

# PACTOS DEL CONTRATO DE TRABAJO PREVISTOS EN EL ANTEPROYECTO DEL CÓDIGO DE TRABAJO

DANIEL ULLOA MILLARES<sup>1</sup>

El capítulo 6 del anteproyecto del Código de Trabajo incluye la regulación de los derechos y obligaciones derivados del contrato de trabajo, señalándose en una lista los derechos de los trabajadores. Luego, se enumeran por separado algunos más específicos en materia de discriminación; libertad sexual; integridad psíquica, moral y física; libertad de expresión; y convicciones religiosas, es decir, los denominados derechos inespecíficos de la persona y del trabajador. El anteproyecto, en este caso, busca precisar que una relación laboral no supone abandonar el ejercicio de los derechos constitucionales.

## EXCLUSIVIDAD Y PERMANENCIA

En el artículo 48 aparecen las obligaciones de los trabajadores y en el artículo 49 se regulan los pactos de exclusividad y permanencia, aclarando que, para ser válidos, deben estar por escrito directamente en el contrato o en un anexo. El primer interrogante que surge entonces es si bajo el concepto “escrito” ya se podrá entender el uso de medios electrónicos de comunicación como aplicaciones de mensajería instantánea o correo electrónico y que ellos sean elementos de prueba de estos acuerdos.

---

1 Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú, Máster Interuniversitario en empleo, relaciones laborales y diálogo social en Europa (2006) y Doctora en Derecho (2016) por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Ha realizado cursos de post grado en la Universidad de Buenos Aires (2001) y en el centro internacional de formación de la OIT (Turín), la Universidad de Bologna y la Universidad de Castilla-La Mancha (2004).

Por un lado, la exclusividad es entendida como no prestar servicios en régimen de subordinación, autonomía o realizar actividad por cuenta propia, no quedando claro si están prohibidas todas estas formas o solamente algunas de ellas en la redacción. Para salvar esta regulación, el acuerdo de exclusividad podría ser de cualquiera de los indicados y las partes tendrían que precisarlo. Tampoco es precisa la diferencia entre prestar servicios autónomos o por cuenta propia, en lo que podría tratarse de una redundancia.

Estos acuerdos entonces deberían ser muy específicos y esta exclusividad debidamente compensada, no como hasta ahora que normalmente se pide la misma a cambio de nada. Esa fidelidad laboral o de servicios debe ser retribuida, por lo menos, con un salario mínimo mensual, aunque curiosamente este acuerdo es de libre resolución para las partes con un aviso anticipado de 30 días calendario. Por ende cabría suponer que el pacto en contrario también sería válido porque, si no, no tendría sentido toda esta norma, ya que no parece lógico acordar exclusividad si luego cada quien se puede ir con un simple preaviso.

La exclusividad puede pactarse, según el proyecto, por seis meses o un año, a cambio de una compensación. Sin embargo, dejar abierta la posibilidad a que cualquiera de las partes se retire con un simple aviso desnaturaliza e inutiliza esta regulación. Ciertamente alguien podría decir que sirve para proteger al trabajador, pero éste simplemente puede no firmar la exclusividad.

Luego, se señala que si el trabajador incumple será causal de despido y generará la correspondiente indemnización por daños y perjuicios. Se puede presumir que esta compensación será automática o que, por el contrario, deberá ser probada. Si este último fuera el caso, creemos que la norma resulta simbólica ya que se podría realizar el reclamo por incumplimiento y estos hasta ahora deben ser probados, por lo que para darle el derecho al empleador debería crearse un procedimiento automático. Este apartado debería ser precisado antes de avanzar en su discusión.

Por otro lado, la permanencia se condiciona cuando el empleador ha asumido el costo de estudios de especialización o perfeccionamiento y por ello la entrega al trabajador de una licencia con o sin goce de remuneración. Aquí una primera observación: cuando el anteproyecto regula la suspensión, artículo 125, señala lo que conocemos hoy como suspensión perfecta o imperfecta, sin hablar de licencias en ningún momento como conceptos del derecho laboral público

y que principalmente se utilizaron por la pandemia. Bueno sería que hubiera una concordancia y no una combinación de términos.

A su vez, la norma no contempla otro motivo para sustentar la permanencia que los estudios cuando podría haber otras razones, haciendo que la propuesta sea restrictiva y excluyente. Sucede igual al señalarse que la permanencia se fijará en proporción al tiempo y costo de los estudios, siendo difícil definir estos aspectos, y por un período máximo de dos años independientemente de la duración o la dificultad del curso tomado por el trabajador. Cabe pensar que la mejor regulación sería la que no existe, dejando a las partes ponerse de acuerdo.

Si la intención es que un trabajador permanezca o si quiere que le paguen sus estudios lo mejor sería incorporar oportunamente estas condiciones al contrato de trabajo dentro de un marco de la razonabilidad. El anteproyecto parece pecar de restrictivo en este punto y estrecha las posibilidades de negociación, repitiéndose la idea de que si el trabajador incumple con esta obligación le corresponde una indemnización al empleador.

De repente, estos aspectos de la iniciativa pueden leerse como la imposición de una responsabilidad objetiva, lo cual tendría sentido que en ambos tipos de acuerdo quede establecido que el empleador tiene derecho a una indemnización que podría reclamar automáticamente. No obstante, queda todavía por definirse si esto significa que puede retener los beneficios sociales o las remuneraciones, como elemento al que prestar mayor atención.

Siguiendo con la lectura del texto, el artículo 50 regula la no competencia e incluye varios requisitos: duración máxima de un año, solamente se puede pactar finalizada la relación (porque si fuera durante la misma aplica el supuesto de falta grave por competencia desleal), se pide por escrito y obliga al empleador a justificar un efectivo interés económico o comercial. Nuevamente aparece un término ambiguo como efectivo, donde se pone en tela de juicio quien lo define, y dice que debe pagarse una remuneración mínima por cada mes que dure el pacto, otra vez dando lugar el incumplimiento al derecho a una indemnización.

Antes que facilitar las cosas en el marco de estos pactos ya contemplados en la legislación actual, consideramos que esta regulación complica este tipo de relaciones al simplemente incorporarlas sin manejar toda la casuística que puede darse, como se ha señalado anteriormente. No encontramos algo nuevo salvo que

el empleador quiera que el trabajador asuma alguna obligación adicional, que naturalmente si éste es el caso debe ser retribuida. El resto peca de restrictivo, agravando el escenario ya vigente.

## PERÍODO DE PRUEBA

Este otro pacto definido en el artículo 116 ya no contempla a los trabajadores de confianza, que es una calificación creada y eliminada por la ley. Perú es uno de los pocos países que tienen esta figura, normalmente se habla de personal de dirección o de alta dirección, mientras que el término de confianza apareció a finales del siglo pasado para restringir el acceso de estas personas a la reposición en el empleo. La ley lo puede crear, como hizo con la contratación administrativa de servicios (CAS) o la modalidad formativa laboral (ahora calificada en este anteproyecto como trabajo), pero también eliminar si ya no hay confianza.

Esto elimina la posibilidad de ampliar el período de prueba para trabajos especiales o con características más complejas, dejando únicamente la posibilidad de acuerdos de 3 meses o de máximo 12 meses en dirección. Quedan aquellos trabajos que en la práctica de repente suponen una mayor atención por fuera de la normativa. Se precisa que el período de prueba se acumula salvo que hayan pasado tres años desde el cese o se ocupe un puesto notoriamente distinto, ya aplicable ahora pero ampliándose en cantidad de tiempo.

84

Existe una restricción para los contratos temporales que dice que, si el plazo es menor a un año, el período de prueba será de máximo la cuarta parte. No dejando en claro la situación ante la eventualidad de que las tareas sean difíciles, pudiendo no ser suficiente el tiempo para conocer la prestación de servicios. Léase que si se contrata a alguien cuatro meses, sólo puede estar en período de prueba un mes, sin contemplación a casos especiales en el texto de la propuesta.

Suena difícil entender que un trabajador contratado tres meses esté todo el tiempo en período de prueba, pero si el convenio es realmente temporal no habría problema. Parece innecesario restringir este pacto solamente a la cuarta parte. Y finalmente, respecto de la extinción durante este plazo, el anteproyecto dice que no puede afectar derechos fundamentales del trabajador. Así se podría llegar a que el período de prueba tenga una causa concreta, de forma tal que

al cesar a una persona por esta razón se pueda determinar qué aspectos no ha cumplido mediante una evaluación.

El período de prueba no debería ser una etapa de despido libre, ya que - si bien no es necesario causa justa para desvincular al trabajador - el fin de esta etapa es que la prueba realmente se cumpla y la persona ocupe un perfil en la práctica. Por eso, no tiene sentido el artículo 117 que exonera del período de prueba a aquellos que ingresen a la labor por concurso público, sin una razón válida ya que durante el concurso sólo se revisan los documentos o el desempeño en entrevista, mas no así en el trabajo. El período de prueba es para ver efectivamente cómo trabaja la persona, si se adapta, si todo lo que dicen los documentos y el candidato en la entrevista es efectivamente real. Sin embargo, la ley prevé que esto ya no aplique a concursos públicos. El anteproyecto seguidamente indica que tampoco existirá este tiempo en el contrato si hay un retorno al mismo cargo o previo acuerdo entre las partes.

## **FALTAS GRAVES**

Finalmente, el artículo 140 referido a las faltas graves es muy parecido a lo ya existente, entendiéndose como falta grave al incumplimiento de alguno de los acuerdos desarrollados, sin novedad aparente al considerar el incumplimiento injustificado de las obligaciones esenciales del trabajo o la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores causal de despido. No hay en este punto mayores cambios en la situación laboral peruana.

## **CONCLUSIONES**

En síntesis, es bueno que se hayan recogido ciertos acuerdos que llevan décadas de vigencia normativa en otros países y que aquí se utilizan para cierto tipo de trabajadores, aunque creemos que la propuesta regulatoria genera más problemas que soluciones. Debería haber más análisis casuístico, ya que no se puede imponer la versión del Ministerio de Trabajo. El economista Hugo Ñopo en un artículo muy interesante escrito en el 2021 decía que el derecho laboral está lleno de buenas intenciones, lo cual se confirma al ver una redacción que busca acomodar la realidad a ciertos objetivos, pero que genera malos resultados.

La realidad no siempre se puede dar como uno desea y debe ser entendida ya que el derecho laboral vive de la misma, lo que nos demuestra que este Código de Trabajo - como lo dice también el documento - sólo va a beneficiar a los trabajadores formales, equivalentes al 23% de la población trabajadora. El anteproyecto en discusión aplica solamente a la cuarta parte de la gente que trabaja, a pesar de haber temas más importantes como corregir los niveles de informalidad que vive el país y que son una constante desde el siglo pasado.

Toda la legislación de la última década del siglo XX, toda la legislación de este siglo y todos los cambios jurisprudenciales no han hecho sino mantener esta problemática realidad. No han provocado transformaciones. Hace poco un grupo de economistas presentó un proyecto para generalizar el régimen laboral de la pequeña empresa dado su efecto en el incremento de la formalidad, cuando en realidad ha redundado en un aumento muy bajo e insuficiente (9%). El problema no parece ser laboral únicamente sino también tributario y cultural, por lo que la discusión del anteproyecto es interesante pero sería muy útil si alcanzara al 80-85% de las personas que trabajan.

Lamentablemente esto no ocurre y se debería priorizar la incorporación de la gente al derecho laboral, porque de lo contrario el anteproyecto constituirá otra pieza de museo, mientras la gente se encuentra en otra situación.

86

## COMENTARIOS DE CIERRE

El diagnóstico incluido en el anteproyecto es clarísimo y señala la realidad del Perú, basada en los números de la Planilla Mensual de Pagos (PLAME) y la Encuesta Nacional de Hogares que revelan el escenario real. Este informe señala que los beneficiarios serían potencialmente unas 4.2 millones de personas sobre 17 o 18 millones de trabajadores en total, es decir, sólo aquellos empleados en la formalidad. El anteproyecto entonces no sirve para corregir la realidad laboral peruana, lo cual ya señala claramente el diagnóstico.

Parece paradójico que el documento intente en el diagnóstico cambiar las reglas laborales, que no han funcionado, cuando en realidad los cuatro millones de trabajadores del sector formal quizás no necesitan los beneficios previstos en el anteproyecto del Código de Trabajo. Fuera de este marco hay 12 o 14 millones de trabajadores sin ningún tipo de beneficios: sin seguridad social, sin estabili-

dad y sin salario mínimo. Un grupo en su mayoría compuesto por mujeres en una época donde se habla mucho de la búsqueda de la igualdad pero se sigue intentando las mismas cosas que hace 50 años.

Reiteramos que están bien las buenas intenciones y la corrección de ciertos excesos de la normativa, pero se está pensando en cambiar el color de pintura de uno de los cuartos de la casa cuando los otros tres cuartos no tienen techo ni servicios básicos. Ese pareciera ser el problema y sería interesante que el próximo congreso nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (SPDTSS) trate el problema de la informalidad, sin que esta discusión de años quede en palabras y con el fin de encontrar la manera de corregir este escenario. Este problema lleva décadas y hasta ahora ninguno de los gobiernos ha podido dar con la solución, a pesar de promover la desregulación o crear un régimen especial para las Micro y Pequeñas Empresas (MYPEs) con un avance mínimo como resultado. Debe encontrarse la manera de formalizar a los empleadores y permitirles a los trabajadores tener relaciones formales con acceso a sus derechos fundamentales. El derecho laboral necesita nutrirse de la realidad y no quedarse en una nube académica o de buenos deseos impracticable.