo de los derechos y obligaciones que durante dicho período les corresponde ejercer a las partes respecto a la relación laboral”. (Decreto Supremo n.º 010-2003-TR)

Siendo ello así, el trabajador de dirección se encuentra impedido de afiliarse al sindicato y por tanto de formar parte de este. Dicha disposición encuentra clara explicación en que el empleador negocia colectivamente a través de sus representantes que usualmente serán personal de dirección y por tanto no puede tener la condición de afiliado (y defender el interés del sindicato) y por otro lado a la empresa.

6.5.4 Descanso anual remunerado (vacaciones)

Nuestra Constitución en su artículo 25° señala que: “Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio”. (Constitución Política del Perú 1993)

De otro lado, el artículo 10° del Decreto Legislativo n.° 713 establece que para obtener el derecho al descanso anual remunerado se deben cumplir dos requisitos: (i) tener un año de servicios; (ii) cumplir con el récord de labor efectiva según la jornada ordinaria de la Empresa.

Así, el dispositivo normativo mencionado indica lo siguiente: “El trabajador tiene derecho a treinta días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios. Dicho derecho está condicionado, además, al cumplimiento del récord que se señala a continuación: a) Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria es de seis días a la semana, haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos sesenta días en dicho período. b) Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria sea de cinco días a la semana, haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos diez días en dicho período. c) En los casos en que el plan de trabajo se desarrolle en sólo cuatro o tres días a la semana o sufra paralizaciones temporales autorizadas por la Autoridad Administrativa de Trabajo, los trabajadores tendrán derecho al goce vacacional, siempre que sus faltas injustificadas no excedan de diez en dicho período”. (Decreto Legislativo n.° 713)

Siendo ello así, y siempre que los trabajadores de dirección cumplan con los requisitos previstos legalmente, tendrán derecho a treinta (30) días naturales de vacaciones por cada año de servicios. No obstante, debemos tener en cuenta que nuestra legislación establece consecuencias jurídicas en contra de los empleadores que no hayan otorgado el descanso vacacional oportuno a sus trabajadores.

En efecto, los trabajadores tienen el plazo de un (1) año a efectos de gozar del descanso vacacional adquirido. Las consecuencias al incumplimiento de dicho mandato está señalado en el artículo 23° del Decreto Legislativo n.° 713 que indica que en caso de no disfrutar del descanso vacacional dentro del año siguiente a aquél en el que adquieren el derecho, percibirán lo siguiente: a) Una remuneración por el trabajo realizado; b) Una remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado; y, c) Una indemnización equivalente a una remuneración por no haber disfrutado del descanso. La referida indemnización no está sujeta a pago o retención de ninguna aportación, contribución o tributo y el monto de las remuneraciones indicadas será el que se encuentre percibiendo el trabajador en la oportunidad en que se efectúe el pago”.

Es decir, aquel trabajador sea de dirección o no, que no goce de su descanso vacacional oportuno, tendrá derecho, además de la remuneración vacacional, a una remuneración por el descanso adquirido y no gozado y una indemnización equivalente a una remuneración.

Respecto a este último concepto, sin embargo, el legislador peruano ha regulado una excepción la cual se encuentra prevista en el artículo 24° del Decreto Supremo n.° 012-92-TR (Reglamento del Decreto Legislativo n.° 713) que estipula lo siguiente: “La indemnización por falta de descanso vacacional a que se refiere el inciso c) del Artículo 23. del Decreto Legislativo, no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional. En ningún caso la indemnización incluye a la bonificación por tiempo de servicios”.

Es decir, si un gerente o representante de la empresa decidió no hacer uso del descanso vacacional, no le corresponderá el pago de la indemnización mencionada. La razón subyacente de dicha disposición sería que el trabajador que determina por sí mismo no salir de vacaciones, luego no podría alegar la afectación de sus derechos y requerir el pago de una indemnización cuando ha sido su propia conducta la que ha generado el perjuicio.

A fin de realizar una interpretación del término “gerentes” y “representantes”, Toyama ha manifestado que bajo el Régimen de Gerentes caben todos los trabajadores que ostenten este cargo y ejerzan funciones gerenciales en el centro laboral, entiéndase por funciones gerenciales la dirección y/o representación del empleador. (Toyama, 2014, p.450)

Con relación a la forma de entender la mencionada disposición, la Corte Suprema ha indicado que la correcta interpretación del artículo 24° del Decreto Supremo n.° 012-92-TR, es la siguiente: Los

gerentes o [representantes de la empresa, a los que no les corresponde percibir la indemnización prevista en el inciso c) del artículo 23° del Decreto Legislativo n.° 713] son aquellos que tienen la condición de personal de dirección, es decir, aquellos que conforme el artículo 43° del Decreto Supremo n.° 003-97- TR, ejercen la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituyen, o que comparten con aquél funciones de administración y control, o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial. Se justifica esta exclusión porque dado el nivel jerárquico del personal de dirección, el mismo está en la posibilidad de decidir de forma voluntaria el hacer o no uso de su descanso vacacional en el periodo que le corresponda”. (Casación n.° 7855-2014-Lima)

Como vemos, las personas que podrían ser exceptuadas del pago de la indemnización vacacional serán los trabajadores de dirección lo que encuentra plena justificación en el nivel jerárquico dentro de la empresa y la posibilidad de decidir respecto del uso de vacaciones.

6.5.5 Protección contra el despido (reposición)

Cuando se revisa la configuración del Derecho al Trabajo, verificamos que el constituyente se ha preocupado por indicar que la ley otorga adecuada protección contra el despido arbitrario (Artículo 27° de la Constitución). En ese sentido, y conforme lo indicara el

Tribunal Constitucional a partir de las sentencias recaídas en los expedientes FETRATEL vs Telefónica (Exp. 1124-2001-AA/TC) y Llanos Huasco vs Telefónica (Exp. 976-2001-AA/TC), ese mandato de adecuada protección importa, entre otros aspectos, que el diseño de tutela confeccionado por legislador contra el despido deba respetar un mínimo de proporcionalidad, esto es, que sea en buena cuenta, un diseño óptimo u idóneo.

Así, el Tribunal Constitucional ha señalado si bien la Constitución no indica los términos de esa protección adecuada, ello no significa que exista prima facie una convalidación tácita de cualquier posible desarrollo legislativo que se haga en torno al derecho reconocido en su artículo 27°. Si bien no ha establecido cómo puede entenderse dicha protección contra el despido arbitrario, ello va a significar que, cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, estas deberán satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad, como dice expresamente el texto constitucional, se trate de medidas adecuadas. (Exp. n.º 976-2001-AA/TC)

En el caso peruano, hasta antes de la dación de las sentencias mencionadas, para el despido arbitrario y para el despido indirecto (generado por la comisión de algún acto de hostilidad por parte del empleador) correspondía la tutela resarcitoria, esto es, el pago de la indemnización por despido arbitrario prevista por el artículo 38° del Decreto Supremo n.º 003-97-TR. Asimismo, la tutela restitutoria (reposición en el empleo) sólo era procedente en caso se alegue la existencia de un despido nulo bajo los alcances de alguna de las

causas previstas por el artículo 29° del Decreto Supremo n.° 003-97-TR, esto es, por razón antisindical, discriminación, trabajadoras gestantes, entre otras.

Luego, el Tribunal Constitucional construyó las categorías de despido fraudulento, despido incausado y despido nulo; en cuyos casos se habilitaba la tutela restitutoria a elección del trabajador, esto es, el trabajador elegía si optar por la reposición en el empleo o por el pago de una suma económica.

Dicho esto, y pasados algunos años, la pregunta que intentó responder el máximo intérprete de la Constitución a través de su jurisprudencia es si los trabajadores de confianza y dirección también tenían derecho a la tutela restitutoria. Para ello, expidió la sentencia recaída en el expediente n.° 3501-2006-PA/TC (Caso Chávez Caballero).

En dicho pronunciamiento, el TC señaló que de la misma manera la calificación de dirección o de confianza es una formalidad que debe observar el empleador. La inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita. Por lo que, si un trabajador desde el inicio de sus labores conoce de su calidad de personal de confianza o dirección, o por el hecho de realizar labores que implique tal calificación, estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en su empleo, de lo contrario solo cabría la indemnización o el retiro de la confianza depositada en él, tal como viene resolviendo este Colegiado (Exp. 3501-2006-PA/TC).

Como vemos, para el Tribunal Constitucional aquellos trabajadores que desde el ingreso a la empresa o la entidad desempeñaron un cargo de confianza o dirección, sólo les correspondería la tutela resarcitoria debido a que siempre tuvieron conocimiento que la confianza era la que delimitaba la continuidad en la prestación de sus servicios. Si bien es cierto la argumentación de la sentencia es deficiente y diminuta, es posible coincidir con él lo señalado por el Tribunal Constitucional en su conclusión. Nos explicamos.

Desde un punto de vista formal, fue el Tribunal Constitucional el que modificó el ordenamiento jurídico laboral privado al fijar una nueva tipología de despidos, e incorporar a los despidos incausados, fraudulentos y nulos (pero no sólo desde la perspectiva de los supuestos previstos por la ley laboral sustantiva) como generadores de una tutela restitutoria. Como hemos dicho, dicha situación no era la regulada por el legislador laboral peruano y, por ende, a partir de una interpretación del artículo 27° de la Constitución y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, consideró que dicha tutela era válida para cualquier trabajador. Claramente se instituyó, aunque algunos no deseen aceptarlo la estabilidad laboral absoluta. Pero si esto era así, el propio Tribunal Constitucional tenía la posibilidad de reinterpretar o modificar los alcances de su posición inicial e identificar si todos los trabajadores podían optar tanto por la tutela restitutoria como por la resarcitoria. Como hemos dicho, a partir de la sentencia del caso Chávez Caballero, el TC marcó la primera limitación: a los trabajadores de confianza o dirección sólo

les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario prevista en la legislación laboral y no la reposición en el empleo.

Por otro lado, y en cuanto a la corrección material de la respuesta dada por el Tribunal Constitucional, debemos tener en cuenta que tenemos por un lado el Derecho al Trabajo (cuya lesión claramente se efectúa ante un despido) y por otro lado la Libertad de Empresa (que resultará intervenido en gran medida en caso se ordena la reincorporación de un trabajador). Se trata en buena cuenta desde mi punto de vista de un conflicto entre dos derechos fundamentales, cuya solución sólo podría darse a través del principio de proporcionalidad.

En ese sentido y conforme indica Mijaíl Mendoza “El principio de proporcionalidad, así como sus tres subprincipios de adecuación, necesidad y proporcionalidad, será el instrumento conceptual que permitirá resolver el problema de colisión”. (Mendoza, 2009, p.64)

En cuanto, al contenido del principio de proporcionalidad, Bernal Pulido nos indica con certeza que: “en el caso de la idoneidad toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea, ello para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. Respecto a la necesidad: toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido. Y por último proporcionalidad en sentido estricto hace referencia a la importancia del objetivo que persigue la intervención en el derecho fundamental

el cual debe estar en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido”. (Bernal, 2005, p.76)

Al respecto, la reposición en el empleo claramente será una medida idónea para la satisfacción del Derecho al Trabajo pues a través de aquella justamente el trabajador recupera su fuente de ingresos y su readmisión en el empleo. De otro lado y con relación a la superación del subprincipio de necesidad, efectivamente, sí existe otra medida menos gravosa para la satisfacción de dicho derecho como es el pago de una reparación económica que ha sido prevista por el legislador ordinario a efectos de resarcir el daño ocasionado por la pérdida del empleo.

Pese a ello, algunos podrían discrepar respecto de que la reparación económica sea una medida igualmente satisfactoria como la reposición en el empleo. Consciente de ello correspondería asumirlo y proceder a la de ponderación en sentido estricto. En ese sentido, considero que la readmisión de un trabajador de confianza (que maneja información reservada o coadyuva a la toma de decisiones empresariales con sus opiniones y que además trabaja en contacto directo con el empleador o el personal de dirección) y la de un trabajador de dirección propiamente dicho (del que depende propiamente el resultado de la actividad empresarial o de la entidad) incide de manera grave en la Libertad de empresa, pues se tornaría incapaz el normal y correcto desenvolvimiento de la actividad empresarial.

De otro lado, el grado de satisfacción en el derecho interviniente sería medio pues debe tenerse en cuenta que este tipo de trabajadores nunca tuvieron una expectativa de estabilidad como los trabajadores comunes pues conocían que tanto su elección como su desvinculación estaba vinculada a la confianza depositada en ellos. Suponer lo contrario significaría que por ejemplo el Gerente de Ventas de una empresa (claramente un personal de dirección) pudiera tener derecho a la readmisión en el empleo, pese a que el empleador ya no confía en él y que sobre aquel dependen los resultados de la empresa. De igual modo, la secretaria del gerente general (personal de confianza) podría retornar a trabajar pese a que en atención a la información que maneja se requiere un grado de confianza altísimo a efectos de evitar su fuga o mal uso.

En conclusión, sí resulta razonable y proporcional que los trabajadores de confianza y dirección no ostenten una tutela restitutoria en tanto y en cuanto la reposición en el empleo no resulta ser una medida idónea, necesaria ni proporcional en sentido estricto con respecto a la intervención que genera en la Libertad de Empresa.

6.5.6 Protección contra el despido (indemnización)

Como acabamos de analizar, conforme a lo establecido por el máximo intérprete de la Constitución, no resulta proporcional que la reposición en el empleo sea un mecanismo de protección contra el

despido a favor de los trabajadores de dirección. Nadie dudaba sin embargo que la tutela resarcitoria si le correspondía.

No obstante, el VII Pleno Supremo Jurisdiccional Laboral y Previsional establece dentro de sus conclusiones que los trabajadores que ingresaron directamente a un cargo de confianza o de dirección, si fuese el caso que el empleador les retirara la confianza, no les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario”.

El primer aspecto que corresponde tener en cuenta es que una de las finalidades principales de los plenos jurisdiccionales es unificar la jurisprudencia y por ello generar certeza entre los operados jurídicos y particularmente entre los sujetos de la relación laboral respecto a la forma en que los órganos de justicia decidirán las controversias surgidas en dicho ámbito.

Ello se presenta obviamente en caso existan dudas o discrepancias en la forma de resolver dichos conflictos. En caso no sea así, esto es, si los órganos jurisdiccionales no tienen duda en cuanto a los alcances de determinado derecho o en cuanto a la interpretación de una disposición normativa, los plenos jurisdiccionales carecen de sentido alguno. Aquí, conviene preguntarnos ¿Existía duda respecto a si a los trabajadores de confianza o dirección les correspondía el pago de la indemnización por despido arbitrario? La respuesta es claramente negativa, pues existía consenso incluso en la propia Corte Suprema respecto a que la tutela resarcitoria era la propia para dicho tipo de trabajadores.

Ello puede verse por ejemplo en la Casación n.º 3106-2016-Lima y en la sentencia expedida por el TC en el Expediente n.º 2961-2012-AA/TC, entre otros diversos casos. No obstante, deseo precisar algunos argumentos por lo que considero que el Pleno yerra groseramente también desde un punto de vista material.

▪ **El Pleno viola el Protocolo de San Salvador**

Como es por todos conocidos, la validez de las disposiciones internas no está sujeta únicamente a su compatibilidad con la Constitución, sino además con tratados internacionales de los que el Perú es parte. Ante ello, el Protocolo Adicional sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” establece en su artículo 7º: “(...) para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones adicionales, de manera particular: (...) la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de la industria y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

El Protocolo nos muestra entonces dos opciones válidas desde los tratados internacionales en cuanto al tratamiento de los despidos injustificados, esto es, la readmisión en el empleo o el pago de una indemnización. Existe una salvedad prevista por el propio Protocolo

y es que en caso exista otra prestación prevista por la legislación nacional, ello también será válido.

No obstante, en la legislación peruana ello no resulta predicable pues el ordenamiento jurídico laboral no prevé otro mecanismo adicional de protección contra el despido que los antes mencionados. Por tanto, concluir que los trabajadores de confianza y dirección no les corresponde ninguna de las protecciones establecidas por el Protocolo equivale en buena cuenta a desacatar los mandatos derivados de dicho instrumento internacional y por tanto afectar el artículo 55° de la Constitución que señala que: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

- **El Pleno vacía de contenido el Derecho al Trabajo**

Conforme se ha señalado el derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22° de la Constitución. Siendo que el Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El derecho a no ser despedido si no se trata de causa justa y el de acceder a un puesto de trabajo. En el primer caso hace referencia al derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa, y en el segundo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo. (Exp. n.° 263-2012-PA/TC).

Siendo ello así, tenemos que eliminar cualquier mecanismo legal de protección contra el despido a los trabajadores de confianza y

dirección carente de contenido al Derecho al Trabajo pues no existiría propiamente una proscripción en cuanto a no ser despedido salvo por causa justa y por tanto se justificaría el despido sin consecuencia jurídica alguna.

- **El Periodo de Prueba**

Al momento de regular la protección contra el despido, el legislador ordinario tiene cierta amplitud para dichos efectos. Así, por ejemplo, y conforme a la mayoría de las legislaciones comparadas, se ha tenido en cuenta una institución particular del Derecho del Trabajo denominado “periodo de prueba”.

El ordenamiento jurídico peruano se ha preocupado de diferenciar los plazos máximos del periodo de prueba. El artículo 10° del Decreto Supremo menciona que el periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. Se podrá pactar un término mayor por las partes en el supuesto de que las labores requieran de un periodo de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. Es necesario que esta ampliación del periodo de prueba conste por escrito y este no podrá exceder, en suma, con el periodo inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección”

Como vemos, el propio legislador se ha preocupado de delimitar que el periodo de prueba, que justamente genera una excepción al

régimen de protección contra el despido arbitrario y por tanto permite la libre resolución del contrato de trabajo por cualquier de los sujetos de la relación laboral tenga un plazo tope o límite de seis (6) meses o un (1) respectivamente. En ese sentido, la consecuencia dada por el propio enunciado normativo es que superado dicho plazo, incluido el personal de confianza y dirección que son justamente a los que hace referencia, también alcanzan protección contra el despido arbitrario.

En ese sentido nos preguntamos ¿A qué protección contra el despido podría hacer referencia el mencionado artículo 10°? Pues, únicamente al pago de la indemnización por despido arbitrario señalada en el artículo 38° del Decreto Supremo 003-97-TR. El Pleno no ha tenido en cuenta dicha circunstancia y ha considerado de forma aislada que el retirar la confianza supone una forma especial de extinción del vínculo laboral, sin atender al hecho que el propio legislador ha tenido en cuenta la protección contra el despido de los trabajadores de confianza y dirección superado el extenso periodo de prueba previsto en la norma peruana.

- **El Pleno distingue donde la ley no lo hace**

Otro argumento para discrepar del Pleno es que, en buena cuenta, lo que ha hecho la Corte Suprema es distinguir donde la ley no lo hace. En efecto, además de la interpretación sistemática que debió darse a razón de la regulación de este periodo de prueba, que a contrario sensu, establece de forma expresa la protección contra el

despido arbitrario de los trabajadores de dirección y confianza en caso superen el periodo de prueba, es que el artículo 34° del Decreto Supremo 003-97-TR no hace distinción alguna en cuanto a los trabajadores a los que les alcanza dicho derecho.

En efecto, el enunciado normativo establece que no daría lugar a indemnización el despido del trabajador fundado en causas relacionadas con conducta o su incapacidad. El trabajador tiene derecho al pago de la indemnización prevista por el artículo 38°, cómo única reparación por el daño sufrido si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar está en juicio.

Como vemos, el legislador no ha hecho distinción alguna a efectos del pago de una indemnización por despido arbitrario con relación a los trabajadores de confianza y dirección, debido a lo cual tenemos que el Pleno distingue generando un régimen de excepción o exclusión de dichos trabajadores cuando de forma alguna ello ha sido previsto por el legislador laboral ordinario.

A manera de conclusión podemos expresar las siguientes ideas:

- ✓ Es proporcional que la protección contra el despido para los trabajadores de confianza y dirección sea la tutela resarcitoria, pues se condice con el grado de afectación que supondría en la Libertad de Empresa su readmisión en el empleo.
- ✓ La eliminación de toda forma de protección contra el despido para los trabajadores de confianza y dirección supone una infracción

directa contra el Protocolo de San Salvador, debido a lo cual el Pleno resulta ser inaplicable en sede nacional.

- ✓ La eliminación de toda forma de protección contra el despido para los trabajadores de confianza y dirección supone vaciar de contenido el Derecho al Trabajo, resultando por tanto el Pleno incompatible con la Constitución Política del Perú.
- ✓ La eliminación de toda forma de protección contra el despido para los trabajadores de confianza y dirección no se condice con el hecho que el propio legislador haya establecido un plazo máximo del periodo de prueba, pues justamente superado aquel, también adquieren protección contra el despido como los demás trabajadores.
- ✓ La eliminación de toda forma de protección contra el despido para los trabajadores de confianza y dirección implica distinguir donde el legislador no lo ha hecho conforme al propio texto del artículo 34° del Decreto Supremo n.° 003-97-TR.

CAPITULO VII

EL PACTO DE PERMAMENCIA Y SU INCORPORACIÓN EN LOS CONTRATOS DE TRABAJO

7.1 Concepto del pacto de permanencia

La definición del pacto de permanencia es Hernandez indicaría que: “este es un acuerdo negocial cuya finalidad sería la de garantizar a la empresa la amortización de los gastos de la empresa habría realizado en cuanto la inversión para su especialización; siendo que en contraparte el trabajador se comprometería a permanecer en la empresa que le ha procurado cierto nivel de formación -más o menos cualificada- durante un periodo de tiempo acotado (se diría por ello, que es una cláusula de duración mínima, que no máxima del contrato de trabajo)”. (Hernández, 2002, p.24)

Sin embargo, debe tenerse señalar que dicha definición está sujeta a la regulación que recibe dentro del sistema jurídico español. En el caso del ordenamiento jurídico laboral privado, no encontramos definición similar (sin perjuicio de lo que sucede en el caso de los trabajadores públicos).

Consideramos que ante la inexistencia de regulación expresa de este pacto, es posible conceptualizarlo como el compromiso por parte del trabajador de no extinguir la relación de trabajo durante determinado periodo de tiempo y del empleador de brindar el pago de una contraprestación adicional a la remuneración o la especialización del trabajador.

Dicho esto, resulta pertinente precisar que el pacto de permanencia supone además que, si el trabajador abandona anticipadamente la empresa,

deberá efectuar el pago de una indemnización usualmente ya prevista específicamente en el pacto. En ese sentido, “es muy frecuente, a la hora de estipular tal obligación, que las partes prevean la indemnización económica que corresponde percibir al empresario si el trabajador abandona ante tempus la empresa. Y esta previsión indemnizatoria es lo que ha llevado a la doctrina científica a considerar al pacto de permanencia como el negocio a través del cual se estipula una obligación con cláusula penal”. (Hernández, 2002, p.24)

Siendo ello así y a manera de resumen, tenemos que el trabajador se obliga a permanecer en la empresa. En ese sentido “Qué sea permanecer en la empresa puede interpretarse de forma amplia o restrictiva, pero, al menos significa la obligación de mantener el vínculo contractual durante el periodo pactado. Lo cual implica que el trabajador se obliga, al menos, a no ejercer el derecho a dimisión reconocido (...) pues es la existencia de este derecho lo que da sentido a este instituto, al pacto de permanencia”. (Hernández, 2002, p.51)

7.2 Justificación del pacto de permanencia

Una de las necesidades más importantes que debe satisfacer toda organización, es la de lograr la captación y retención del talento humano. En efecto, son los trabajadores quienes, en buena cuenta, ejecutan o hacen ejecutar (en el caso de máquinas, softwares, etc.) las labores necesarias para elaborar y vender un producto o brindar un servicio.

En ese sentido, en los años 80, se generó lo que algunos han denominado la guerra por el talento. Ello, debido a que, con el nacimiento de la era

basada en la información, la importancia de los activos tangibles -máquinas, fábrica, capital- se centró en relación a la relevancia de los activos intangibles tales como las redes, las marcas, el capital intelectual, y el talento.

Debemos tener en cuenta, que la guerra por el talento tendrá sustento en atraer, retener y generar motivación en el personal de alto rendimiento en la empresa, lo que supone la aplicación de estrategias vinculadas con el posicionamiento de la marca de la empresa, otorgamiento de incentivos salariales, bonificaciones por productividad, empoderamiento del trabajador, posibilidad de afrontar nuevos retos profesionales, así como la profesionalización y capacitación de los trabajadores.

En efecto, la competencia entre las empresas dentro del marco de una sociedad industrial moderna supone que su personal se encuentra cada vez más capacitado y orientado a la especialización. En ese sentido se ha indicado con cierto que: “Parece obvio que, sin un progreso industrial y tecnológico, y, por tanto, en el seno de una sociedad industrial poco desarrollada que no se enfrenta a la necesidad de contar con trabajadores más o menos especializados – o la afronta sólo en casos muy particulares y minoritarios- la operatividad del instituto jurídico que aquí se estudia ha de resultar escasa. Hubo que esperar, por tanto, a la década de los 60 o 70 y a la “revolución” tecnológica que tuvo lugar en estas fechas para que, de acuerdo con la nueva realidad socioeconómica, surgiera también la necesidad de pactar este tipo de cláusulas en el seno de una relación laboral”. (Hernández, 2002, p.38)

Como vemos, afrontar el proceso de innovación tecnológica tan vertiginoso requiere de la obtención de herramientas eficaces a efectos de desafiar los retos que dicha transformación requiere. En ese sentido “cada vez resultará de mayor interés, y necesidad, para el empresario dotar al trabajador del perfil profesional adecuado a las demandas del mercado y garantizar su aprovechamiento mediante la vinculación temporal del trabajador a la empresa”. (Hernández, 2002, p.39)

Resulta evidente que con motivo de la transformación tecnológica a la que todos nos enfrentamos, las empresas requieren un cambio de paradigma en cuanto a los tipos de trabajadores que se demandan; empero supone además la inclusión de un interés en particular porque los trabajadores logren la especialización de sus tareas con el apoyo y participación del empleador, pues en la mayoría de oportunidades será quien en mejor posición económica se encontrará a efectos de sufragar los gastos que resultan necesarios para la educación.

En esa línea de pensamiento se ha indicado que: “En definitiva si, como se afirma, la innovación tecnológica conlleva una línea tendencial hacia la disminución de personal dedicado a tareas repetitivas y monótonas y al correlativo aumento de trabajadores dedicados a actividades intelectuales de programación y control, y si se está de acuerdo en la necesidad de un reciclaje constante de la profesionalidad del trabajador, se podrá también defender que, desde un punto de vista económico, la inversión en formación se ha convertido en una variable estratégica apta para proporcionar a las empresas las mejores oportunidades de competitividad” (Hernández, 2002, p.40).

Dicho esto, se aprecia con claridad la relevancia del pacto de permanencia como mecanismo idóneo a efectos de satisfacer por una parte los intereses profesionales del trabajador de lograr avances académicos relevantes como la obtención de una maestría o la incursión en capacitaciones que le permitan lograr una mayor profesionalidad, así como el interés del empresario de lograr retener al talento humano. Así pues, “se deduce, pues, es que es en la sociedad industrial moderna donde hay una verdadera necesidad del instituto del pacto de permanencia, y es en una legislación iuslaboral acorde con tal modelo social como es el Estatuto de los Trabajadores, donde ha habido que dar cobijo a dicho instituto jurídico”. (Hernández, 2002, p.41).

Debemos tener en cuenta que la retención del talento humano puede no estar necesariamente vinculada a brindar una profesionalización del trabajador sino al otorgamiento de otro tipo de beneficios como una bonificación por permanencia u otra contraprestación. El común denominador, sin embargo, seguirá siendo por un lado lograr un beneficio para el trabajador quien verá incrementado sus ingresos debido a percibir mayores ingresos por obligarse a prestar servicios por un determinado tiempo o recibir una capacitación especializada y por el otro, el empleador logrará captar y retener al talento humano.

Así se satisface dicho interés empresarial pero también se logra eficiencia dentro de la empresa toda vez que como demuestran diversos estudios, el procedimiento de captación del talento, resulta ser bastante costoso para el empleador. Evitar la fuga del talento y, por el contrario, fidelizarlo dentro de la organización a fin de que preste servicios durante cierto periodo de

tiempo, permite una consolidación empresarial a través de su talento humano que claramente merece protección legal y constitucional.

7.3 El pacto de permanencia y la libertad general personal

El artículo 2° numeral 24° literal a) de la Constitución Política del Perú señala lo siguiente: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. En efecto, a través de la disposición constitucional antes citada, se consagra y manifiesta el mandato general de libertad a favor de los ciudadanos a fin de que realicen las conductas que estimen pertinentes (entre ellas la celebración de negocios jurídicos). De igual modo, establece un manto de protección a favor del ciudadano a fin de que no pueda ser obligado a realizar alguna conducta que la ley no establezca expresamente.

Este postulado constitucional tiene como antecedente internacional relevante a la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 celebrada en Francia la que en el artículo 5° establece lo siguiente: “La ley solo puede prohibir las acciones que son perjudiciales a la sociedad. Lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido. Nadie puede verse obligado a aquello que la ley no ordena”.

En caso de la historia jurídica nacional, tenemos que diversas constituciones han reconocido al precepto materia de análisis. Así, el artículo 19° de la Constitución de 1920 así como la de 1933 establecieron lo siguiente: “Nadie está obligado a hacer lo que no manda la ley, ni impedido a hacer lo que ella no prohíbe”.

De otro lado, el artículo 2º, inciso 20 literal a) de la Constitución Política de 1979 preveía lo siguiente: “Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe”. Finalmente, y a efectos de tener en consideración la larga tradición del postulado constitucional, tenemos que el artículo 150º de la carta magna de 1828 establecía que: “Ningún peruano está obligado a hacer lo que no manda la ley, o impedido de hacer lo que ella no prohíbe”

Como se aprecia, a pesar de los años transcurridos desde la Constitución de 1828 hasta la consagración prevista en la Constitución vigente de 1993, el enunciado normativo viene siendo repetido casi en su integridad a lo largo de la historia republicana.

En ese sentido, Luis Felipe Villarán, comentando el artículo 14º de la Constitución de 1860, indicará que el orden social y los fueros de libertad exigen reglas fijas y permanentes las que la Ley puede establecer, siendo que la libertad es la regla y las restricciones que se le impongan serian as excepciones, debiendo ser estas iguales y precisas; esto debido a que la formula en la que estas Constituciones garantizan las libertades individuales, es la que contiene el reconocimiento del derecho de hacer todo lo que la ley no prohíbe y omitir lo que no ordena. En el entendido de que la ley puede y debe limitar la libertad individual, para conciliarla con el derecho ajeno, y esa limitación se traduce en mandatos y prohibiciones. Sin embargo, señala, es necesario para que cada uno conozca su esfera de acción, que tales mandatos y prohibiciones estén claramente expresados”. (Villarán, 2016, p. 189)

El Tribunal Constitucional a su vez ha señalado respecto a la libertad general personal indicando que: “este principio señalado en el Capítulo I, del Título I de la Constitución, dedicado a los derechos fundamentales, pone de relieve, por un lado, el criterio de libertad general con que se reconoce a las personas, cuyo respeto de su autonomía moral viene constitucionalmente impuesto; y, por otro lado, que, en la medida que se reconoce dicha libertad general de actuación, no obstante, cualquier injerencia o intervención que se realice a esta solo puede venir autorizada por una ley” (Exp. 10-2014-PI/TC)

En esa misma línea de pensamiento, indicará el máximo intérprete de la Constitución no se refiere a una fuente formal del derecho, sino que se hace referencia a las prácticas y principios democráticos que subyacen en el proceso antes de su sanción y promulgación, esto, ante la exigencia de que sea una ley la que establezca restricción a la libertad de actuación, la institucionalización de una garantía formal a favor de los derechos, ante lo cual las intervenciones que se practiquen deberán estar justificadas siempre que hayan sido introducidas mediante esta fuente formal del derecho. En suma, hay que asegurar que la limitación a los derechos haya sido objeto de una deliberación pública y plural y que cuente con la aquiescencia de los representantes de la sociedad en el Estado”.

Siendo ello así, se infiere fácilmente que salvo que exista alguna disposición normativa que restrinja los derechos ciudadanos, deberá considerarse que las conductas realizadas son permitidas, salvo que conforme veremos más adelante, nos encontremos frente a la intervención desproporcionada de otro derecho fundamental.

7.4 El Pacto de permanencia y la libertad de contratación

El artículo 2° numeral 14° de la Constitución Política del Perú prevé el derecho a la libre contratación. Así, se establece que toda persona tiene derecho: “A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”.

En sentido similar, el artículo 62° de la Constitución Política del Estado establece lo siguiente: “La libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato (...)”.

Respecto de ello, el Tribunal Constitucional ha precisado que: “el derecho a la libre contratación garantiza la facultad para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial, mediante la utilización de acuerdos o convenciones de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas. De la misma forma se ha señalado que el vínculo 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”. (Exp. 11-2013-PI/TC)

La libertad de contratación se sustenta en la autonomía privada, la que cuenta con un doble contenido: (i) libertad de contratar, o denominada libertad de conclusión, que consiste en la determinación de decidir cómo, cuándo y con quién se contrata; (ii) libertad contractual, señalada además como libertad de configuración interna, que es la facultad para decidir el contenido del contrato de común acuerdo.

Con relación a ello, se ha indicado que: “(...)las partes, a través del negocio jurídico, pueden regular las propias relaciones; los efectos del negocio jurídico serán, en términos generales, esto es, en el ámbito de la autonomía de las partes, correspondientes a los propósitos prácticos a que tendían las partes al realizar el negocio; siendo que lo que caracteriza a este y lo que lo hace el instrumento fundamental de la autonomía privada es la posibilidad de que las partes aun cuando sea dentro de determinados límites, regulen las consecuencias del mismo en conformidad a los propios intereses (...)” (Ascarelli, 1947, pp.189-190)

Si bien es cierto, la autonomía privada tiene mayores restricciones en materia laboral atendiendo a la mayoritaria posición asimétrica del trabajador frente al empleador, tampoco es que aquella no sea aplicable, pues como se indica: “no se debería dejar de asignarle valor a una manifestación de voluntad por parte del trabajador, bajo el argumento de la existencia de limitaciones que establece el orden público, de lo contrario, se tendría que sostener que el obrero es un ser absolutamente incapaz para comprometer su voluntad, lo cual resultaría altamente lesivo de su dignidad humana”. (Lastra, 2003, p. 134)

Dicho esto, debemos mencionar que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto al contenido del derecho a la libre contratación. Así, el máximo intérprete de la Constitución ha señalado que: “respecto del derecho a la libre contratación (...) está constituido por las siguientes posiciones ius-fundamentales: (i) Autonomía para decidir la celebración de un contrato y la potestad de elegir al co celebrante; (ii) Autonomía para decidir, la materia objeto de regulación contractual, de común acuerdo. Si

bien, a primera vista esta es la determinación del ámbito protegido del derecho a la libre de contratación, esto no significa que la totalidad de su contenido se agote en la tutela de su dimensión individual y se prescindan de consideraciones institucionales. Respecto de ello el Tribunal Constitucional señala que el derecho a la libre contratación no es ilimitado, sino que se encuentra evidentemente condicionado en sus alcances por límites implícitos y explícitos [cf. STC 2670-2002-AA, fundamento 5]. Los cuales están inscritos en el contenido normativo del derecho y se hallan ordenados por exigencias valorativas provenientes del bien común y el orden público”

Como vemos, el Tribunal Constitucional reconoce el derecho de las partes a señalar libremente el contenido del contrato. Sin embargo, también es consciente que dicho derecho no es absoluto, sino que tiene límites implícitos y explícitos. En cuanto a ello, se indicará también que: “Esta determinación tiene una doble perspectiva: prohibitiva y promotora; por lo que, para garantizar la libertad contractual, el Estado debe adoptar un rol de promoción, en ejercicio del cual puede imponer o prohibir la conclusión de determinados contratos o cláusulas contractuales. Esto en las legislaciones laborales, pensionarias, de seguros y de servicios cos, entre otras; en tanto que, en un Estado social y democrático de Derecho, el bien común determina de manera inmanente el contenido garantizado constitucionalmente del derecho fundamental a la libre contratación”. (Exp. n.º 11-2013-PI/TC).

En efecto, en materia laboral existen una serie de disposiciones normativas que resultan ser imperativas tanto para el empleador como al trabajador, de

tal forma que, incluso contando en su voluntad, le impiden al trabajador su renuncia o cesión. Así, el trabajador no podrá renunciar a la jornada máxima de trabajo, al pago de gratificaciones legales, a la asignación familiar, a la compensación por tiempo de servicios, así como al descanso anual remunerado, entre otros, en atención al principio de irrenunciabilidad de derechos.

7.5 El pacto de permanencia y la libertad de empresa

El pacto de permanencia no sólo encuentra justificación en la libertad general personal y de manera más concreta en la libertad de contratación, sino que además se encuentra vinculada a la satisfacción de la libertad de empresa. En efecto, el artículo 59° de la Constitución Política del Estado prevé que: “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”

Como vemos, la libertad de empresa forma parte esencial dentro del régimen económico previsto por nuestra carta magna, siendo reconocida inmediatamente después de la determinación de la existencia de una economía social de mercado. Respecto a la libertad de empresa el Tribunal Constitucional ha indicado lo siguiente: “Si bien en una economía social de mercado, el derecho a la libertad de empresa, junto con los derechos a la libre iniciativa privada, a la libertad de comercio, a la libertad de industria y

a la libre competencia, son considerados como base del desarrollo económico y social del país, y como garantía de una sociedad democrática y pluralista. Siendo que la Constitución en su artículo 60° reconoce expresamente el pluralismo económico y que la empresa tiene las características de promotora del desarrollo y sustento de la economía nacional. El contenido esencial de las denominadas libertades económicas que integran el régimen económico de la Constitución de 1993 -libertad contractual, libertad de empresa, libre iniciativa privada, libre competencia, entre otras-, cuya real dimensión, en tanto límites al poder estatal, no puede ser entendida sino bajo los principios rectores de un determinado tipo de Estado y el modelo económico al cual se adhiere. En nuestro país ello implicaría que las controversias que surjan en torno a estas libertades deban encontrar soluciones sobre la base de una interpretación constitucional sustentada en los alcances del Estado social y democrático de derecho (artículo 43° de la Constitución) y la economía social de mercado (artículo 58 de la Constitución).” (Exp. n.° 1963-2006-AA/TC)

Como vemos, la libertad de empresa guarda estrecha relación con otras libertades económicas, como la libertad de industria, libre iniciativa privada, libertad de comercio y la ya mencionada libertad de contratación. Sin perjuicio de ello, y en cuanto al contenido de la libertad de empresa, el Tribunal Constitucional se ha preocupado de indicar que, dicho derecho fundamental permite por lo menos: (i) crear una empresa; (ii) definir los objetivos de la empresa; (iii) tener la dirección y planificación de la actividad; (iv) salir del mercado.

Así, el Tribunal ha indicado que: “De este modo, cuando el artículo 59º de la Constitución reconoce el derecho a la libertad de empresa está garantizando a todas las personas una libertad de decisión no sólo para crear empresas (libertad de fundación de una empresa), y por tanto, para actuar en el mercado (libertad de acceso al mercado), sino también para establecer los propios objetivos de la empresa (libertad de organización del empresario) y dirigir y planificar su actividad (libertad de dirección de la empresa) en atención a sus recursos y a las condiciones del propio mercado, así como la libertad de cesación o de salida del mercado”. (Exp. n.º 1405-2010-AA/TC).

De forma aún más concreta y dentro del contenido de la libertad de organización, se ha indicado que: “la libertad de empresa se erige como derecho fundamental que garantiza a todas las personas (naturales y/o jurídicas) participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no sólo debe respetar, sino que además debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58º y 59º de la Constitución. El contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipos de libertades: a) la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado; b) la libertad de organización, que contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros; c) la libertad de competencia y d) la libertad para cesar las actividades” (Exp. 3479-2011-AA/TC).

Como vemos, la contratación de personal por parte del empleador se encuentra dentro del ámbito de protección de la libertad de organización

que resulta ser una de las manifestaciones del derecho fundamental a la libertad de empresa.

En ese sentido, la posibilidad de establecer un pacto a través del cual se busca la atracción y retención del talento (es decir contratar personal y determinar las condiciones de vinculación con este) satisface la libertad de empresa al permitir organizar los recursos humanos de la forma y bajo las condiciones que sea requeridas. En ese sentido y con relación a la vinculación entre libertad de empresa y el pacto de permanencia se ha indicado con acierto que: “Ciertamente, a lo largo de todo el art. 21 ET queda patenta la existencia de un interés económico de la empresa que el legislador trata de proteger frente a posibles actividades concurrenciales del trabajador, haciéndose eco este precepto estatutario del principio económico básico en que se fundamenta la Constitución española de 1978: la libertad de empresa (Art. 38)” (Hernández, 2002, p.111)

7.6 El pacto de permanencia y la libertad de trabajo

Como hemos señalado anteriormente, el pacto de permanencia satisface o tiene sustento jurídico en el ámbito laboral, a partir de la libertad general personal, de la libertad de contratación y de la libertad de empresa. Ciertamente, sin embargo, que el pacto de permanencia supone una intervención en la libertad de trabajo.

En efecto, el artículo 2º numeral 15 de la Constitución Política del Estado establece que toda persona tiene derecho a: “trabajar libremente, con sujeción a ley”.

Con relación a ello se ha indicado que: “En la fase inicial de la relación laboral, la libertad de trabajo le concede al trabajador las siguientes decisiones fundamentales: la de trabajar o no hacerlo, la de establecer en qué actividad se va a ocupar, la de determinar si va a trabajar para sí o para otro, y en este último caso, la de precisar en favor de quién. En la fase final, dicho derecho consiste en reconocerle al trabajador la facultad de dejar el empleo por su propia voluntad” (Neves, 2001, p.24)

En sentido similar, el Tribunal Constitucional ha señalado con relación a la libertad de trabajo lo siguiente: “como el atributo para elegir a voluntad la actividad ocupacional o profesional que cada persona desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; así como de cambiarla o de cesar de ella. Para tal efecto, dicha facultad autodeterminativa deberá ser ejercida con sujeción a la ley. Por ello es por lo que existen limitaciones vinculadas con el orden público, la seguridad nacional, la salud y el interés público”. (Exp. n.º 0008-2013-PI/TC)

Como vemos, uno de las manifestaciones de la libertad de trabajo es que el trabajador pueda decidir desde y hasta cuando prestar sus servicios. Ello no supone claro está, la imposibilidad a que el trabajador por propia voluntad restrinja temporalmente los alcances de dicha libertad, obligándose, por ejemplo, a prestar servicios para determinada empresa durante cierto tiempo. Sin embargo, dicha restricción a la libertad de trabajo deberá ser razonable y proporcional a efectos de considerarla como constitucionalmente válida.

7.7 El pacto de permanencia en los trabajadores públicos

En el sistema jurídico laboral peruano, tenemos al Decreto Legislativo n.º 1025 y al Decreto Supremo n.º 009-2010-PCM los cuales regulan la capacitación y rendimiento para el sector público. En efecto, las normas expedidas bajo el gobierno del expresidente Alan García, establecieron una serie de reglas vinculadas a la capacitación y la evaluación del personal al servicio del Estado, como parte del Sistema Administrativo de Gestión de Recursos Humanos.

El artículo 10º del citado Decreto Legislativo regula el régimen de los becarios, es decir, aquellos que son favorecidos con una beca total o parcial para integrarse a un programa de formación profesional. Una de las obligaciones previstas para aquellas personas que acceden a la capacitación sufragada por el estado, es permanecer en la entidad por un plazo equivalente al doble del tiempo que dure la capacitación que reciba. En atención a ello, el literal c) del mencionado artículo indica que: “se celebrará un pacto de permanencia que comprenda una penalidad en caso de incumplimiento de la obligación de permanencia”. Así, en el caso de los trabajadores públicos, sí tenemos regulado al pacto de permanencia, el mismo que si bien no se establece un periodo máximo, se indica que este será el doble del tiempo que dure la capacitación que reciba el trabajador. Para el caso de los becarios que deseen acceder a una maestría, los trabajadores deberían tener por lo menos cuatro (4) años consecutivos de servicio al Estado.

Sobre base de lo expuesto, se verifica que el legislador peruano no ha desechado la posibilidad de celebrar pactos de permanencia sobre la base

del otorgamiento de alguna capacitación o beca otorgada a los trabajadores, supeditándolo a que la permanencia sea el doble del plazo de la capacitación. Siendo ello así, y ante una maestría de dos (2) años, por ejemplo, el trabajador deberá prestar servicios para la entidad por lo menos por cuatro (4) años, lo que supone ya una clara diferencia respecto a la regulación prevista en el ordenamiento jurídico español que hemos mencionado anteriormente.

En sentido idéntico al peruano, el artículo 26° del Estatuto Administrativo de Chile (Ley n.º 18.834) establece lo siguiente: “Los funcionarios seleccionados para seguir cursos de capacitación tendrá la obligación de asistir a éstos, desde el momento en que hayan sido seleccionados y los resultados obtenidos deberán considerarse en sus calificaciones. Lo anterior, implicará la obligación del funcionario de continuar desempeñándose en la institución o en otra de la Administración del Estado a lo menos el doble del tiempo de extensión del curso de capacitación”. En consecuencia, el pacto de permanencia sí tiene regulación específica para el caso de los trabajadores del sector público lo que determina desde que su figura no pueda ser reputada como indeseable por parte del legislador peruano.

7.8 El pacto de permanencia en el sistema jurídico español

La regulación del pacto de permanencia dentro del derecho comparado encuentra al sistema jurídico español como su principal representante. En efecto, el artículo 21 numeral 4° del Estatuto de los Trabajadores establece lo siguiente: “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”

De otro lado, el artículo 8º del Real Decreto 1382/1982 que regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección establece lo siguiente: “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 aquel abandona el trabajo antes del término fijado”

Como vemos, existen por lo menos dos disposiciones que regulan el pacto de permanencia en España, (i) uno aplicable a la mayoría de los trabajadores en la Empresa que reciban una especialización profesional para un proyecto determinado o realizar un trabajo en específico, en cuyo caso el pacto no podrá ser superior a los dos (2) años; (ii) uno aplicable a los trabajadores de alta dirección para quienes se exige sólo una especialización profesional y no se establece un plazo máximo de forma específica.

Respecto al pacto de permanencia en el sistema jurídico español se ha indicado que: “El pacto de permanencia en la empresa consiste en el compromiso por parte del trabajador de no extinguir la relación de trabajo

durante cierto periodo de tiempo, cuando haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario. Por tanto, el trabajador asume la obligación de trabajar para un empresario durante determinado lapso, renunciando expresamente a la posibilidad de dimisión con preaviso (...). En realidad, el trabajador que firma un pacto de estas características 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” (Alcázar, 1995, p.133)

La definición antes realizada nos indica con claridad que, si la causa de extinción sí tuvo una causa como la de un despido indirecto por la generación de actos de hostilidad el empleador, no resultará de aplicación las consecuencias de la dimisión en el empleo, es decir el pago de los daños y perjuicios.

Resulta relevante, sin embargo, dar cuenta de algunos pronunciamientos que hemos ubicado en España respecto a los alcances del pacto de permanencia.

- **Alcances de la Especialización Profesional**

Como hemos mencionado, en el sistema jurídico español, la validez del pacto de permanencia está vinculada a la existencia de una especialización profesional a favor del trabajador. En ese sentido se ha indicado lo siguiente: “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 (...) 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 aquella 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”. (Sentencia de fecha 26 de junio de 2001, emitida por la Cuarta Sala del Tribunal Supremo Español)

Como se aprecia, a efectos de determinar la validez del pacto de permanencia en España, será relevante la acreditación de la especialización profesional, descartándose por tanto capacitaciones propias u ordinarias que forman parte del contrato de trabajo. A efectos de ratificar dicha posición se ha indicado 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 (...) que puede ser válida en determinados supuestos, como el previsto en el art. 21.4 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 de proporcionalidad o equilibrio de intereses (...) La especialización profesional a cargo de la empresa que justifica el pacto de permanencia 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) ni tampoco la instrucción sobre el trabajo contratado que la empresa ha de dispensar a los profesionales de nuevo ingreso (...) 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”. (Sentencia de fecha 19 de setiembre de 2011, emitida por la Cuarta Sala del Tribunal Supremo Español, Recurso n.º 4677/2010)

En el mismo sentido, se indicará en otro pronunciamiento que: “A la vista de lo declarado en el hecho probado 9, puede concluirse que la formación recibida no es ni más ni menos que la que debe recibir todo trabajador cuando ingresa en una empresa. No sirvió, por tanto, para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico”. (Sentencia de fecha 11 de setiembre de 2001, emitida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Recurso n.º 1639/01)

Respecto a la formación o capacitación recibida con motivo del puesto a trabajo a desempeñar se ha indicado que: “Resulta a la vista de tales hechos que la trabajadora no ha recibido una especialización profesional para poner en marcha proyectos determinados o realizar

un trabajo específico, sino una formación genérica para llevar a cabo los cometidos propios de su trabajo como visitadora médica, con independencia de que no hubiera desempeñado con anterioridad tal trabajo, la cual incluía tanto información sobre la propia empresa y los productos que comercializa, como técnicas de venta, informática, marketing y relaciones humanas, es decir técnicas para desarrollar correctamente su trabajo, así como información, sobre nuevos productos a comercializar, por lo que tal formación genérica, a la que tiene derecho todo trabajador con arreglo al artículo 4.2.b) del E.T. no puede quedar amparada por una cláusula de permanencia como la pactada entre las partes, al ser la misma contraria al artículo 21.4 del E.T., por lo que al haberse infringido el mismo, el motivo y el recurso deben ser estimados”. (Sentencia n.º 4454 de fecha 16 de julio de 2002, emitida por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana)

De otro lado y en el caso de trabajadores contratados por una empresa que se dedicaba a la impartición de clases de gimnasia, siendo el objeto del contrato de trabajo la prestación de servicios como fisioterapeuta y la diplomatura en fisioterapia se dijo lo siguiente: “ya que la empresa demandada no ha acreditado debidamente que la formación recibida por las trabajadoras se hubiera dado para poner en marcha proyectos determinados o para realizar un trabajo específico, como establece el artículo anteriormente citado, sino que más bien que se trata de una formación que podría considerarse ordinaria, esto es la debida a todo trabajador en relación al puesto de trabajo que

desempeña. Este hecho se infiere de los siguientes datos: la actividad propia de la empresa demandada es la de impartir clases de gimnasia pilates en su centro deportivo; los contratos de trabajo tienen por objeto la prestación de servicios como monitor fisioterapeuta y la titulación de las actrices es de diplomadas en fisioterapia. Todo ello permite considerar que la formación dispensada por parte de la empresa, a través del curso al que se refiere el modificado relato del hecho probado tercero de la sentencia de instancia, no constituye una verdadera formación especializada, en el sentido referido en las sentencias de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo de fecha 26 de junio de 2001 y de 6 de mayo de 2002 , citadas en el escrito de recurso” (Sentencia n.º 277/2007 de fecha 6 de junio de 2007, emitida por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid)

7.9 Alcances de la permanencia

La obligación más importante por parte del trabajador originada como consecuencia del pacto de permanencia es que este se compromete a no extinguir el vínculo laboral, es decir, permanecer en la empresa durante el periodo de tiempo establecido en el contrato.

Sobre el particular se ha indicado que: “Para la delimitación de lo que constituye la obligación de permanencia resulta necesario (como no podía ser de otro modo) traer a colación cuál es la causa de este negocio jurídico, que como se ha señalado en el apartado anterior, radica en posibilitar al empresario la satisfacción de un interés (...) se permite a este en el art.

21.4 asumir la obligación de permanecer en la empresa durante determinado tiempo”. (Hernández, 2002, p.127)

Dicho esto, corresponde preguntarnos qué alcances tiene el permanecer en la Empresa. Una primera forma de entender la permanencia es que el trabajador se obligue a mantener el vínculo contractual, o lo que sería lo mismo, no extinguir la relación laboral por su propia voluntad.

Sin embargo, la no extinción del vínculo laboral será insuficiente para cumplir con el pacto de permanencia, pues el interés empresarial está vinculado a la efectiva prestación de servicios, pues sólo de dicha forma es posible aprovechar el talento del trabajador.

En sentido similar se ha indicado que: “la cuestión radica, entonces, en desentrañar de qué forma ha de permanecer el trabajador en la empresa para que pueda cumplirse el objetivo económico que late tras este instituto jurídico. O, lo que es lo mismo, cabe cuestionarse, atendiendo a la causa del pacto de permanencia, cómo ha de ser la permanencia en la empresa o qué exigencias o limitaciones conlleva para que pueda satisfacer el interés empresarial implícito en todo pacto de permanencia”. (Hernández, 2002, p.127)

Por tanto, debe concluirse que no bastará solamente con que el trabajador no extinga el vínculo contractual, es decir renuncie, sino que más específicamente deberá prestar los servicios comprometidos. Esta disquisición no resultará banal, pues en determinados casos (enfermedad, accidente común, entre otros) surgirá la duda respecto si el trabajador habrá cumplido con su obligación.

Sin perjuicio de ello, queda claro además que la obligación de permanencia surgirá como una obligación de no hacer, esto es, la obligación de no cesar voluntariamente en la prestación de servicios. De dicha definición se descarta como incumplimiento del pacto de permanencia extinguir el vínculo laboral por conductas realizadas por el empleador (actos de hostilidad), pues en aquellos casos, la resolución del contrato por el trabajador estará motivada no en un acto libre o voluntario sino en la conducta del propio empleador.

7.10 El pacto de permanencia y su duración

Conforme hemos descrito anteriormente, en el sistema jurídico peruano, el pacto de permanencia se encuentra expresamente regulado para el caso de los trabajadores que acceden a una capacitación o especialización sufragada por el Estado al haber accedido y obtenido una beca. En efecto, tanto el Decreto Legislativo n.º 1025 como el Decreto Supremo n.º 009-2010-PCM establecen que el trabajador deberá: “Permanecer en la entidad de trabajo por un plazo equivalente al doble del tiempo que dure la capacitación que reciba (...)”.

Como vemos, en el caso de los trabajadores públicos no se establece un plazo máximo determinado sino determinable toda vez que este estará en directa función del plazo que haya durado la capacitación, debiendo ser el doble de aquella.

En ese sentido, tenemos que en el caso de que el trabajador haya sido beneficiado con el pago de una maestría dentro del país (cuyo periodo lectivo usual es de dos años) el trabajador se verá obligado a prestar

servicios en la entidad hasta el plazo de cuatro (4) años luego de concluidos sus estudios.

Sin perjuicio, en el régimen laboral privado no existe disposición alguna que regule de forma específica el pacto de permanencia. Sin embargo, hemos indicado que en atención a la libertad de contratación y al hecho que no existe disposición jurídica que prohíba la celebración de este tipo de acuerdos, tenemos que las partes podrán convenir el plazo que estimen conveniente respecto al pacto de permanencia.

Una circunstancia similar ocurre en el caso del pacto de permanencia celebrado con el personal de alta dirección regulado por el Real Decreto 1382/1985 de España, en el que no se establece un plazo máximo de duración del pacto de permanencia. Analizando dicha situación se ha indicado que: “Empezando por los altos directivos, en efecto el RDAD no da luz sobre la duración máxima del pacto de permanencia en esta relación laboral especial”. (Hernández, 2002, p.154)

Dicho esto, y teniendo en cuenta el silencio normativo existente, la Doctrina más autorizada ha indicado que: “Sea como fuere, en caso de discrepancias o abusos en torno a este dato temporal siempre permanece abierto el recurso a la jurisdicción social que podrá atemperar los excesos (de la parte empresarial se entiende). En este orden de ideas se puede decir que las únicas limitaciones a la libertad de pacto en cuando a la determinación de la duración de la obligación de permanencia vienen constituidas por la interdicción del abuso del derecho y la necesaria protección de la libertad de trabajo que se erige en fundamento último de

la libertad resolutoria de todo trabajador, también del alto directivo”.
(Hernández, 2002, p.155)

Bajo dicha línea argumentativa, el plazo máximo del pacto de permanencia en el régimen laboral de la actividad privada será el que se acuerde por ambas partes. Sin perjuicio de ello, en caso el trabajador considere que el plazo pactado resulta ser desproporcionado o irrazonable respecto a la intervención que se efectúa a su libertad de trabajo, podrá cuestionar su validez ante el órgano jurisdiccional correspondiente.

Creemos, sin embargo, que un baremo o término de comparación válido que podría tenerse en consideración a efectos de determinar la existencia de un plazo del pacto de permanencia que sea catalogado de abusivo o desmedido, sea uno superior a los cuatro (4) años que es el plazo máximo que un trabajador público podría obligarse en caso de haber realizado una maestría otorgada por una beca del Estado.

Las razones para arribar a dicha conclusión serían básicamente las siguientes: la regulación jurídica del pacto de permanencia en el sector público data desde el año 2008 y no ha sido materia de un proceso de inconstitucionalidad debido a lo cual no cabría conforme al Código Procesal Constitucional cuestionarse de forma general su validez en el ordenamiento jurídico peruano.

En ese sentido, si dichas disposiciones permiten que un trabajador del Estado se obligue a prestar servicios el doble de tiempo de lo que duró la capacitación y en el caso de una maestría (2 años) tenemos que este tipo de trabajadores podrían obligarse a permanecer en el Estado hasta un plazo de cuatro (4) años. En todo caso, podría utilizarse la misma regla

prevista para el caso de los trabajadores privados, esto es, que el plazo de la permanencia sea el doble del tiempo que duró la capacitación recibida por el trabajador.

En caso nos encontremos frente al pacto de permanencia celebrado sobre la base del otorgamiento de sumas adicionales a la remuneración como bonificaciones de retención, entre otros, el plazo máximo sería el de cuatro (4) años conforme hemos mencionado, debiendo analizarse sin embargo las peculiaridades de cada caso en concreto.

Esta circunstancia de indefinición para las partes del contrato de trabajo denota la necesidad de regulación por parte del legislador en cuanto al pacto de permanencia en el régimen laboral privado y en particular, para los trabajadores de dirección que son en quienes se explica de mejor modo, un pacto de permanencia no vinculado al otorgamiento de capacitación alguna.

Finalmente, no debemos olvidar que a efectos de determinar la validez de un contrato, tenemos además de los supuestos generados por la legislación civil, por lo menos tres (3) criterios: “1) el contenido irrazonable injusto del contrato, convenio o acuerdo; 2) la afectación de derechos fundamentales por su contenido o las condiciones de prestación, rescisión o resolución (aquí como un subtipo está la renuncia a derechos fundamentales); 3) la quiebra de la simetría contractual o del presupuesto de igualdad de autonomía (libertad) de la voluntad. Los dos primeros son los criterios que han de aportar verdaderamente a la resolución del problema, el último solo presta un dato de hecho, cuya sola constatación no determina si se está o

no ante una cláusula lesiva de derechos fundamentales”. (Mendoza, 2009, p.116).

7.11 El pacto de permanencia y su incumplimiento por parte del trabajador

El incumplimiento principal del pacto de permanencia supondrá que el trabajador deja de prestar servicios para la Empresa con anterioridad al plazo previsto por las partes. Sin perjuicio de ello y atendiendo a las diversas causas de extinción del vínculo laboral que se establecen en el artículo 16° del Decreto Supremo n.° 003-97-TR (renuncia del trabajador, muerte, jubilación, entre otras) debe precisarse que el incumplimiento del pacto de permanencia tendrá estrecha relación con el hecho que el trabajador de forma voluntaria decida extinguir el vínculo laboral.

En efecto, la inejecución de la obligación de no hacer (no retirarse de la empresa) deberá estar sustentada en la voluntad del trabajador, descartando de dicha manera que supuestos como la muerte del trabajador o el despido proferido por el empleador puedan imputarse como generadores del incumplimiento del pacto de permanencia por parte del trabajador.

En efecto, si bien en dichos casos el trabajador no continuará prestando servicios, una interpretación correctora debería ser que el retiro de la empresa responda a la voluntad del trabajador y sobre la base de ello pueda imputársele la inejecución de la permanencia en el empleo.

Sobre el particular se ha indicado que: “Dando un paso más en el intento de delimitar el concepto de abandono de trabajo, en el sentido que se ha querido dar a esta expresión en el art. 21.4, éste sólo puede ser un tipo de

cese que tenga su origen en la voluntad del trabajador, esto es, que no derive de causas imputables al empresario, o relacionadas con su persona (o con la empresa) o de caso fortuito o fuerza mayor. (Hernández, 2002, p.207)

Sin perjuicio de ello, lo antes mencionado no resulta pacífico, pues, por ejemplo, el trabajador podría cometer una falta grave que amerite el despido y paralelamente, tratar de considerar su retiro de la empresa como no generador del incumplimiento del pacto de permanencia. Así, un sector importante de la Doctrina española indicó que: “Resulta controvertido que la extinción contractual motivada por el despido del trabajador pueda provocar el nacimiento del derecho resarcitorio que se origina por el despido del trabajador pueda provocar el nacimiento del derecho resarcitorio que se origina por la vulneración del pacto de permanencia. La sola consideración de que la decisión extintiva parta del empresario puede barajarse como argumento para excluir tal interpretación. No empero, el hecho de que la decisión del despido venga motivada por una conducta grave y culpable del trabajador sugiere hipotetizar también sobre ello”. (Hernández, 2002, p.208)

Dicho esto, a efectos del presente trabajo y teniendo en cuenta que la dimisión voluntaria (sea a través de una renuncia o retiro informal de la empresa) por parte del trabajador es el que en mayor medida nos permite verificar dicha situación como incumplimiento imputable a este respecto del pacto de permanencia, debido a lo cual nos centraremos y haremos referencia en lo sucesivo a dicho supuesto.

7.12 El pacto de permanencia y el resarcimiento al empleador

Una vez determinado que el trabajador incumplió el pacto de permanencia al retirarse voluntariamente de la empresa, siéndole imputable por tanto la inejecución de las obligaciones que le eran propias, resulta pertinente analizar las consecuencias jurídicas que emergen a partir de dicho momento.

En primer término, y aunque resulta redundante indicarlo, el trabajador no podrá ser forzado a prestar servicios por el tiempo que reste del plazo restante por ejecutar del pacto de permanencia. En efecto, el artículo 23° de la Constitución Política del Estado establece que “Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento. Por tanto, la inexistencia de voluntad por parte del trabajador de continuar con la relación laboral impide que este sea forzado a continuar prestando servicios.

Sobre el particular se ha indicado que: “la libertad del trabajador de abandonar la empresa y de integrarse, en su caso, en una tercera, constituye un pilar básico sobre el que se sustenta este Estado. Y nadie, ni siquiera el Estado, está legitimado para imponer una obligación que contravenga esa libertad del trabajador, porque ello atentaría contra la naturaleza libre del trabajo por cuenta ajena, que se articula a través del contrato de trabajo”. (Hernández, 2002, p.253)

Teniendo en claro ello, la indemnización por daños y perjuicios emerge como el mecanismo jurídicamente válido a consecuencia del incumplimiento por parte del trabajador respecto del pacto de permanencia. Es, como se dice: “la única conciliación posible entre la satisfacción de la

obligación de permanencia y el respeto a la libertad de trabajo solamente puede tener lugar a costa del sacrificio de aquella (o más bien de su cumplimiento in natura), sacrificio que ha de venir compensando para el empresario con la satisfacción de la correspondiente indemnización a cargo del trabajador”. (Hernández, 2002, p.253)

Respecto a la consecuencia indemnizatoria que ha de generarse como consecuencia del pacto de permanencia, el legislador en el caso de los trabajadores públicos sólo indica lo siguiente: “A tal efecto, se celebrará un pacto de permanencia que comprenda una penalidad en caso de incumplimiento de la obligación de permanencia”

En atención a ello, deberán ser los propios contratantes, empleador y trabajador quienes deberán decidir su cuantía. En ese sentido, tenemos que cuando los contratantes fijan convencionalmente y anteladamente a la fecha de vencimiento de la obligación el monto de los daños y perjuicios que corresponderán al acreedor en caso de que el deudor incumpla tal obligación, a ese pacto se le denominada cláusula penal.

Siguiendo al artículo 1341 del Código Civil (aplicable supletoriamente a los contratos de trabajo) la prestación de la cláusula penal es el resarcimiento por el incumplimiento de la obligación. La principal ventaja de fijar la cláusula penal conforme indica Osterling, es “evitar las intrincadas cuestiones que surgen de la valoración de los daños y perjuicios por el juez; esto es, evitar la prueba del perjuicio y el arbitrio judicial de su estimación”. (Osterling, 2005, p.305)

El Código Civil, sin embargo, permite que la cláusula penal sea reducida o atenuada por el Juez. En efecto, el artículo 1346° del cuerpo normativo precisado establece que: “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”.

En atención a ello, el Juez deberá evaluar el plazo del pacto de permanencia que fue cumplido por el trabajador, así como la cuantía de la cláusula penal. En los casos de pactos de permanencia celebrados por el otorgamiento de una capacitación o especialización al trabajador, la cláusula penal podrá incorporar el costo total de la capacitación brindada al trabajador, así como los gastos en los que haya incurrido la empresa para dichos efectos. En los casos en los que el pacto de permanencia esté vinculado al otorgamiento de una contraprestación adicional a favor de un trabajador que se obliga a permanecer en una empresa durante un tiempo determinado, la cláusula penal podrá consistir en la devolución de las bonificaciones por permanencia que se hayan venido pagando durante la ejecución del pacto.

Finalmente, debemos tener en consideración que el resarcimiento buscado por la cláusula penal a favor del empleador no debe suponer una cuantía que exceda de los daños y perjuicios irrogados, pues supondría un pacto capaz de ser controlado en sede judicial. En sentido se ha indicado que: “Exigir al trabajador una cuantía indemnizatoria que exceda de los daños y perjuicios irrogados es tanto como imponer al mismo una multa de haber, prohibida, como se sabe, por el artículo 58.3, in fine, del Estatuto de los Trabajadores. En ese sentido, pese al origen pacto de la indemnización, se

podría considerar que ha tenido lugar una renuncia de derechos por parte del trabajador prohibida por el art. 3.5 del Estatuto de los Trabajadores”.
(Hernández, 2002, p.260)

CAPITULO VIII

RESULTADOS: CONFLICTO DE APLICACIÓN SIMULTÁNEA DEL PERIODO DE PRUEBA Y EL PACTO DE PERMANENCIA EN LOS CONTRATOS DE TRABAJADORES DE DIRECCIÓN

8.1. Identificación del conflicto de la aplicación simultánea del periodo de prueba y el pacto de permanencia en los contratos de los trabajadores de dirección

Conforme hemos indicado anteriormente, a través del pacto de permanencia se satisfacen intereses empresariales como la atracción y retención del talento humano de forma tal que se aseguren en mayor medida, los objetivos fijados a efectos del crecimiento y revitalización del empleador dentro del mercado. Todo ello a partir de la era de la información y el uso generalizado de la tecnología.

En ese sentido, se ha indicado que: “Con estos presupuestos, y de conformidad con las nuevas necesidades empresariales que el desarrollo económico y tecnológico ha generado -en los términos ya descritos- se intuye el futuro de un mayor aprovechamiento de las ventajas que para empresario y trabajador supone el pacto de permanencia. Para los empresarios porque con el pacto de permanencia se tiende a alcanzar el objetivo de máxima competitividad (...)”. (Hernández, 2002, p.40)

La utilización de dicho pacto dentro del contrato de trabajo encuentra mayor justificación en el caso de los trabajadores de dirección quienes son aquellos de mayor jerarquía dentro de una organización y de quienes depende

directamente el resultado de la actividad empresarial. En efecto, la captación del talento por parte de los trabajadores de dirección supone una inversión importante para la empresa, pero, sobre todo, pone en sus manos la ejecución de decisiones que, en buena cuenta, determinarán el éxito o fracaso de la organización.

Ello justifica desde nuestro punto de vista, que se pueda intervenir en la libertad de trabajo a través de un acto volitivo por parte del personal de dirección. Dicha intervención estará justificada claro está, siempre que el trabajador perciba una contraprestación razonable por parte del empleador como una bonificación, gratificación, u otro emolumento que, de forma distinta y adicional a la remuneración mensual, retribuya la obligación de no hacer que asume el trabajador (no extinguir el vínculo laboral)

Por otro lado, debemos tener en cuenta que el periodo de prueba, por su parte, supone la posibilidad que durante el plazo previsto por la ley (3 meses), u acordado por las partes (6 meses o un año como máximo) tanto el trabajador, pero principalmente el empleador extinga el vínculo laboral sin la generación de consecuencias jurídicas negativas para alguno de ellos.

Sin embargo, el periodo de prueba previsto en el ordenamiento jurídico peruano desde el año 1928 hasta la regulación existente en el artículo 10° del Decreto Supremo n.° 003-97-TR, ha omitido regular que sucede con dicho instituto en caso nos encontremos frente a un contrato de trabajo en el que exista un pacto de permanencia.

La relevancia de la problemática antes mencionada resulta incrementada si tenemos en cuenta que el periodo de prueba en el que pueden converger tanto el pacto de permanencia como el periodo de prueba en el caso de los

trabajadores de dirección puede ser hasta de un año. Es decir, un periodo de tiempo en el que el trabajador debe evitar la aceptación de una oferta laboral ajena a la empresa, pero a la vez el empleador si puede considerar que el periodo de prueba no ha sido superado por el trabajador.

8.2. Efectos del conflicto de la aplicación simultánea del periodo de prueba y el pacto de permanencia en los contratos de los trabajadores de dirección

La convergencia de ambos institutos (pacto de permanencia y periodo de prueba) mereció nuestra atención en función a la doble intervención que se efectúa a la libertad de trabajo. En efecto, parece razonable que la ley y la Constitución toleren una intervención a la libertad de trabajo a efectos de satisfacer la libertad de empresa, siempre que se genere un beneficio para el trabajador (otorgamiento de una capacitación especial o el pago de sumas mayores a la remuneración).

Sin embargo, no consideramos razonable que a la misma vez que se prodiga la obligación del trabajador de no retirarse de la empresa antes del periodo previsto por las partes, se permita que el empleador de manera unilateral extinga el contrato de trabajo sin necesidad de justificación alguna (pues conforme hemos visto el periodo de prueba es una institución incausada por lo que el empleador no deberá justificar los motivos de su decisión).

En buena cuenta, no resulta proporcional que se permita la intervención de la libertad de trabajo durante determinado periodo de tiempo, pero a la vez se le permita exclusivamente al empleador alegar la no superación del

periodo de prueba (el trabajador no podría alegar eso en función a encontrarse obligado a lo contrario por el pacto de permanencia).

De otro lado, y en cuanto a la naturaleza jurídica del periodo de prueba tenemos que aquel supone que las partes de la relación laboral se conozcan principalmente en cuanto a la forma en que el trabajador desempeña sus labores e interactúa con el entorno laboral (compañeros de trabajo, tecnología, etc.). Supone en ese sentido, un desconocimiento mayoritario en cuanto a la forma de trabajar en la práctica del postulante elegido y por tanto resulta justificado que la protección contra el despido se realice a partir de la superación del plazo previsto por el legislador o por las partes.

Sin embargo, en el caso de los trabajadores de dirección, es justamente su talento y capacidades los que determinarán su incorporación en la empresa. Por tanto, no existe un desconocimiento palpable respecto de la forma en que presta servicios el trabajador de dirección, pues justamente fue aquello lo que determinó que pretenda incorporarlo como personal de dirección de la empresa.

Adicionalmente a ello, y conforme hemos indicado, ambos institutos jurídicos parten de supuestos totalmente disímiles, pues la justificación de la aplicación del periodo de prueba la tenemos en la ceguera por parte del empleador en cuanto a cómo efectúa o presta sus servicios el trabajador. Por otro lado, el pacto de permanencia se justifica en el talento que el empleador busca atraer o retener, y justamente está interesado en atraerlo o retenerlo porque conoce las habilidades, logros u objetivos del personal de dirección que busca contratar.

En consecuencia, tenemos que los efectos de la aplicación del periodo de prueba durante la existencia de un pacto de permanencia suponen una doble afectación en la libertad de trabajo o en todo caso, el agravamiento de dicha libertad. A efectos de analizar ello, resulta necesario verificar los alcances o intensidad de la afectación de la libertad de trabajo y, por otro lado, el grado de satisfacción en la libertad de empresa.

8.3. El principio de proporcionalidad y razonabilidad como requisitos de validez para el legislador y para los operadores del derecho

Los principios de proporcionalidad y razonabilidad conforme hemos indicado, resultan ser principios ordenadores del sistema jurídico que permiten evitar intervenciones arbitrarias o injustificadas en los derechos fundamentales, por parte del legislador y de actos entre particulares. El principio de proporcionalidad, viene a ser un principio de naturaleza constitucional que permite “medir, controlar y determinar que aquellas injerencias directas o indirectas, tanto de los poderes públicos como de los particulares, sobre el ámbito o esfera de los derechos de la persona humana, respondan a criterios de adecuación, coherencia, necesidad, equilibrio y beneficio entre el fin lícitamente perseguido y los bienes jurídicos potencialmente afectados o intervenidos, de modo que sean compatibles con las normas constitucionales”. (Sánchez, 2010, p.221)

En ese sentido, se ha indicado que: “En efecto, las decisiones de la Corte Suprema reflejan cómo la ponderación entre los derechos es el método utilizado para seleccionar aquellas actividades privadas cuya colisión con

otros derechos las convierte en dudosas, desde el punto de vista constitucional” (Bilbao, 1997, p.132)

Por otro lado, Javier Barnes, citando a la Jurisprudencia del Tribunal Federal Alemán, establece lo siguiente: “cualquier restricción de la esfera de libertad que se encuentra protegida por los derechos fundamentales habrá de respetar con todo escrúpulo el principio de proporcionalidad de los medios”. (Barnes, 1994, p.510)

En esta misma línea de razonamiento, el Tribunal Constitucional peruano también ha enfatizado que: “(...) todo límite a los derechos fundamentales, por tratarse de tales, no debe superar, por así llamarlo, el ‘límite de los límites’, es decir, los principios de razonabilidad y proporcionalidad”. (Exp. n.º 4677-2004-AA/TC).

Como vemos, los principios de razonabilidad y proporcionalidad se presentan como requisitos de validez para el legislador y para todos los operadores del derecho. Así, no bastará regirse por lo que se indica en determinada disposición normativa, sino que habrá que verificar si en el caso en concreto lo previsto por dicha disposición respeta los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

En sentido, y en palabras de Pedro Grández puede afirmarse que: “toda Constitución que tiene como premisa básica la dignidad humana y los derechos fundamentales, incluye implícito el principio de proporcionalidad como resguardo último frente a toda intervención o limitación por parte de los poderes, públicos o privados”. (Grández, 2007, p.227)

8.4. Prohibición de una intervención desproporcional en la libertad de trabajo

Teniendo en cuenta ello, resulta pertinente efectuar el test de proporcionalidad a efectos de analizar el grado de afectación de la libertad de trabajo y el de satisfacción que recibe el empleador a través de la libertad de empresa.

En primer término, debemos indicar que tanto el pacto de permanencia, así como el periodo de prueba resultan ser instituciones jurídicas idóneas a efectos de satisfacer la libertad de empresa, toda vez que, a través de ellas, el empleador puede solventar sus necesidades de recursos humanos durante determinado periodo de tiempo, y extinguir el vínculo laboral durante el periodo de prueba en caso no colme las expectativas empresariales. Por tanto, estimamos que sí se cumple con el principio de idoneidad o adecuación.

De otro lado, y en cuanto al subprincipio de necesidad, debemos verificar si existe otra medida igualmente satisfactoria a través de la cual se pueda intervenir en menor medida la libertad de trabajo a efectos de lograr el mismo fin constitucional. Sobre el particular, estimamos que, sí existe otra medida igualmente satisfactoria como sería que la aplicación del periodo de prueba se efectúe en primer orden, esto es, el empresario utilice el plazo de tiempo previsto en la legislación laboral (hasta un año para los trabajadores de dirección) a efectos de determinar si un trabajador de dirección ha colmado sus expectativas.

Luego de ocurrido esto, el empleador se encontrará facultado a celebrar con el trabajador el pacto de permanencia por el periodo de tiempo que estimen

necesario. De dicha forma, el trabajador no recibe un sacrificio desmedido y puede llevar a cabo sus labores sin una doble intervención en su libertad de trabajo durante el mismo periodo de tiempo.

Ocurrido esto, resulta palpable que la aplicación simultánea del pacto de permanencia y el periodo de prueba en los contratos de trabajo de los trabajadores de dirección no supera el test de proporcionalidad al no ser necesaria, pues existe una situación de hecho que permite lograr los mismos fines, pero sin sacrificar de forma desmedida a la libertad de trabajo.

Sin perjuicio de lo anterior y atendiendo a que al test de necesidad se basa en la búsqueda de situaciones fácticas en el que el operador tiene una gran carga subjetiva, supondremos que el test de necesidad fue superado, sólo para fines de continuar con la discusión.

Finalmente, y en cuanto a la ponderación en sentido estricto, corresponde analizar el grado de satisfacción que se genera en la libertad de empresa y el grado de afectación que recibe la libertad de trabajo. Respecto de esto último estimamos que el grado de afectación en la libertad de trabajo es grave toda vez que el trabajador de dirección no tendrá protección contra el despido arbitrario durante un año y adicionalmente a ello, no podrá resolver el contrato de trabajo al encontrarse regido por el pacto de permanencia que le supone mantenerse en el empleo durante el plazo establecido. Dicha circunstancia determina una afectación grave en la libertad de trabajo.

De otro lado y en cuanto al grado de satisfacción de la libertad de empresa a través del pacto de permanencia y del periodo de prueba es leve o medio, toda vez que la sola celebración del pacto de permanencia no asegura el logro de los objetivos empresariales sino sólo la continuidad del trabajador

en la empresa. En ese sentido, si bien la confluencia de ambos pactos tiene vinculación directa con la libertad de organización que es conformante de la libertad de empresa, puede generarse un incentivo perverso que al fin de cuentas perturbe el normal desenvolvimiento de la empresa, más aún si se tiene en cuenta que la salida de un trabajador forma parte del normal desenvolvimiento de las relaciones contractuales laborales, y por tanto es algo esperable por todo empleador.

Así, se concluye que la aplicación del periodo de prueba de forma simultánea durante la vigencia de un pacto de permanencia supone una intervención desproporcionada en la libertad de trabajo y por tanto debe ser catalogada como inconstitucional.

8.5. Necesidad Regulatoria

Teniendo en cuenta que existe una medida igualmente satisfactoria a la de la aplicación simultánea del periodo de prueba y del pacto de permanencia, estimamos que el legislador laboral peruano debería regular la utilización del pacto de permanencia en el caso de los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada, estableciendo requisitos, plazos y límites que deben ser cumplidos para su celebración.

De otro lado, es necesario efectuar la disquisición en la regulación del periodo de prueba respecto a que su aplicación será constitucional cuando exista un pacto de permanencia, siempre que se efectúe de manera sucesiva y no coetánea.

CAPÍTULO IX

DISCUSION

Los resultados de esta investigación con relación a nuestros objetivos comprueban las hipótesis propuestas.

Se afirmó que la aplicación simultánea del periodo de prueba dentro de los contratos con pacto de permanencia afecta la libertad del trabajo del personal de dirección. Siendo que de la revisión de la diversa literatura que ha definido no solo ambas figuras dentro de la legislación nacional y extranjera, así como el contenido esencial de la libertad del trabajo, se ha podido determinar que la posibilidad de esta aplicación simultánea, ante la falta de regulación temporal de la aplicación de la misma, causaría una grave afectación al derecho a la libertad del trabajo, en tanto supone de dotar al empleador de la discrecionalidad de dar inicio al cumplimiento de ambos periodos a la vez, lo cual generaría no solo la sumisión del trabajador a no poder decidir, durante el periodo en que tendría el derecho de hacerlo, si las condiciones en las que se desarrolla son las que el elegiría a efectos de desempeñarse laboralmente; y de otro lado, verse sometido al pago de una penalidad por su retiro antes del tiempo establecido; ello en función a que, como se ha mencionado, la finalidad de retener el talento de un trabajador de dirección, va más allá de la capacitación o especialización que se le pudiese brindar; sino que se resalta la necesidad de su labor de dirección a efectos de cumplirse metas establecidas en el desarrollo de la empresa; lo cual, al someter el investigador ambas premisas al test de proporcionalidad, concluye que la aplicación del periodo de prueba de forma simultánea durante la vigencia de un pacto de permanencia

supone una intervención desproporcionada en la libertad de trabajo por lo cual, el objetivo principal ha sido resuelto con la hipótesis planteada en el presente.

Se afirmó que la aplicación temporal del periodo de prueba dentro de los contratos con pacto de permanencia no se encontraría regulado en la legislación nacional para los trabajadores del sector privado. Comprobándose dicha hipótesis por cuanto en la actualidad ante esta falta de regulación previa al incluir la cláusula del pacto de permanencia en los contratos de los trabajadores de dirección en coexistencia con el periodo de prueba, independientemente de la cualidad del mismo, en tanto entendemos que este periodo no solo es garantía para el empleador de la resolución de un contrato evitando se generen consecuencias negativas para este, sino además, contiene la garantía de que el trabajador, bajo el cumplimiento de la formalidad debida, pueda lograr desvincularse de la empresa, sin generar consecuencias para sí mismo, ello en el ejercicio a su derecho de la libertad de trabajo. Por lo cual, ante la desatención del legislador en normar este extremo, estaremos ante la situación de una aplicación simultánea, que por un extremo sujeta al trabajador a la relación laboral bajo la figura de un pacto que de incumplirse le generara un perjuicio económico; y a la par dentro de un periodo de prueba dentro del cual, el empleador, en ejercicio de este como instituto de su defensa, tendrá discrecionalidad para resolver el contrato de no encontrar satisfacción en la labor y/o desempeño del trabajador. Y que, al haber revisado la legislación de otros países, en los que se encuentra regulado dicho extremo, el mismo aun dejaría vacíos que consideramos, se podrían suplir en nuestro país, haciendo hincapié en que una modificación al actual ordenamiento que contiene lo referido al periodo de prueba, podría además definir y circunscribir lo relacionado al pacto de permanencia, todo ello en función a los principios que actuarían como

directrices ante la determinación de este. Por lo cual, el objetivo secundario específico habría sido resuelto con la hipótesis planteada para este.

Se afirmó, además, que el principio de proporcionalidad influiría en la aplicación simultánea del periodo de prueba y el pacto de permanencia en los contratos de los trabajadores de dirección. Habiéndose analizado el diverso material de referencia respecto a los principios directrices del Derecho del Trabajo en el Perú, entre ellos, el de proporcionalidad, se ha verificado que aquel resulta ser un parámetro de validez de los pactos previstos entre empleador y trabajador, encontrándose regulado en diversas disposiciones normativas en materia laboral, lo que realza la preocupación del legislador porque en la relación de trabajo, las conductas desplegadas por la empresa intervengan en los derechos de los trabajadores de manera proporcional, sin que implique un sacrificio desmedido o grave. De igual modo, se ha verificado que, ante la ausencia de regulación específica respecto del pacto de permanencia para los trabajadores del sector privado, los alcances de dicho pacto podrán ser previstos por la voluntad de las partes, teniendo como límite al principio de proporcionalidad, más aún si se considera la relación asimétrica que existe entre trabajadores y empleadores. Por lo cual el segundo objetivo secundario específico habría sido resuelto con la hipótesis planteada para este.

CONCLUSIONES

PRIMERO: Del análisis de los principios y su aplicación en la legislación laboral, los cuales se han definido como estándares que han de ser observados como reglas rectoras que importan en la elaboración de las normas de carácter laboral, a efectos de servir de fuente de inspiración directa o indirecta de la solución de conflictos, mediante su interpretación, aplicación o interposición; ante la concurrencia de situaciones como la que se ha planteado en el presente; siendo que además, deberán ser considerados como criterios a efectos no solo de solucionar el problema, sino además, de satisfacer la necesidad de regulación.

SEGUNDO: Se ha determinado, respecto del periodo de prueba que además de ser un lapso de tiempo en que el legislador le otorga dispensa de la protección contra el despido arbitrario al trabajador, es la oportunidad que se le da al empleador a fin de que determine, de acuerdo a sus expectativas, si este reúne las condiciones y competencias necesarias para el desempeño de las funciones que le fueran encomendadas, favoreciendo en este caso, al empresario, en tanto puede hacer uso de su facultad discrecional durante este periodo sin la posibilidad de que ello le genere el pago de una indemnización; y al trabajador, por otro lado, en tanto de no sentirse

conforme en el trabajo, poder retirarse del mismo, en el libre uso de su derecho a la libertad del trabajo. Por lo cual en relación con el primer objetivo de la investigación se determina que la aplicación simultánea del periodo de prueba dentro de los contratos con pacto de permanencia afecta el derecho a la libertad de trabajo del empleado de dirección.

TERCERO: Respecto del pacto de permanencia, este se ha definido como una forma de que el empleador asegure sus intereses comerciales e industriales, en tanto se busca a través de ella proteger la inversión que este habría realizado en la capacitación, perfeccionamiento y adiestramiento en la labor del empleado, en este caso, en el trabajador de dirección. En tanto a su relación con el derecho a la libertad del trabajo; si bien en principio se pudiese generar controversia de que este, por si solo limitaría este derecho fundamental, se puede afirmar que la celebración de un contrato con este tipo de cláusula no resultaría inválido, por cuanto la única situación en que se presentaría la invalidez del mismo, sería ante la falta de proporción entre la limitación del derecho mediante este pacto de permanencia y los fines que con este se pretenden conseguir con su aplicación, tales como el coste del beneficio de la capacitación, adiestramiento o perfeccionamiento de habilidades del trabajador a ser dispuestos en la empresa. Por lo cual en relación con el segundo objetivo de la investigación podemos concluir, que la aplicación temporal del periodo de prueba dentro de los contratos

con pacto de permanencia no se encuentra regulado en la legislación nacional para los trabajadores del sector privado.

QUINTO: Que a efectos de la solución de este conflicto de ambas figuras en coexistencia, se encuentra soporte en la observancia total de los principios de proporcionalidad y razonabilidad, al ser estos parámetros que permiten delimitar la validez de las limitaciones que pueden invocarse respecto de los derechos fundamentales; en tanto, al estar ante dos figuras que cautelan el interés, por un lado del trabajador a poder retirarse del contrato sin coste alguno en uso de su derecho de libertad al trabajo, por el otro, tenemos la garantía con que cuenta el empleador que habría invertido en la capacitación y perfeccionamiento de su trabajador o el otorgamiento de una contraprestación extraordinaria con la finalidad de que se cumplan los objetivos y proyecciones de su empresa más aun siendo el caso de este tipo de trabajadores, en que más allá de los costos de capacitación estaríamos ante los costos de proyección de dirección y alcance de metas empresariales; es necesario bajo este principio, señalar que al ser el periodo de prueba un espacio de liberalidad de ambas partes ante el contrato de trabajo y su resolución unilateral, debe ser el primero en aplicarse; y con posterioridad a que se superó este periodo de vislumbramiento de las primigenias capacidades estrictamente necesarias para el puesto de parte del trabajador, se deberá de aplicar el pacto de permanencia; en tanto ya se contaría con la “confianza” suficiente para invertir en incrementar ciertas

capacidades y perfeccionamiento del trabajador, así como haber proyectado si con estas se conseguirían los resultados a los que se habría proyectado, ello con la finalidad de que se cumplan los objetivos empresariales o de la institución.

SEXTO: Consideramos que a la par del periodo y momento de inicio del cumplimiento de esta cláusula contractual, se debe regular la figura del “pacto de permanencia” bajo los principios de proporcionalidad y equilibrio de intereses; debiéndose señalar para el planteamiento de esta figura una causa justa o suficiente que motive su planteamiento dentro de la relación laboral. Por ello debe normarse no solo la duración en proporción a la duración del contrato; teniendo en cuenta que estamos ante un trabajador que depende de la confianza que le brinde el empleador; la proporción de la indemnización exigida así como la valoración de los perjuicios reales que sufriera el empleador con su incumplimiento en relación a los proyectos de su representada; y la proporción entre la indemnización y el coste de lo que se dejaría de percibir al tener que interrumpir la proyección de metas empresariales..

SETIMO: Ante tal situación problemática, consideramos necesaria la regulación no sólo del extremo del momento de aplicación del pacto de permanencia, el cual debería ser posterior a que el trabajador de confianza haya superado el periodo de prueba determinado en el contrato de trabajo. De forma que este plazo inicial cumpla su

finalidad, el generar la convicción en el empleador de las capacidades adecuadas para la realización de la labor de parte del trabajador; para con posterioridad, una vez generada la confianza suficiente, se pueda someter a un pacto que intentaría evitar la marcha de un trabajador a quien se le habría brindado una formación específica para el mejor desarrollo de los proyectos de la empresa, sino además, la duración de este, específicamente en el ámbito privado.

RECOMENDACIONES

PRIMERO: Dentro del análisis realizado, y ante la problemática planteada para esta investigación, es recomendación la aplicación, no solo de los principios señalados que en general enmarcan la aplicación de las norma laborales, sino la utilización permanente de los principios de razonabilidad y proporcionalidad a efectos de controlar controversias o disyuntivas de la aplicación temporal de figuras como las que han sido materia de esta investigación, a fin de suplir en primer orden la falta de regulación normativa.

SEGUNDO: Se recomienda implementar dentro del articulado proscrito al periodo de prueba dentro del Decreto Supremo n.º 003-1997-TR artículo n.º10, en cuanto a la duración de este previo a la aplicación de alguna otra cláusula como la del pacto de permanencia dentro de un contrato laboral referido a los trabajadores de dirección, debiéndose plantear por ello una modificación a dicha norma.

TERCERO: Se recomienda al legislador, ante el vacío legal respecto a los alcances del pacto de permanencia de los trabajadores de la actividad privada dentro de un contrato laboral del trabajador de dirección se genere la determinación de los requisitos mínimos para su aplicación, en observancia previa a los efectos que han conseguido en su ordenamiento legislaciones extranjeras.

CUARTO: Se recomienda que los alcances de la norma modificada o implementada respecto al pacto de permanencia sean previstos de forma que pueda ser extensivos no solo a la tipología de trabajadores de dirección, sino que pueda ser utilizado respecto a todo contrato en el que se requiera incluir dicha cláusula.

QUINTO: A efectos de contribuir con un primer alcance en la regulación normativa, el investigador ha proyectado la modificación al Decreto Supremo n.º 003-1997-TR artículo n.º10 segundo párrafo, a fin de proponer una fórmula legislativa que pueda, en la medida de su aprobación, suplir la falta de regulación específica en el tema materia de investigación.

PROPUESTA LEGISLATIVA

Presentación:

El autor que suscribe, Dante Abraham Botton Girón, egresado de la Escuela de Posgrado de la Universidad Privada San Martín de Porres, ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa ciudadana que le confiere el Artículo 2° inciso 17 de la Constitución Política del Perú, y acompañando las firmas reunidas del 0.3% del padrón nacional debidamente corroborado el procedimiento de comprobación de firmas con resolución expedida por la Oficina Nacional de Procesos Electorales, de acuerdo con la ley que regula la materia. Asimismo, cumpliendo con lo exigido en los artículos n.º 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, se plantea la propuesta legislativa siguiente:

Título:

PROPUESTA LEGISLATIVA

PROYECTO DE LEY

Texto Normativo:

“Determinación de la prohibición de la aplicación simultánea del periodo de prueba y el pacto de permanencia en los contratos laborales de los trabajadores de dirección.”

Declárese la aprobación del presente Proyecto de Ley, que señala y precisa el momento de la aplicación correcta del pacto de permanencia y el periodo de prueba en cuanto a la existencia de ambos en un contrato laboral del personal de dirección.

Exposición de motivos:

Al realizarse el análisis de los diferentes problemas que surgen en los contratos de los trabajadores de dirección, tenemos que en la realidad existen pacto de permanencia cuya aplicación coincidiría con la vigencia del periodo de prueba. Dicho conflicto podría extenderse conforme al Decreto Supremo n.º 003-97-TR artículo n.º10 segundo párrafo, hasta por el plazo de 1 año.

Determinándose que existe una falta de regulación en cuanto a la determinación de la aplicación de ambos periodos, por lo cual luego de haber abordado aspectos como doctrina, legislación y situaciones especiales referidas a los derechos que les asistirían a este tipo de trabajadores y su protección frente a la presencia de las cláusulas de pactos de permanencia, y la determinación de la inoperancia del Estado en legislar este aspecto de relevancia en la aplicación de cláusulas que se contrapondrían o tendrían aplicación simultánea con el periodo de prueba ya determinado en la legislación laboral, generando en este vacío la vulneración de diversos principios y derechos laborales; es que se opta por la regulación específica en la aplicación temporal de ambas figuras, ante su existencia en la contratación laboral del trabajador de dirección, siendo necesario con ello adicionar al referido artículo un párrafo que aclare y señale la oportunidad de aplicación entre uno y otro periodo.

Análisis costo beneficio

La propuesta de adicionar un párrafo a la señalada norma no genera ningún costo al Estado peruano ni al tesoro público, por el contrario, contribuye notablemente a la solución del problema de la posible aplicación simultánea del periodo de prueba

y el pacto de permanencia, lo cual genera la inobservancia de derechos laborales a este grupo de trabajadores, señalando que dicha controversia a la fecha no ha sido tutelada por el Estado.

Efecto de la Vigencia de la norma sobre la legislación nacional

El presente proyecto no irroga gasto alguno al erario, por el contrario, contribuye a concordar nuestra legislación nacional.

POPUESTA DE INICIATIVA LEGISLATIVA

PROYECTO DE LEY

Ley que modifica el artículo 10 del Decreto Supremo n.º 003-97-TR

Artículo 1º. - Objeto de la Ley

Modificación del Decreto Supremo n.º 003-97-TR, en los siguientes términos:

“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.

En los casos de los trabajadores de dirección y trabajadores de confianza, y ante la existencia de un pacto de permanencia como cláusula del

contrato laboral, se aplicará en primer lugar el plazo del periodo de prueba (6 o 12 meses), luego de cuyo vencimiento se iniciarán los efectos del pacto de permanencia.”

Artículo 2°. - Vigencia

La presente Ley entra en vigor al día siguiente de su publicación en el diario oficial El Peruano.

FUENTES DE INFORMACIÓN

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Ackerman, Mario (2008) **Tratado de Derecho del Trabajo**. Buenos Aires – Argentina: Rubinzal – Culzoni Editores. 1ra Edición.

Alcázar Ortiz, Sara y De Val Tena, Ángel Luis (1995) **Los Pactos de Dedicación Exclusiva y Permanencia en la Empresa**. En: Revista Proyecto Social, núm. 3, 1995.

Aldera, Rafael (1960) **Derecho del Trabajo**. Buenos Aires - Argentina: Editorial El Ateneo. Segunda Edición. Tomo I.

Almansa Pastor, José Manuel (1972) **Los Principios Generales del Derecho en las Fuentes Normativas del Derecho del Trabajo**, Valencia - España en: Cuadernos de la Cátedra de Derecho del Trabajo, año II, n.º 3.

Alonso García, Manuel (1975) **Curso de Derecho del Trabajo**. Barcelona – España: Editorial Ariel. 1ra Edición.

Alonso Olea, Manuel (1960) **Derecho del Trabajo**. Barcelona – España: Editorial Bosch. 1ra Edición.

Anacleto Guerrero, Víctor (2015) **Manual de Derecho del Trabajo**. Lima – Perú: Grupo Editorial Lex & Juris. 1ra Edición.

Arévalo Vela, Javier (2016) **Tratado de Derecho Laboral**. Lima – Perú: Editorial Instituto Pacífico. 1ra Edición.

- Ascarelli, Tullio (1947) **Introducción al Derecho Comercial. Parte general de las Obligaciones Comerciales**. Buenos Aires - Argentina: Edicar. 1era Edición.
- Asquerino Lamparero, María José (2017) **El Periodo de Prueba en las Relaciones Laborales Especiales**. España. En: Temas Laborales n.º 139/2017, Revista Andaluza de trabajo y bienestar social.
- Bernal Pulido, Carlos (2005) **El Derecho de los Derechos**. Bogotá – Colombia: Universidad Externado de Colombia. 1ra Edición.
- Bilbao, A. (1997) **El Accidente de Trabajo: Entre lo Negativo y lo Irreformable**. Madrid – España, Editorial Siglo XXI. 1era Edición.
- Blancas Bustamante, Carlos (2006) **El Despido en el Derecho Laboral Peruano**. Lima – Perú: Segunda Edición. Ara Editores.
- Borrajo Dacruz, Efrén (1985) **El Personal de Alta Dirección en la Empresa**. Madrid – España, En: Revista Española Derecho del Trabajo (Civitas) núm. 22, Editorial La Ley.
- Cabanellas, Guillermo (1968) **Compendio de Derecho Laboral**. Buenos Aires - Argentina: Libros Científicos. Libro de Edición Argentina. Tomo I.
- Cabanellas, Guillermo (1978) **Diccionario de Términos Jurídicos**. Buenos Aires – Argentina: Edit. Heliasta. 1era Edición.
- Caldera, Rafael (1960) **Derecho del Trabajo**. Buenos Aires - Argentina: Editorial El Ateneo. Segunda Edición. Tomo I. 1960.
- Campos Rivera, Domingo (2012) **Diccionario de Derecho Laboral**, Colombia: Editorial Themis S.A, Primera Edición.

- Carro Igelmo, Alberto José (1985) **Curso de Derecho del Trabajo**. Barcelona – España: Editorial Bosch. 1ra. Edición.
- Castillo Córdova, Luis Fernando (2005) **¿Existen los llamados conflictos entre derechos fundamentales?**, México. En: Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. N° 12, Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cessari, Aldo (1966) **Il Favor Verso il Prestatore di Lavoro Subordinato**. Milano – Italia. A. Giuffrè.
- Chávez Núñez, Frida (2012) **El Pacto de Permanencia y su Relación con el Derecho a la Libertad de Trabajo**. Lima – Perú. En: Soluciones Laborales n.º 49. Gaceta Jurídica.
- Clérico, Laura (2009) **El Examen de Proporcionalidad en el Derecho Constitucional**. Buenos Aires - Argentina: Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires y EUDEBA.
- Cruz Villalón, Jesús (1985) **Problemas Prácticos del Período de Prueba**. Madrid – España. En: Revista Política Social núm. 148.
- De la Cueva, Mario (1964) **Derecho Mexicano del Trabajo**. México: Porrúa. Tomo I. Décimo Primera Edición.
- Dolorier Torres, Javier (2010) **Tratado Práctico de Derecho Laboral. Derecho Individual del Trabajo**. Lima – Perú. 1ra Edición.
- Feria Valverde, Patricia (2012) **El Pacto de Permanencia en la Empresa**, Lima – Perú. En: Asesoría Laboral n.º 261. Ediciones Caballero Bustamante.

Gamarra Vílchez, Leopoldo. (2004) **El Deber de Buena Fe del Trabajador: Faltas Graves Derivadas de su Trasgresión**, Lima – Perú: En Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Guerrero Figueroa, Guillermo (1999) **Principios Fundamentales del Derecho del Trabajo**. Santa Fe de Bogotá – Colombia: Leyer. 1ra Edición.

Hernández, Sirvent (2003) **El Pacto de Permanencia en la Empresa**. Valencia – España: Tirant Lo Blanch. 1era Edición.

Jara Bautista, José Luis (2017) **El Periodo de Prueba Laboral en el Perú**. Lima – Perú: Editorial Lex & Juris. 1ra Edición.

Lastra Lastra, José Manuel (2003) **Paradojas de la Autonomía de la Voluntad en las Relaciones de Trabajo**. México. En: Revista de Derecho Privado, nueva época, año 2, núm. 5.

Martín Valverde, Antonio (1976) **El Periodo de Prueba en el Contrato de Trabajo**. Madrid – España: Editorial Montecorvo.

Martin Valverde, Antonio (2009) **Derecho del Trabajo**. Madrid – España: Tecnos, Décimo Octava Edición.

Mendoza Escalante, Mijail (2009) **Derechos Fundamentales y Derecho Privado**. Lima – Perú: Editorial Grijley. 1ra Edición.

Montenegro Baca, José (1981) **La Estabilidad en el Empleo**. México D.F. En: El Derecho Laboral en Iberoamérica. Capítulo 18. Editorial Trillas. 1ra. Edición.

- Montoya Melgar, Alfredo (2014) **Derecho del Trabajo**. Madrid – España: Trigésimo Quinta Edición. Tecnos.
- Munita Luco, Enrique (2014) **El Principio Protector y la Regla del In Dubio Pro Operario como Criterio de Interpretación de la Norma Laboral**. Santiago de Chile: En: Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Vol. 5, n.º 10.
- Neves Mujica, Javier (2001) **Libertad de Trabajo, Derecho al Trabajo y Derecho de Estabilidad en el Trabajo**. Lima – Perú. En: Derecho & Sociedad n.º 17. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Neves Mujica, Javier (2014) **Introducción al Derecho al Trabajo**. Lima – Perú: Fondo Editorial de la Universidad Católica. Tercera Edición.
- Palomeque López, M. (1998) **Derecho del Trabajo**. Madrid-España: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Sexta Edición.
- Palomeque López, Manuel Carlos y Álvarez de la Rosa (2008) **Curso de Derecho del Trabajo**. Madrid – España: Editorial Ceura. Décimo Sexta Edición.
- Pérez Botija, Eugenio (1960) **Curso de Derecho del Trabajo**. Madrid – España: Editorial Tecnos S.A. Sexta Edición.
- Pizarro Díaz, Mónica (2006) **La Remuneración en el Perú**. Lima – Perú: Gonzáles & Asociados, Consultores Laborales. 1ra Edición.
- Pla Rodríguez, Américo (1998) **Los Principios del Derecho del Trabajo**. Buenos Aires – Argentina: Depalma. Tercera Edición.

Quiñones Infante, Sergio (2007) **La Libertad de Trabajo: Vigencia de un Principio y Derecho Fundamental en el Perú**. Lima – Perú: Palestra Editores. 1ra Edición.

Recasens Siches, Luis (1956) **Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho**, México: Dianoia. 1era Edición.

Roqueta Buj, Remedios (2018) **Derecho del Trabajo**. Valencia – España: Tirant Lo Blanch. Sexta Edición.

Sánchez Gil, R. (2010), **El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana**, En Carbonell, Miguel y Pedro Grández Castro (Coordinadores). Lima - Perú: Palestra.

Soluciones Laborales (2012) **Proyecto de Ley General del Trabajo**. Lima – Perú: Gaceta Jurídica. 1ra Edición.

Toledo Toribio, Omar (2011) **Principios y Competencia en la Nueva Ley Procesal del Trabajo Ley n.º 29497**. Lima – Perú: Grijley. 1era Edición.

Toyama Miyagusuku, Jorge & Merzthal Shigyo, Marilú (2014). **Reflexiones sobre el Tratamiento Jurisprudencial del Personal de Dirección y de Confianza**. Lima – Perú: En: Themis Revista De Derecho n.º 65.

Toyama Miyagusuku, Jorge (1993) **Principio de Condición más Beneficiosa**. Lima – Perú: En: Derecho & Sociedad n.º 7. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica.

Toyama Miyagusuku, Jorge y Caro Paccini, Eliana (2004) **La Reforma Laboral de los Noventa: ¿Lección Aprendida?**”. Lima – Perú: Revista Foro Jurídico. n.º 3.

Villavicencio Ríos, Alfredo (2013) **El Derecho al trabajo: en Tránsito del Despido Libre al Derecho Constitucional Garantizado**. Lima – Perú: En: Revista Derecho PUCP. n.º 71.

REFERENCIAS ELECTRÓNICAS

Barnes, J. (1994) **Introducción al principio de proporcionalidad en el derecho comparado y comunitario**, recuperado en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/17251.pdf>

Cadillo Ángeles, C. (2009) **Trabajadores Sin Protección Contra El Despido Arbitrario. A Propósito De La STC Exp. Nº 03898-2007-Pa/Tc: Análisis Y Crítica**, recuperado en http://www.ac-firma.com/biblioteca/opac_css/index.php?lvl=notice_display&id=3911

Gozáini, Oswaldo Alfredo (2002) **Temeridad y Malicia en el Proceso**, Editorial Rubinzal y Culzoni, Santa Fe, recuperado en <http://gozaini.com/wp-content/uploads/2015/12/Temeridad-y-malicia-en-el-proceso.pdf>

Grández Castro, Pedro (2007) **El Principio de Proporcionalidad en Jurisprudencia del TC Peruano** recuperado en <https://www.portaldeperiodicos.idp.edu.br/observatorio/article/download/394/268>

Landoni Sosa, Ángel (1998) **Principio de Razonabilidad, Sana Crítica y Valorización de la Prueba**, recuperado en <http://publicacionesicdp.com/index.php/Revistasicdp/article/download/200/pdf>

Osterling Parodi, Felipe (2013) **Obligaciones con Cláusula Penal**, recuperado en www.castillofreyre.com

Perelman, Chaim. (1984) **Le Raisonnable et le Deraisonnable en droit**, L.G.D.J. Paris. Recuperado en <http://www.incipp.org.pe/archivos/publicaciones/procesodeterminacion.pdf>

Villarán, Luis Felipe (2016) **La Constitución peruana comentada**. Recuperado en: <https://www.tc.gob.pe/wpcontent/uploads/2018/10/ConstitucionPeruanaComentada.pdf>

RESOLUCIONES NACIONALES

- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º4677-2004-A/TC de fecha 7 de diciembre de 2015.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º1124-2001-A/TC de fecha 11 de julio de 2002.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 976-2001-A/TC de fecha 13 de marzo de 2003.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 0008-2005-I/TC de fecha 12 de agosto de 2005.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 3111-2004-PA/TC de fecha 19 de enero de 2005.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 3976-2012-PA/TC de fecha 28 de enero de 2014.

- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 0991-2000-/TC de fecha 21 de diciembre de 2000.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 10-2002-AA/TC de fecha 3 de enero 2003.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 579-2008-A/TC de fecha 5 de junio de 2008.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 746-2003-A/TC de fecha 19 de abril de 2004.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 90-2004-AA/TC de fecha 5 de julio de 2004.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 3501-2006-A/TC de fecha 15 de marzo de 2007.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 263-2012-A/TC de fecha 22 de octubre de 2012.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 10-2014-PI/TC de fecha 20 de enero de 2016.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 11-2013-PI/TC de fecha 29 de agosto de 2014.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 1963-2006-A/TC de fecha 5 de diciembre de 2006.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 1405-2010-A/TC de fecha 6 de diciembre de 2010.
- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 3479-2011-A/TC de fecha 30 de abril de 2014.

- Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente n.º 8-2013-PI/TC de fecha 31 de octubre de 2014.
- Casación n.º 960-2006-Lima de fecha 31 de julio del 2009.
- Casación n.º 5252-2014-Lima de fecha 19 de mayo de 2016.
- Casación n.º 6051-2016-Arequipa de fecha 19 de julio de 2018.
- Casación n.º 14847-2015-Del Santa de fecha 8 de agosto del 2017.
- Casación n.º 7095-2014-LIMA de fecha 17 de junio de 2015.
- Casación n.º 7855-2014-Lima de fecha 4 de julio del 2016.
- Casación n.º 3106-2016-Lima de fecha 9 de setiembre del 2016.
- Sentencia de la Cuarta Sala Laboral de Lima en el expediente n.º31417-2012.

RESOLUCIONES EXTRANJERAS

- Sentencia del Tribunal Constitucional Español n.º 66/1995 de fecha 8 de mayo de 1995.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español n.º 106/2013 de fecha 6 de mayo de 2013.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español n.º 119/2014 de fecha 16 de julio de 2014.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Español n.º 8/2015 de fecha 22 de enero de 2015.
- Sentencia del Tribunal Supremo Español 1990,205, de fecha 24 de enero de 1990.
- Sentencia del Tribunal Supremo Español 2005,1231 del 17 diciembre del 2004.

- Sentencia de la Cuarta Sala del Tribunal Supremo Español de fecha 26 de junio de 2001.
- Sentencia de la Cuarta Sala del Tribunal Supremo Español, Recurso n.º 4677/2010 de fecha 19 de setiembre de 2011.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Recurso n.º 1639/01 de fecha 11 de setiembre de 2001.
- Sentencia n.º 4454 del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana de fecha 16 de julio de 2002.
- Sentencia n.º 277/2007 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de fecha 6 de junio de 2007.