Universidad Católica de Santa María

Escuela de Postgrado

Maestría en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Efectos de la inclusión de la cláusula de no competencia contractual y post contractual en el régimen laboral de la actividad privada, Arequipa, 2025

Tesis presentada por:

Morveli Salas, Alvaro Andre

ORCID: 0009-0002-4836-608X

para optar el Grado Académico de Maestro en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Asesora:

Mg. Castro Cusirramos, Erika Milagros

ORCID: 0009-0007-9991-5663

Arequipa – Perú

2026

UCSM-ERP

UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTA MARÍA

ESCUELA DE POSTGRADO

DICTAMEN APROBACIÓN DE BORRADOR DE TESIS

Arequipa, 02 de Junio del 2026

Dictamen: 015643-C-EPG-2026

Visto el borrador del expediente 015643, presentado por:

2024006114 - MORVELI SALAS ALVARO ANDRE

Titulado:

EFECTOS DE LA INCLUSIÓN DE LA CLÁUSULA DE NO COMPETENCIA CONTRACTUAL Y POST CONTRACTUAL EN EL RÉGIMEN LABORAL DE LA ACTIVIDAD PRIVADA, AREQUIPA, 2025

Nuestro dictamen es:

APROBADO

41787217 - MATOS ZEGARRA MAURICIO
DICTAMINADOR

41249533 - ZUÑIGA MARINO MIGUEL ANGEL
DICTAMINADOR

29726167 - PIZARRO DELGADO JESSICA ALEXANDRA
DICTAMINADOR

Efectos de la inclusión de la cláusula de no competencia contractual y post contractual en el régimen laboral de la actividad privada, Arequipa, 2025

INFORME DE ORIGINALIDAD

4%	7%	6%	4%
INDICE DE SIMILITUD	FUENTES DE INTERNET	PUBLICACIONES	TRABAJOS DEL ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	2%
2	repositorio.uchile.cl Fuente de Internet	1%
3	Submitted to Universidad Católica de Santa María Trabajo del estudiante	1%

Excluir citas	Apagado	Excluir coincidencias	< 1%
Excluir bibliografía	Apagado		

DEDICATORIA

A José Luis y Rosa, mis amados padres,

A Paulo mi hermano,

Quienes me acompañan en el día a día, por todo su apoyo y comprensión, por hacerme el hombre que soy en día y mostrarme que es el amor incondicional

EPÍGRAFE

"*Guarda las sendas del juicio, y preserva el camino de Sus santos. Entonces discernirás justicia, equidad y todo buen sendero*"

Proverbios 2:8-9

RESUMEN

El propósito de la presente investigación titulada "*Efectos de la inclusión de la cláusula de no competencia contractual y post contractual en el régimen laboral de la actividad privada*" tiene como objetivo establecer, en nuestro régimen de trabajo en el sector privado, los efectos legales de la inclusión de este pacto no competencial, y en caso de sus efectos sean acordes a nuestra Constitución y demás normas que forman parte de nuestro ordenamiento jurídico, determinar una fórmula para aplicar y ejecutar esta cláusula durante la relación laboral y posterior al cese de la misma.

El estudio de este tema hace referencia a los pactos celebrados en contratos o convenios laborales celebrados en el régimen laboral privado, además de su forma de aplicación, sin que, actualmente, se tenga regulación expresa. Siendo así, se planteó como hipótesis que hay que establecer los efectos de su aplicación de esta cláusula de no competencia así como una fórmula legal para que su aplicación esté dentro de los márgenes de la Ley y que no afecte los derechos del trabajador, así como los de la empresa empleadora.

El tipo de nivel de investigación por su finalidad es aplicado y como metodología de investigación se aplicó un enfoque de tipo descriptivo. La técnica es observación documental y cuestionario. En los instrumentos se utilizó la ficha bibliográfica, la ficha documental y la cédula de preguntas. Además, el universo y la muestra están constituido por una (1) empresa denominada como VENTAS Y SERVICIOS S.A.C. constituida en la ciudad de Arequipa, que cuenta con sesenta y tres (63) trabajadores a abril de 2025, con quienes se ha celebrado esta cláusula.

Esto sugiere que hay empresas que ya usan estas cláusulas sin que exista una regulación expresa sobre su uso, límites y formalidades, lo que significaría que la fórmula que aplican para

el ejercicio de dicha cláusula podrá afectar el derecho de los trabajadores, así como la ejecución de esta cláusula para la empresa.

Palabras claves: Régimen laboral, contrato de trabajo, cláusula no competencial contractual y post contractual

ABSTRACT

The purpose of the present research entitled “Effects of the inclusion of the contractual and post contractual non-competition clause in the labor regime of the private activity” is to establish the legal effects of the inclusion of the non-competition clause in our private labor regime, and the formula to apply and enforce this clause during the labor relationship and after its termination.

The study of this topic refers to the non-competition clauses in the labor contracts or agreements of the private labor regime and its application without having express regulation. Thus, it was proposed as a hypothesis to establish the effects of the application of this non-competition clause as well as a legal formula so that its application is within the margins of the Law and does not affect the rights of the worker, as well as those of the company.

The type of research level, due to its purpose, is applied and a descriptive approach was applied as research methodology. The technique used was documentary observation and questionnaire. The instruments used were the bibliographic record, the documentary record and the questionnaire. In addition, the universe and the sample are constituted by one (1) company called VENTAS Y SERVICIOS S.A.C. constituted in the city of Arequipa, which has sixty-three (63) workers as of April 2025 and that these have in their contract the contractual and post-contractual non-competition clause.

This suggests that the companies already use these clauses without any express regulation, which means that the formula they apply for the exercise of such clause may affect the right of the workers, as well as the execution of the clause for the company.

***Keywords*:** Labor regime, employment contract, contractual and post contractual non-competition clause.

ÍNDICE GENERAL

DEDICATORIA

EPÍGRAFE

RESUMEN

ABSTRAC

INTRODUCCIÓN ---------- **1**

OBJETIVOS ---------- **3**

HIPÓTESIS ---------- **4**

CAPÍTULO I ---------- **5**

MARCO TEÓRICO ---------- **5**

1. Contenido constitucional del derecho al trabajo ---------- **5**

1.1. Breve evolución histórica ---------- 5

1.2. Derecho al trabajo y su contenido esencial ---------- 8

1.2.1. Derecho a acceder a un puesto de trabajo ---------- 9

1.2.2. Derecho de permanencia ---------- 11

1.3. Libertad de contratar ---------- 12

1.4. Libertad contractual ---------- 13

2. Régimen laboral privado ---------- **17**

2.1. Definición de régimen de trabajo ---------- 17

2.1.1. Tipos de regímenes laborales ---------- 18

2.2. Relación laboral ---------- 19

2.3. Naturaleza de la relación laboral ---------- 20

2.4. El trabajador ---------- 21

2.4.1. Rasgos distintivos del trabajador ---------- 22

2.5. El empleador ---------- 23

2.5.1. Rasgos distintivos del empleador ---------- 23

2.5.2. Capacidades del empleador ---------- 24

2.6. Facultades s y obligaciones de las partes contractuales ---------- 26

3. Marco legal del contrato de trabajo ---------- **31**

3.1. Definición de contrato de trabajo ---------- 31

3.2. Propósito del contrato de trabajo ---------- 32

3.3. Atributos del contrato de trabajo ---- 33
3.4. Fundamentos del contrato de trabajo ---- 34
3.5. Tipos de contrato de trabajo ---- 37
3.6. Cese del contrato de trabajo ---- 41

4. Clausula no competencial ---- 43
4.1. Concepto de la clausula no competencial ---- 45
4.2. Función ---- 48
4.3. Estipulación ---- 49
4.4. Distinción jurídica frente a otros pactos contractuales ---- 51
4.5. Diferencia al aplicar el pacto de no concurrencia ---- 53
4.6. Anteproyecto de la ley general de trabajo ---- 54
4.7. Jurisprudencia nacional ---- 59
4.8. Características de la cláusula de no competencia ---- 63
4.9. Naturaleza de la no concurrencia contractual y post contractual ---- 64
4.10. Legislación aplicable a las clausulas de no competencia ---- 65
4.10.1. La Ley Nº 27588 ---- 66
4.10.2. Decreto Legislativo N° 276 ---- 67
4.10.3. La Ley Nº 26887 ---- 68
4.10.4. Decreto Legislativo N° 1034 ---- 68

5. Derecho Comparado ---- 71
5.1. Legislación Comparada ---- 72
5.1.1. Ley de Contrato de Trabajo de Argentina ---- 73
5.1.2. Código Sustantivo de Trabajo de Colombia ---- 74
5.1.3. Estatuto de los Trabajadores de España ---- 75
5.1.4. Código Civil Italiano ---- 76
5.2. Jurisprudencia Comparada ---- 77
5.2.1. Jurisprudencia Brasileña ---- 78
5.2.2. Jurisprudencia Chilena ---- 79
5.2.3. Jurisprudencia de Estados Unido ---- 81

6. Validez de la láusula de no competencia contractual y post contractual en el régimen laboral privado ---- 82

7. Nulidad de la clausula de no competencia ---- 87
7.1. Nulidad por asimetría en la relación jurídica ---- 87
7.2. Abuso de derecho ---- 89

7.3. Falta de razonabilidad ----------91
7.4. Por falta de proporcionalidad----------92

8. Ponderación de derecho en caso exista conflicto entre la libertad de trabajo del trabajador y el derecho empresarial del empleador----------93
8.1. Principio de adecuación ----------95
8.2. Principio de necesidad----------96
8.3. Principio de proporcionalidad ----------98
8.4. Otros principios----------99

CAPÍTULO II ---------- 103

METODOLOGÍA ---------- 103

1. Metodología---------- 103
1.1. Estrategia metodológica de la investigación jurídica ---------- 103
1.2. Método del análisis de la información ---------- 104
1.3. Método de la investigación de campo ---------- 104
1.4. Diseño de la investigación ---------- 105
1.5. Ámbito de la investigación ---------- 105
1.6. Población de estudio ---------- 109
1.6.1. Universo y muestra ---------- 109
1.7. Validación de instrumentos ---------- 110
1.7.1. Validación de instrumento de cuestionario ---------- 110

CAPÍTULO III ---------- 112

RESULTADOS Y DISCUSIÓN ---------- 112

1. Generalidades ---------- 112

2. Análisis de datos obtenidos ---------- 112

3. Discusión de resultados obtenidos ---------- 122

CONCLUSIONES ---------- 124

RECOMENDACIONES ---------- 126

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS ---------- 128

ANEXOS---------- 134

ÍNDICE DE TABLAS

Tabla 1 Países que regulan normativamente la clausuala no competencial.....72

Tabla 2 Jurisprudencia internacional 77

Tabla 3 Tabla de coherencia 105

Tabla 4 Validación de instrumento de cuestionario.....110

Tabla 5 Indique Usted si el cargo que ocupa en la empresa es común, de confianza o de dirección.....113

Tabla 6 ¿Su contrato de trabajo actual cuenta con la cláusula de no competencia contractual y post contractual? 114

Tabla 7 ¿Está de acuerdo con que esta cláusula de no competencia figure en su contrato?.115

Tabla 8 ¿Entiende los alcances de lo descrito en la cláusula de no competencia contractual y post contractual 117

Tabla 9 ¿Considera que la aplicación de la cláusula de no competencia contractual y post contractual redactara en su contrato, afectaría alguno de sus derechos como trabajador? 119

Tabla 10 ¿Cree que es proporcional el monto de la multa por incumplir la cláusula de no competencia contractual y post contractual redactada en su contrato en relación al tiempo de duración de la cláusula?.....120

ÍNDICE DE FIGURAS

FIGURA 1 CONTENIDO DEL DERECHO AL TRABAJO 8

FIGURA RESTRICCIONES A LA LIBERTAD CONTRACTUAL 17

FIGURA 3 ELEMENTOS DE LA RELACIÓN LABORAL 20

FIGURA 4 CARACTERÍSTICAS DEL TRABAJADOR 22

FIGURA 5 FACULTADES DEL EMPLEADOR 25

FIGURA 6 ELEMENTOS CONSTITUVOS DEL CONTRATO DE TRABAJO 34

FIGURA 7 CLASES DE CONTRATOS DE TRABAJO 37

FIGURA 8 CONTRATOS A PLAZO FIJO 39

FIGURA 9 CAUSALES DE TÉRMINO DE LA RELACIÓN LABORAL 42

FIGURA 10 CLÁUSULA NO COMPETENCIAL 50

FIGURA 11 ANTEPROYECTO DE LA LEY GENERAL DEL TRABAJO 55

FIGURA 12 CARACTERÍSTICAS DE LA CLÁUSULA NO COMPETENCIAL 63

FIGURA 13 TEST DE PONDERACIÓN 94

FIGURA 14 GRÁFICO EN BASE A LA PREGUNTA 1 113

FIGURA 15 GRÁFICO EN BASE A LA PREGUNTA 2 114

FIGURA 16 GRÁFICO EN BASE A LA PREGUNTA 3 116

FIGURA 17 GRÁFICO EN BASE A LA PREGUNTA 4 117

FIGURA 18 GRÁFICO EN BASE A LA PREGUNTA 5 119

FIGURA 19 GRÁFICO EN BASE A LA PREGUNTA 6 121

INTRODUCCIÓN

En nuestro sistema laboral privada, actualmente, por los principios de la libertad contractual y libertad para contratar, permite que las partes intervinientes de una relación laboral pueden celebrar el contrato de trabajo y por este, establecer los pactos o cláusulas que establecerán la forma en cómo se desarrollan los derechos y obligaciones; entre ellos la remuneración, la jornada y horario de trabajo, lugar de prestación de servicios, obligaciones del empleador, obligaciones del trabajador, entre otros. Es así como, dentro de las cláusulas que pueden establecer, está la cláusula de no competencia, también conocida como cláusula no competencial o de no concurrencia, cuyos efectos se desarrollarán durante la relación laboral y posterior al término de esta, la misma que es conocida internacionalmente como pacto de no concurrencia. Es cierto que no existe una regulación sobre esta, más allá de un proyecto denominado Ley General de Trabajo, que se dejó en abandonó, estas cláusulas o pactos se llevan a cabo contratos de trabajo en el régimen general de la actividad privada en Arequipa.

Siendo así, está estrechamente ligado a este tipo de cláusula el derecho laboral, por lo que, el propósito de esta investigación radica en establecer los efectos que tendría la implementación de esta cláusula en el régimen de la actividad privada (Decreto Legislativo N° 728 y su Reglamento, Decreto Supremo N° 003-96-TR) en el año 2025.

El Primer Capítulo está referido a la cláusula de no competencia, su concepto y su tratamiento nacional, desde un enfoque doctrinario, así como su tratamiento internacional, desde un enfoque tanto doctrinario como jurisprudencial de países como Chile, España y Estados Unidos, entre otros, para así establecer los efectos en nuestro régimen de trabajo privado si se aplicase este pacto.

De la misma manera, podremos entender como estos países aplican esta cláusula, sus alcances y limitaciones, sin que esto signifique pretender replicar su misma fórmula y

elementos, ya que nuestro contexto nacional es diferente al de ellos, pero que, nos permitirá reunir los preceptos para proponer una fórmula propia que pueda ser aplicada en nuestro Régimen 728.

Asimismo, desarrollaremos, desde un enfoque constitucional, los principios que regulan el contenido de los contratos, como la autonomía de la voluntad y la libertad contractual, para establecer la legitimidad de estas cláusulas y los límites que habría para su incorporación y aplicación en nuestro régimen laboral privado, lo que, también, nos permitirá adecuar la fórmula para la aplicación de esta cláusula en nuestra legislación por parte de las empresas empleadoras.

Respecto al Segundo Capítulo corresponde a la metodología utilizada en la presente investigación.

En cuanto al Tercer Capítulo corresponde al análisis que se obtiene de los resultados y la discusión obtenidos en la investigación.

Finalmente, esta investigación nos proporcionará las conclusiones y sugerencias.

OBJETIVOS

OBJETIVO GENERAL

Determinar cuáles son los efectos de la inclusión de la cláusula de no competencia contractual y postcontractual en el régimen laboral privado

OBJETIVOS ESPECÍFICOS

1. Establecer como se aplica la cláusula de no competencia contractual y postcontractual en el régimen laboral de la actividad privada.
2. Establecer cuáles son los derechos que se ven afectado por la aplicación de la cláusula de no competencia contractual y postcontractual en el régimen laboral de la actividad privada.
3. Establecer cuáles son los criterios para la aplicación de la cláusula de no competencia contractual y postcontractual en el régimen laboral de la actividad privada.

HIPÓTESIS

DADO QUE:

1. El Decreto Legislativo Nro. 728, su Reglamento y demás normas conexas, no contemplan ni regulan, en nuestro régimen laboral de la actividad privada, la cláusula no competencial contractual y postcontractual.

2. Las empresas empleadoras pueden usar esta cláusula de no competencia aplicando una fórmula legal de forma desmedida y sin criterio alguno.

3. Siendo así, las empresas del régimen privado pueden excederse en su uso afectando derechos del trabajador y sobrepasando principios constitucionales que regulan la forma y el contenido de los contratos, dejando en una situación de indefensión a los trabajadores y exponiendo a las empresas a un abuso de derecho.

ES PROBABLE QUE:

Sea necesario regular la inclusión del pacto de no concurrencia contractual y postcontractual en el régimen laboral de la actividad privada a efecto de garantizar la protección de los derechos de los trabajadores y de las mismas empresas que las emplean, para lo cual se debe establecer los efectos de su inclusión en nuestra legislación, y, en razón a ello poder determinar la fórmula legal de cómo aplicarla usando criterios razonables y proporcionables, para que, las partes de la relación laboral operen dentro del margen de la Ley.

CAPÍTULO I

MARCO TEÓRICO

1. Contenido constitucional del derecho al trabajo

1.1. Breve evolución histórica

De acuerdo con Gómez (1996) uno de los derechos de mayor evolución y protección en nuestra constitución es el derecho laboral, debido a que es un tema que no es indiferente a ninguna persona, especialmente aquellas cuya edad es de 18 años. Sin embargo, anteriormente este derecho no tenía la connotación actual, pues recordemos que, las personas eran denominadas y tratadas como esclavos

Sobre esta cita podemos rescatar dos aspectos; actualmente la esclavitud, entiéndase trabajo forzoso, no está permitido y es un delito, y la edad para ejercer el derecho al trabajo en todas sus dimensiones es a partir de los dieciocho (18) años, como regla general, pues sabemos que, desde los 15 hasta los 17 años existe ciertos trabajos para menores de edad.

No fue hasta la revolución industrial que, hubo el punto de inflexión, no solo nacional, sino mundial, que repercutió en aspectos sociales y económicos, con la cual comienzan a surgir en las relaciones trabajo los conceptos de prestaciones socio - laborales como la dependencia y la subordinación, así como por la prestación de un servicio por cuenta ajena o de forma independiente (Armando Julio 2001, p. 23).

En este punto de la historia nacen los elementos distintivos de una relación laboral de trabajo; la subordinación y la prestación personal, que subyace la dependencia y ajenidad, lo que distingue esta relación jurídica de una relación civil.

Finalmente, es por medio del artículo 23° de la Declaración Universal de Derechos Humanos, celebrada el 10 de diciembre de 1948 en París, se establece el trabajo como un

derecho de carácter social, ya que, en este contexto el trabajador gana un salario y periódico por; igual trabajo, condiciones equitativas y justas de trabajo, protección contra el despido arbitrario, así como sus respectivos beneficios sociales.

Lo descrito fue lo que aconteció a nivel global, pero ¿Qué sucedió en Perú?

En Perú, es a partir del año 1920 que recién se empieza a tomar en consideración el Derecho al Trabajo, aunque de forma tímida, pues no es hasta la Constitución de 1979 que, hubo una constitucionalización del derecho al trabajo ya que se comenzaron a incluir texto sobre este, superando lo realizado por las constituciones de 1920 y 1933, que abordaron el tema de forma dispersa y genérica. La constitucionalización se refiere a ese procesos por el cual se incorpora un derecho a la esfera constitucional, por lo que, su contenido pasa a ser constitucional.

De la Constitución del 1979 podemos apreciar tres (3) aspectos fundamentales: el trabajo como fundamento del Estado, el trabajo como fundamento del régimen económico, y el trabajo como derecho y como deber social.

Es así como, esta Constitución prohibía en toda relación laboral la existencia de cualquier condición que pudiese impedir, restringir o desconocer el ejercicio libre de los derechos fundamentales de los trabajadores.

Sobre la Constitución de 1993 y actual, en términos generales, se mantiene el espíritu del texto anterior al establecer en su artículo 22° que, el trabajo es un deber y un derecho, por ende, este es base del bienestar social y, en consecuencia, un medio para la realización del ser humano (Blancas 2003, p. 796).

A ello podemos agregar que, la Constitución actual da una protección especial a los grupos vulnerables como; madres trabajadoras, personas con discapacidad y menores de edad.

Es así que, de la revisión de nuestra Constitución Política, siguiendo los lineamientos de Blanca, podemos indicar que, la Carta Magna posee dos artículos que están referidos directamente al derecho al trabajo, así como a la protección del mismo, del cual se desprende el principio protector.

El artículo 22° de nuestra Constitución refiere a que el trabajo es un deber y un derecho, y que es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

A su vez, el artículo 23°indica que el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, en cuanto el estado tiene la obligación de promover todas aquellas políticas que fomenten la creación de trabajo por los privados.

Además, presta especial atención a la protección de la madre trabajadora, madre gestante, al menor de edad y al impedido en el contexto de acceso al trabajo y permanencia en el mismo.

Siendo así, ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, lo que significa que, nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución alguna o sin su libre consentimiento, prohibiendo la esclavitud.

Es así como el derecho al trabajo ha evolucionado mundialmente hasta establecerse en Perú como uno de los derechos fundamentales de los ciudadanos, el cual es reconocido expresamente en nuestra Constitución, estableciendo así, la obligación y deber del Estado de brindar todas las garantías necesarias para el libre ejercicio de este derecho, así como su protección.

1.2. Derecho al trabajo y su contenido esencial

Para Neves, el derecho al trabajo es “el derecho de quien carece de empleo a que se le procure uno y de quien ya lo tiene a no ser privado de él sin justificación ni el procedimiento debido” (2016. p. 24).

En ese sentido, podemos indicar que, el derecho al trabajo se dirige a promocionar el empleo de quienes no lo tienen, acceder a un puesto de trabajo y asegurar la permanencia de este para que quienes ya lo poseen, es decir, a no ser despedido arbitrariamente.

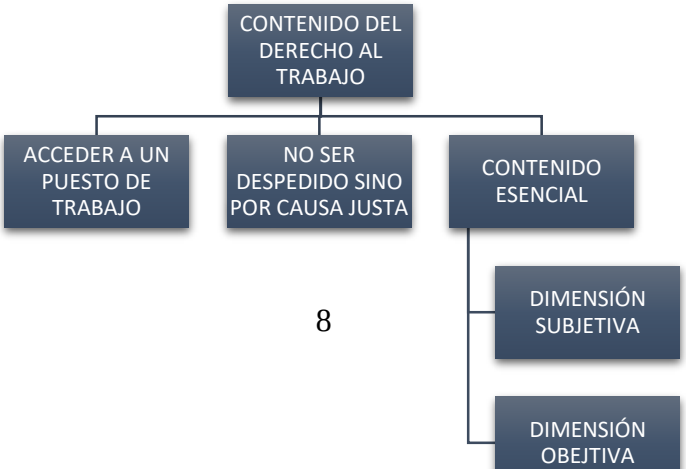
Habiendo definido el derecho al trabajo debemos precisar su contenido esencial. Siendo así, el Tribunal Constitucional ha precisado el contenido esencial del derecho al trabajo contenido en el artículo 22° de la Constitución, por medio del fundamento 12 de la Sentencia contenida en el Exp. N° 01124-2001-AA/TC:

El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22º de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa.

Se puede observar que existen dos (2) aspectos que conforman el derecho al trabajo: i. El de acceder a un puesto de trabajo; y ii. El de no ser despedido sino por causa justa. Sobre este último podemos agregar el mantener el puesto de trabajo, es decir estabilidad laboral.

Figura 1

Contenido del Derecho al Trabajo



Nota: “Introducción al derecho del trabajo” por Javier Neves Mujica, 2016 y Sentencia del Exp. N° 01124-2001-AA/TC. Elaboración propia.

Es así como estos aspectos forman parte de lo que, en doctrina, se conoce como doble dimensión. Lo que viene proponiendo la doctrina nacional es que los derechos fundamentales, en su contenido esencial, tienen una doble dimensión.

Autores como Castillo (2006) nos señala que esta doble dimensión se constituye en una dimensión subjetiva que refiere a todas aquellas capacidades que le permite al titular poder actuar; y otra dimensión objetiva, que contiene la obligación del poder público de realizar acciones positivas necesarias a fin de lograr el pleno ejercicio y la plena eficacia de los derechos fundamentales en el plano de la realidad.

Sobre el particular, Landa, (2017) menciona que, en cuanto la dimensión subjetiva o individual, el derecho al trabajo supone el acceso al empleo y a la protección en contra de cualquier forma de despido que no sea por una causa justa. Y, en cuanto a la dimensión objetiva o institucional, se refiere a que, por el derecho al trabajo, se impone, no a la persona, sino al Estado la obligación de generar los planes, políticas y programas que resulten necesarios para lograr el pleno empleo en el país, es decir, establecer todas aquellas condiciones que permita el fomento del empleo por parte de particulares, sin que se excluya al estado de esta.

1.2.1. Derecho a acceder a un puesto de trabajo

El Tribunal Constitucional, por medio de la Sentencia recaída en el Exp. N° 01124-2001-AA/TC nos señala que el primer aspecto que conforma el derecho al trabajado es que el Estado debe adoptar políticas orientadas a que la población acceda a un puesto de trabajo. Pero

no debemos considerar este primer aspecto de forma restrictiva, pues el deber del Estado no solo abarca procurar crear y mantener los medios necesarios para la subsistencia del trabajador dependiente, sino también de aquellos que realizan actividades económicas por cuenta propia, lo que se refiere al ejercicio de la libertad de empresa.

Ahora, no debe confundirse deber con obligación. Al respecto, Rey (2007) indica que, el derecho al trabajo, es comprendido por otros autores, como una obligación del Estado, es decir, este debe de proveer un trabajo a los ciudadanos (p.166), lo que puede subsumirse en la frase el Estado crea empleo.

Esta frase, si se toma en un sentido literal, sugiere que el Estado tiene la obligación de crear y proporcionar puestos de trabajo a la población, sin embargo, desde un sentido amplio, este adagio no quiere decir que el Estado no cree puestos de trabajo, pues bien sabemos que, en el ámbito público, en cualquiera de sus modalidades (regímenes laborales) aplicables, el acceso al empleo en algunas de las Instituciones Públicas, los ciudadanos pueden acceder a plazas mediante concursos públicos.

Sobre lo señalado en el párrafo anterior, podemos inferir en sentido contrario que este no es la connotación que tiene este aspecto, sino que, es el Estado quien requiere efectuar las políticas que incentiven la creación de empleo por parte de los mismos privados. Esta idea sugiere que el ciudadano no puede esperar a obtener o que se le otorgue un puesto de trabajo, sino que tiene la opción de postular, en igualdad de condiciones, y someterse a un proceso de selección como todos.

Aunado a ello, Landa (2017) agrega que el acceso al trabajo supone que, toda persona que cumpla los requisitos y condiciones exigidas por el empleador, tanto privado como público, podrá acceder al mismo, no pudiendo ser discriminado; siempre que se le haya adjudicado el

puesto o plaza de trabajo ofertada, en ese caso, debería ser contratado y, en los hechos, desempeñar la labor para la cual fue elegido y no otra.

Siendo así, este contenido o aspecto significa que es el Estado quien se compromete a crear, establecer y ejecutar todas las políticas dirigidas a promover la creación de puestos de trabajo por parte de entidades privadas y no a otorgar a las personas un puesto de trabajo concreto.

1.2.2. Derecho de permanencia

Sobre este segundo aspecto, el Tribunal Constitucional, por medio del fundamento 12 de la Sentencia recaída en el Exp. N° 01124-2001-AA del 11 de julio de 2002 nos indica que el derecho de permanecer en el puesto de trabajo trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.

Para dar una explicación más profunda, el Tribunal Constitucional nos menciona una interpretación más extensiva, la cual consiste en la salvaguarda del puesto de trabajo, siendo la única situación tolerada de pérdida de trabajo cuando exista una causa establecida legalmente y correctamente comprobada.

Siendo así, Vergaray y Gómez (2009) refieren a que este aspecto supone la vigencia del principio de causalidad - nexo causal entre el sujeto infractor y la conducta infractora, que busca que la sanción correspondiente recaiga sobre quién haya vulnerado efectivamente la norma establecida, ya sea por conducta activa u omisiva - como exigencia inevitable para imponer el despido. En ese mismo sentido, Neves (2016) agrega que, en la doctrina nacional, este derecho coincide parcialmente con uno de los sentidos del derecho al trabajo que es la estabilidad, entonces el despido no es permitido salvo en las situaciones que Ley o jurisprudencia nacional hayan reconocido.

Lo señalado está directamente relacionado con el literal g. del artículo 16° del Texto Único Ordenado del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR. El literal g. del referido artículo suscribe la legalidad del despido, en cuanto los casos y formas permitidos, lo que viene a ser las causales de despido por conducta y por capacidad del trabajador.

A su vez, el artículo 27° de la Constitución Política del Estado ha establecido que la Ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario, por tal motivo, se debe tener en consideración esta disposición a fin de establecer el alcance del derecho a permanecer en el puesto de trabajo como parte del contenido constitucional del derecho al trabajo, que puede denominarse como estabilidad laboral. El mencionado artículo 27° parte del contemplar la existencia del despido arbitrario y de sus diferencias acepciones, como despido injustificado o incausado, los cuales son formas de término de la relación de trabajo, en la que no se expresa alguna de las causales establecidas por Ley o la jurisprudencia nacional.

Del lado del trabajador, este tiene el derecho de finalizar la relación por medio de la renunciar, siendo un aspecto de carácter subjetivo ya que no se requiere expresar razón alguna.

Debemos recordar también que la Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece las causales derivadas de la conducta y capacidad del colaborador, que si no se invocan y prueban, el despido será considerado como arbitrario o como cualquiera de los otros tipos que están establecidas en nuestro sistema jurídico.

1.3. Libertad de contratar

En el campo de los contratos, la libertad de contratar, también denominada como libertad de conclusión de contrato, según la cual, las partes intervinientes tienen la libertad de elegir cómo, cuándo y con quién contratar, siendo esta la definición otorgada por la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el fundamento 12 de la Sentencia contenida en el

Expediente N° 01405-2010-PA/TC. Esta libertad forma parte del principio de la autonomía de la voluntad, reconocido en el artículo 62° de la Constitución.

Por medio de la Jurisprudencia consolidada del Tribunal Constitucional, en este caso, el fundamento 18 de la Sentencia contenida en el Exp. N° 00008-2003-AI/TC La Libertad para contratar está constituida, entre otras, por la facultad de autodeterminación, la cual consiste en poder decidir si se contrata o no, elegir al contratante —persona natural o jurídica—, la forma y modo de celebrar el contrato, así como la capacidad de desvincularse del mismo, siempre que se haya cumplido su objeto y los procedimientos establecidos en el mismo contrato o en el ordenamiento jurídico.

Dado lo señalado, podemos incorporar esta liberad en la oferta laboral y la posterior selección de personal que concluye con la celebración del contrato de trabajo.

1.4. Libertad contractual

La libertad contractual, antes de estar definida en el artículo 62° de la Constitución Política del Estado, estaba orientada al ámbito civil. Esta se constitucionalizó en 1920, pero no fue hasta la Constitución de 1979 que se reconoció que toda persona tiene el derecho a contratar con fines lícitos y que sería la Ley la que regularía el ejercicio de esta libertad con el fin de evitar el abuso de derecho.

En nuestra actual Constitución podemos encontrar que la libertad contractual está establecida en el numeral 14 del artículo 2° de la Carta Magna la cual señala que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público. No obstante, este artículo también debe ser leído en concordancia de otro enunciado constitucional, el del artículo 62° de la misma norma, cuyo tenor establece que la libertad de contratar garantiza que las partes pueden pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato.

En ese sentido, se entiende que los términos contractuales no pueden ser modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase, ya que las leyes no pueden modificar la voluntad de los intervinientes. Siendo así, los conflictos derivados de la relación contractual sólo se solucionan en la vía arbitral o en la judicial, según los mecanismos de protección previstos en el contrato o contemplados en la ley.

Como se puede observar, resulta evidente que estos artículos deben ser interpretados conjuntamente y no de modo separado, ya que, acorde a lo citado, es evidente que el derecho de contratación no sería ilimitado, sino que, se encuentra condicionado por límites explícitos, como el fin lícito, orden público y las normas vigentes al tiempo de la celebración del contrato.

Como tal, la contratación es un acto de orden y origen civil, desde esta perspectiva Rubio (1999) señala que, en nuestro ordenamiento jurídico está reconocido en la Constitución la libertad contractual, por cuanto gestiona las relaciones personales y patrimoniales de los ciudadanos, lo que implica la libertad de toda persona para concurrir en sus manifestaciones de voluntades con otras y generar un acuerdo sobre cualquiera de las materias que resulten lícitas para el derecho, como un contrato de compraventa o un contrato de trabajo.

A su vez, el Tribunal Constitucional, por medio de la Sentencia recaída en el Expediente 00008-2003-AI/TC (2003), en su fundamento jurídico 12 explica que la libertad contractual constituye un derecho relacional, ya que, con su ejercicio, se ejecutan otros derechos, como la libertad de trabajo, la libertad de comercio, entre otros.

Así mismo, también señala que, al igual que la libertad para contratar, la libertad contractual proviene del principio de la autonomía de la voluntad, siendo así, a este también se le denomina como libertad de configuración internar que no es otra cosa que, la determinación del contenido del contrato, es decir, sobre lo que versará cada cláusula que conforma el contrato.

Pero, pese a que las partes puedan establecer el contenido del contrato, bajo el adagio que el contrato es ley entre las partes, lo cierto es que, el derecho a la libertad contractual no se encuentra exento de límites. Podemos decir que, la libertad contractual tiene sus límites consustanciales en los derechos fundamentales, para Escalante (2009) los derechos fundamentales representan, en último término, el orden público del ordenamiento jurídico a cuya observancia siempre ha estado condicionada a la validez de la autonomía privada. Siendo así, podemos señalar que, el código civil nos presentaba el primer límite que es el orden público, y el otro límite son los derechos fundamentales y bienes jurídicamente protegidos.

Sobre el orden público podemos señalar que, se presenta como un límite a la autonomía de los privados. Así, desde la doctrina civil, Barandiarán (1991) considera que la autonomía privada o voluntad privada tiene como frontera lo que la ley prohíbe o manda imperativamente, y también lo que en virtud de la ley dispone el Estado jurisdiccionalmente.

Por tanto, se aprecia que el orden público constituye un límite a la voluntad de los privados, pues las normas de orden público se enfocan en proscribir ciertas conductas, como las relativas a causas ilícitas en los contratos, por ejemplo percibir una remuneración inferior a la establecida por norma imperativa, por más que el trabajador haya expresado su voluntad.

En cuanto a los derechos fundamentales y bienes jurídicamente protegidos, Escalante (2009) indica que, los derechos fundamentales y los principios constitucionales representan condiciones materiales necesarias para la validez de los negocios jurídicos, como por ejemplo los contratos civiles o laborales, resultando evidente que, si el contenido de las estipulaciones que conforma el negocio jurídico resulta incompatible con derechos y principios legales, el acto jurídico es inválido o nulo.

Es de este modo que, entra el elemento decisión individual pues es cierto que, los derechos fundamentales clásicos como la libertad individual de la persona es inherente a sí

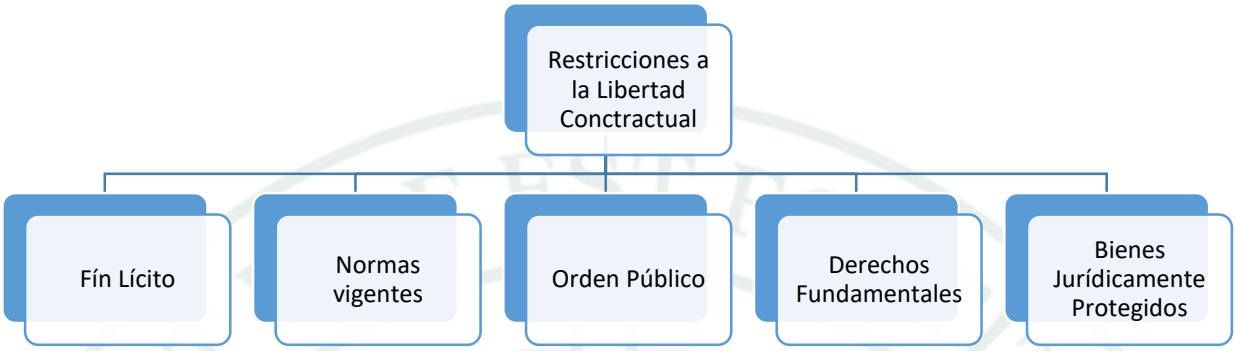
mismo, en ese sentido, puede haber disposición de este, como la venta de la esta libertad para someterse a esclavitud. A su vez, en los casos en los que se afecta derechos fundamentales que no sean clásicos, además de, no haber coacción física, moral o económica a la suscripción de determinados acuerdos, así como tomarse en consideración el nivel de información que tienen ambas partes al momento de celebrar el contrato y vincularse jurídicamente, podemos considerar que, si puede haber disposición de los derechos fundamentales.

Sin embargo, esto no equivale a aceptar un irrazonable auto restricción al algún ejercicio de un derecho fundamental, como puede ser el derecho al trabajo en su acepción de acceder a un puesto de trabajo. Para ello, podemos invocar lo establecido en el fundamento 23 de la Sentencia recaída en el Exp. N° 00858-2003-AA/TC, señala que en aquellos casos donde resulte evidente que, pese a haberse suscrito convenios entre particulares, una de las partes ha aceptado ciertos términos contractuales que, de no haber mediado la necesidad de obtener un bien económico o la prestación de un servicio, entre otros supuestos, no habría aceptado, ya que se constituye notoriamente una irrazonable autor restricción del ejercicio de sus derechos fundamentales.

En síntesis, podemos decir que, los derechos fundamentales no sólo operan frente a los derechos de los particulares, sino también a los del mismo titular y se debe considerar criterios para establecer si no existe afectación del derecho fundamental, por más de que, el titular del derecho lo haya convenido así, por ejemplo la celebración del pacto de confidencialidad o de no concurrencia contractual y post contractual, siendo que, esta última limitaría el derecho del trabajador a acceder a otro puesto de trabajo igual o similar al que ostentaba.

Figura 2

Restricciones a la libertad contractual



Nota: Elaboración propia

En síntesis podemos decir que, la legitimidad de esta cláusula dependerá, tanto de la voluntad de los intervinientes para establecerla y someterse a ella, así como no limité los derechos del trabajador en la medida de que esta limitación sea mayor al goce y ejercicio del mismo derecho.

2. Régimen laboral privado

2.1. Definición de régimen de trabajo

En el contexto que dos sujetos, el empleador y el trabajador, deciden formar una relación de trabajo, siempre se va a establecer por medio de un contrato. El régimen laboral nace de esta situación y dependerá de las características de la actividad a desempeñar y a favor de quién, si es Empresa privada o Estado.

Sobre ello, Calderón y otros (2016) indican que el régimen es un marco normativo, eso significa que los derechos y obligaciones de los intervinientes ya están predeterminadas por Ley. En ese sentido, el régimen laboral son los derechos y obligaciones que la ley establece a las empresas o entidades públicas, y al asalariado.

Asimismo, en Perú coexisten una serie de regímenes laborales, que derivan del régimen Privado y Público.

2.1.1. Tipos de regímenes laborales

Dentro de los regímenes laborales podemos determinar que existen dos y de ellos se pueden subdividir en otros. Siendo así, tenemos el régimen privado y el público.

a) Régimen Privado

Este se entiende como aquella actividad por la cual se crean los derechos y obligaciones para los particulares en el contexto de una relación de trabajo entre persona y empresa. Como particularidad, estos trabajadores tienen mayores beneficios en razón a la capacidad que tienen para negociar de forma colectiva o individual.

Este régimen es desarrollado en el Decreto Legislativo N° 728, el Decreto Supremo 003-97-TR, Ley N° 32353, entre otras.

b) Régimen Público

Este nace por el hecho de que el Estado también puede celebrar contratos de trabajo y actuar como empleador. Para Guzmán (2011) indica que este régimen está constituido por todas las normas que regulan la carrera administrativa y las relaciones de los servidores públicos con la Administración, en el que, el interés público prevalece frente al interés particular o privado de las partes (p. 165).

Siendo así, este será aquella actividad laboral que surge de la administración pública, siendo que, el trabajador será denominado como servidor o funcionario público. Sobre este régimen también podemos decir que, el empleador siempre será el Estado, quién será representado en sus diferentes entidades por las autoridades de mayor jerarquía.

2.2. Relación laboral

Se puede entender la relación laboral como aquel acuerdo existente entre el empleador y el trabajador nacido del trabajo que realiza este último en subordinación del primero. Por su lado, la OIT la define como "la noción jurídica de uso universal con la que se hace referencia a la relación que existe entre una persona, denominada «el empleado» o «el asalariado» (o, a menudo, «el trabajador»), y otra persona, denominada el «empleador», a quien aquélla proporciona su trabajo bajo ciertas condiciones, a cambio de una remuneración" (2006. p.4).

En ese sentido, la OIT también establece que el vínculo entre las partes que conforman la relación laboral y por la cual se establecen los derechos para cada uno de ellos se denomina nexo jurídico.

De otra definición más breve dada por Neves (2018) explica que la relación laboral es un nexo de carácter jurídico que se origina cuando el deudor de trabajo le ofrece su actividad al acreedor de trabajo, confiriéndole también el poder de dirigirla, por una contraprestación de carácter económica.

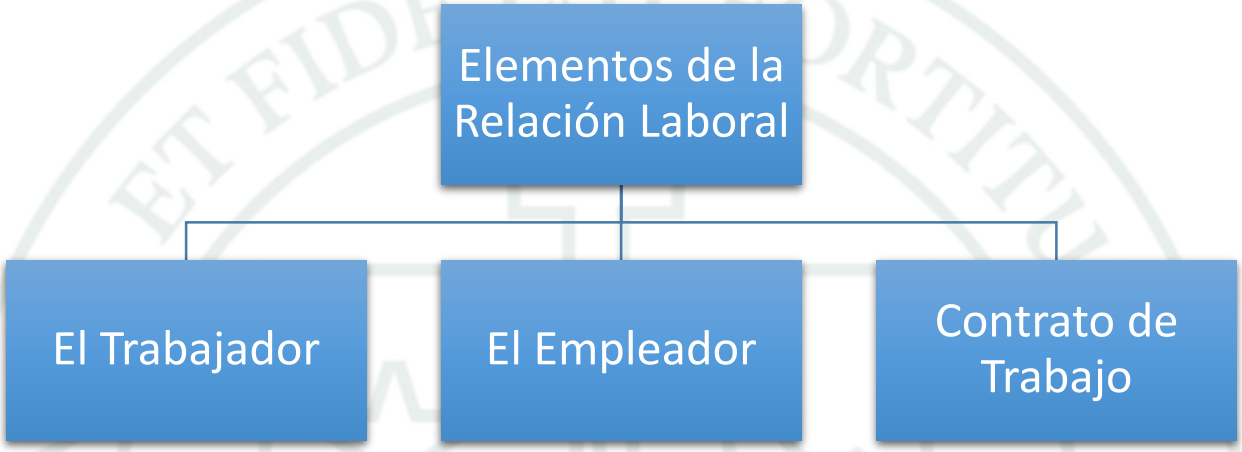
Esta definición nos indica que el empleador está en una ventaja sobre el trabajador ya que, si bien el primero ofrece sus servicios, claro está que, la ventaja se vuelve económica, en el sentido de que el empleador es quién paga por dichos servicios, por lo que, tiene una mejor posición que la del trabajador.

Asimismo, de esta definición podemos extraer que, la relación laboral se entiende como el vínculo que se produce desde el momento en que, el empleador y el trabajador acuerdan la actividad y servicios que prestará este último, así como el monto de la contraprestación económica que el empleador deberá abonar en favor del trabajador.

Aunado a ello, podemos acotar que, todas las obligaciones para cada una de las partes nacen de este vínculo y el incumplimiento ocasiona la ruptura o resquebrajamiento del contrato de trabajo que puede conducir al cese de esta, por lo que no solo es un mero vínculo.

Figura 3

Elementos de la relación laboral



Nota: Elaboración propia

En síntesis, al hablar de relación laboral debe entenderse desde una perspectiva integral, esto es, el total de facultades y atribuciones para ambas partes, y donde cada uno de ellos tendrá que cumplir a cabalidad el contrato creado para no alterar la relación normal de trabajo. Siendo que, entre estas obligaciones las dos básicas el servicio que se va a prestar y la remuneración que será otorgada en contraprestación.

2.3. Naturaleza de la relación laboral

Sobre la naturaleza de la relación de trabajo, Pacheco (2016) señala que esta se infiriere del cómo se ha celebrado el negocio jurídico y de la forma en cómo se ejecuta (p.20).

En ese sentido, la relación de trabajo ya no es social y si bien sigue siendo una relación voluntaria entre intervinientes acto, la fuente cambia a al del Derecho Laboral, desde el derecho

a acceder a un puesto de trabajo, cómo también por la necesidad de contratar del empleador, en ejercicio de su derecho a la libertad de contratación.

Tal como ha sido señalado, la relación de trabajo tiene su origen, de la voluntad entre el empleador, quien da la oferta de trabajo, y el trabajador, quien postula al puesto ofrecido. Es así que, la relación de trabajo proviene de una naturaleza contractual general, pero que, cuando los intervinientes son empleado y empleador se transforma, pasando a ser regulado por el derecho laboral.

2.4. El trabajador

El trabajador, sujeto del derecho laboral, es considerado la parte más débil, por lo que, tienen mayor protección, en ese contexto, ha sido considerado como el sujeto de diversos beneficios, en detrimento del el empleador; no obstante, realmente no sucede de esta manera, ya que, como se ha indicado, el trabajador es la parte más débil y susceptible de que se vulneren sus derechos, por lo que, se le da mayor protección.

Para Toyama (2015) el trabajador es siempre el sujeto del contrato de trabajo que pone, voluntariamente, su disposición para prestar personalmente a la organización sus servicios, incorporándose, acatando órdenes y recibiendo un pago de contenido económico que garantice su subsistencia.

Por otro lado, Infantes (2012) indica que este es una persona natural, que ofrece servicios a otro denominado empleador, en el contexto de una relación de dependencia, originada por un contrato de trabajo sujeto a un régimen laboral.

En síntesis, el trabajador resulta ser aquella persona física y natural, que otorga sus servicios a otro, que será su empleador, a cambio de una contraprestación convenida y por un tiempo determinado o indeterminado.

2.4.1. Rasgos distintivos del trabajador

En cuanto a los atributos podemos extrapolarlas del concepto de relación laboral previamente desarrollado, por lo que, podemos señalar las siguientes características:

Figura 4

Características del trabajador

Nota: Elaboración propia

Persona física: El sujeto que presta el servicio, si bien puede ser una persona jurídica, en su mayoría tiende hacer una persona natural.

Prestación Personal: La individualización del trabajador, y de las actividades y funciones que realiza, no pueden ser, salvo que a Ley lo permita, delegadas a otro.

Cualificado: Para el cumplimiento de las metas que la empresa ha establecido al puesto de trabajo, la actividad efectuada debe denotar eficiencia.

Leal: Todo trabajado debe tener un deber ético, tanto con el empleador como con los colaboradores con los que convive. Esta característica está íntimamente ligada al literal d) del artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, probado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR por cuanto existe

también la obligación legal de no proporcionar información sensible a terceros, pues de hacerlo, se considera causal de despido relacionada con la conducta del trabajador.

Subordinado: El trabajador sigue las instrucciones e indicaciones del empleador, acata dichas órdenes, se sujeta al horario y normas internas de la empresa.

2.5. El empleador

Es Forero (1997) quién señala que, los términos más comunes para designar al empleador como aquella persona natural o persona jurídica que genera, ofrecen y/o da trabajo (p.365).

Según el artículo 4° del Anteproyecto de la Ley General del Trabajo, el empleador resulta ser aquella persona, que contrata servicios a un tercero llamado trabajador, para otorgarle una compensación económica denominada remuneración, los cuales se encuentran regulados por Ley, que puede ser una persona o una empresa.

En ese sentido, podemos definir al empleador como la persona jurídica o natural, privada, o entidad de carácter público, dependiendo del rubro o contexto en el que se celebra el contrato de trabajo, quién también es dueño de un negocio y de sus medios de producción, y posee un poder de mando sobre sus colaboradores.

2.5.1. Rasgos distintivos del empleador

Al igual que, en el caso del trabajador, podemos extrapolar las características del empleador de la definición de relación laboral y del contrato de trabajo, permitiendo establecer las distinciones con el otro sujeto. La característica más relevante es la capacidad de dirección que recae sobre el trabajador, generando esa subordinación que se da solo en el contexto del trabajo.

Para Ferrero (1959), el contrato de trabajo tiene las siguientes características:

- Los medios de producción son de la organización;
- El servicio prestado es recibido por la empresa.
- El empleador puede ser, una persona o una sociedad privada, y;
- Los fines que persigue la organización puede ser lucrativo o no;

De la característica y el concepto del empleador, el poder de dirección es la facultad distintiva y que pertenece únicamente al empleador. Ahora, los trabajadores se encuentran subordinados al gerente general quien es el representante legal del negocio o empresa; así también como colaboradores que tienen una jerarquía mayor en el organigrama de la Empresa, siempre que, esté establecido en sus políticas y documentos de gestión interna.

Además, el empleador posee otras cualidades como la obligación de entrega de la contraprestación económica, que es sustento del trabajador.

A sí mismo, como particularidades tenemos el hecho de que las acciones del colaborador siempre están alineadas con los objetivos y necesidades que persigue la organización.

2.5.2. Capacidades del empleador

Sobre las facultades que ostenta el empleador, entendemos que son aquellas atribuciones y poderes, que son diferentes a las características que la Ley le otorga y reconoce por el simple hecho de ser intrínseca a su naturaleza.

El autor Obregon (2018) nos señala, lo que a su entendimiento son, facultades del empleador:

a) Definir el horario habitual de labor.

b) Crear horarios alternativos de trabajo, lo que se conoce como jornadas compensatorias.

c) Aumentar o disminuir la cantidad de días en la semana laboral.

d) Organizar turnos de trabajo que pueden ser fijos o cambiantes, según los requerimientos de la organización.

e) Ampliar o disminuir el horario de trabajo unilateralmente.

Estas facultades del empleador pueden ser encontradas en nuestra Ley de Productividad y Competitividad Laboral, como la de organización y de dirección. Siendo así, de lo señalado previamente y bajo nuestro análisis, las facultades del empleador serían las siguientes:

Figura 5

Facultades del empleador

Nota: Elaboración propia

El empleador puede establecer unilateralmente la forma en cómo se distribuirá la empresa u organización, su visión, metas, objetivos y otros. En ese sentido, el empleador decide

el qué, el cómo, el cuándo, el donde y la forma en cómo se realizan las actividades, lo que se conoce como facultad de organización o disposición.

La capacidad de liderazgo y gestión es una facultad natural del empleador, que le permite guiar a sus colaboradores sobre cómo deben realizar sus labores. Esta capacidad está relacionada con la habilidad de dirigir al trabajador, lo que se conoce como facultad de dirección.

Al mismo tiempo, este derecho se encuentra restringido por la normativa pertinente, acuerdos colectivos o personales, o por el Reglamento de Trabajo interno de la organización.

Otra facultad exclusiva del empleador es la que le da la capacidad de supervisar el cumplimiento de las tareas convenidas por el empleador, lo que se conoce como facultad de supervisión.

Finalmente, el derecho a imponer sanciones, permite al empleador, en los casos de incumplimiento de las normas y políticas internas, penalizar al colaborador ante el incumplimiento de reglas, normas y políticas de la empresa. Las sanciones pueden incluir advertencia verbal o escrita, una suspensión con o sin goce de remuneración, y como último término el despido, el cual debe ser debidamente fundamentado en el contexto de un procedimiento disciplinario.

2.6. Facultades s y obligaciones de las partes contractuales

Aunque el empleador, es quién lidera y tiene cierto grado de dominación sobre el colaborador, hay que considerar que la historia ha mostrado las injusticias provocadas hacia el empleado, esto surge de la relación asimétrica que existe en esta relación.

Es así como, la legislación nacional, con el fin de proteger al trabajador como la parte más débil de la relación de trabajo, optó por restringir el poder de dirección, estableciendo derechos y responsabilidades específicas para el empleador.

Es así como surgen ciertos derechos para el empleador y que el colaborador no puede ostentar.

La autoridad de liderazgo, conocida como poder de dirección, se define como la capacidad del empleador para instruir acerca del modo, tiempo y lugar de la ejecución del servicio, indicando las obligaciones que debe cumplir el colaborador dentro un contexto razonable.

Además, puede emitir pautas generales sobre conducta, reglamentación, directrices o funciones específicas para cada trabajador o grupo específico de trabajadores, teniendo la capacidad de demandar comportamientos individuales y supervisar el seguimiento de sus indicaciones y mandatos. En otras palabras, este poder se manifiesta en dirigir, supervisar, controlar y sancionar al trabajador durante la vigencia de la relación laboral, de la cual se desprende las siguientes facultades.

La capacidad de liderar puede implementarse mediante órdenes generales por medio de normas y políticas internas.

La facultad de controlar se puede subsumir en la el poder que tiene el empleador de organizar y fiscalizar las actividades y funciones que desempeña el trabajador.

Y, la facultad de sancionar se expresa en el poder que tiene el empleador de poder impartir sanciones al trabajador por medio del procedimiento disciplinario.

La autoridad o poder de dirección se define como la capacidad y cualidad inherente del empleador para instruir al colaborador o empleador. Esta también incluye la posibilidad de

decidir si finalizar la relación de trabajo, siempre que existan razones válidas establecidas por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, así como mantenerla. Este poder se manifiesta en tres situaciones; emitir órdenes, comprobar la realización de las labores efectuadas e imponer sanciones al colaborador en caso de incumplimientos.

Ahora, esta facultad también tiene sus limitaciones, que suelen surgir cuando; termina la relación de trabajo, termina el horario de labor, existan actos hostiles y la labor o prestación de servicio pactado no sea respetada.

Aunado a ello, el autor Sardá (2006) nos indica que una de las facultades del empleador es el poder de modificar las funciones y modalidades de las labores del colaborador. A su vez, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral nos indica algunos ejemples de como el empleador ejerce esta facultad, por ejemplo, una de las facultades del empleador es incorporar cambios en la jornada, horario o funciones que desempeña el colaborador durante la prestación del servicio, pero dicha modificación deberá estar dentro de criterios de razonabilidad, teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo y no el deseo del empleador.

A la facultad descrita en el párrafo anterior se le conoce como ius variandi, del cual podemos afirmar que es el poder del empleador de cambiar la forma en que se brinda el servicio, siempre y cuando no se distorsione en detrimento del colaborador.

Por el TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el trabajador presta sus servicios bajo la dirección y guía del empleador, por lo que, este último tiene las capacidades para:

- Regular las tareas a nivel organizativo.
- Emitir las instrucciones necesarias para llevarlas a cabo.

- Castigar disciplinariamente, siempre dentro de los límites razonables, cualquier incumplimiento o violación de las responsabilidades del colaborador.

Las alteraciones que el empleador considere oportunas deben estar alineadas con criterios de razonabilidad y se debe considerar las necesidades propias del centro de trabajo, sin perjudicar al colaborador o que, se pretenda a ello (actos de hostilidad).

Así mismo, el artículo 51° del Anteproyecto de la Ley General de Trabajo, señala que, las facultades que se le podían atribuir al empleador, se fundamentan, en líneas generales, en la capacidad de imponer sanciones, de elaborar el reglamento interno, políticas internas, y de conceder permisos y licencias, y otras que estén presentes en la legislación laboral vigente.

Después de haber indicado las facultades que la Ley establece, es preciso especificar algunas obligaciones que el trabajador debe cumplir, las cuales son limitaciones que la Ley señala y que tienen como objetivo proteger los derechos del colaborador. Para ello nos remitimos a lo establecido en el artículo 54° del Anteproyecto de la Ley General de Trabajo, siendo estas:

- Proveer a los colaboradores contratados con un trabajo real, lo que quiere decir que es obligatorio asignarles un puesto de trabajo y funciones o tareas relacionadas con este.
- Aplicando las medidas de seguridad e higiene ocupacional que corresponden, para proteger la vida, integridad física y salud del trabajador;
- Abonar la retribución pactada, así como los beneficios laborales y económicos, en la fecha convenida;
- No realizar actos que afecten el derecho a la libertad sindical;

- Promover o facilitar la formación de los colaboradores para impulsar su desarrollo profesional o técnico, así como el perfeccionamiento de su producción y productividad;
- Realizar las contribuciones que les correspondan a los sistemas de seguridad social a los cuales estén inscritos los colaboradores; y,
- Proporcionar al colaborador al finalizar la relación de trabajo los beneficios laborales y sociales que le corresponda, lo que implica la entrega del certificado de trabajo, que indique el puesto, el tiempo laborado, las labores realizadas, en un plazo no mayor de cuarenta y ocho horas.

Para Infantes (2012) la obligación del empleador será otorgar copia de los documentos de gestión interna, como el reglamento de trabajo, políticas y otros, y cuando corresponda, todas las modificatorias a todos los colaboradores.

A su vez, el artículo 26° del Decreto Supremo 5-2012-TR y el artículo 35° de la Ley N° 29783, han manifestado un listado de deberes que tiene el empleador.

En cada uno de ellos, el objetivo es que el empleador sea capaz de asegurarle al colaborador un digno trabajo con los requisitos mínimos necesarios para que pueda desempeñar sus labores de manera efectiva; proporcionarle las herramientas necesarias; brindar servicios de carácter médico y otros que garanticen la seguridad de los colaboradores ante cualquier accidente adentro o afuera del centro de trabajo, lo que incluye una cobertura total que le permita al empleado acudir al centro de salud correspondiente y recibir el tratamiento o servicio médico pertinente, sin ningún inconveniente que pueda producirse.

Más allá de estas exigencias la normativa peruana, como por ejemplo, el Decreto Supremo N° 039-91-TR, impone responsabilidades al empleador como entregarle al empleador

copia un Reglamento Interno de Trabajo (RIT) para que el colaborador conozca las funciones, obligaciones, manejo interno, la regulación de ambas partes en general. Por otro lado, la gestión documental como las planillas está estandarizada por medio del Decreto Supremo N° 001-98-TR, Decreto Supremo 015-2010- TR y Resolución Ministerial N° 250-2007-TR, normas que señalan la obligación del empleador de llevar estas planillas.

3. Marco legal del contrato de trabajo

Anteriormente se ha conceptualizado la relación laboral y se ha indicado que esta surge de la celebración del contrato de trabajo, por lo que, resulta pertinente desarrollar este contrato.

Conforme a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el ordenamiento peruano consagra la presunción de que en toda prestación personal se presume la existencia de un contrato de trabajo. Bajo esta premisa, la relación jurídica se configura cuando concurren tres elementos esenciales; la ejecución personal de las labores, la dependencia jerárquica frente al empleador y al contraprestación económica acordada.

A partir de este instrumento se origina el marco recíproco de derechos y deberes vinculantes entre las partes, lo que permite exigir el cumplimiento de lo previamente pactado. La relevancia del contrato de trabajo radica en su condición de acto inicial de la relación laboral.

3.1. Definición de contrato de trabajo

Para Sardá (2016) el contrato de trabajo es el acuerdo por el que el empleado opta por ofrecer su labor al empleador originándose una relación de dependencia laboral, a cambio de una contraprestación de contenido económico.

Al mismo tiempo, Obregón (2018) señala que el contrato de trabajo es el acuerdo prestado en forma voluntaria entre el trabajador y el empleador, en virtud del cual el primero

se obliga a poner en disposición del segundo su propia fuerza de trabajo, a cambio de una remuneración convenida.

De las definiciones señaladas podemos subsumirlas en lo establecido por el artículo 4° del Título I del Contrato de trabajo de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral D.L. 728 que señala que el contrato de trabajo es toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, presumiéndose la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado, por lo cual, podemos verificar la concurrencia de los elementos del contrato de trabajo en esta definición.

En síntesis podemos decir que, el contrato de trabajo, se consolida como el acuerdo consensual donde ambas partes manifiestan su libre voluntad de someterse a pactos recíprocos, mediante el cual el colaborador pone a disposición sus capacidades físicas e intelectuales al empleador en su beneficio, a cambio, recibe una contraprestación económica.

Esta remuneración bajo ningún concepto puede ser inferior al mínimo legal vigente, aun cuando las partes lo pacten de esa forma, prevaleciendo el principio de irrenunciabilidad de derechos.

3.2. Propósito del contrato de trabajo

La finalidad esencial del contrato de trabajo es delimitar el marco regulatorio entre las partes. Para ello, la causa objetiva de contratación, el régimen aplicable, la vigencia y la retribución económica, deben estar específicamente señaladas en el instrumento.

En términos prácticos, este instrumento asegura el cumplimiento escrito de las prerrogativas y obligaciones pactadas en la negociación viabilizando la prestación laboral de carácter personal e infungible.

El artículo 2° del anteproyecto de la Ley General del Trabajo, ha señalado que el objeto del contrato de trabajo es la prestación directa de todo tipo servicios que sean lícitos, materiales y/o intelectuales.

Si bien la autonomía de la voluntad facultad a las partes a pactar las condiciones de su relación laboral, esta libertad contractual no es irrestricta. El ordenamiento jurídico impone límites claros, supeditando los acuerdos privados al respecto del orden público y las buenas costumbres.

Este último concepto agrupa los principios fundamentales y el espíritu normativo que sostiene que ningún acuerdo o pacto particular puede anteponerse a las directrices éticas, morales y legales básicas de la sociedad.

3.3. Atributos del contrato de trabajo

Respecto de este contrato habiendo revisado su definición y propósito, podemos señalar que posee una serie de atributos propios. Podemos señalar los siguientes:

- Consensual: Se perfecciona mediante el libre acuerdo de voluntades entre las partes, sin requerir alguna formalidad estricta para su validez, a excepción de aquellas que la ley exige.
- Oneroso: Supone una contraprestación económica obligatoria a cambio de los servicios prestados, la cual debe ser equitativa conforme a la normativa vigente.
- Sinalagmático: Las prestaciones de las partes involucradas resultan recíprocas e interdependientes.
- Personalísimo: La actividad debe ser ejecutada de manera directa y exclusiva por el trabajador contratado, teniendo un carácter estrictamente infungible que impide la

delegación de las actividades del puesto a terceros, salvo las causas establecidas por la ley vigente.

- Subordinado: El servidor realiza sus funciones bajo las facultades de dirección, fiscalización y sanción del empleador.
- Conmutativo: Las partes, desde el momento de la celebración del contrato, conocen todas las ventajas y obligaciones mutuas quedan plenamente determinadas.
- Bilateral: Requiere la participación clara, definida y contrapuesta de dos partes.
- Tracto sucesivo: Su ejecución se prolonga de manera continuada en el tiempo, lo que permite que las condiciones sufran modificaciones de común acuerdo sin que el vínculo original se extinga.

3.4. Fundamentos del contrato de trabajo

Los elementos del contrato de trabajo son los que se originan a causa de la existencia de la relación laboral o nexo jurídico entre el trabajador y el empleador.

Podemos señalar que sus elementos distintivos están establecidos en el artículo 5° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, como lo veremos a continuación.

Figura 6

Elementos constitutivos del contrato de trabajo

Nota: Elaboración Propia

En cuanto a los elementos esenciales tenemos:

La PRESTACIÓN PERSONAL DE SERVICIOS: La naturaleza *"intuite personae",* permite hacer factible dicho elemento por el cual el trabajador de prestar sus servicios de forma personal y directa.

La Ley de Productividad y Competitividad, en su artículo 5° señala que, los servicios para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa sólo por el trabajador como persona natural. Ello en cuanto regla general, sin embargo, este mismo artículo también indica que, el trabajador puede ser ayudado por familiares directos que dependan de él, siempre que ello sea usual dada la naturaleza de las labores, siendo que esto no invalida esta condición de prestación personal.

Al respecto, Elías (1997) sostiene que uno de los elementos básicos del contrato de trabajo es la prestación personal e individual del servicio, pero no es su factor determinante ya que este también puede encontrarse en los contratos de locación civiles.

A pesar del carácter personalísimo de la prestación de labor, el ordenamiento jurídico peruano admite supuestos excepcionales donde se faculta en las actividades que desempeña el asalariado, la colaboración de familiares directos.

Si bien la responsabilidad operativa y el cumplimiento de las metas recaen de forma exclusiva sobre empleador, la asistencia de familiar directo no desnaturaliza la esencia del vínculo laboral original, debido a que el factor determinante que sostiene esta relación es la subordinación.

La REMUNERACIÓN: La Ley de Productividad y Competitividad Laboral en su artículo 6° ha señalado con respecto a la remuneración o retribución que corresponde al integro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, que puede ser en dinero o en especie, cualquiera

sea la forma o denominación que se le dé, resaltando que siempre debe ser de libre disposición del trabajador, no pudiendo tener el empleador influencia sobre esta.

Bajo esta premisa, la remuneración se percibe en estricta proporción a la actividad laboral efectivamente ejecutada.

Esta dinámica ratifica la bilateralidad y la reciprocidad como características intrínsecas del contrato de trabajo, donde las obligaciones de las partes encuentran su justificación jurídica en el cumplimiento de la prestación de la otra.

Siendo así, no solo es un fundamento sino también un derecho exigible del trabajador y una obligación del empleador, no obstante, existe una limitante y son aquellas situaciones en las que no existe prestación del servicio, pese a la vigencia de la relación laboral. Una situación así es si el trabajador no asiste al centro de trabajo en la jornada correspondiente no existe remuneración exigible o si el colaborador sale del centro de trabajo antes del término de su horario de labores, el pago será en proporción al tiempo efectivamente trabajado.

El elemento distintivo fundamental para discernir un contrato de trabajo de un acuerdo civil de locación de servicios es la subordinación jurídica. El empleador legitima su potestad de organizar y dirigir la actividad del personal hacia los fines corporativos a través de este nexo de dependencia.

En el contexto normativo peruano, el artículo 9° del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral formaliza esta asimetría al otorgar al empleador una triple facultad directiva: la potestad de poder reglamentar actividades y tareas, la capacidad de dictar instrucciones y la facultad disciplinaria para corregir incumplimientos, supeditando su ejercicio a los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad.

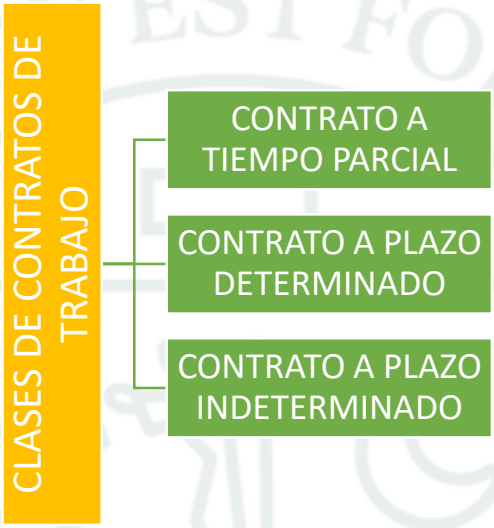
Estas facultades que ostenta el empleador se le conoce como poder de dirección, facultad que será desarrollada con mayor amplitud más adelante.

3.5. Tipos de contrato de trabajo

Durante el desarrollo normativo laboral en nuestro país, nuestras normas vigentes han establecido la existencia de tres tipos de contratos laborales.

Figura 7

Clases de contrato de trabajo



Nota: Elaboración propia

El contrato a tiempo parcial. Para Trillo (2009) la prestación de servicios en una jornada de trabajo inferior a la ordinaria del centro de trabajo es un contrato a tiempo parcial, pudiendo ser el trabajo de ciertas horas al día, de ciertos días de la semana, de ciertas semanas del mes o de algunos meses al año.

Podemos definir a este contrato como aquél vínculo laboral configurado para ejecutarse en una jornada significativamente menor a la ordinaria por Ley. Esta modalidad permite la prestación de servicios en horas reducidas y específicas al día y días determinados a la semana, admitiendo esquemas flexibles de distribución horaria. Para efectos de su validez legal y conforme a la normativa laboral vigente, el rasgo esencial es que el promedio de la jornada semanal resulte inferior a las cuatro horas diarias.

En el caso de las vacaciones debemos clarificar que, esta no es por mandato legal, pero si por convenio internacional de la OIT, siendo este convenio el número 52.

Con relación a los contratos de trabajo sujetos a modalidad, el ordenamiento jurídico peruano – a través del artículo 53° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728- establece que, estas contrataciones poseen una naturaleza excepcional por tener carácter temporal.

Su celebración, clasificadas por Ley en modalidades temporales, accidentales o, de obra o servicio, es legítima únicamente cuando confluyen causas objetivas específicas. Estos pactos exigen una delimitación temporal estricta desde su origen, a diferencia del régimen general indeterminado.

Para blindar el instrumento contra una eventual desnaturalización, la jurisprudencia y la doctrina exigen la concurrencia de dos factores claves: una temporalidad explícita y, fundamentalmente, la inclusión de una cláusula donde se consigne de forma detallada y verificable la causa objetiva que justifique su celebración.

Se debe cumplir con los requisitos establecidos en la norma que los regula, el Decreto Legislativo N° 728, dependiendo de la modalidad del contrato.

El ordenamiento jurídico peruano establece como límite la temporalidad máxima y acumulativa de cinco años para la celebración de estos acuerdos de naturaleza modal o según el plazo señalado para cada caso. La desnaturalización opera si se excede de este tiempo se vulnera la continuidad permitida. Como consecuencia legal inmediata, el vínculo contractual se de manera automática en un contrato a plazo indeterminado de manera automática, otorgando al colaborador plena estabilidad laboral.

De estos contratos, nacen otros los cuales se encuentran regulados en el mismo cuerpo normativo, el Decreto Supremo N° 003-97-TR, y que pasaremos a señalar a continuación:

Figura 8

Contratos a plazo fijo

Nota: Elaboración propia

Estos contratos tienen la particularidad de que legal y jurisprudencialmente se ha establecido su plazo máximo de duración, lo implica que su duración no depende de la voluntad de las partes, por ejemplo, el contrato por incremento de actividad tiene una duración máxima de tres (3) años, el de necesidad de mercado tiene una duración de cinco (5) años y el de servicio específico no tiene duración tal como lo señala la Casación Laboral 22567-2019-Cajamarca.

En cuanto la formalidad que contempla este tipo de contrato es que siempre debe estar por escrito, ya que, este incumplimiento supondrá que la relación laboral es por plazo indeterminado.

Por este tipo de contrato, los trabajadores gozarán de todos sus beneficios laborales como la Compensación por Tiempo de Servicio, Gratificación, Gratificación Extraordinaria,

Asignación Familiar, Vacaciones, entre otros, ya que este derecho no nace del tipo de contrato, sino del régimen laboral del empleador.

Pese a que el contrato a plazo indeterminado, pueda considerar como la regla natural, el Decreto Supremo N° 003-97-TR no nos establece un concepto claro del mismo, sí podemos decir que está presente en cuanto regula los derechos, obligaciones, beneficios y demás conceptos que surgen de la relación de trabajo, por lo tanto, podemos decir que este tipo de contrato es uno de carácter general o regular.

A su vez, para Sardá. (2006) el contrato indeterminado constituye la regla general del empleo, pudiendo celebrarse de manera escrita o verbal. En el contexto peruano, se asume la permanencia del asalariado debido a que el vínculo de trabajo reconoce la estabilidad laboral relativa desde el primer día de labores.

Es imperativo precisar que, si bien la legislación supedita la protección total contra el despido arbitrario a la superación del periodo de prueba legal de tres meses o el que corresponda, el carácter indefinido del contrato preexiste a esta condición temporal, operando siempre la presunción de permanencia en el empleo.

Podemos decir que este instrumento cuenta con una fecha de inicio definida, pero no con una de término, resultando que, debamos remitirnos al artículo 16° del Decreto Supremo N° 003-97-TR. El ordenamiento jurídico nacional consagra el principio de continuidad, bajo el cual se presume de manera general que, toda relación de trabajo es a plazo indeterminado, sin embargo esta disposición normativa regula las causas de extinción del vínculo laboral.

De este modo, la contratación temporal constituye una excepción al régimen general, cuya validez exige que la causa objetiva y la modalidad específica queden expresamente tipificadas y justificadas de forma escrita en el documento.

Nuestra legislación peruana actual resalta que estos contratos deben cumplir con la formalidad, deben estar por escrita. Al respecto Sarda (2006) precisa que el instrumento puede adoptar una forma escrita o verbal.

El ordenamiento legal suple la indeterminación aplicando el marco general de la legislación laboral, consolidando el vínculo como una de carácter indefinido, de esta forma la oralidad no significa que la relación jurídica carezca de contenido obligacional.

En relación a la prestación de labores efectivas, tienen un periodo de prueba básico de tres meses, el cual, dependiendo de la relevancia del cargo puede llegar a extenderse hasta por un plazo mayor, siempre que, exista justificación debidamente motivada por parte del empleador siendo esta, referida generalmente a la complejidad de las funciones que desempeña el trabajador.

Queda claro que, los beneficios económicos que percibe el trabajador no sufren de alteraciones por el tipo de contrato que se celebre, sin embargo la Compensación por Tiempo de Servicio, Gratificación, Gratificación Extraordinaria, entre otros, dependerán del régimen laboral no del contrato, salvo que se celebren otros beneficios adicionales, pero no serían legales sino convencionales.

3.6. Cese del contrato de trabajo

En las contrataciones sujetas a modalidad, el vencimiento del plazo estipulado opera como causa objetiva para la extinción del vínculo laboral, sin embargo, el ordenamiento jurídico laboral también contempla escenarios donde la resolución de contrato se produce antes del término previsto, ya sea de mutuo acuerdo o por decisión unilateral de cualquiera de las partes.

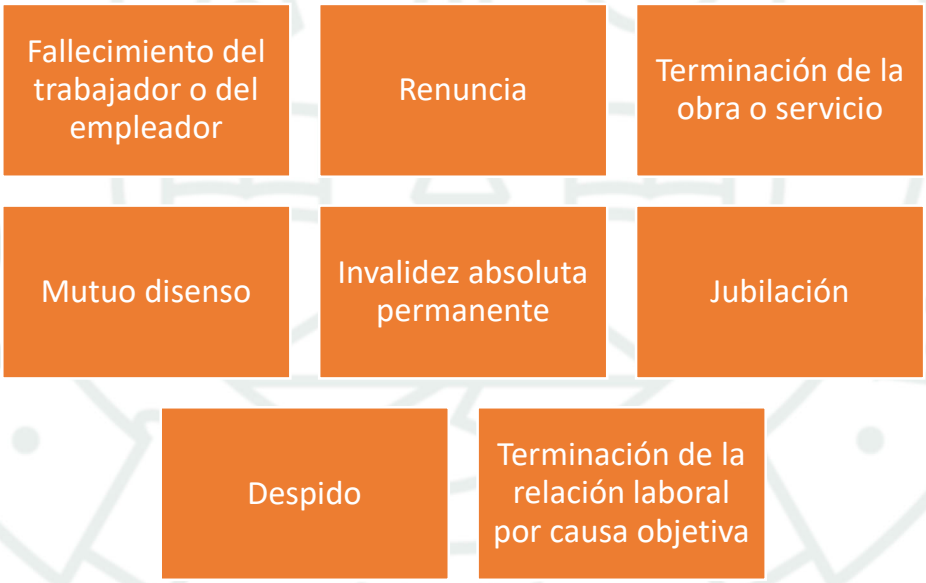
Para Infantes (2012), el contrato de trabajo solo puede extinguirse cuando ha cesado, de forma definitiva, la obligación del trabajador de prestar sus servicios al empleador y de este último otorgar al primero una contraprestación remunerativa.

El rasgo definitorio de la terminación del contrato de trabajo radica en la disolución total de las obligaciones sinalagmáticas contraídas por el vínculo laboral, a diferencia de la figura de la suspensión del contrato.

Así, se cancela tanto el deber el prestador del servicio de poner a disposición su labor, como la obligación correlativa del empleador de otorgar cualquier contraprestación económica o beneficios de cualquier naturaleza.

Figura 9

Causales de término de la relación laboral



Nota: Elaboración propia.

El artículo 16° del Decreto Supremo N° 003-97-TR señalas las causales de cese de la relación de trabajo.

Entre estas las causales tenemos el deceso de alguna de las partes, siempre que el empleador sea una persona física; el término por decisión unilateral, forzada o voluntaria

asalariado; la culminación de las actividades de la obra o servicio para la cual el trabajador fue contratado, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados, referido a los contratos sujetos a modalidad; el mutuo disenso; la invalidez absoluta permanente del trabajador; la jubilación del trabajador y el despido.

Debemos entender que, como regla general, cuando ocurre, por cualquiera de las causales de término de la relación laboral señaladas, los derechos y obligaciones del empleador y del trabajador terminan.

Pero qué sucede con aquellas obligaciones cuyos efectos todavía subsisten pese a que la relación laboral se haya extinguido. Podemos hablar de la obligación legal del empleador del pago de aquellos beneficios sociales adeudados al trabajador, como los conceptos truncos, pero ello deviene de un mandato legal.

En ese sentido ¿hay obligaciones que sean de naturaleza contractual o convencional que pueden subsitir después de la extinción de la relación laboral? Lo cierto es que exiten cláusulas no reguladas por Ley, pero que son fenómenos jurídicos que vienen siendo utilizadas con frecuencia al momento de celebrar el contrato de trabajo o por convenio individual de trabajo que tienen estos efectos, como la cláusula de confidencialidad o la cláusula de no competencia post contractual.

4. Clausula no competencial

Actualemente se ve con más frecuencia el uso de la cláusula de no concurrencia, por parte de empresas del régimen privado, cuyos efectos se manifiestan durante la relación laboral y posterior al termino de esta. Mismas que vienen siendo aceptada por los trabajadores, sin que entiendan el alcance de esta.

Debemos entender que el contexto de esta cláusula de no competencia se puede dar durante o posterior al término de la relación laboral. Estos trabajadores pueden iniciar sus

propios negocios o laborar en una empresa que pueda ser competidor directo; en ambos casos, estos trabajadores pueden haberse llevado conocimientos técnicos y/o comerciales específicos del giro del negocio de la empresa anterior, lo que vendría a ser el Know How.

En ese contexto, para que estas empresas puedan proteger sus intereses empresariales, evitando que estos trabajadore utilicen el Know How y genere esa ventaja competitiva por parte del o ex trabajador, emplean en sus contratos o convenios individuales los pactos de no competencia durante y al cese de la relación laboral, también conocidos como cláusula no competencial contractual y post contractual.

Desde la perspectiva del derecho comparado de ciertos países latinoamericanos, como Colombia o Chile, sus normativas y jurisprudencia sobre la materia evidencian una evolución más flexible hacia la admisión y el desarrollo de estas estipulaciones contractuales, estableciendo los requisitos específicos que garantizan que las restricciones que suponen estas cláusulas sean razonables y no perjudiciables para las oportunidades laborales y el ejercicio del derecho al trabajo de los trabajadores, así como su ejecución.

A nivel internacional, países como Estados Unidos, México, España o Italia, también contemplan jurisprudencial o legalemten este pacto, teniendo regulación expresa que permite la aplicación razonable, así como las condiciones, restricciones o situaciones específicas que permiten su uso.

Pero ¿qué sucede en Perú?, pues bien, no están reguladas en nuestra legislación actual esta cláusulas no competencial contractual y postcontractual, por lo que, no es posible conocer su alcance, ambito de aplicación y validéz, como si sucede en otros paises. Pese a la falta de desarrollo normativo si tenemos alcances doctrinarios que nos pueden indicar una posible forma de aplicarla en nuestro régimen privado.

Aunado a ello, si tenemos antecedentes de un intento de regulación normativa por parte del Estado Peruano, siendo el antecedente más próximo corresponde al Anteproyecto del Código del Trabajo contenido en la Resolución Ministerial N° 092-2022-TR.

De la misma manera, se ha logrado identificar que también tenemos antedecentes jurisprudenciales respecto de la aplicación de estas cláusulas de no competencia, siendo lo más recientes lo contenida en el Expediente N° 14203-2019-0-1801-JR-LA-16, expedida por la Séptima Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima.

4.1. Concepto de la clausula no competencial

Desde una perspectiva conceptual, esta estipulación suge ante el imperativo patronal de salvaguardar sus secretos comerciales y preservar su posicionamiento en el mercado. Con este propósito, la empresa introduce dichas reservas de información pudiendo ser desde el inicio de la relación de trabajo o por adenda suscritar de forma posterior. Estas clausulas suelen ir acompañadas por cláusulas que señalan penalidades ante su incumplimiento y, a su vez, permanecen vigentes aun cuando se haya terminado la relación laboral.

Para Alcazar (1995) el pacto de no competencia lo definen desde el concepto del pacto de dedicación exclusiva, siendo que, este es por este acuerdo el colaborador, de forma voluntada, se obliga a dar, sus servicios a un solo empleador, no pudiendo competir contra el y no pudiendo ejercer su derecho a pluriemplearse, lo que sería trabajo simultáneo por medio de diversos contratos laborales.

Agrega que, esta clausula de no competencia y por extensión, de exclusividad, limita la libertad de contratación del trabajador.

Para Arias (2020) el pacto de no concurrencia o no competencial consitituye un acuerdo expreso mediante el cual el personal se compromete a abstenerse, de forma directa o indirecta, de prestar servicios, asociarse o mantener vínculos con organizaciones del mismo rubro

comercial durante la vigencia del empleo. Esta restricción convencional busca neutralizar la competencia desleal del subordinado frente a la actividad económica subordinada. Su finalidad esencial es impedir empresas competidoras utilicen el capital intelectual y la información estratégica de la entidad originaria en perjuicio de esta.

Asimismo, el autor precisa que la protección no se extiende a las habilidades profesionales del colaborador, sino al uso indebido de la información estratégica obtenida durante el desempeño de sus funciones.

Eso quiere decir que este resguardo abarca metodologías internas y secretos comerciales que la competencia podría aprovechar al incorporar al servidor en un puesto análogo. El alcance de esta restricción debe circunscribirse estrictamente al área de especialización y al entorno operativo donde el empleador ejecutaba sus labores.

Desde esta perspectiva, este compromiso configura una restricción temporal al derecho de postular a ofertas laborales concurrentes. Mediante este pacto de no concurrencia, el subordinado se obliga a no ejecutar servicios profesionales que afecten o colisionen con los intereses de la empresa durante la vigencia del contrato o posterior a este. Esta condición impide al trabajador desarrollar ciertas labores bajo subordinación a favor de un empleador competidor, extendiéndose la prohibición incluso de efecutar actividades autónomas o por cuenta propia que generen un conflicto de interés.

Este ámbito de protección corporativa abarca la reserva de los secretos industriales, el know-how y toda información clasificada que prevenga la pérdida de competitividad frente a terceras empresas del mismo sector.

Con relación a esta figura, Banda (2016) tipifica la existencia de la clausula no competencial en dos momentos, durante y despúes. El después lo nombra como post

contractual y este es el compromiso formal del trabajador de abstenerse de ejecutar servicios subordinados o autonómonos en favor de terceros después de finalizado el contrato de trabajo.

Esta restricción abarca aquellas funciones desarrolladas con su anterior empleador que colisionen de forma directa o indirecta con la actividad del emleador originario, buscando prevenir un perjuicio económico o una afectación en el mercado. Además agrega la idea de una compensación económica en favor del trabajador por la restricción de su derecho a la libertad de trabajo.

Del mismo modo López (1997) indica que este convenio puede celebrarse en el contrato o adenda posterior, y su eficacia se producirá durante la vigencia del contrato de trabajo y posterior a la misma, consistente en que el trabajador, durante o finalizada la relación laboral aproveche la información, conocimiento y capacitación, adquirida durante la relación laboral, evitando prestar servicios subordinados similares por cuenta propia o en favor de otros que puedan generar una afectación económica.

Es así como, la clausula de no competencia contractual y post contractual las podemos definir como el acuerdo entre el empleador y el trabajador, durante o posterior al cese de la relación laboral, en el que voluntariemente limita el ejercicio del derecho al trabajo, para no competir directamente con el empleador, ocasionándole un perjuicio monetario, ya sea prestando servicios laborales y subordinados a otra empresa competidora o competir por cuenta propia.

De lo desarrollado, podemos exponer una idea adicional, que es la generalidad de esta clausula, es decir, la obligación de no competir directa o indirectamente con el empleador, independientemente del puesto que el trabajador ejercía y del área en el que desempeñaba dicho puesto de trabajo, implica que el asalariado no podría ocupar ningún otro cargo, ya que el supuesto de aplicación de la no competencia corresponde no competir de ninguna forma.

4.2. Función

La doctrina española nos da una mejor delimitación de la función de esta cláusula de no competencia, para ello el autor Arias (2010) indica que debe tenerse en consideración, lo precisado por la Sentencia del Tribual Supremo de España del 5 de febrero 1990, que promulga al trabajo como derecho y deber, lo que originó una modificación al régimen normativo ya que posibilita una obligación legal que subsiste después de finalizado el contrato de trabajo incorporándola en su legislación laboral.

A partir de esta premisa, se colige que los términos del pacto post contractual deben interpretarse bajo un criterio estrictamente restrictivo. El ordenamiento jurídico exige resguardar la empleabilidad del ciudadano frente a las cláusulas que pretenden extender sus efectos de forma desproporcionada, priorizando una interpretación que prevenga cualquier limitación al ejercicio del derecho al trabajo tras la extinción del vínculo laboral.

En sintonía con este criterio, Cajas (2013) delimita el alcance de esta figura al contrastarla con el pacto de exclusividad, precisando que posee una naturaleza menos restringida. La autora sostiene que esta clausula no impone una prohibición absoluta para que el personal preste servicios a terceros, sino que restringe únicamente el desarrollo de aquellas actividades corporativas que colisionen o compitan de forma directa o indirecta con los objetivos comerciales de la organización.

En ese sentido, el pacto no competencial pretende evitar que los intereses de las partes intervinientes se contravengan, que podría suceder si el colaborador, durante o al término de su relación contractual fuese empleado en otra empresa que sea competidora. Desde este punto de vista, podemos decir que la buena fe del colaborador resulta ser fundamento de las relaciones laborales en cuanto a la celenbración de este pacto.

De lo señalado, podemos decir que, la función de esta cláusula o pacto deviene en evitar el uso del conocimiento que el trabajador o ex trabajador haya adquirido durante la vigencia del contrato, impidiendo la competencia directa o indirectamente con su empleador o ex empleador, pudiendo tener como consecuencia su afectación económica, dejándolo en una situación de desventaja en el mercado en el que se desenvuelve, no prohibiéndo que el trabajador o ex trabajador pueda prestar servicios para otros, siempre que no sean competidores.

4.3. Estipulación

A partir de las consideraciones expuestas, al momento de celebrar un contrato de trabajo, las partes gozan de la facultad de estipular pactos de no competencia con eficacia tanto contractual como post contractual. Si bien estas restricciones provienen de la autonomía de los intervinientes, requiere la concurrencia de elementos estructurales específicos para su validéz.

Entre ellos destacamos la delimitación del plazo de vigencia, el cual puede extenderse tras la extinción del vínculo, la fijación de penalidades proporcionales ante incumplimientos, el ámbito de aplicación territorial y la asignación de una compensación económica obligatoria a favor del trabajador como contraprestación por la limitación de su derecho.

Con el propósito de ilustrar de manera práctica la aplicación de esta figura, se procederá al análisis de una cláusula de no competencia contractual y post contractual utilizando como ejemplo la siguiente cláusula redactada por una empresa del régimen privado que opera en la provincia de Arequipa, lo cual permitirá constatar los criterios doctrinales expuestos con la realidad organizacional local.

Figura 10

Cláusula no competencial

DECIMA SEGUNDA: NO COMPETENCIA

EL TRABAJADOR se obliga a desempeñar sus funciones de manera exclusiva para **EL EMPLEADOR** y a no realizar, directa o indirectamente, ninguna actividad que implique competencia con los servicios prestados por **EL EMPLEADOR** durante la vigencia de la relación laboral. En esa misma línea, **EL TRABAJADOR** no podrá participar, directa o indirectamente, ni tener intereses económicos en otro negocio u otra empresa involucrada en actividades que estén en directa o indirecta competencia con **EL EMPLEADOR** o con los servicios que éste último presta. **El TRABAJADOR** ni directa ni indirectamente podrá tener participación en la propiedad o conducción (sea como director, representante, ejecutivo, contratista o asesor) de algún negocio o actividad que comercialice u ofrezca algún servicio u opere una actividad o negocio similar o que compita con el negocio de **EL EMPLEADOR**.

La obligación de no competencia se extiende por un periodo de (03) tres años contados desde la terminación de la relación laboral, dentro del territorio de la República del Perú.
En caso de incumplimiento de la presente cláusula, el(la) trabajador(a) deberá indemnizar a **EL EMPLEADOR** por los daños y perjuicios ocasionados, sin perjuicio de las demás acciones legales que correspondan.

EL TRABAJADOR se obliga a no inducir, invitar, persuadir o intentar contratar, directa o indirectamente, a empleados, consultores, proveedores o cualquier colaborador de **EL EMPLEADOR** o sus empresas asociadas, con el propósito de conformar, participar o desarrollar un negocio que compita en el mismo ramo mercantil de **EL EMPLEADOR.**

Esta obligación se extiende por un periodo de tres (3) años contado a partir de la terminación del presente contrato, con el objetivo de proteger los intereses comerciales y operativos de **EL EMPLEADOR**.

Nota: Clausula no competencial celebrada entre el trabajador y la empresa.

Esta cláusula de no competencia contractual y post contractual fue celebrada con un trabajador que ocupa un puesto considerado común, pero que, por las funciones que desempeña tiene acceso a información privilegiada, por lo que, es un trabajador de confianza.

De la cláusula no competencial expuesta se puede apreciar una serie de requisitos que los intervinientes han pactado.

- El colaborador tiene la obligación de no disputar con el negocio del empleador durante la relación laboral.
- La obligación del trabajador de no competir con el negocio del empleador después de terminada la relación laboral.
- El tiempo de duración de cada obligación que es de tres años.
- El ámbito de aplicación que se extiende en todo el Territorio nacional.

- La penalidad consistentes en la indemnización en favor del empleador en caso de incumplimiento por parte del trabajador.

Estos son los elementos que podemos observar, más adelante veremos si estos son acordes a la doctrina y jurisprudencia nacional.

De la misma manera, analizaremos esta cláusulas de no competencia para poder determinar si esta es válida en nuestro régimen laboral y podría ser ejecutada por el empleador, desde la idea de que este pacto es eficaz en nuestro régimen laboral pese a no estar regulada por norma expresa.

4.4. Distinción jurídica frente a otros pactos contractuales

La clausula de no competencia contractual representa una figura jurídica en pleno desarrollo dentro del derecho al trabajo, impulsada por la alta especialización de las funciones y el incremento de la rotación laboral. En el escenario contemporáneo, la trasnferencia de conocimientos estratégicos y el riesgo latente de fuga de información han masificado su uso en el entorno empresarial peruano.

Ante este panorama, se vuelve metodológicamente imperativo deslindar esta restricción de otras estipulaciones convencionales que, aun compartiendo fines preventivos similares, poseen naturaleza y límites totalmente distintos.

Diferencia con la clausula de exclusividad: En este caso la cláusula establece que el trabajador no podrá realizar ningún tipo de actividad para un tercero del mismo rubro de su actual empleador. En este caso la duración de esta obligación se circunscribe a la duración del contrato de trabajo. Para Cajas (2013) estas cláusulas buscan que el trabajador dedique de forma exclusiva, para la empresa, su fuerza productiva, evitando fuga de información interna básicamente, impidiendo prestar servicios a cualquier otro empleador.

Mientras que, en la clausula de no competencia contractual y post contractualen el pacto limita que el trabajador pueda laborar para un tercero, siempre que este pertenezca al rubro del anterior empleador, sea su competidor o de alguna manera pueda beneficiarse con la información interna de la que dispone el trabajador. El alcance supera al de la relación laboral, en este caso no se busca exclusividad del trabajo, sino más bien es una cláusula más parecida a las cláusulas de confidencialidad, solo que en este caso va más allá en aras de proteger la confidencialidad y también limita el derecho de escoger un trabajo para el ex empleado.

Diferencia con las cláusulas de confidencialidad: Una cláusula de confidencialidad tiene como fin principal proteger la información más allá de la persona que la canalice, una cláusula de confidencialidad persigue a la información, pues le da un mayor valor a ella, una cláusula de confidencialidad admite por ejemplo mayores plazos de reserva pues la información es un activo importante para la generación de riqueza.

Asímismo, también tiene naturaleza pre y postcontractual, al igual que la cláusula de no competencia, por lo que, no hay mayor diferencia en su aplicación antes (inducción / capacitación) durante o después de la culminación de la relación laboral. Por este motivo esta cláusula podría válidamente usarse en conjunto con una cláusula de no competencia.

En cambio una cláusula de no competencia contractual y post contractual si bien también valora la información per se también valora el canal de ella (el trabajador) como un activo más, la experiencia del trabajador aunada a ese conocimiento, suma al valor de la información el valor presente o potencial del trabajo del empleado. Por ello no admite un tiempo prolongado ya que si bien busca que un trabajador no rivalice o participe de una empresa competidora antes durante o después del contrato, no permite una restricción eterna ya que estaría contraviniendo el derecho fundamental de la persona al trabajo, que es jerárquicamente superior al derecho de empresa y a primacía de la voluntad de las partes.

4.5. Diferencia al aplicar el pacto de no concurrencia

Habiendo ya definifido que son estas clausulas de no competencia y sus características podemos discernir que estas no pueden ser aplicadas a todos los trabajadores, entendiendo que por las propias características de los puestos que ocupan no sería razonable. En ese sentido, podemos diferenciar a los trabajadores por los rangos o puestos que ocupan:

TRABAJADORES COMUNES: Podemos definirlos como aquellos trabajadores que se limitan a ejecutar las ordenes directas del personal directivo de la empresa, por ende, no tienen autonomía para orientar su propia actuación.

Podemos decir que, su nivel de negociación es mínimo, salvo tenga conocimientos especializados o experiencia considerable.

TRABAJADORES DE CONFIANZA: El segundo párrafo del artículo 43° del Decreto Supremo N° 003- 97- TR señala que estos trabajadores son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a información confidencial que incluye; secretos industriales, comerciales y profesionales, pero que, no tienen poder de dirección, y por tanto, tampoco tienen poder de decisión.

TRABAJADORES DE DIRECCIÓN: El primer párrafo del artículo 43° del Decreto Supremo N° 003- 97- TR señala que estos trabajadores son aquellos que, ejercen la representación general del empleador frente a otros trabajadores o terceros, generalmente siendo gerentes o administradores de la empresa, por lo que, tienen poder de dirección, y con ello, poder de decisión.

De lo señalado, por el nivel de información confidencial a la que tiene acceso el personal de confianza y de dirección, es natural que, el empleador celebre esta cláusula de no competencia con dichos trabajadores.

Ahora, también podemos pensar que, no resulta razonable que sobre todos los trabajadores de una empresa se celebre la clausula de no compentencia contractual y post contractual, ya que, por ejemplo, los trabajadores comunes, no tienen acceso a la información confidencial y privilegiada que si tienen los trabajadores de dirección y de confianza.

No obstante, también podemos decir que, si la clausula de no competencia protege la información de la empresa que pueda adquirir el trabajador, aquellos trabajadores comunes que tengan acceso a dicha información también estarían sujetos a la clausula de no competencia.

4.6. Anteproyecto de la ley general de trabajo

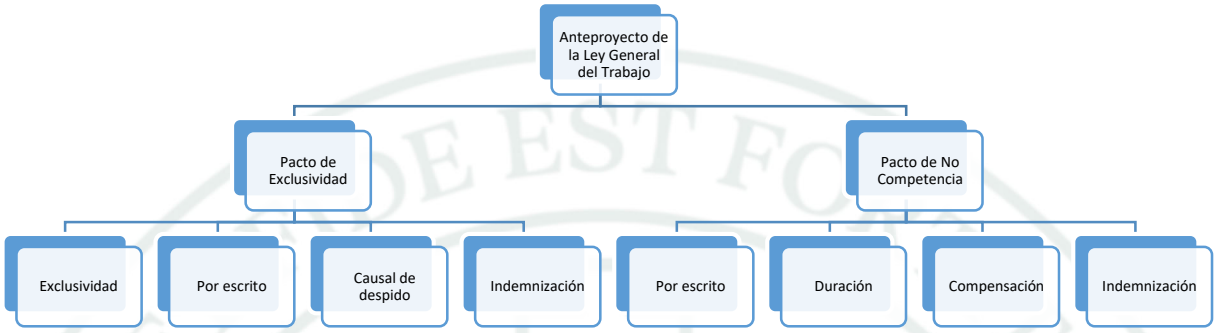
En febrero del año 2022 se presentó en el Congreso de la República el Anteproyecto del Código del Trabajo, contenida en la Resolución Ministerial N° 092-2022-TR, en la que se pretendía unificar en un solo cuerpo normativo la dispersión normativa de la legislación laboral.

Sin embargo, el problema de la dispersión normativa reside en el desconocimiento que genera la existencia de tantas normas vigentes y fenómenos actuales no regulados en la legislación laboral, pero que son utilizados comúnmente por los privados en la práctica, como lo es la cláusula de no competencia, de confidencialidad y de exclusividad, por mencionar alguno.

En este contexto, una de los fenónemos actuales no regulados por la normativa vigente laboral es el pacto de no compentecia contractual. Por medio de este Anteproyecto se pretendía formalmente incluir en nuestra legislación jurídica de trabajo este tipo de acuerdos.

Figura 11

Anteproyecto de la ley general del trabajo



Nota: Resolución Ministerial N° 092-2022-TR, elaboración propia.

Sobre el Pacto de No Competencia, el artículo 50° del Anteproyecto del Código General del Trabajo señala que el pacto de no competencia obliga al trabajador a no realizar actividades que supongan competencia con su anterior empleador después de extinguida la relación laboral, sólo tendrá validez si consta por escrito, se acredita que el empleador tiene un efectivo interés económico o comercial en ello y se otorga al trabajador una compensación económica no menor al equivalente de una remuneración mínima por cada mes que dure el pacto. También plantea que este pacto tendrá una duración máxima de un (1) año y que, en caso de incumplimiento por parte del trabajador, el empleador tendrá derecho a una indemnización por daños y perjuicios.

De lo señalado, entendemos que este artículo se refiere únicamente a la clausula de no competencia post contractual, pues señala que, en este caso, el trabajador se obliga a no prestar servicios, ya sea para competir directamente con su ex empleador o laborar para otro competidor directo de él, una vez extinguida la relación laboral. En ese sentido, podemos destacar los siguientes aspectos.

Nos señala un requisito formal, que esta clausula debe constar por escrito, ya sea que esté incorporada en el contrato de trabajo o se celebre por convenio individual, no siendo válida esta si se celebra de forma verbal.

Nos indica que la duración de este pacto es de un (1) año como máximo, no pudiendo ser de duración indeterminada.

Que, el trabajador será acreedor de una remuneración minima por cada mes de que dure el pacto de no competencia. Entendemos que esta remuneración mínima se refiere a un sueldo mínimo y no a la remuneración que percibía el trabajador.

Otro efecto que contempla es que, en caso de incumplimiento del trabajador, el empleador será acreedor de la indemnización por daños y perjuicios, sin embargo, no se establece una fórmula legal que pueda determinar un monto indemnizatorio.

Esto significa que, ¿el Anteproyecto del Código del Trabajo no contempla la clasula de no competencia contractual?. La respuesta a esta interrogante es no, ya que, el artículo 49° de este Anteproyecto nos define lo que es el Pacto de Exclusividad, que por la definición que veremos nos podremos dar cuenta que incluye la clausula o pacto de no competencia contractual.

Es así que, podemos decir que por este pacto, el trabajador se obliga a no prestar otros servicios en régimen de subordinación, autonomía y/o a no realizar actividad por cuenta propia, a cambio de una compensación económica mensual que no puede ser menor al equivalente a una remuneración mínima. Lo que implica que, cualquiera de las partes puede dejar sin efecto el pacto mediante un pre aviso de treinta (30) días calendarios. Si el trabajador incumple lo pactado incurre en causal de despido y adicionalmente, el empleador tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios.

Tal como señala su definición podemos entender que existe una relación género especie entre la cláusula de exclusividad y la de no competencia contractual, siendo la primera de aspecto general y la segunda de aspecto específico.

Desde la definición que nos da el autor Romanik (2014) sobre la cláusula de no competencia contractual podemos plasmar esta relación género – especie, en cuanto a que esta cláusula es el pacto expreso entre el empleador y el trabajador en el que este último se compromete a no competir directa o indirectamente con los negocios del empleador, independientemente de la forma en cómo sea contratado, durante el plazo acordado durante la vigencia de la relación laboral.

Como podemos analizar, este concepto es similar al de la cláusula de exclusividad, siendo la diferencia que esta abarca cualquier negocio, no solo los que compitan con el empleador, mientras que en la definición señalada se establece la obligación de no prestar servicios subordinados en favor de otra empresa que compita con los negocios del empleador.

Es así que, podemos identificar las siguientes características de esta cláusula de no competencia contractual y post contractual.

- La definición desarrollada señala que, el trabajador no puede prestar servicios subordinados o por cuenta propia, es decir, no puede prestar servicios bajo contratación laboral o por cualquier otra forma de contratación.
- Se agregar una compensación económica, diferente a la remuneración que esté percibiendo el empleador, siendo que, esta compensación económica equivaldrá a un sueldo mínimo. Ahora, no señala que esta compensación se otorgará por cada mes, por lo que, debemos entender que será un pago único.

- Este pacto debe estar por escrito para ser válido, y para dejarlo sin efecto debe comunicarse con una antelación de treinta (30) días naturales. Esta no señala si debe ser por escrito, pero en el entendido de que, el pacto de exclusividad debe celebrarse por escrito, seguimos el adagio de la *cosas se deshacen como se hacen*, siendo así, también debe ser por escrito.

    - Este artículo señala que, en caso de incumplimiento por parte del trabajador, este acto será considerado como causal de despido. Este precepto nos señala una nueva causal de despido, pero no indica en cual causal de despido del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, se subsume. Podemos entender que se puede referir a los siguientes numerales

    - Numeral a) del artículo 25 del D.S. N° 003-97-TR en cuanto incumplir este precepto puede suponer el quebrantamiento de la buena fe laboral.

    - Numeral d) del artículo 25 del D.S. N° 003-97-TR en cuanto el uso de información reservada del empleador, pero entendemos que esta causal solo podrá ser invocada por el empleador en el supuesto de que el trabajador compita contra él, pues la falta es que este último compita ya sea por cuenta propio o subordinado a otro empleador.

- Por último, en caso de incumplimiento del trabajador, el empleador adicionalmente podrá reclamar la indemnización por daños y perjuicios, no obstante, no se establece un monto indemnizatorio o una fórmula legal que pueda determinar el quantum indemnizatorio.

4.7. Jurisprudencia nacional

El Estado, por medio de la Constitución Política castiga los monopolios y el abuso de poder, promoviendo y vigilando el correcto funcionamiento de la libre competencia. En el ámbito de trabajo, el artículo 25 del Decreto Supremo 003-97-TR sanciona al colaborador que compita de forma desleal contra su empleador por cometer una falta grave relacionada con su conducta, lo que conlleva al despido justo.

Téngase presente que, en el Perú que si el empleador tiene las pruebas para acreditar la comisión de falta grave por parte del colaborador, esta se convierte en una razón válida y legal para terminar el contrato por despido.

El concepto de competencia es introducido en la norma laboral desde la perspectiva de la competencia desleal, proponiendo como sanción grave el despido por faltas disciplinarias que incurran los trabajadores. Habiendo señalado esto, debemos preguntarnos, ¿qué constituye competencia desleal en el ámbito laboral?

De la Sentencia de Vista contenida en el Expediente N° 04295-2020 el juzgado admite que no existe definición de competencia desleal en el derecho laboral, pero, quienes determinaran las conductas que serán consideradas como competencia desleal, susceptibles de ser sancionadas, serán los intervinientes de la relación jurídica de trabajo.

Lo señalado en los párrafos precedentes está referido a la cláusula de no competencia contractual, pues si bien no está regulada por ley su uso, la jurisprudencia y el Decreto Supremo 003-97-TR ya nos refieren a esta como una obligación durante la vigencia de la relación laboral por parte del trabajador, que en caso de incumplimiento es causal de despido.

Pero ¿qué si sucede si los efectos del acuerdo de no competir se extienden hasta después de finalizado el contrato? La Ley laboral no dice nada sobre que los convenios celebrados durante la vigencia del contrato tengan efectos posteriores al término de estos.

Si bien dichos acuerdos no tienen regulación específica que determine su eficacia, como hemos señalado anteriormente, podemos considerar que existen cargos que generan mayores compromisos, como el caso de los trabajadores de confianza y/o de dirección, y creemos que estos pactos de no concurrencia post contractual se celebran con mayor frecuencia.

Al no existir regulación normativa y existiendo deficiencias en la celebración de estos pactos, genera que el colaborador pueda trasladarse de trabajo en trabajo sin consecuencia alguna.

La jurisprudencia nacional, sobre la cláusula de no competencia, tenemos lo desarrollado por la Sentencia de Vista contenida en el Expediente N° 14203-2019-0-1801-JR-LA-16, expedida por la Séptima Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima.

El proceso mencionado en el párrafo precedente fue de indemnización por daños y perjuicios por incumplimiento de contrato por el trabajador, teniendo fuente de la controversia el incumplimiento por parte de este de la cláusula de no competencia post contractual celebrada con su empleador.

Esta Sala precisó que el empleador sí puede acordar con el trabajador que este último no podrá ejercer las funciones profesionales para las que ha sido contratado en otra empresa de la competencia, durante el tiempo de prestación de servicios (no competencia contractual) y durante un período de tiempo limitado tras la extinción del contrato de trabajo (no competencia post contractual).

Asimismo, agregó que, si bien dicha figura no se encuentra regulada en nuestra legislación laboral, el empleador, como beneficiario de dicho acuerdo, deberá otorgar al ex trabajador una contraprestación económica para compensar su período de inactividad laboral. Por último, señaló que, para determinar si el pacto suscrito resulta válido o no, se debe aplicar el principio de proporcionalidad.

Es así como, podemos determinar que la doctrina y la jurisprudencia nacional consideran que es válido que el empleador y el trabajador celebren la cláusula de no competencia contractual y post contractual en la medida en que se cumplan los siguientes requisitos:

- Por evitar competir con el negocio de la organización se otorga al colaborador una compensación adecuada.
- El empleador debe sustentar las restricciones en intereses económicos, y;
- El tiempo de duración de las restricciones pactadas debe ser específico y razonable.

El Anteproyecto de la Ley General del Trabajo, la doctrina y la jurisprudencia nacional, recoge ideas que nos permite concluir que la cláusula no competencial es eficaz si se cumple ciertos requisitos.

El pacto debe ser convencional, en ejercicio de la libertad contractual sea convenido entre el empleador y trabajador, no pudiendo mediar ninguna causal de dolor, fraude, intimidación u otro que afecte la voluntad de las partes. Queda entendido que, el acuerdo será invalidado si este es celebrado unilateralmente por el empleador, salvo que sea ratificado por el trabajador.

Además, podemos decir que este acuerdo debe estar por escrito, tal y como propone el Anteproyecto de la Ley General del Trabajo. Las restricciones deben ser pactadas por un periodo de tiempo determinado y razonable. Podemos considerar ciertos factores como la información, su utilidad en el tiempo, los avances en las actividades de la empresa, así como otros.

El trabajador se someterá voluntariamente al cumplimiento de las restricciones de este pacto siempre que exista una compensación económica equivalente. Podemos pensar en una

equivalencia al monto del despido, sin embargo, no una remuneración y media, sino una remuneración por cada año que dure el pacto de no competencia.

También podemos seguir la fórmula señalada por el Anteproyecto de la Ley General del Trabajo, que propone una remuneración mínima vital por cada mes que dure el pacto no competencial post contractual.

De la misma manera, el sustento del pacto no competencial debe acreditarse en un interés económico – empresarial razonable, no pudiendo ser utilizado como una simple forma de limitar el ejercicio del derecho al trabajo de poder postular un trabajo nuevo.

El acuerdo convenido, en cuanto su contenido, debe ser concreto y preciso no pudiendo tener aspectos genéricos. Anteriormente señalamos que la cláusula no competencia no especifica las actividades que se restringen, es decir si es toda actividad o solo las relacionadas al puesto del trabajador, por ejemplo, si es Gerente de Administración y pasa a la nueva empresa como Gerente de Recursos Humanos, entendemos que las actividades son diferentes.

En ese sentido, este pacto de no competencia no abarca a todas las actividades que el trabajador desempeñaba, como sucede en el pacto de exclusividad, sino que, se limita a las señaladas por la organización.

En ese sentido, los pactos de no concurrencia serán eficaces si se ajusten a los baremos reconocidos por la doctrina y jurisprudencia nacional e internacional. Asimismo, cumpla con el principio de proporcionalidad y razonabilidad respecto a la retribución económica por la restricción del derecho a postular a un puesto de trabajo, del plazo de duración y el ámbito de aplicación territorial.

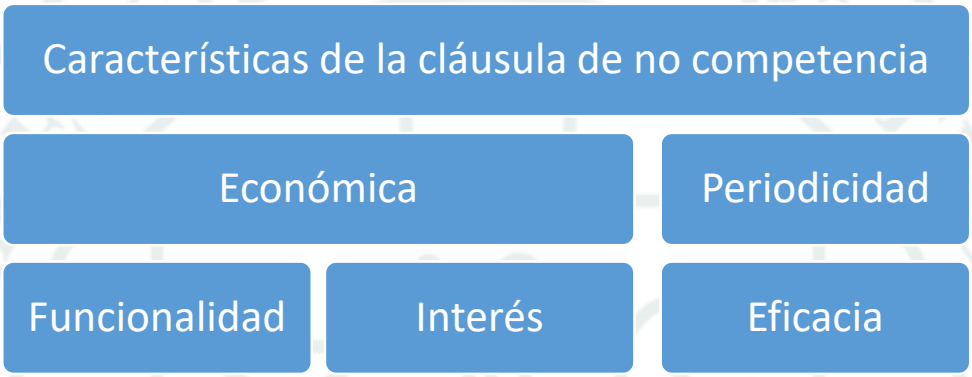
Además, deben fundamentar en un interés económico o empresarial legítimo que evite la afectación al derecho empresarial del empleador, no pudiendo ser celebrada como un medio disuasorio de retención de talento o limitación total del ejercicio del derecho al trabajo.

4.8. Características de la cláusula de no competencia

Habiendo analizado el concepto doctrinario y jurisprudencial de esta cláusula de no competencia contractual y post contractual a nivel nacional, podemos decir que la cláusual de no competencia tiene las siguientes carácterísticas:

Figura 12

Características de la cláusula no competencial



Nota: Elaboración propia

- Contenido económico: Debe compensarse el tiempo que el colaborador no estará prestando servicios y utilizando la información obtenida en favor de otro competidor del mismo mercado.
- Periodo de vigencia: La cláusula no competencial contractual y post contractual debe convenir un límite de duración razonable, no pudiendo ser indeterminada.
- Limitación funcional: Esta referida a que no se pueden limitar todas la actividades que pueda desarrollar el ex trabajador, sino solo aquellas que guarden relación con las que desarrollo, y a su vez de estas solo aquellas que puedan causar perjuicio económico a su ex empleador.

- Interés de reserva de la información: La protección de la información será válida si el empleador realmente busca mantener protegida la información de la organización. En caso de que busque otra finalidad no lícita este convenio será nulo.
- Eficacia: Nuestra legislación al no regular esta cláusula no establece alguna formalidad, sin embargo, a nivel doctrinario y siguiendo las requisitos de validéz de los actos jurídicos podemos indicar que este pacto debe constar por escrito.

Otras características: se podría implementar alguna de las carácterísticas de la legislación laboral Alemana, que establece como requisito de eficacia de este pacto y de cualquier otro no normado, que el colaborador debe ser notificado con la intención de convenir esta cláusula antes de iniciar la relación de trabajo, no puediendo celebrarse por convenio posterior. Podemos decir que esta característica que propone la legislación laboral nace de la necesidad de igualar las posiciones en una negociación en el entorno laboral, ya que el trabajador es la posición menos fuerte de esta.

Otra carácteristica que podemos proponer es el ambito espacial de aplicación, es decir, corresponde delimitar las actividades el territorio en el que las labores no podrán ser desarrolladas. No existe restricción al ambio especial que pueda abarcar esta clausula, pero entendemos que resulta razonable que se limite a la ciudad donde el empleador o ex empleador desarrolla sus actividades. No obstante, también creemos que resulta razonable que esto puede ampliarse en la medida que el ex empleador tengas más de una sede por ciudad, en ese sentido podemos referirnos a un ámbito nacional y ya no local o regional.

4.9. Naturaleza de la no concurrencia contractual y post contractual

Hay cláusulas contractuales laborales que no están reguladas por Ley de la materia como sucede en el caso de las estipulaciones laborales reguladas por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, es decir, son pactos civiles adaptados a la normativa laboral.

Como hemos mencionado, la Constitución Política del Estado consagra como origen de estos pactos el principio de la autonomía de la libertad y la libertad contractual.

Podemos diferencia los pactos civiles de los laborales por el marco normativo, ya que, el contexto de una relación de trabajo hace que se apliquen las normas y todos los principios laborales reconocidos en nuestro estado, favoreciendo al colaborador, ya que en materia civil pese a la existencia de igualdad de condiciones, en lo laboral hay desigualdad de posiciones, que el derecho al trabajo iguala.

Por esta premisa, la posición favorable del empleador puede conllevar al abuso del derecho en contra del trabajador, quien realmente en la práctica no tiene mayor margen de negociación y generalmente se somete a lo ofrecido por la empresa.

Respecto al pacto de no concurrencia contractual y post contractual, desde la perspectiva civil la identificamos como una obligación de no hacer, pero al existir un contrato de trabajo que contiene esta convención, solo puede ser analizada desde la perspectiva laboral.

Más aún cuando implica la restricción voluntaria del ejercicio del derecho a acceder a un puesto de trabajo, por lo que, debe analizarse tanto los requisitos de validez doctrinarios y jurisprudenciales como los principios del derecho laboral.

4.10. Legislación aplicable a las clausulas de no competencia

Como hemos viniendo señalando, en nuestra legislación laboral privada actual, el pacto de no concurrencia contractual y post contractual no tiene norma que lo regule, no obstante, si hemos logrado identificar que existe normas de otros ámbitos, como el público que logra contemplar normas que pueden tener efectos similares a la mencionada clausula sin tener la denominación de no competencia. De la misma manera, podemos encontrar normas que son de otras materias jurídicas que sí desarrollan el concepto de no competencia.

4.10.1. La Ley Nº 27588

En el ámbito laboral público, esta norma establece las prohibiciones, incompatibilidades y restricciones al personal del Estado bajo cualquiera sea su régimen de trabajo. Estas restricciones seguirán siendo efectivas aun cuando el vínculo laboral culmine.

Esta clausula no competencial no es nueva en el ordenamiento jurídico nacional, ya que, si bien no son mencionadas taxativamente, se contemplan ciertas restricciones durante el vínculo activo de trabajo y que se hacen efectivas cuando el contrato culmina. La novedad deviene de su aplicación en el ámbito privado.

En el caso del sector público, la restricciones no competenciales son de origen legal, en cambio en el sector privado sería convencional mientras no exista norma que lo regule. También, esta no concurrencia no tiene como función impedir que el funcionario compita con el Estado, como si sucede en el ámbito privado, sino que su función sería otra.

El fin de la no concurrencia en el ámbito público es salvaguardar la información sensible a la que el funcionario, por motivos de su cargo, tuvo acceso. Por ejemplo, el artículo 1° de la referida Ley establece que ciertos servidores tienen la obligación de resguardar toda información que la misma Ley declare como reserva o secreto.

A su vez, tampoco pueden divulgar ni utilizar la información en beneficio propio o de otro, o para perjudicar al Estado. Si se cumpliese con este supuesto se incumpliría con el principio de la buena fe y, por tanto, el Estado puede sancionar con la inhabilitación de prestación de servicio a entidades públicas, sin mencionar las acciones administrativas, civiles y penales que puede accionar.

Aunado a ello, el Estado puede solicitar cobrar una penalidad calculada al monto total de la remuneración, honorarios o dieta que el funcionario haya ingresado por el uso de esta información.

La protección de la información abarca a prestadores de servicios, ya sean personas naturales o privadas, y es el artículo 2 de esta norma que establece el impedimento, por el plazo de un año desde la fecha de finalización del contrato, de poder prestar servicios a otra entidad del Estado, independientemente de la forma de contratación.

Esta norma también agrega la no concurrencia a los funcionarios en el sentido de que no pueden ejecer más de un cargo público, remunerado o no, salvo el de la función docente que ya habíamos enunciado.

Como mencionamos, estas restriciones nacen de la Ley, por lo que no resulta necesario que estén señaladas o pactadas en el contrato para que tengan eficacia. Además que, los intervinientes tampoco pueden renunciar o disposiciner de esta.

De esta forma, podemos decir que la naturaleza y fines de la no concurrencia no son los mismos para el ámbito público y privado, debido a que para el sector público su fin es proteger la información y su uso por parte del funcionario, no evitar una afectación económico por el actuar del servidor.

4.10.2. Decreto Legislativo N° 276

La Ley de Bases de la Carrera Administrativa, en su artículo 23 señala todas las prohibiciones que tienen los servidores públicos, entre ellas de realizar actividades distintas a las funciones de su cargo.

Esta restricción no solo se refiere a que el funcionario no pueda realizar funciones durante su horario regular de labor, de hecho incluye cualquier actividad que le permita obtener una ventaja económica, salvo labor docente universitaria. También se incluye la restricción de dar declaración en nombre de la institución a la que represente ante cualquier medio de comunicación.

Debemos señalar que, de la lectura del artículo en mención, podemos establecer que dichas disposiciones están relacionadas a lo que sería una cláusula de exclusividad, ya que la prohibición es completa y no específica como el pacto de no competencia.

4.10.3. La Ley Nº 26887

Esta norma conocida como la Ley General de Sociedades nos proporciona pautas que estÁn referidas al pacto de no concurrencia contractual y post contractual en los casos de directores de sociedades.

En el artículo 180° de esta norma se reconece que puede existir el conflicto de intereses entre el director y la sociedad, ya que el primero no puede participar, por nombre propio o de otro, en actividades que compitan con los negocios de la sociedad, salvo que tenga autorización del directorio.

Se observa que esta prohibición de no concurrencia impuesta a los directores de la sociedad privada está prevista por Ley, por lo que no depende de la voluntad de ellos. El último párrafo del artículo mencionado describe claramente que el director es responsable de todos los daños que cause a la sociedad por implucir con esta prohibición, además de que podrá ser removido de su cargo según el procedimiento ya normado.

Es así que, podemos encontrar disposición legal de prohibiciones de no concurrencia durante la duración la vida de una relación societaria, que si bien en este caso no es con un trabajador si es con personal que forma parte de la organización, por lo que, vemos que la idea para proteger el interés de la empresa restringiendo la competitividad no es nueva.

4.10.4. Decreto Legislativo N° 1034

En el Decreto Legislativo N° 1034, Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, nos da un concepto que, como tal no repercute en el ámbito del derecho laboral, pero que si es

pertienente por cuanto permite notar que las limitaciones geográficas y funcionales son aspectos que deben considerarse en el tratamiento del pacto de no concurrencia contractual y post contractual.

Este concepto está establecido en el artículo 6° de este Decreto y refiere a un mercado relevante que sería el bien o servicio materia de la conducta investigada y sus sustitutos que se desarrolla en uno o varios lugares específicos. Sobre estos sustitutos, el referido Decreto señala que sobre este se evalua ciertos factores como: preferencia de los consumidores, las características, precios, posibilidades tecnológicas, entre otros.

Así mismo, el mercado relevante también comprende otro elemento que es el ámbito espacial del mercado. Este está constituido por todas las zonas geográficas donde se desarrolla el producto o servicio.

Un segundo concepto se refiere al "abuso de posición de dominio", una acción que de ser identificada tiene sanciones ya establecidas por Ley y que está descrita en el artículo 10° numeral 1, de la norma ya referida, el cual considera que hay abuso de posición de dominio cuando un agente económico que ostenta posición dominante en el mercado relevante utiliza esta posición para restringir de manera indebida la competencia, obteniendo beneficios y perjudicando a competidores reales o potenciales, directos o indirectos, que no hubiera sido posible de no ostentar dicha posición sin estos actos.

Además, por medio del numeral 2 del artículo 10° de esta norma, se describen aquellas conductas que excluyen a competidores del mercado y que pueden configurar este abuso de posición de dominio, de las cuales resaltamos las siguientes:

- Toda obstaculización no fundamentada del ingreso o continuidad de un nuevo competidor;

- El uso abusivo y reiterado de aparato judicial o administrativo que limite la competencia en el mercado;

Entonces, están prohibidas todas las conductas que impidan o restrinjan el acceso o estadia de competidores, ya sean contemporaneos o nuevos, en el mercado, debido a que en nuestro pais se protege la libre competencia.

En ese sentido, el pacto de no competencia contractual y post contracual puede configurarse por medio de convenios, en la medida que organización no tenga una mejor que las otras y abuse de esta imponiendo estas cláusulas de no competencia a sus trabajadores, no con el fin deproteger sus intereses comerciales e industriales sino con el afán de mantener su monopolio u oligopolio sobre el talento humano.

A ello, también podemos añadir que el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual (INDECOPI) emitió en junio de 2020 la Guía Informativa sobre Acuerdos Anticompetitivos entre Empresas en Mercados Laborales.

La guía da orientación a organizaciones y personal de las áreas de gestión y recursos humanos sobre acuerdos que restringen la libertad de postulación a otros puestos de trabajo en el mercado laboral nacional, dándonos una aproximación a la no competencia durante la relación laboral.

Este manual, si bien no menciona a la cláusula no competencial contractual y post contractual, el INDECOPI ha señalado la existencia de otros acuerdos anticompetitivos similares, como por ejemplo, el "*No proach agreements"*.

Este acuerdo consiste en un pacto entre empresas, que se desenvuelven en un mismo mercado, que se comprometen a no tener contacto con el personal activo de la empresa rival. Si bien no es materia de la presente investigación, podemos encontrar un elemento en común,

como es la no prestación de un servicio por parte de un trabajador o ex trabajador en favor de una empresa del mismo mercado en la que opera el ex empleador.

En ese sentido, estas conductas pueden configurarse mediante el uso de pactos de no competencia contractual y post contracual, siempre que el empleador goce de esa posición de dominio y abuse de ella estableciendo estas cláusulas de no competencia a sus trabajadores, no con el fin deproteger un efectivo interés económico sino con el afán de restringir la competencia, y con ello, el derecho al trabao.

Podemos inferir que el INDECOPI no considera como una práctica anticompetitiva en los mercados laborales la cláusula de no competencia, lo cual es congruente con la dinámica actual, es decir, desde 2020 en adelante se sigue utilizando está cláusula de no competencia pese a su falta de regulación.

5. Derecho Comparado

Anteriormente habíamos señalado que a nivel internacional existe mayor difusión y regulación de la cláusula de no competencia contractual y post contractual, ya que hay países que han optado por formalizar dichos acuerdos o pactos dentro de su legislación laboral, así también, hay otros que la regulan por medio de su aparato judicial, es decir por medio de la jurisprudencia emitida por sus Tribunales de Justicia.

Siendo así, sería extenso referirnos a la normativa y jurisprudencia de cada uno de ellos, por lo que, primeramente nombraremos una lista de países que emplean formalmente esta cláusula de no competencia y posterior a ello, nombraremos una lista de países que la regulan por medio de su jurisprudencia.

5.1. Legislación Comparada

A nivel internacional, el uso del pacto de no competencia contractual y post contractual es bastante utilizada, por lo que, algunos países optaron por regularlas en sus sistemas jurídicos, en cambio, en nuestro país sigue siendo un tema relativamente nuevo. A continuación veremos alguno de ellos.

Tabla 1

Países que regulan normativamente la cláusula no competencial

N°	PAÍS	NORMA	ARTÍCULO
1	ARGENTINA	Ley de Contrato de Trabajo	Art. 88: El trabajador debe abstenerse de ejecutar negociaciones por cuenta propia o ajena, que pudieran afectar los intereses del empleador, salvo autorización de éste
2	COLOMBIA	Código Sustantivo de Trabajo	Art. 44°: Estipulación que obliga al trabajador a no laborar en determinada actividad o a no prestar sus servicios a los competidores de su patrono. No produce efecto alguno una vez concluido el contrato. Sin embargo, hasta por un año la estipulación será válida solo cuando se trate de trabajadores técnicos, industriales o agrícolas. En estos casos, debe pactarse una indemnización que, no puede ser inferior a la mitad de la paga remunerada.
3	ESPAÑA	Estatuto de los Trabajadores	Art. 22°: Para después de extinguido el contrato de trabajo, el pacto no competencial no podrá tener una duración superior a: dos años para los técnicos y de seis meses para los demás. Si concurren sus requisitos será válido. a) Efectivo interés industrial o comercial del empresario, b) Compensación económica adecuada al colaborador. c) Duración establecida conforme a ley
4	ITALIA	Código Civil Italiano	Art. 2125: Es nulo el pacto de no concurrencia que no se realiza por escrito, no tiene una compensación en favor del empleado y si la restricción no está señalada especificando las funciones, tiempo y lugar. Cuando se trate de trabajadores de ejecutivos el plazo de duración del pacto será de cinco años, en el caso de los demás trabajadores será de tres años.

	Cualquier pacto diferente al señalado será considerado ineficaz y se reconfigurada a los límites legales señalado.

Nota: Elaboración propia

Si bien estas legislaciones mencionadas emplean la cláusula de no competencia contractual y post contractual, cada uno de ellos tienen sus particularidades, por lo que los desarrollaremos en cuanto a sus similitudes y diferencias según nuestra doctrina nacional.

5.1.1. Ley de Contrato de Trabajo de Argentina

El artículo 88° de la Ley de Contrato de Trabajo es la disposición normativa que regula la cláusula de no competencia contractual y post contractual. Este artículo la denomina como "*deber de no concurrencia*" y dispone que el trabajador debe abstenerse de ejecutar toda negociación, ya sea por cuenta propia o en favor de otros, que pueden afectar los intereses del empleador, salvo que este último lo haya autorizado.

Podemos entender que, dicha prohibición de competencia opera cuando el contrato de trabajo está vigente, refiriéndose a la no competencia contractual. En ese sentido su naturaleza es legal, a diferencia de nuestro caso, que se entiende que debe ser pactada para que pueda tener validez, siendo su naturaleza convencional.

La Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo de la Capital Federal, Sala 1°, por medio de su Sentencia del 10 de noviembre de 2006, ha señalado que en el caso de la no concurrencia post contractual toda limitación a la competencia una vez el contrato de trabajo culmina será válida si está sujeta se cumple las condiciones de tener un plazo determinado y una contraprestación a favor del trabajador, no pudiendo ser considerada como transgresora del derecho a postular a un puesto de trabajo.

Podemos afirmar que la no competencia post contractual, contempla una contraprestación dineraria en favor del ex trabajador y no se le impide poder realizar un negocio o prestar servicios para otros siempre que sea diferente a la prohibición del ex empleador.

5.1.2. Código Sustantivo de Trabajo de Colombia

El Código Sustantivo de Trabajo de Colombia señala en su artículo 44 que la no competencia corresponde a que el trabajador se obliga a no laborar en determinadas actividades o prestar servicios a competidores de su empleador. Esta norma también señala que, una vez culminada la relación laboral, esta obligación ya no es válida.

Sobre este último la misma norma señala que hay una excepción, que la no competencia post contractual será aplicable cuando se trate de determinados colaboradores. De hecho, se pacta un plazo determinado y una compensación de carácter económico en favor del ex trabajador, que no podrá ser inferior a la mitad de su remuneración.

Este artículo sigue estando vigente, sin embargo, la parte referida a la no competencia post contractual ha sido declarada inconstitucional e inaplicable por medio de Sentencia expedida por la Corte Suprema Colombiana, fallo expedido el 18 de julio de 1973, por cuanto consideran que este pacto de no competencia post contractual atenta contra el derecho a la libertad de trabajo, contenida en el artículo 39° de su Constitución de 1886, por cuanto no puede desconocerse el derecho de trabajadores en general o asalariados especiales, ya fuera que esta prohibición sea breve o por largo plazo.

En ese sentido, podemos decir que, la Legislación Colombiana permite la cláusula de no competencia contractual, en cuanto su origen y mandato es de carácter legal, y prohíbe la no competencia post contractual por restringir el derecho al trabajo.

5.1.3. Estatuto de los Trabajadores de España

La norma que regula este pacto no competencial es el artículo 22.2 del Estatuto de los Trabajadores. Esta norma señala que la validez de este pacto dependerá si cumplen sus requisitos.

– Vigencia: Este pacto no tiene una duración máxima de dos (2) años para colaboradores técnicos y seis (6) meses para el resto, no pudiendo pacta plazos diferentes.

Esto no significa que, si se pacta por un plazo mayor esta será declarada nula, sino que, en aplicación de la norma pertienente, este pacto permanecerá válido en cuanto los demás aspectos y se adecuara al plazo máximo permitido por Ley, es decir dos (2) años o seis (6) meses dependiendo del tipo de trabajador.

- La existencia de un interés de carácter industrial o comercial. Siendo así, la actividad que pueda realizar el trabajador tiene que ser dentro del mismo mercado que la empresa desarrolla y presta sus servicios, configurándose así el interés efectivo.

Asimismo, para favorecer la actividad en beneficio de otra empresa competidora, se exigirá que el colaborador emplee los conocimientos adquiridos con ocasión de su prestación de servicios en su anterior empleo.

- En favor del trabajador se otorgue una compensación económica: Si no está presente este requisito desde su origen es nulo y no puede reconocérsele efectividad, debido a que es requisito legal esencial para su validez. Una vez extinguido el contrato este requisito asegura cierta estabilidad económica hasta que pueda volver a postular a otro puesto de trabajo.

Debido a que el marco legal no contempla la fórmula para establecer una compensación económica equitativa, son los intervinientes quienes le ponen un valor monetario a la restricción del derecho a postular a otro trabajo en el mismo mercado, pudiendo existir diversas conveniencias como percibir una pensión o un solo monto.

5.1.4. Código Civil Italiano

En el artículo N° 2125 del Código Civil, se regula mientras sea vigente el pacto de no concurrencia. Será nulo si el pacto limita, después de cesado el contrato de trabajo, la realización de actividades al trabajador.

No obstante, será válido si se cumple con cuatro requisitos.

- Debe ser escrito: Este pacto no pude celebrarse de forma verbal como forma de manifestación de voluntad, debiendo tener soporte documentario, es decir por escrito y de no estarlo se considera nulo.

  No será posible probar la existencia de su celebración por otro medio.

- Debe existir en favor del trabajador compensación económica: Las partes deben convenir un monto económico a otorgar al colaborador como forma de compensación.

  Esta compensación viene a cumplir un rol de reparación a la restricción a su libertad de elegir y postular a otro puesto de trabajo, aunque sea sólo potencial.

Otras normativas establecen una fórmula para el cálculo de este monto, en cambio, el Código Civil Italiano no lo establece dejando la forma, el modo y el monto en la autonomía de las partes. Por ejemplo, se podría estimar como razonable una compensación económica equivalente a seis meses de remuneraciones en un pacto de no competencia cuya duración es de un año.

- Debe delimitar el contenido: El pacto de no concurrencia puede, legítimamente, prohibir el ejercicio de una actividad que pueda ser potencialmente afectar a su empleador. En ese sentido, si el fundamento del pacto se encuentra en la conservación de los intereses de la empresa, el objeto a delimitar solo pueden ser los relacionados con el giro del negocio de ella. Se entiende que luego no se puede delimitar otras funciones que el colaborador desempeñaba.
- La prohibición de no competencia debe delimitar el tiempo. El Código Civil Italiano, legalmente, ha fijado de forma expresa el tiempo de duración máximo, sin embargo, se permite que los intervinientes puedan pactar plazos menores, en razón al principio de la condición más beneficiosa.

5.2. Jurisprudencia Comparada

Debemos señalar que, también hay países que no regulan formalmente esta cláusula de no competencia, pero que permiten su uso cuando se cumplen una serie de requisitos establecidos a nivel jurisprudencial, en ese sentido, podemos proponer una lista de países que a nivel jurisprudencial admiten el uso del pacto de no concurrencia contractual y post contractual. El siguiente cuadro veremos alguno de ellos.

Tabla 2

Jurisprudencia internacional

N°	PAÍS	JURISPRUDENCIA
1	BRASIL	Tribunal Regional del Trabajo de Sao Paulo emite Sentencia de fecha 18 de mayo de 2004. Resuelve que la cláusula no competencial es eficaz en la legislación de trabajo pese a no estar regulada por norma.
2	CHILE	Corte Suprema emite Sentencia contenida en el ROL N° 3985-2009, de fecha 12 de noviembre de 2009. Resuelve que el pacto de no concurrencia contractual y post contractual es válido. Segundo Juzgado de Letras de Santiago, emite Sentencia contenida en el RIT N° T-11-2010, de fecha 14 de mayo de 2010. Resuelve la

		importancia del tipo de trabajador con quién se celebra la cláusula no competencial. Corte de Apelaciones de Santiago, Sentencia contenida en el ROL N° 1367-2010, de fecha 3 de marzo de 2011. Resuelve que la compensación económica resulta ser una condición de eficacia al momento de celebrar la cláusula no competencial. Corte Suprema, ROL N° 5152-2009, 27 de enero de 2011: Resuelve que la compensación económica dependerá del cargo del trabajador.
3	ESTADOS UNIDOS	Norma Final (16 CFR PART 910) emitida por la FEDERAL TRADE COMMISSION (FTD) del 20 de agosto de 2024, confirmada el 05 de setiembre de 2025: Resuelve la prohibición de la celebración y validez de la cláusula de no competencia en los Estados miembros, salvo excepciones.

Nota: Elaboración propia

Nos hemos referido a la jurisprudencia de países latino americanos y centro americano que no contemplan este pacto de no concurrencia en sus normas.

5.2.1. Jurisprudencia Brasileña

El marco jurídico brasileño no norma los pactos no competenciales contractuales y post contractuales. En estos supuestos de vacío legal y teniendo que resolver estos litigios, se permite a los jueces de trabajo concurrir a la jurisprudencia internacional, según lo establecido en el artículo 8° de la Ley de Trabajo.

Es así que, la doctrina y jurisprudencia brasileña reconocen la eficacia de este tipo de pacto tal como señala la Sentencia de 18 de mayo de 2004 emitida por el Tribunal Regional del Trabajo de Sao Paulo.

En dicha sentencia el Tribunal señala que, este pacto de no concurrencia será eficaz solo si se cumple con una serie de requisitos.

En primer término, este pacto solo será eficaz si se estipula por escrito y en el contrato de trabajo. Por lo tanto, todo lo que no esté convenido no podrá ser considerado como pactado.

En segundo lugar, la cláusula debe delimitar taxativamente cada una de las actividades o funciones que el empleado no podrá realizar. De hecho, se entenderá que el colaborador podrá ejecutar cualquier otra labor no especificada.

En tercer lugar, este pacto no puede ser indefinido en tiempo y lugar, por lo que, estas pautas deberán acordarse de forma específica. Durante la relación labora puede ser razonable que esta sea durante la vigencia de la relación laboral. En el caso que sea posterior al término del vínculo laboral dependerá del cargo y funciones que haya desempeñado el ex trabajador.

Y, en cuarto lugar, una contraprestación económica debe ser otorgada al colaborador, para que pueda afrontar el periodo de inactividad laboral.

5.2.2. Jurisprudencia Chilena

En el caso de Chile, hemos recogido cuatro sentencias emitidas por su Corte Supremo, que recalcan cuatro requisitos de eficacia de la cláusula no competencial contractual y post contractual.

La Corte Suprema, por medio del ROL N° 3985-2009, del 12 de noviembre de 2009, resuelve que la cláusula de no competencia contractual y post contractual es válida, afirmando que las restricciones a las actividades que pueda desarrollar el trabajador con posterioridad al término de su contrato, aún cuando no están reguladas por Ley, no existe impedimento legal ni constitucional que impida a las partes celebrarlas, siempre que el pacto no contradiga la Constitución, ni los preceptos establecidos en el artículo 1462° del Código Civil.

A su vez, el Segundo Juzgado de Letras de Santiago (RIT N° T-11-2010) validó una cláusula no competencial post contractual al considerar que, por su prudencial duración y los beneficios económicos recibidos por el asalariado, no se vulneraba la libertad de trabajo.

Este fallo es importante porque destaca que, pese a que este estipula una restricción de 120 días sin que el asalariado pueda prestar actividad laboral, el paco es válido aun cuando no se haya estipulado una subvención económica en favor del colaborador.

En la sentencia ROL N° 1367-2010, dictada el 3 de marzo de 2011, la Corte de Apelaciones de Santiago analizó una demanda de indemnización por daños y perjuicios por la vulneración de un acuerdo de no competencia posterior al vínculo de trabajo.

El tribunal dictaminó la plena legalidad de dichas estipulaciones, descartando que vulnere los preceptos constitucionales, el marco legal interno o los tratados internacionales ratificados.

La Resolución argumenta que el pacto representa un acto autónomo de la voluntad, mediante el cual, se consiente voluntariamente restringir al colaborador de cumplir actividades en ciertos sectores industriales, manteniendo la libertad y posibilidad de emplearse para cumplir otras funciones aun en el mismo rubro, quedando sujeto a una multa convencional en caso de incumplimiento.

En estos casos, la justicia chilena determinó que el pacto de no concurrencia es eficaz ya que no impide que el trabajador pueda desempeñarse en otras empresas o para otros empleadores como tal, sino que sólo restringe su actividad laboral, es decir, funciones, a cambio de una compensación económica libremente acordada si fuese el caso.

La Corte Suprema, por medio del ROL N° 5152-2009, de fecha 27 de enero de 2011, agrega dos criterios a la valides de la cláusula de no competencia. La Corte entiende que la celebración de este pacto es lógico ya que cuenta con un plazo de duración y se estipula las actividades que son restringidas correspondientes, no a todas, sino a las del giro de la empresa.

De esta forma, se entiende que la renuncia es a realizar ciertas actividades que desempeñaba en el cargo, no a todas que por su profesión pueda realizar, que en ese caso era de ingeniero comercial.

Asimismo, en dicho caso, en el pacto celebrado no se convenía contraprestación económica en favor del ex colaborador, siendo así, aunque la Corte Suprema, por medio de la doctrina comparada, distingue este requisito como una exigencia de eficacia, pero en este caso en concreto la Corte no la considera relevante, debido a que el colaborador ocupaba un cargo ejecutivo cuyo salario era elevado y, por tanto, compensa este requisito.

5.2.3. Jurisprudencia de Estados Unido

Con el fin de que, las empresas apliquen restricciones de movilidad laboral, la Comisión Federal de Comercio (FTC) aprobó un veto general en abril de 2024, prohibiéndolas formalmente. Tras emitirse esta resolución, la agencia ratificó su postura en setiembre de 2025, decretando que los pactos no competenciales representan una práctica desleal en el ámbito del comercio laboral.

Bajo este argumento, se determinó que dichos instrumentos quebrantaban de forma directa las disposiciones de la Sección 5 de la Ley de la FTC, referidos a la libertad de empleabilidad.

La Comisión Federal de Comercio, argumentó que, la implementación de esta medida procura depreciar los costos del servicio de salud, incentivar el emprendimiento, potenciar la innovación y elevar las remuneraciones de los colaboradores.

Pero, pese a que la Cámara de Comercio de Estados Unidos, junto con otros gremios corporativos interpuso el recurso legal de apelación ante la Corte Federal de Texas con el fin de invalidar esta norma de forma definitiva, se determinó que la regulación entraría en vigencia

en 120 días después de figurar en el Registro Federal, salvo que se decretara una disposición final de suspensión.

De acuerdo con las pautas emitidas por la Comisión Federal de Comercio, la normativa sobre pactos de no concurrencia restringirá a las empresas, organizaciones e industrias, la celebración de esta cláusula con todo su personal.

Esta regulación abarca de manera integral a cualquier persona que preste servicios, entiéndase asalariados, independientes, practicantes, contratistas, voluntarios y practicantes, independientemente de si cumplen una jornada completa o inferior.

No obstante, estas pautas también señalan una excepción y corresponde a los empleadores que están fuera del ámbito de aplicación geográfico de esta regla, que incluye sectores específicos tales como; Entidades del sistema financiero, transporte urbano y aéreo, y aquellas actividades que sean sin fines de lucro.

6. Validez de la láusula de no competencia contractual y post contractual en el régimen laboral privado

Partimos desde la idea de que esta cláusula de no competencia contractual y post conctractual es válida, pese a no tener regulación expresa, ya que por el principio de la autonomía de la voluntad, la voluntad de las partes suple la falta de Ley, para configurar el contenido de esta cláusula.

Ahora, como se ha mencionado, el pacto de no concurrencia, a diferencia de otras sistemas jurídicos que ya hemos revisado, no se encuentra regulada a nivel normativo ni desarrollada a nivel jurisprudencial. Este vacío normativo puede conducir a que, al momento de celebrar este pacto se cometan ciertos excesos en perjuicio del trabajador e impedimentos para su ejecución por parte del empleador.

En este contexto, resulta necesario establecer la forma y contenido del pacto no competencial de modo que se proteja los derechos constitucionales del colaborador y permita que esta cláusula cumpla su finalidad.

De ello, podemos entender que la eficacia de esta cláusula no competencial deberá tener en cuenta ciertos factores; El ámbito competencial que se restringe, el puesto desempeñado por el colaborador, la retribución económica proporcional al derecho al trabajo que se restringirá y el plazo de vigencia del pacto. Estos parámetros resultan claros para establecer las circunstancias que configuren la eficacia de esta cláusula, de tal forma que no sean nulas desde el inicio, y que, luego, el empleador no pueda ejecutarlas.

En el caso de la no competencia contractual es más fácil de señalar su validez en cuanto si tenemos norma que la justifica de forma general, nos referimos al literal d) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, referido a que se considera como falta grave los actos de competencia desleal con el empleador, similar a la normativa colombiana, salvo que ese caso, la norma si está regulada expresamente, pero solo respecto de la no competencia contractual, prohibiendo la competencia post contractual.

Anteriormente, habíamos señalado que la libertad contractual es un reflejo de la autonomía privada, siendo este un derecho que también está resguardado por el artículo 1354° del Código Civil, así como en el artículo 62° de la Constitución Política del Estado.

Ahora, se estableció que los intervinientes gozan del libre ejercicio de su derecho a la libertad de trabajo, sin embargo, la voluntad de las partes no puede suplir todo aquello que la ley no regule, pudiendo acarrear deficiencias e invalidez en lo acordado. Existirá dicha deficiencia siempre que lo acordado no esté en equilibrio con las normas actuales al momento de la celebración, el orden público y las buenas costumbres.

A nivel jurisprudencial la Sentencia de Vista contenida en el Expediente N° 14203-2019-0-1801-JR-LA-16 ya nos señaló la posición de la Sétima Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, respecto a que consideran que la cláusula de no competencia contractual y post contractual, pese a su falta de regulación normativa, es válida, pero que considera que hay criterios que deben cumplirse.

- Una compensación razonable concedida al trabajador.
- El empleador debe sustentar el interés protegido, que puede ser económico o industrial.
- Las limitaciones sean aplicables por un periodo de tiempo determinado.

Estos requisitos son similares a los desarrollados en la jurisprudencia internacional (Brazil y Chile) y legislación extrajera (Argentina, España e Italia). A ello podemos agregar dos requisitos de validez adicionales: el ámbito geográfico (lugar de aplicación de la clausula de no competencia) y el ámbito funcional (funciones que no puede desarrollar el trabajador), como señala la jurisprudencia brazileña y chilena.

Otro aspecto que podemos ver es que debe constar por escrito, la no competencia contractual si buene estar señalada en el literal d) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, la forma en como esté estipulada lo acuerdan las partes. En el caso de la no concurrencia post contractual, la legislación y jurisprudencia internacional requieren que esté por escrito, como requisio formal, además de poder conocer el alcance y contenido de esta.

Otro elemento que consideraba la legislación colombiana y que considera la jurisprudencia chilena es el cargo que ocupa el trabajador, es decir, hay trabajadores con los que no resulta razonable celebrar este pacto de no concurrencia post contractual.

La Corte Suprema de Chile, por el ROL N° 5152-2009 indica que si el trabajador ocupa un cargo gerencial, no resulta necesario que se le otorgue un resarcimiento económico, debido a que su alto salario cubre el riesgo al cese del contrato de trabajo.

En el escenario internacional, estas restricciones se imponen con especial rigor al personal directivo o trabajadores altamente especializados. Este mecanismo opera de forma prioritaria en coorporaciones cuyo valor comercial e intangible radica en el dominio de conocimientos específicos o por la limitadas ofertas de capital humano en el mercado.

En ese sentido, el pacto no competencial no puede ser considerado como mecanismo de retención del talento, ni tampoco es un mecanismo para restringir el derecho al trabajo del trabajador. De la misma manera, habíamos señalado que la función de esta cláusula no es que el trabajador no migre, sino que, se proteja el derecho empresarial del empleador, lo que incluye la protección de la información sensible, experiencia y conocimiento que el trabajador adquirió durante la relación laboral y, que esta no sea utilizada por el trabajador cuando se vaya a una empresa que le compita directamente al ex empleador o ejerza competencia por cuenta propia, ya que de ello podría generar, a la organización, un perjuicio de carácter económico.

Luego, este pacto se utiliza con diversos colaboradores, especialmente con aquellos que tienen un mayor grado de información y pericia adquirida durante la relación laboral, aspecto que es mayor al de un trabajador común.

Para Banda (2016), las cláusulas de no competencia es un instrumento utilizado extensamente por las organizaciones para evitar que sus colaboradores usen los conocimientos adquiridos durante la vigencia del contrato de labor en favor diversas organizaciones competidoras del mismo mercado del empleador o ex empelador. Por consiguiente, el conocimiento adquirido (knowhow, estrategias corporativas, sofware, hardware y todas

aquellas utilidad que le de competitividad) es usualmente tratado como objeto de resguardo por el pacto no competencial contractual y post contractual.

En ese orden de ideas, tal como ha señalado la jurisprudencia chilena y española, si existe un acto jurídico que restrinja excesivamente el derecho al trabajo, derecho constitucional reconocido en la Constitución, este acto deberá ser declarado nulo.

No obstante, debemos señalar que, también indicamos que el derecho al trabajo no es un derecho absoluto, por lo que si puede ser limitado por otros intereses, para lo cual, como señala la jurisprudencia española y chilena, deberá existir una ponderación de derechos que establezca que la no competencia es válida para el caso en concreto o en su defecto, para dicho caso, es extremadamente restrictiva.

Habiendo expuesto ello, proponemos como texto o fórmula legal que la cláusula de no competencia corresponde al acuerdo expreso entre el empleador y el trabajador para que este último no preste servicio subordinados o por cuenta propia, durante o posterior al contrato de trabajo, respecto a las funciones desempeñadas a favor del empleador, por un periodo de tiempo no mayor a dos años, dentro del ámbito geográfico de la o las sedes del empleador, pudiendo negociarse una compensación económica en favor del trabajador.

Sobre la duración, la legislación española e italiana señalan un periodo de duración máxima de hasta cinco años, para cargos ejecutivos, que en nuestra legislación sería el equivalente de cargos de confianza y/o dirección. Un punto que debe tomarse en consideración es que la información, técnicas, conocimiento, instrumentos y otros, tiene una vida útil y por el desarrollo social, esa información puede quedar obsoleta en un año, en ese sentido, el plazo de duración para los trabajadores con cargos comunes puede ser entre seis meses hasta un año, para los trabajadores con cargos comunes pero que son considerados de confianza y/o dirección

puede ser entre uno a dos años, finalmente el plazo para los trabajadores con cargos de confianza y/o dirección puede ser de dos años.

Lo mismo sucede si se celebra este pacto durante la vigencia del periodo de prueba ya que puede darse la situación de que el trabajador no acepte esta cláusula, por lo que, el empleador al no poder llegar a un entendimiento, pueda finalizar la relación laboral abogando que el trabajador no superó el periodo de prueba.

Además, podemos agregar que, la celebración de esta cláusula, por acuerdo expreso, debe darse después de la celebración del contrato de trabajo, cuando el trabajador haya superado el periodo de prueba de tal forma que no se produzca una situación de asimetría, es decir, que el trabajador tenga que aceptar la cláusula no competencial, para obtener el puesto de trabajo, ya que existe la posibilidad de que el colaborador no sea contratado sino acata este pacto.

7. Nulidad de la clausula de no competencia

En el Título I hemos esbozado las causales de nulidad de los actos jurídicos, siendo así, según la normatividad civil, hicimos la subsunción para determinar si la cláusula de no competencia contractual y post contractual son válidaz, logrando determinar que su validéz depende de la forma en que esta sea plasmada, de tal forma que, cumpla con ciertos requisitos que esten acordes al orden público y a las buenas costumbres.

7.1. Nulidad por asimetría en la relación jurídica

La asimétria viene a ser una situación de desigualdad o desproporción, el ejemplo más claro viene a ser la relación de disparidad entre sujetos del contrato laboral, debido a que el empleador ostenta mayor poder e información que el empleado.

Se ha analizado las relaciones de asimetría con mayor exhaustividad por la doctrina del derecho de protección al consumidor, específicamente en el ámbito de la contratación masiva.

Sobre el control de las estipulacioness desproporcionadas, Espinoza (2006) expone que, si bien el empleador y el colaborador se sitúan en un plano de igualdad estrictamente formal, carecen de equilibrio real en el ámbito sustancial.

Esta disparidad se manifiesta en la asimetría de información sobre los atributos del servicio prestado o producto ofrecido, debido a que la corporación ostenta, de forma ordinaria, mayor información.

El argumento expuesto delimita una variante específica en el ámbito del conocimiento, coexistiendo en la realidad fáctica con otras dimensiones de desigualdad estructural. En el vinculo laboral establecido entre la organización y el colaborador se configuran, de manera simultánea, brechas de carácter negocial y patrimonial.

Ante este escenario, el ordenamiento jurídico nacional establece medios tuitivos especializados para combatilars, tales como la disciplina laboral, la de consumo o la societaria, cuya finalidad consiste en neutralizar el desiquilibrio fáctico mediante la aplicación de directrices y reglas que favorecen de forma exclusiva a la parte contractualmente desventajada.

Esta asimetría en las relaciones contractuales, proyectada sobre los pactos de no concurrencia – coetaneas o sucesivas a la relación de trabajo -, se evidencia en la capacidad del empleador para predeterminar las condiciones contractuales.

En ese sentido, podemos decir que viene siendo una práctica común en las relaciones de trabajo que el empleador pacte cláusulas lesivas y menos favorables para el colaborador, que puedan acarrear abuso de derecho y, por consiguiente, nulidad de lo pactado.

A continuación, se examina la figura del abuso del derecho con especial énfasis en su incidencia dentro de las estipulaciones contractuales; categoria que, si bien encuentra su génesis en la dogmática civil, resulta de obligatoria aplicación analítica debido a la situación de falta de regulación normativa que afecta los pactos de no concurrencia en nuestro ordenamiento jurídico privado.

7.2. Abuso de derecho

Dentro del ordenamiento civil peruano, el artículo 1398° del Código Civil regula un supuesto de ineficacia de las estipulaciones desproporcionadas, prescribiendo la invalidez de aquellas disposiciones que confieran al redactor del contrato ventajas unilaterales.

Específicamente, en el marco de la contratación por adhesión y las cláusulas generales no sometidas a control administrativo, las prerrogativas de exoneración o restricción de responsabilidad, las potestades unilaterales de suspensión, recisión o resolución del vínculo, las prohibiciones para deducir excepciones sustantivas, la prórroga automática, así como la imposición de convenios arbitrales o cláusulas compromisorias, quedan prohibidas debido a que solo son pactadas por la organización sin negociación previa.

De forma general, se asume que el ordenamiento civil brinda tutela frente a las prerrogativas abusivas o desproporcionadas derivadas de la declinación o restricción de libertades impuestas a uno solo de los contratantes, siendo la consecuencia la sanción de nulidad.

Bajo la pespectiva de la Puente y Lavalle (1995), las estipulaciones desproporcionadas tipificadas en el ordenamiento civil ostentan un carácter vejatorio, ya que se diseñan con el propósito de aventajar la asimetría contractual a una de las contrapartes en un escenario de manifiesta desigualdad.

A su vez, Torres (2011) agrega que existe la cláusula abusiva y la cláusula excesiva, pero que ambas deben interpretarse de forma conjunta, constituyendo una ventaja indiscriminada al ser demasiado onerosa para una de las partes, en menoscabo de la otra.

La teoría del abuso de derecho también da mayor profundidad a lo señaladao por Torres, debido a que establece mas fundamentos al concepto de nulidad de la cláusula de no concurrencia contractual y post contractual.

En el caso de Fernandéz (1999) señala que el abuso de derecho consituye el parámetro de acción para el ejercicio de cualquiera de derechos personalísimos, de tal forma que, se proteja a los demás. Podemos decir que, viene a ser un salvaguarda que equilibra las conductas de los intervinientes de una relación jurídica.

Siendo así, podemos decir que, el propósito de esta institución es impedir que los sujetos de derecho subjetivos ejerzan o dejen de ejercer sus derechos o que afecten los intereses ajenos que jurídicamente están protegidos, incluso ante la inexistencia de normas protectoras, como viene a ser la falta de regulación de las clausulas de no competencia, que como hemos visto, permite a los empleadores establecer el contenido de las clausulas ignorando los derechos de los trabajadores.

Conforme a las precisiones de Bejarano (1983), el abuso de derecho se configura como un acto aparentemente conforme con la literalidad legal que, no obstante, no transgede la finalidad teleológica de la pregorrativa ejercida. Esta premisa define dicha conducta como un supuesto de antijuridicidad material que coexiste de manera simultánea con el cumplimiento de la disposición formal de la norma.

Por consiguiente, la determinación del abuso del derecho exige examinar prioritariamente la indemnidad del núcleo esencial de la prerrogativa constitucional, concentrándose en este supuesto de la libertad de trabajo bajo todas sus acepciones.

Dicha premisa deberá cumplirse mediante los baremos de razonabilidad y proporcionalidad, sopesando de forma permanente la naturaleza, objetivos y operatividad de las restricciones de no concurrencia, con independencia de su condición de anonima en el ordenamiento jurídico nacional.

7.3. Falta de razonabilidad

La jurisprudencia desarrollada por el Tribunal Constitucional señala que el test de razonabilidad excluye la arbitrariedad en la resolución de cada caso en concreto, basándose úncamente en la lógico y justicia.

El Tribunal Constitucional, en el fundamento 12 del Expediente N° 0090-2004-AA/TC, establece que la razonabilidad exige una justificación lógica y axiológica del acto estatal frente a los hechos que lo fundamentan, vinculando la causa, el fin y el medio.

A su vez, el fundamento 35 de dicha sentencia divide este principio en dos: la razonabilidad cualitativa, referida a la calidad del motivo, y la razonabilidad cuantitativa, relacionada con la medida del fin.

- La dimensión cuantitativa de la razonabilidad se orienta a examinar la suficiencia fáctica y argumentativa del proceso inferencial, garantizando que la conclusión jurídica y axiológica guarde una correspondencia estrictamente proporcional las premisas analizadas.

- La dimensión cualitativa de la razonalibidad constituye la pauta hermenéutico mediante el cual se examina el razonamiento lógico-inferencial que deriva en la atribución proporcional de obligaciones o prestaciones, atendiendo a la homogeneidad o disparidad de los presupuestos fácticos configurados por los intervinientes. Siendo de este modo, su objeto será la determinación de

consecuencias jurídicas para aquellos que se encuentren en idénticas circunstancias, y distintas para los que se hallen en disímiles circunstancias.

Finalmente agrega que la doctrina plantea que se justifique la asignación de derechos, facultades, deberes o sanciones, si y sólo sí guardan relación con los hechos, sucesos o circunstancias predeterminantes.

Por consiguiente, los presupuestos de legitimidad representan la estructura elemental e indispensable para la eficacia de la cláusula no competencial; de modo que, la omisión de cualquiera de estas condiciones acarrea la invalidez del pacto, operando como causal de ineficacia absoluta de la estipulación.

7.4. Por falta de proporcionalidad

Conforme a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, la proporcionalidad se concibe como una proscripción de la demasía estatal, estructurándose a través de los exámenes sucesivos de adecuación, necesidad y ponderación stricto sensu. Además, este Tribunal establece que este estándar opera como el baremo definitivo para calificar la legitimidad de cualquier injerencia sobre los atributos de la persona, manifestándose en este escenerio sobre el derecho al trabajo.

El autor Castro (2009) señala que la licitud de estos pactos solo podrán ser verificado cuando se recurra y se cumpla con el test de ponderación, que incluye el test de proporcionalidad, siendo que, dentro de estos criterios debe tomarse en cuenta el cargo que ocupaba el trabajador, el monto de la remuneración que percibía al momento de celebrarse la clausula, el tiempo de prestación de servicios y la información a la que tenía acceso.

Tal como desarrollamos anteriormente al momento de realizar el test de ponderación sobre la clausula no competencial contractual y post contractual, logramos determinar que una

de las clausulas supera el tets de ponderación y, por lo tanto, es válida, mientras que la otra no, y en consecuencia, es nula.

La implementación del examen de proporcionalidad deviene de un margen de ponderación de mayor discrecionalidad en comparación con el control de razonabilidad, lo que explica la eventual emisión de fallos discrepantes ante supuestos fácticos análogos. Frente a este escenario, los magistrados están exigidos a dotar a sus resoluciones de un estandar técnico estricto, el cual exige el dominio integral de las condiciones de licitud y la esencia jurídica de estos pactos, aplicadas a caso en concreto.

En síntesis, podemos decir que, la cláusula de no competencia contractual y post contractual si pueden ser válidas en nuestro ordenamiento jurídico, por más que, no esten reguladas. Para su validéz se requiere el cumplimiento de requisitos que pongan en igualdad de condiciones a las partes celebrantes, pues la fatal de alguno de estos requisitos supondrá la nulidad de dicho acto.

8. Ponderación de derecho en caso exista conflicto entre la libertad de trabajo del trabajador y el derecho empresarial del empleador

Anteriormente estuvimos desarrollando la eficacia de este pacto no competencial contractual y post contractual, y habíamos señalado que, para nosotros, resulta válido la aplicación de esta cláusula pese a que no esté regulada por Ley de la materia, sin embargo, en consideración de lo resuelto por la Sentencia de Vista contenida en el Expediente N° 14203-2019-0-1801-JR-LA-16, el AD QUEM señalaba la posibilidad de que exista conflicto entre derechos.

Desde esta perspectiva debemos preguntarnos ¿Cómo establecer si la limitación del derecho al trabajo en favorecimiento del derecho a la libertad de empresa del empleador puede ser válido en nuestra legislación?

Partimos de la idea de que los derechos constitucionales no son absolutos, en ese sentido, el mecanismo que debemos utilizar para establecer la validez de la restricción de un derecho por otro es el juicio de proporcionalidad, por el cual se evalúan y ponderan los intereses de contenido constitucional que se encuentran en una situación contrapuesta.

El Tribunal Constitucional ha establecido en los fundamentos 26, 27 y 30 de la sentencia recaída en el Expediente N° 579-2008-PA/TC todos los exámenes que deben realizarse para alcanzar el fin propuesto.

Esta sentencia señala que la decisión que afecta a un derecho fundamental debe ser, obligatoriamente, sometida al test de proporcionalidad, y sus tres sub principios; idoneidad, necesidad y ponderación en sentido estricto.

Figura 13

Test de ponderación

Nota: Elaboración propia

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.

En segundo lugar, y superado este primer análisis, el siguiente paso consiste en analizar la medida restrictiva desde la perspectiva de la necesidad; lo cual supone verificar si existen medios alternativos al aplicado. 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.

Finalmente, en un tercer momento y siempre que la medida haya superado con éxito los pasos previos, debe proseguirse con el análisis de la ponderación entre principios constitucionales en conflicto. Siendo así, la ponderación, constituye a 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 principio o derecho.

Bajo la premisa del Tribunal Constitucional analizaremos la cláusula de no concurrencia que utilizamos como ejemplo previo, de tal forma que, podamos determinar si ambas o una de ellas es válida y por tanto aplicable al amparo de nuestra Legislación Laboral.

8.1. Principio de adecuación

El test de ponderación comienza con la aplicación del principio de adecuación. Como mencionamos, lo que busca este principio es establecer si la restricción en el derecho resulta pertinente a la finalidad que se busca tutelar, en este caso, los derechos en un posible conflicto serían el derecho a la libertad de trabajo del trabajador y el derecho a la libertad de empresa del empleador.

Siendo así, siguiendo este principio podemos establecer que la cláusula de no competencia contractual y post contractual es adecuada si la medida que busca proteger puede ser obtenida. Este test será satisfecho si la finalidad de la cláusula no competencial es proteger los interés industriales, derivado de la competencia, lo que incluye la tutela del patrimonio del conocimiento del negocio del empleador (información, know how o secretos comerciales) frente a la situación de competitividad que adquiere el trabajador durante y posterior al cese de la relación laboral.

8.2. Principio de necesidad

El juicio de necesidad evalúa si la restricción de un concepto constitucional constituye la única vía idónea para obtener el objetivo propuesto; es decir, ante diversas opciones con idéntico nivel de eficacia, se debe elegir aquella opción que genere la menor injerencia en la esfera jurídica tutelada. Bajo esta premisa, la estipulación de no concurrencia será jurídicamente imprescindible solo si se demuestra que no existen mecanismos alternos de menor intensidad restrictiva para salvaguardar los intereses de la empresa.

El autor Sierra (2014) señala que, las restricciones de no concurrencia, con eficacia durante o tras la extinción del vínculo laboral, exige una delimitación personal específica y la observancia de pautas de optimización. Ello garantiza que, ante diversas opciones regulatorias, se adopte el mecanismo que tutele el derecho de la empresa infligiendo el menor menoscabo posible a la libertad de empleo del colaborador.

Siendo así: ¿existe una alternativa que ocasione el menor menoscabo que la cláusula de no competencial contractual y post contractual? En relación al fin de esta cláusula no competencial, podemos decir que, no habría otro medio que satisfaga dicha necesidad. Ahora, lo que podría cuestionarse sería la forma en cómo está estipulada, es decir los requisitos de validez.

De lo señalado en el Anteproyecto de la Ley General del Trabajo, la Sentencia de Vista del Expediente N° 579-2008-PA/TC y el derecho comparado, podemos decir que la vigencia de la cláusula va a depender de la concurrencia de por lo menos cuatro elementos.

La restricción de no concurrencia debe limitar estrictamente el objeto y operatividad comercial de la empresa empleadora, sirviendo además como fundamento jurídico para legitimar el resarcimiento financiero al colaborador.

La legislación italiana señala que, el empleador debe señalar que funciones el trabajador se obliga a no ejercer en favor de otra empresa o por cuenta propia en una situación de competencia. No pudiendo contemplar otras, especialmente que no estén referidos al giro del negocio de la empresa, ya que ello acarrearía una generalidad que devendría en nula, como señala la norma española e italiana.

La duración de esta cláusula debe tener una duración determinada no pudiendo ser en ningún caso indefinida.

La legislación italiana y española nos habla de un tiempo de duración específica, en el caso de la española se refiere a seis meses para todos los trabajadores y dos años para técnicos. En suma, toda legislación y jurisprudencia internacional, así como el Anteproyecto de la Ley General del Trabajo refieren a un plazo determinado que no supera los dos años. También se debe delimitar el ámbito territorial de aplicación de esta cláusula, requisito contemplado en la legislación italiana, y desarrollado en la jurisprudencia brasileña, que debe señalar cierto lugar de aplicación, esto quiere decir que debe especificarse el o los lugares donde esta cláusula deberá ejecutarse, no pudiendo ser redactada de forma genérica, además de pactarse en favor del colaborador una compensación económica.

Podemos ver que, por la jurisprudencia y normativa examinada , este elemento es común, incluso contemplado en el Anteproyecto de la Ley General de Trabajo. No obstante, de la jurisprudencia chilena que hemos observado, encontramos sentencias contradictorias, indicando que, si es un requisito de validez general, pero que en el caso de trabajadores que ocupan cargo de directivo, equivalente a trabajadores de confianza o de dirección, por el alto salario que perciben, no requiere en este caso que exista este elemento.

En tal sentido, encontramos que la cláusula no competencial es menos gravosa y restrictiva del derecho a la libertad de trabajo de cualquier trabajador. Desde antes dijimos que

la limitación a la libertad de trabajo es solo respecto de las funciones que desempeña durante la vigencia de la relación laboral, luego puede prestar servicios a otras empresas que sean de la competencia, o por cuenta propia.

En síntesis, el principio de necesidad se cumple ya que no se materializa otra medida que sea menos perjudicial para el ejercicio de este derecho, aun cuando pudiese o no haber compensación económica en favor del trabajador, especialmente en el caso de la no concurrencia post contractual, que dependerá del cargo que ocupaba el trabajador para resolver si es razonable una compensación económica o no.

8.3. Principio de proporcionalidad

El test de proporcionalidad en sentido estricto exige ponderar la legitimidad del fin perseguido frente a la intensidad del menoscabo sufrido por el fundamento constitucional, vale decir que también es un parámetro que va a permitir establecer la validez de las restricciones que logren implorar los derechos fundamentales.

La sentencia contenida en el Exp. N° 579-2008-PA/TC señala sobre el principio de proporcionalidad en sentido estricto que, si la restricción del derecho resulta conveniente al fin presentado y si el mecanismo utilizado era necesario, al no haber nuevo contorno electivo donde permita conseguir el resultado planteado.

Es así que, en este tercer paso consistente en establecer la importancia de los principios jurídicos en conflicto. Dicha operación debe hacerse siguiendo la ley de la ponderación conforme a la cual, podemos proponer el siguiente enunciado: Cuanto mayor sea la afectación en el ámbito del derecho a la libertad de trabajo, mayor debe ser el grado de satisfacción o cumplimiento de cláusula no competencial contractual y post contractual para evitar la competencia que afecte económicamente al empleador.

La sentencia del Tribunal Constitucional contenida en el Exp. N° 0045-2004-PI/TC, en su fundamento 27 nos señala tres grados de satisfacción; grave, medio o leve. En ese sentido, la restricción al derecho del trabajo de cualquier trabajador en el sentido de que no pueda prestar servicios referidos a las funciones que desempeñaba durante la relación laboral puede ser considerada como de intensidad leve, debido a que este pacto evita la situación de competencia por parte del trabajador en el sentido de que pueda aprovechar la información y conocimiento del negocio del empleador.

A su vez, tenemos que el grado de satisfacción es elevado ya que se evita la competencia, de forma directa o indirecta, por el uso de este conocimiento que adquirió el trabajador durante la relación laboral, que evita la afectación económica al negocio del empleador.

Luego, 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 (cláusula de no competencia contractual y post contractual) ha pasado el test de proporcionalidad y debe considerarse que estamos ante una restricción legítima del derecho a la libertad de trabajo desde la perspectiva constitucional.

8.4. Otros principios

Otros principios que nos pueden ayudar a establecer si la clausula de no competencia contractual y post contractual es válida en el régimen laboral privado, son los siguientes:

- **Princpio de razonabilidad**: Dada la ausencia de regulación normativa expresa, la determinación de la licitud de las restricciones de no concurrencia vigentes y posteriores al término del contrato que la origina los juzgados sustentarán estríctamente en la aplicación de los estándadres de razonabilidad y proporcionalidad. Para De las Casas (2012) este postulado opera como un baremo

normativo indispensable para evular la validez y alcance de las restricciones de los principios y derechos reconocidos en la Constitución, siendo el otro parámetro el principio de proporcionalidad, principio que ya hemos analizado y desarrollado, mismo argumento que posteriormente señalaría el Tribunal Constitucional en el fundamento 25 de la Sentencia N° 4677- 2004 - PA.

Las condiciones de validez serán valoradas en razón a este principio, es decir la forma que han sido configuradas esta clausula de no competencia y conforme al sentido que se desee ejecutar. Se deberá observar si cumplen con los requisitos esenciales desarrollados a nivel doctrinario y jurisprudencial. Estas condiciones son que, la compensación debe ser económica, debe especificarse las funciones que se van a limitar, debe ocupar un ámbito espacial específico y coherente, y debe expresar un legítimo interés en evitar el daño, características que ya hemos desarrollado.

En todo este proceso siempre tendrá en cuenta que sea cual sea la configuración de la cláusula esta no restrinja su derecho al trabajo de forma que se configure abuso del derecho y se restrinja considerablemente su derecho a la libertad de trabajo.

- **Principio protector**: Este principio, como indica Pasco (2015), se manifiesta a raíz de la asimetría que existe entre empleador y trabajador, ya sea por conocimiento, poder negociación, poder eonómico, entre otros, protegiendo así los derechos de los trabajadores evitando que estos sean vulnerados, siendo otra forma de verlo, por este principio se compensa la disparidadad entre los intervinientes.

Sobre la clausula no competencial contractual y post contractual, la disparidad se evidencia cuando el empleador, parte que ostenta más poder en esta relación jurídica, puede pactar la cláusula como mejor le convenga, pudiendo alterar el

contenido esencial del derecho constitucional del derecho al trabajo del trabajador, referido a todas sus vertientes, desnaturalizándolo.

El pricipio tuitivo abarca las directrices de in dubio pro operario, que exige aplicar la lectura más beneficiosa y de condición más ventajosa ante una norma ambigua, idónea cuando coexistan preceptos contradictorios para dirmir un mismo supuesto fáctico.

En este contexto, la clausula de no competencia contractual y post contractual al no estar regulada por norma del régimen laboral privado que pueda ser aplicada, el principio mencionado no podría ser invocado.

- **Principio de Interpretación más favorable al trabajador**: También conocido como In Dubio Pro Operatio, el autor Olea y Casas (2001) indican sobre este principio que la norma jurídica aplicable a las relaciones laborales, en caso de duda, deben ser interpretadas en la forma más beneficiosa al trabajador. Al igual que el principio protector, al tener norma que regula la clausula de no competencia no podrá ser aplicado.
- **Principio de irrenunciabilidad de derechos laborales**: El autor Neves (2018) indica que por este principio es imposible para el trabajador renunciar a sus derechos laborales, por lo que, cualquier acto que suponga su renuncia es inválido.

Pese a lo señalado a lo largo del desarrollo de la presente tesis se ha podido observar que que estos no son derechos absolutos, por lo que, pueden ser limitados, situación que, por ejemplo, sucede con la reducción de la remuneración, que requiere de la voluntad del trabajador, pero que dicha reducción no puede ser inferior a la remuneración mínima vital.

En el mismo caso, con la cláusula no competencial contractual y post contractual, por mutuo acuerdo, se restringe la posibilidad de poder postular a otro puesto de trabajo.

CAPÍTULO II

METODOLOGÍA

1. Metodología

1.1. Estrategia metodológica de la investigación jurídica

Esta investigación se realizó con la finalidad de establecer los efectos de la cláusula no competencial en el régimen de trabajo de la actividad privada, durante la vigencia del vínculo de trabajo y después de que este finaliza. En ese sentido, para comprobar la hipótesis, se estableció como objetivo general, determinar cuáles serían los efectos de incorporar este pacto de no concurrencia en nuestro ordenamiento jurídico laboral.

En ese sentido, se ha empleado el **método dogmático o conceptual**, puesto que, se ha estudiado las definiciones conceptuales de la problemática a investigar, al ser un tema relativamente nuevo para la legislación peruana, fue requerido hacer un análisis conceptual por medio de fuentes bibliográficas y fuentes legislativas internacionales, los cuales no han proporcionado un panorama más claro de la problemática a solucionar.

También se ha aplicado el **método sincrético** puesto que se ha estudiado el tema en el marco de nuestra realidad social, por el cual se puede determinar los efectos de esta cláusula contractual en nuestro régimen laboral privado.

De la misma manera, se ha aplicado el **método histórico**, por cuanto se ha analizado el problema jurídico como un asunto de trascendencia social, explicando, no solo lo sucedido en el pasado, sino en su evolución histórica tanto a nivel nacional como nivel internacional, que si bien no se ha podido establecer una línea de tiempo se ha establecido una cronología de hechos relevantes hasta la actualidad.

Así mismo, se ha aplicado el **método exegético**, por cuanto se ha realizado un análisis de las normas laborales y principios constitucionales, tanto nacionales como internacionales, que nos ha permitido determinar cuáles son los puntos positivos o negativos de esta cláusula no competencial contractual y post contractual y su incorporación en nuestro marco normativo laboral privado, y consecuentemente a ello, establecer conclusiones y sugerencias que permitan mejorar nuestra regulación interna sobre la materia.

Finalmente, se ha aplicado el **método comparativo** ya que se ha analizado la normativa y jurisprudencia internacional, lo que nos ha permitido conocer las semejanzas sobre el análisis del tema investigado, las diferencias sobre su aplicación y regulación, y los motivos por los cuales tienen restricciones u oposiciones al uso de la cláusula de no competencia.

1.2. Método del análisis de la información

En el desarrollo de la presente investigación también se ha empleado el **método analítico consistente en el análisis y síntesis**, ya que, para llegar a las conclusiones que vamos a proponer, hemos separado cada uno de los elementos de la cláusula de no competencia, a efecto de realizar un análisis de cada una de ellas, para posteriormente integrarlos, por medio de la síntesis, y obtener una fórmula legal, de la cual derivan nuestras conclusiones y propuesta individual.

De la misma manera, se ha utilizado el método de **inducción y deducción**, ya que, del análisis realizado sobre la cláusula de no competencia se ha analizado las normas y jurisprudencia internacional, que reúnen similares requisitos de validez, lo que nos ha permitido deducir, lógicamente, las conclusiones.

1.3. Método de la investigación de campo

Para el presente estudio, se empleó el **método Cualitativo y Cuantitativo**. El primero por que buscamos la comprensión del problema que se investiga; mientras que, por el segundo

se emplea para cuantificar y medir resultados estadísticos de la investigación de campo, que resultará de la ejecución del instrumento, en este caso, el cuestionario.

1.4. Diseño de la investigación

La estrategia metodológica adoptada es de carácter no experimental. Bajo esta premisa, el estudio se concentró en el registro directo de los hechos dentro de su entorno real, prescindiendo del control de factores externos para salvaguardar la autenticidad del entorno que se analiza, recopilando datos y examinando las variables en su estado ordinario y normal.

1.5. Ámbito de la investigación

Desde ámbito geográfico, el presente estudio analiza el uso del pacto de no concurrencia contractual y post contractual en el régimen laboral privado para establecer sus efectos en este régimen en la provincia de Arequipa.

Tabla 3

Tabla de Coherencia

Título de proyecto de investigación	"Efectos de la inclusión de la cláusula de no competencia contractual y post contractual en el régimen laboral de la actividad privada, Arequipa, 2025"
Planteamiento del problema	El uso del pacto de no concurrencia contractual y post contractual sigue siendo relativamente nuevo, pero comúnmente usado, aunque no esté regulado por nuestra legislación laboral o jurisprudencia. En este contexto, los empleadores usan esta cláusula sin que se haya establecido sus requisitos de validez o invalidez y sus restricciones, pudiendo excederse en su uso, dejando en una situación de afectación de los derechos del trabajador e incluso impidiendo que este la pueda ejecutar. Siendo así, debemos establecer cuáles serían los efectos de la inclusión de esta cláusula no competencial en el régimen de trabajo privado, lo que determinará su forma de aplicación, requisitos y limitaciones en base a la jurisprudencia y legislación extrajera que nos permitirá conocer el alcance general, y con ello señalar si la no competencia va acorde a nuestra legislación.

Pregunta de investigación	**PRINCIPAL:** ¿Qué efectos tiene la aplicación de la cláusula de no competencia contractual y post contractual en el régimen laboral privado de Perú? **ESPECÍFICAS** 1. ¿Cuáles son los derechos que se ven afectados por la aplicación de la cláusula de no competencia contractual y postcontractual en el régimen laboral privado? 2. ¿Cómo se aplica la cláusula de no competencia contractual y postcontractual en el régimen laboral privado? 3. ¿Cuáles son los criterios para aplicar la cláusula de no competencia contractual y postcontractual en el régimen laboral privado?
Hipótesis	**DADO QUE:** En nuestro régimen privado de trabajo, el Decreto Legislativo Nro. 728, su Reglamento y demás normas conexas, no contemplan ni regulan la cláusula no competencial contractual y post contractual. Los empleadores pueden usar esta cláusula de no competencia empleando una fórmula legal no señalada por ley o jurisprudencia, de tal forma que, la estipulación que señalen pueda ser desmedida incluso llegando a ser contraria a derecho. Siendo así, las empresas del régimen privado pueden excederse en su uso desmedido afectando derechos del trabajador y sobrepasando principios constitucionales que regulan la forma y el contenido de los contratos, dejando en una situación de indefensión a los trabajadores y exponiendo a las empresas a un abuso de derecho. **ES PROBABLE QUE:** Sea necesario regular la inclusión de la cláusula de no competencia contractual y post contractual en el régimen laboral de la actividad privada a efecto de garantizar la protección de los derechos de los trabajadores y de las mismas empresas que las emplean, para lo cual se debe establecer los efectos de su inclusión en nuestra legislación, y, en razón a ello poder determinar la fórmula legal de cómo aplicarla usando criterios razonables y proporcionables, para que, las partes de la relación laboral operen dentro del margen de la Ley.
Objetivo general de la investigación	Determinar cuáles son los efectos de la inclusión, en nuestro régimen de trabajo privado, de la cláusula no competencial contractual y post contractual.

Autores del marco teórico fundamental

Jorge Ágreda Aliaga, Ángel Arias Domínguez, José Carlos Ballesteros Garrido, Guillermo Cabanellas de Torres, Sara Campos Torres, Jordi García Viña, Javier Neves Mujica, Katy Romanik Fonseca, Jorge Toyama Miyagusuku.

Instrumentos

Ficha Documental, Ficha Bibliográfica y Cédula de Preguntas.

Tipo y nivel de investigación

a) Por su finalidad:

Es aplicada, pues pretende resolver problemas estableciendo la fórmula legal para la regulación de la cláusula no competencial contractual y postcontractual, de modo que se respeten los derechos del trabajador y proteja el negocio del empleador.

b) Por su nivel de profundización:

El alcance del estudio es descriptivo ya que se detalla los rasgos del fenómeno estudiado en entorno normal y actual, para luego examinar los factores determinantes y el impacto legal de este pacto en nuestro ordenamiento jurídico.

c) Por el ámbito:

La estrategia de recolección de información es de carácter mixto; documental y de campo. Por un lado, se apoya en el examen de doctrina y legislación nacional y comparada. Por otro lado, la obtención de datos se realizará por encuestas dirigidas a los sujetos de estudio

d) Por el tiempo:

El enfoque corresponde a un diseño longitudinal o diacrónico, fundamentado en el análisis y estudio de las variables en un periodo temporal de un año.

Variables

Variable Independiente

Efectos de la inclusión de la cláusula no competencial contractual y post contractual

Variable Dependiente

Régimen laboral de la actividad privada

Operacionalización de variables

INDICADORES

a) Variable Independiente

- Derecho al trabajo.
- Contrato de trabajo.
- Cláusula de no competencia contractual y postcontractual
- Normatividad.
- Derecho comparado.

b) Variable Dependiente

- Régimen laboral de la actividad privada
- Jurisprudencia

SUBINDICADORES

Variable Independiente

a) Derecho al trabajo.
   - Evolución histórica
   - Concepto
   - Contenido Constitucional

b) Contrato de trabajo.
   - Concepto
   - Tipos de contratos de trabajo
   - Autonomía de la voluntad
   - Libertad contractual

c) Cláusula de no competencia contractual y postcontractual
   - Concepto
   - Función
   - Validez
   - Ponderación de derechos
   - Clasificación y regulación en la doctrina internacional
   - Estipulación de la cláusula no competencial contractual y postcontractual

d) Normatividad.
   - Decreto Legislativo 728
   - Decreto Supremo N° 001-96-TR
   - Anteproyecto de la Ley General del Trabajo

e) Derecho comparado.
   - Chile
   - España
   - Estados Unidos

Variable Dependiente

a) Régimen laboral de la actividad privada
   - Normatividad
   - Definición
   - Características
   - Alcance

- Importancia

b) Derecho comparado
   - España
   - Chile
   - Estados Unidos

Aportes de la investigación	El presente estudio nos permitirá establecer si se incluye en nuestra legislación laboral privada el pacto de no concurrencia sería compatible. Y, en caso de serlo, podremos conocer sus efectos, alcances, requisitos y limitaciones para su uso, además de proponer una fórmula legal para su aplicación en nuestra realidad social.

Nota: Elaboración propia

1.6. Población de estudio

1.6.1. Universo y muestra

Una (1) empresa constituida bajo los alcances del régimen laboral privado denominada como JL VENTAS Y SERVICIOS S.A.C, misma que se dedica a la venta al por menor de productos farmacéuticos y médicos, entre otras, y que emplea para todos sus trabajadores, que son sesenta y tres (63), lo que constituye nuestro universo, el pacto de no concurrencia contractual y post contractual.

La muestra está constituida igual que el universo, y se ha delimitado a los sesenta y tres (63) trabajadores de la empresa, siendo así, la muestra es igual al universo. A todos estos colaboradores se les aplicará el cuestionario de forma física.

1.7. Validación de instrumentos

1.7.1. Validación de instrumento de cuestionario

Tabla 4

Validación de instrumento de cuestionario

Pregunta	Esencial	Útil	Innecesario
1.- Indique Usted si el cargo que ocupa en la Empresa de común, de confianza o de dirección. Marque con una x una de las siguientes alternativas.	X		
a) Cargo común.			
b) Cargo de confianza.			
c) Cargo de dirección.			
2.- Habiendo señalado la naturaleza de su cargo ¿Su contrato de trabajo actual cuenta con la cláusula de no competencia contractual y post contractual?	X		
a) Si, cuenta con la cláusula de no competencia contractual y post contractual			
b) No cuenta con estas cláusulas.			
c) Sí, pero solo cuenta con la cláusula de no competencia contractual.			
d) Sí, pero solo cuenta con la cláusula de no competencia post contractual.			
3.- ¿Está de acuerdo con que está cláusula de no competencia figure en su contrato?		X	
a) Si			
b) No			
4.- ¿Entiende los alcances de lo descrito en la cláusula de no competencia contractual y post contractual?		X	
a) Si			
b) No			
Explique			
5.- ¿Considera que la aplicación de la cláusula de no competencia contractual y post		X	

contractual redactada en tu contrato, afectaría alguno de sus derechos como trabajador? a) Si b) No ¿Por qué?	
6.- ¿Cree que es razonable el tiempo de duración de la cláusula de no competencia contractual y post contractual redactada en su contrato? a) Si b) No ¿Por qué?	X
7.- ¿Cree que es proporcional el monto de la multa por incumplir la cláusula de no competencia contractual y post contractual redactada en tu contrato en relación al tiempo de duración de la cláusula? a) Si b) No ¿Por qué?	X
Teléfono 958333923	E-MAIL e.castro@ucsm.edu.pe
Fecha 14 de mayo de 2025.	 Firma

Nota: Elaboración propia

CAPÍTULO III

RESULTADOS Y DISCUSIÓN

1. Generalidades

En el presente capítulo, presentamos los resultados de la investigación de campo, que están basados en el cuestionario aplicado a la empresa JL VENTAS Y SERVICIOS S.A.C, que tiene una plantilla de 63 colaboradores que constituye la muestra de esta investigación. A partir de esta población se establece el universo, lo que, nos permite establecer con qué trabajadores se ha celebrado la cláusula de no competencia y sus efectos.

En este cuestionario, podemos observar una serie de interrogantes que están ligadas al planteamiento de nuestros objetivos propuestos al inicio. El análisis de confiabilidad del instrumento y de sus preguntas aplicado se realizó a través de la validación del instrumento por un experto en el tema, tomando en cuenta las recomendaciones y observaciones formuladas al instrumento.

2. Análisis de datos obtenidos

A continuación, se presenta la información obtenida a través de tablas y figuras con su respectivo análisis e interpretación por cada pregunta que cada uno de los trabajadores ha respondido.

Pregunta N° 1: Indique Usted si el cargo que ocupa en la Empresa es común, de confianza o de dirección.

Tabla 5

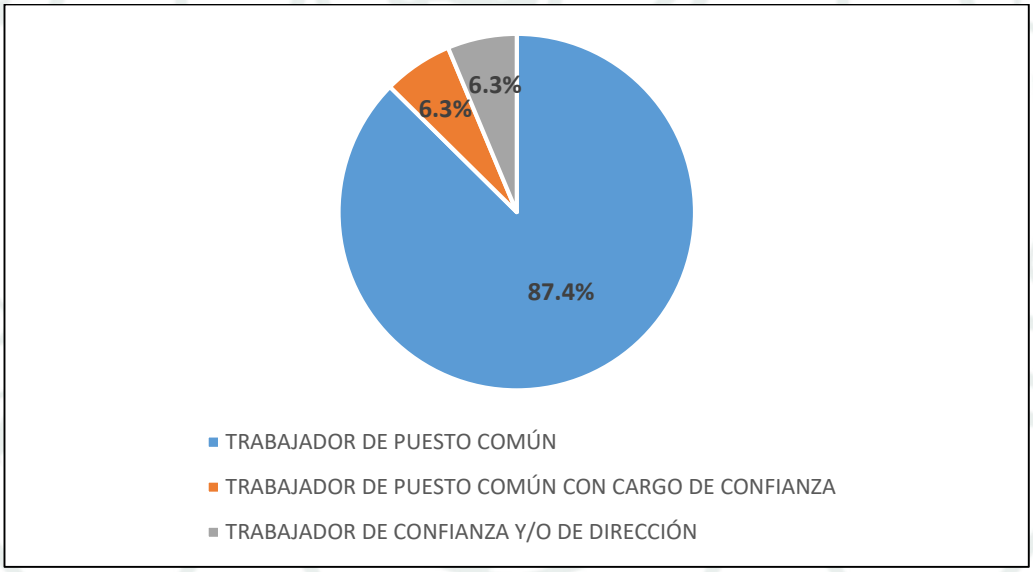
Indique Usted si el cargo que ocupa en la Empresa es común, de confianza o de dirección

Alternativas	Respuestas	Porcentaje
TRABAJADOR DE PUESTOS COMÚN	55	87.4
TRABAJADOR DE PUESTOS COMÚN CON CARGO DE CONFIANZA	4	6.3
TRABAJADOR DE CONFIANZA Y/O DE DIRECCIÓN	4	6.3
	63	100

Nota: Cuestionario a todo personal de JL VENTAS Y SERVICIOS S.A.C. Elaboración propia.

Figura 14

Gráfico en base a la pregunta 1



Nota: Elaboración propia.

Análisis: De acuerdo a la tabla 5, se obtuvo como resultado que, 55 trabajadores, que representan el 87.4%, tienen cargos comunes, 4 trabajadores que representan el 6.3% tienen cargos comunes pero que están denominados como cargos de confianza y el restante de trabajadores que representan el 6.3% son trabajadores de confianza y/o dirección. Esto significa que la empresa cuenta con trabajadores que optan con diversos cargos, y que en la

siguiente pregunta veremos si estos cargos influyen o no en la celebración del pacto de no concurrencia.

Pregunta 2: ¿Su contrato de trabajo actual cuenta con la cláusula de no competencia contractual y post contractual?

Tabla 6

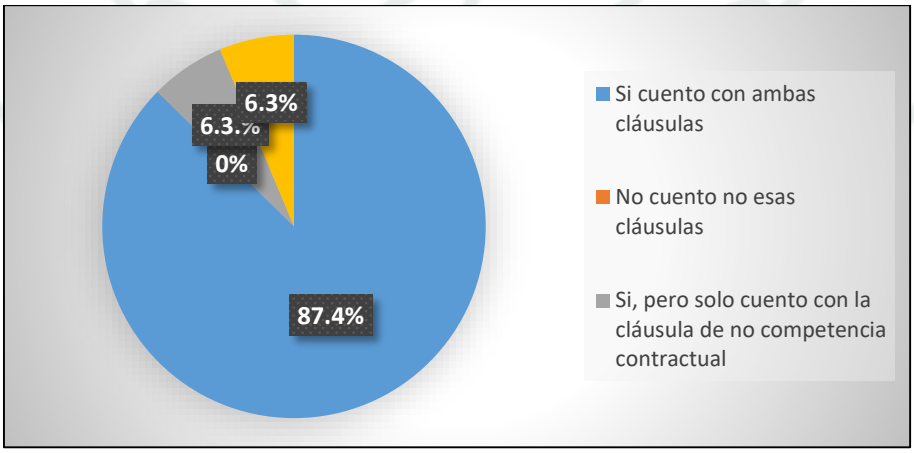
¿Su contrato de trabajo actual cuenta con la cláusula de no competencia contractual y post contractual?

Trabajadores	Respuestas	Porcentaje
55	Si, cuenta con la cláusula de no competencia contractual y post contractual.	87.4
0	No cuenta con estas cláusulas.	0
4	Sí, pero solo cuenta con la cláusula de no competencia contractual.	6.3
4	Sí, pero solo cuenta con la cláusula de no competencia post contractual.	6.3
63		100

Nota: Cuestionario a todo personal de JL VENTAS Y SERVICIOS S.A.C. Elaboración propia.

Figura 15

Gráfico en base a la pregunta 2



Nota: Elaboración propia.

Análisis: Sobre la segunda pregunta, el Gráfico N° 13 y la Tabla N° 4, se obtiene como resultado que de los 63 trabajadores cuestionados, 55 trabajadores que representan el 87.4%, han celebrado esta cláusula no competencial contractual y post contractual, por otro lado, 4 trabajadores que representan el 6.3% han celebrado solo el pacto de no concurrencia contractual y, los restante 4 trabajadores que representan el 6.3% de los trabajadores han celebrado únicamente la cláusula no competencial post contractual.

Respecto a ello, es pertinente señalar que la empresa ha celebrado esta cláusula con todos los trabajadores, con la mayoría de ellos celebró la cláusula de no competencia contractual y post contractual, con algunos la cláusula de no competencia contractual y con otros la cláusula de no competencia post contractual, lo que implica que la empresa celebró esta independientemente del cargo que ocupan y pese a la falta de regulación normativa y jurisprudencial actual.

Pregunta 3: ¿Está de acuerdo con que está cláusula de no competencia figure en su contrato?

Tabla 7

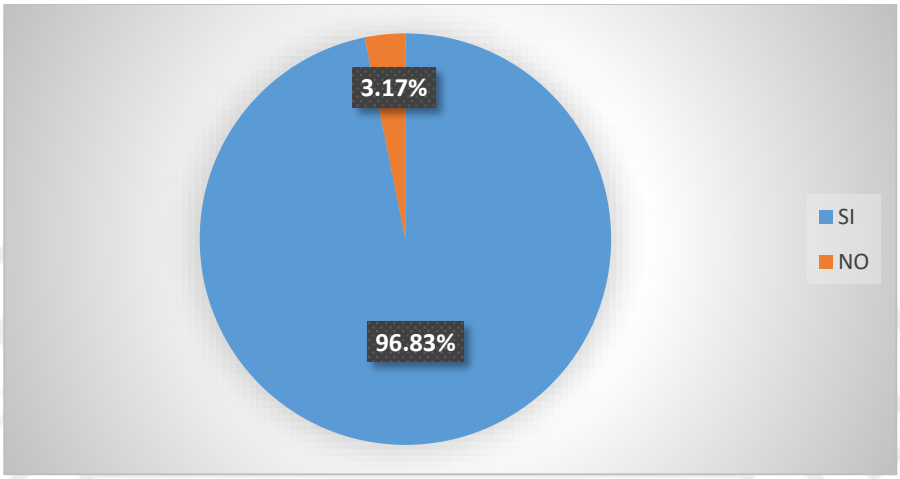
¿Está de acuerdo con que está cláusula de no competencia figure en su contrato?

Alternativa	Respuesta	Porcentaje
SI	61	96.83
NO	2	3.17
	63	100

Nota: Cuestionario a todo personal de JL VENTAS Y SERVICIOS S.A.C. Elaboración propia.

Figura 16

Gráfico en base a la pregunta 3



Nota: Elaboración propia.

Análisis: En respuesta a la tercera pregunta sobre la opinión acerca de celebrar la cláusula no competencial en sus contratos de trabajo, se observa una tendencia positiva entre los trabajadores encuestados. De 63 trabajadores que realizaron la encuesta, 61 de ellos, que representa el 96.83%, están de acuerdo con celebrar esta cláusula de no competencia, por otro lado, el restante 2 de ellos, que representa el 3.17% no está de acuerdo con celebrar esta cláusula competencial.

Esto significa que la mayoría concuerda con que se celebre esta cláusula en sus contratos de trabajo, en este caso al inicio de la relación laboral, ya que en sus contratos está establecida la cláusula mencionada, y por tanto, pese a la falta de regulación normativa, consideran que es una práctica válida.

Pregunta 4: ¿Entiende los alcances de lo descrito en la cláusula de no competencia contractual y post contractual?

Tabla 8

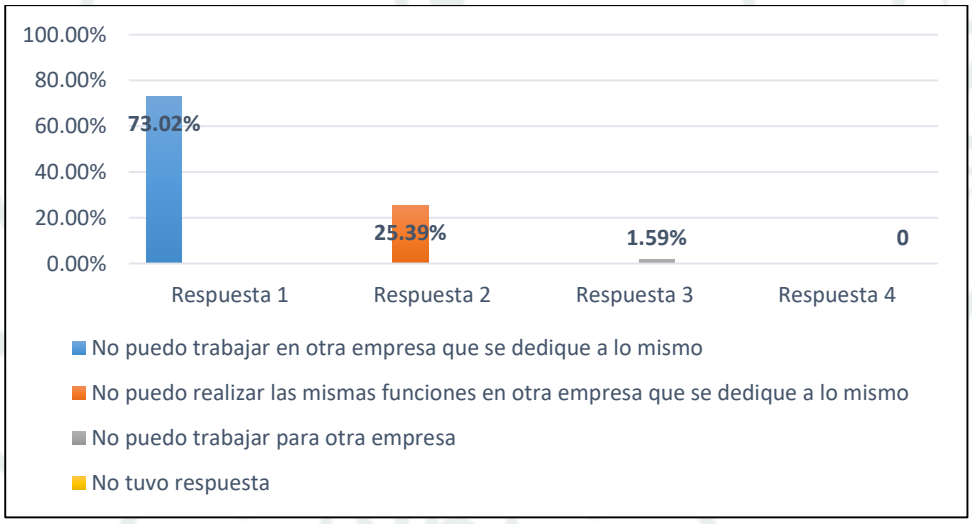
¿Entiende los alcances de lo descrito en la cláusula de no competencia contractual y post contractual?

Alternativa	Respuesta	Trabajadores	Porcentaje
SI	No puedo trabajar en otra empresa que se dedique a lo mismo.	46	73.02
	No puedo realizar las mismas funciones en otra empresa que se dedique a lo mismo.	16	25.39
	No puedo trabajar para otra empresa.	1	1.59
NO	No tuvo respuesta	0	0
		63	100

Nota: Cuestionario a todo personal de JL VENTAS Y SERVICIOS S.A.C. Elaboración propia.

Figura 17

Gráfico en base a la pregunta 4



Nota: Elaboración propia.

Análisis: Para la cuarta pregunta de nuestro cuestionario, que indaga sobre los alcances de la cláusula de no competencia y si los trabajadores que la celebran conocen y entienden el

contenido de esta, del cuestionario respondido por los 63 trabajadores, de las diversas respuestas, por la similitud en ellas, hemos podido agruparlas en tres respuestas.

De los 63 trabajadores, 46 de ellos que representan el 73.02% del total de trabajadores respondieron que "*no pueden trabajar en otra empresa que se dedique a lo mismo*", lo que significa que entienden el alcance general de lo que implica celebrar la cláusula de no competencia, tal como establece la mayoría de textos legislativos y jurisprudenciales internacionales, al mismo tiempo denota que no entienden el alcance ulterior de esta cláusula.

Este alcance ulterior al nos referimos en el párrafo anterior corresponde a que la cláusula de no competencia no impide trabajar para empresas del mismo mercado, sino que se refiere a no prestar los mismos servicios y funciones para empresas que se desarrollen en el mismo mercado, lo que implica que sí se puede prestar otros servicios. Justamente este sentido es el que 16 trabajadores, que representan el 25.39% del total de trabajadores, entienden, incluyendo uno de los trabajadores que en la pregunta 3 respondió que no estaba de acuerdo con celebrar esta cláusula de no competencia.

Cabe destacar que un solo trabajador, que representa el 1.59% del total de trabajadores, quién también respondió la tercera pregunta con que no estaba de acuerdo con que se celebre esta cláusula de no competencia, respondió que "*no puedo trabajar en otra empresa*" que si bien podría agruparse a la primera explicación, lo cierto es que dicha definición no corresponde a la cláusula de no competencia, sino a la de exclusividad, por referirse a la imposibilidad de prestar servicios para otro empleador.

Pregunta 5: ¿Considera que la aplicación de la cláusula de no competencia contractual y post contractual redactada en su contrato, afectaría alguno de sus derechos como trabajador?

Tabla 9

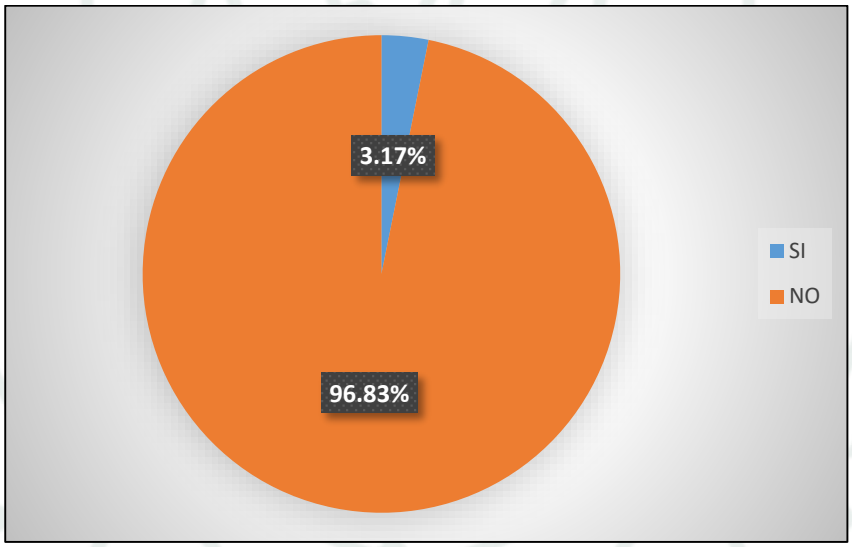
¿Considera que la aplicación de la cláusula de no competencia contractual y post contractual redactada en su contrato, afectaría alguno de sus derechos como trabajador?

Alternativa	Respuesta	Explicación	Porcentaje
SI	2	Afecta el derecho de trabajar.	3.17
NO	61	No afecta ningún derecho ya que si puedo trabajar para otros.	96.83
	63		100

Fuente: Cuestionario. Elaboración propia.

Figura 18

Gráfico en base a la pregunta 5



Nota: Elaboración propia.

Análisis: Para la quinta pregunta, 2 trabajadores, que representan el 3.17% del total de trabajadores, y que fueron los mismos que en la pregunta 3 indicaron que no estaban de acuerdo con la celebración de esta cláusula de no competencia, indicaron que piensan que su cláusula de no competencia sí afecta sus derechos laborales por cuanto restringen sus derechos a conseguir otro trabajo, mientras que, la opinión general de los 61 trabajadores que representan

el 96.83% , indicaron que la cláusula de no competencia contractual y post contractual no afecta sus derecho para poder conseguir trabajo en otras empresas.

Podemos deducir que, pese a que no existe en Perú regulación normativa y jurisprudencial sobre esta cláusula de no competencia, el uso y aceptación internacional hace que sea de conocimiento social y que, por lo menos, la sociedad tenga conocimiento general de esta cláusula, motivo por el cual, entienden, tal como se ha establecido, que no existe vulneración al ejercicio de su derecho al trabajo en cuanto la restricción de este es mínima.

Pregunta 6: ¿Cree que es proporcional el monto de la multa por incumplir la cláusula de no competencia contractual y post contractual redactada en tu contrato en relación al tiempo de duración de la cláusula?

Tabla 10

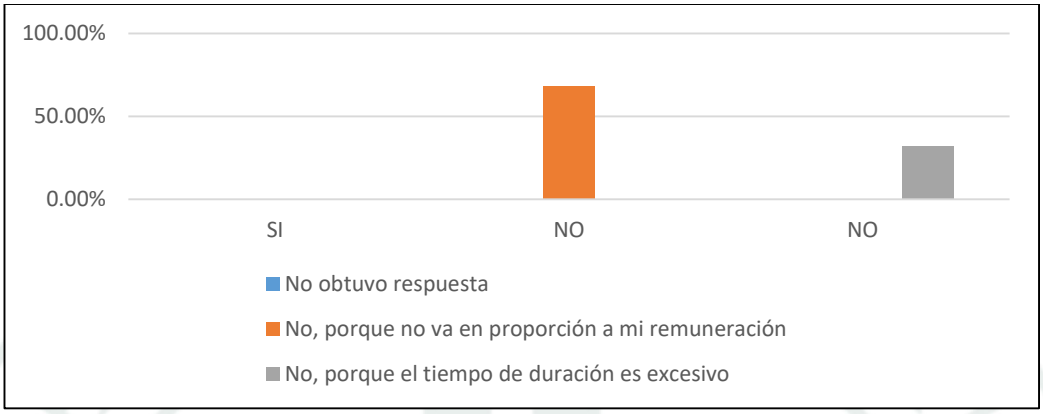
¿Cree que es proporcional el monto de la multa por incumplir la cláusula de no competencia contractual y post contractual redactada en tu contrato en relación al tiempo de duración de la cláusula?

Alternativa	Respuesta	Explicación	Porcentaje
SI	0	Ningún trabajador respondió a que estaba de acuerdo con el monto de la multa por incumplimiento de la cláusula de no competencia.	0
NO	63	No, porque no va en proporción a mi remuneración.	68.25
		No, porque el tiempo de duración es excesivo.	31.75
TOTAL	63		100%

Nota: Elaboración propia.

Figura 19

Gráfico en base a la pregunta 6



Nota: Elaboración propia.

Análisis: La cláusula de no competencia acordada con los 63 trabajadores era de 2 años para aquellos trabajadores con cargos comunes y de 3 años para aquellos trabajadores que ejercen un cargo de dirección y de confianza.

Ninguno de los 63 trabajadores cree que es proporcional el monto de la multa por incumplimiento de este pacto de no concurrencia respecto a la duración establecida en ella. Podemos decir que todas las respuestas fueron negativas y, a su vez, se dividieron en dos.

De los 63 trabajadores, 43 de ellos, que representan el 68.25% respondieron que no estaban de acuerdo con el monto de la multa, ya que es desproporcional en relación a la remuneración que perciben, por lo que el tiempo no resulta adecuado. En ese sentido, podemos decir que, en este caso, la negativa se enfoca principalmente en el monto de la multa y no en la duración de la cláusula per se.

Mientras que, los restantes 20 trabajadores, que representan el 31.75% del total de trabajadores indicaron que no están de acuerdo con el monto de la multa por incumplimiento de la cláusula no competencial, debido a que, consideran que la duración

de dicho pacto es desproporcional, siendo así, entendemos que esta cláusula debería ser de menor duración.

3. Discusión de resultados obtenidos

La presente investigación tiene como finalidad establecer los efectos de la inclusión de la cláusula no competencial en el régimen laboral privado en el Perú. Así también como determinar qué derechos se verían afectados, cómo se aplica esta cláusula de no competencia y cuáles son los criterios para su aplicación.

Por medio del análisis práctico de las Tablas N° 14, 15 y 16, se obtuvo el resultado principal, en la que, la mayoría de los trabajadores encuestados han señalado que están de acuerdo con celebrar la cláusula de no competencia con su empleador, como práctica internacional que ya está asentada en nuestra costumbre legal.

A su vez, la Tabla 15 nos muestra que, el pacto no competencial, pese a la falta de regulación normativa, los trabajadores entienden el concepto de esta. Ahora, el concepto que entienden es desde el más genérico al más preciso. De los conceptos que hemos repasado, 46 trabajadores entienden este mismo concepto genérico, mientras que 16 trabajadores entienden el concepto específico, es decir, que durante y posterior al término de la relación laboral no pueden realizar las mismas funciones de su puesto de trabajo en favor de otra empresa o por cuenta propia en un contexto de competencia, pero si pueden trabajar para estas pero no ejerciendo las mismas funciones.

Asimismo, el resultado de la Tabla 16 muestra una tendencia casi absoluta de que la celebración de esta cláusula de no competencia no genera afectación alguna a sus derechos laborales, lo cual va acorde a lo establecido durante el presente trabajo; que la limitación del derecho al trabajo es cuanto la libertad de trabajo es mínima y por tanto aceptable.

Finalmente, el estudio realizado también demostró la importancia de uno de los requisitos del pacto de no concurrencia que hemos propuesto; la duración. Habíamos señalado que esta cláusula requiere tener un tiempo de duración razonable y que deberá ser estipulada por las partes intervinientes, ya que, este requisito de validez no está regulada como sucede en España o Italia.

Es por todo ello que, se puede inferir el pacto de no concurrencia puede ser incorporado en el marco normativo del régimen laboral privado ya que no afectaría los derechos de los trabajadores, y protegería a los empleadores, para así evitar cualquier afectación económica que pudiese ocurrir en una situación de competencia que los trabajadores pudiesen provocar.

CONCLUSIONES

PRIMERA. – De la presente investigación se pudo establecer los efectos de la incorporación - en nuestro sistema legal privado de trabajo-, del pacto de no concurrencia o no competencial contractual y post contractual, es defender intereses empresariales y económicos del empleador, en cuanto evita que los trabajadores o ex trabajadores utilicen toda la información, conocimiento, herramientas, instrumentos y otros que los puedan poner en una situación de competitividad en contra de los negocios del empleador, afectándolos económicamente.

SEGUNDA. – Otro efecto de la inclusión de la cláusula de no competencia en nuestro régimen privado es la restricción mínima del derecho al trabajo de los trabajadores o ex trabajadores en cuanto no pueden prestar servicios por cuenta propia o para otras empresas que compitan con los negocios del empleador. La prestación de servicios se refiere a que no pueden cumplir las mismas funciones, sino que deben cumplir otras, lo que implica que sí pueden trabajar para otras empresas, incluso competidores, siempre que no realicen las funciones del cargo que ejercían.

TERCERA. – Al no existir normativa y jurisprudencia actual que norme la cláusula no competencial contractual y post contractual su ejercicio y celebración con los trabajadores depende de la voluntad privada de las partes intervinientes para darle forma a dicho acuerdo, en ese sentido, las partes pueden pactar los requisitos de validez que restrinjan el derecho a la libertad de trabajo, siendo este derecho el que se vería afectado por la incorporación de este pacto en nuestro régimen de trabajo privado, ocasionando que su restricción sea legal y ya no convencional.

CUARTA. – Los criterios que podemos establecer para determinar la eficacia de la cláusula no competencial, son cuatro; primero, el acuerdo debe ser expreso, segundo, que tenga una duración determinada, tercero, que su aplicación sea en el ámbito geográfico y cuarto, que el

empleador señale el interés económico y/o comercial que pudiese ser afectado por esa situación de competitividad.

QUINTA. – De los resultados de la investigación de campo podemos establecer que la cláusula no competencial se puede celebrar con cualquier trabajador, por cuanto protege los derechos económicos y comerciales del empleador evitando afectaciones económicas en contraposición a una leve restricción del derecho a la libertad del trabajador, ya que los trabajadores señalan que pueden acceder a otros puestos de trabajo en otras empresas, inclusive de empresas de la competencia, pero que no pueden realizar las funciones que lo pondrían en una situación de competitividad.

SEXTA. – Se puede apreciar que la hipótesis planteada ha sido comprobada en su totalidad en el presente trabajo de investigación, dando una respuesta positiva a las interrogantes planteadas. Se determinar los efectos de la incorporación, en nuestro régimen laboral privado, de la cláusula no competencial contractual y post contractual, siendo que es válida su utilización pese a que vulnere levemente el derecho a la libertad de trabajo. A partir de lo expuesto, se corrobora de manera integral los objetivos e hipótesis, cumpliendo las metas académicas.

RECOMENDACIONES

PRIMERA. – Proponemos la incorporación del pacto no competencial en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, agregándose al artículo 16° de la norma señalada, estableciendo los requisitos de concurrencia de la cláusula no competencial contractual y post contractual, ya que de los resultados obtenidos de la investigación de campo, debe regularse el tiempo de duración de esta cláusula y su alcance.

SEGUNDO. – En el texto legal propuesto, señalamos que debe tener una duración razonable, por lo que, debe tomarse como factor diferencial la duración o vida útil de la información, técnicas, conocimiento, instrumentos y otros que el trabajador pueda adquirir durante la relación laboral, ya que esta puede quedar obsoleta en un año, no siendo razonable que el acuerdo dure más allá de este tiempo, en ese sentido, el tiempo de duración que proponemos es de un año, independientemente del cargo que ocupe el trabajador.

TERCERA. – Recomendamos que, el acuerdo que celebren el empleador y el trabajador debe ser por escrito y después de la celebración del contrato de trabajo, cuando el trabajador haya superado el periodo de prueba, de tal forma que, no se produzca una situación de asimetría en la relación laboral y permita al trabajador aceptar esta cláusula o no, y no tenerla como una condición para acceder al puesto de trabajo, además de poder negociar cláusulas adicionales como la compensación económica.

CUARTA. – Sobre la celebración de la cláusula de no competencia, revisando la legislación y jurisprudencia internacional, recomendamos que esta cláusula se pueda celebrar con todo trabajador, ya que el acceso a información, instrumentos, conocimiento y demás, puede ser adquirido independientemente del cargo que ocupe en la empresa, por lo que, potencialmente puede existir esa situación de competitividad que puede afectar al negocio del empleador.

QUINTA. – Finalmente, recomendamos que el empleador debe señalar en el acuerdo con el trabajador, la justificación, es decir, el interés económico y/o comercial que sería afectado por la presunta competencia con el trabajador o ex trabajador, de tal forma que, esta cláusula de no competencia no pueda ser utilizada como una de retención de talento que impida que el trabajador pueda ejercer su derecho a la libertad de trabajo.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Alcazár Ortíz, S., y De Val Tena, A. (1996). Los pactos de dedicación exclusiva y permanencia en la empresa. *Relaciones Laborales: Revista crítica de teoría y práctica.* 113-126. *https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/229703.pdf*

Arias Domínguez, A. (2020). Pactos "típicos" en el contrato de trabajo. En A. Sempere Navarro (Dir.), *Régimen General del contrato de trabajo* (Vol. 1, pp. 772–1715). Aranzadi.

Armando Grisolia, J. (2001) Manual de Derecho Laboral. *Abeledo Perrot*.

Banda Valdivia, M. (2016). *Análisis de la nulidad de la cláusula de no competencia post-contractual en materia laboral*. [Tesis de Maestría, Pontificia Universidad Católica del Perú]. Repositorio Institucional PUCP.

Bejarano Sanchez, M. (1983). *Obligaciones Civiles.* Universidad Autónoma de México.

Blancas Bustamante, C. (2003) *El derecho al trabajo en la futura Constitución.* Ius et Veritas, *13*(26), 795-824.

Cajas Ulloa, A. (2013). *La prohibición de competencia desleal en el contrato de trabajo*. Sociedad Internacional del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Calderón Ruiz, L., & Guerra Angulo, M. (2016). *Análisis de las ventajas del régimen especial laboral de la micro y pequeña empresa, en comparación con el régimen laboral general - año 2016*. [Tesis de licenciatura, Universidad Privada del Norte]. Repositorio UPN.

Castillo Córdova, L. (2005). *El contenido Constitucional del derecho al trabajo y el proceso de amparo*. Universidad de Piura.

Castro Posadas, Eric. (2009). Los Pactos de No Competencia en el Derecho Laboral Peruano. *Ius et Veritas, 19(39)*. 250-253.

Conferencia Internacional de Trabajo (2005), *La Relación de Trabajo* (95 ª reunión, 2006; 1 ª ed). Oficina Internacional del Trabajo.

Congreso Constituyente Democrático (1993, 31 de diciembre). Constitución Política del Perú. https://spij.minjus.gob.pe/spij-ext-web/#/detallenorma/H682678

Corte de Apelaciones de Santiago (2011, 3 de marzo), Sentencia ROL N° 1367-2010.

Corte Suprema de Justicia de Chile (2009, 12 de noviembre), Sentencia ROL N° 3985-2009.

Corte Suprema de Justicia de Chile, (2011, 27 de enero) Sentencia ROL N° 5152-2009.

De la Puente y Lavalle, M. (1995). Las cláusulas generales de contratación y la protección al consumidor. *THEMIS: Revista de derecho, (31),* 15-20.

De las Casas de la Torre Ugarte, O (2012). *Materiales del curso de Derecho Laboral Empresarial* [Material de clase no publicado]. Escuela De Postgrado, Pontificia Universidad Católica del Perú.

Decreto Legislativo N° 276, Ley de Bases de la Carrera Administrativa y Remuneraciones en el Sector Público. Artículo 23.

Decreto Legislativo N° 295, Código Civil. Artículos 1354, 1398.

Decreto N° 2663. Código Sustantivo de Trabajo. Artículo 44.

Decreto Supremo N° 003-97-TR. Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Artículos 5, 9, 16, 25, 53.

Elías Manterio, F. (1997). El Contrato de Trabajo: situación actual. *Vox Juris*, (7). 230-238.

Espinoza Espinoza, J. (2006). *Derecho de los consumidores*. Rhodas.

Federal Trade Commission. (20 de agosto de 2024). *Non-Compete Clause Rule (Norma Final, 16 CFR Part 910*). Estados Unidos.

Fernández Sessarego, C. (1999). *Abuso del derecho*. Grijley.

Ferrero, R. (1959). El contrato de trabajo. *Revista de Informaciones Sociales*, 15-16.

Forero Rodríguez, R. (1997), El empleador. En N. de Buen Lozano & E. Morgado Valenzuela (Coords.), *Instituciones de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (pp. 365-372). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Gómez Valdez, F. (1996). *Derecho al trabajo: las relaciones individuales de trabajo.* San Marcos.

Guzmán Napuri, C. (2011). *Manual de la Administración Pública: Estructura, régimen laboral y procedimiento de las entidades del Estado* (3 ª ed.) Instituto Pacífico, p. 165.

Infantes Cárdenas, G. M. (2012). *Manual de obligaciones del empleador y beneficios del trabajador*. Instituto Pacífico.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. (26 de junio 2020). *Guía Informativa sobre Acuerdos Anticompetitivos entre Empresas en el Ámbito Laboral.* https://www.gob.pe/institucion/indecopi/informes-publicaciones/2115541-guia-informativa-sobre-acuerdos-anticompetitivos-entre-empresas-en-el-ambito-laboral

Landa Arroyo, C. *Los derechos fundamentales*. (Colección: Lo esencial del Derecho 2). Fondo Editorial PUCP

León Barandiarán, José (1991), *Tratado de Derecho Civil. Tomo I. Título Preliminar y Derecho de las Personas*. Walter Gutiérrez Editor.

Ley de Contrato de Trabajo, Ley 20.744. Texto Ordenado por Decreto 390/1976. (Poder Ejecutivo Nacional de Argentina 21 de mayo de 1976). https://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm

Ley de Incompatibilidad y Responsabilidades del Personal del Empleo Público, Ley 27588. (Congreso de la República del Perú 12 de diciembre 2001). https://www.gob.pe/institucion/mindef/normas-legales/182272-27588

López Aniorte M. C. (1997), *La Competencia del Trabajador con su Empresa*. Aranzadi.

Martín Valverde, A., Rodríguez Sañudo, F. y García Murcia, J. (2002) *Derecho del Trabajo*. Tecno

Mendoza Escalante, M. (2009). *Derechos fundamentales y Derecho privado. Eficacia de los derechos fundamentales entre particulares y su protección procesal*. Grijley.

Neves Mujica, J. (2016). *Introducción al derecho del trabajo* (3ª ed.). Fondo Editorial. PUCP

Neves Mujica, J. (2018). *Introducción al derecho del trabajo.* (4ª ed.). Fondo Editorial. PUCP

Obregón Sevillano, T. (2018). *Manual de Relaciones Individuales del Trabajo.* Pacífico Editores.

Real Decreto N° 262, Código Civil. Artículo 2125.

Rey Pérez, J. (2007). *El derecho al trabajo y el ingreso básico. ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?* Dykinson.

Romanik Fonseca, K (2014). *La voluntad de las partes en el contrato individual de trabajo: análisis de algunas cláusulas especiales*. Departamento de Estudios de la Dirección del Trabajo de Chile. dt.gob.cl

Rubio Correa. M. (1999). *Estudios de la Constitución Política de 1993*. Fondo Editorial PUCP.

Sardá Bueno, J (2006). *Legislación Laboral*.

Segundo Juzgado de Letras de Santiago de Chile (2010, 14 de mayo). RIT N° T-11-2010.

Séptima Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia, Lima (2021). Expediente N° 04295-2020-0-1801-JR-LA-11.

Sétima Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima (2021). Expediente N° 14203-2019-0-1801-JR-LA-16.

Sierra Herrero, A (2014). La cláusula de no competencia post-contractual en el contrato de trabajo. *Revista Ius et Praxis, 20(2).* 113-140. https://www.scielo.cl/scielo.php?pid=S0718-00122014000200004&script=sci_arttext

Torres Carrasco, M (2011). *Las Cláusulas Abusivas en el Código del Consumidor*. Gaceta Jurídica.

Toyama Miyagusuku, E. (2015). *El derecho individual del trabajador en el Perú: Un enfoque teórico –práctico* (1ª ed.). Gaceta Jurídica, p.112.

Tribunal Constitucional Exp. N.° 4677- 2004 PA/TC, fundamento jurídico 25.

Tribunal Constitucional. Exp. N.° 0045-2004-PI/TC, fundamento jurídico 27.

Tribunal Constitucional. Exp. N.° 00008-2003-AI/TC, fundamento jurídico 18.

Tribunal Constitucional. Exp. N.° 00858-2003-AA/TC, fundamento jurídico 23.

Tribunal Constitucional. Exp. N.° 0090-2004-AA/TC, fundamento jurídico 12.

Tribunal Constitucional. Exp. N.° 01124-2001-AA/TC, fundamento jurídico 12.

Tribunal Constitucional. Exp. N.° 01405-2010-PA/TC, fundamento jurídico 12.

Tribunal Constitucional. Exp. N.° 579-2008-PA/TC, fundamento jurídico 26, 27 y 30.

Tribunal Regional del Trabajo, Sao Paulo (2004, 18 de mayo). Sentencia TRT/SP Nº 02200303802005.

Trillo, M (2009). Los contratos temporales y a tiempo parcial como formas de trabajo atípicas. *Gaceta Laboral, 15*(1), 85-101. http://ve.scielo.org/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1315-85972009000100005

Vergaray, V., y Gómez, H. (2009). La potestad sancionadora y los principios del derecho sancionador. En *Garantías* pp, 410-428. Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. https://www.studocu.com/pe/document/universidad-peruana-de-ciencias-aplicadas/garantias/02-a-la-potestad-sancionadora-veronica-vergaray-y-hugo-gomez/68212490

ANEXOS

PROYECTO DE LEY QUE INCORPORA EL ARTÍCULO 16.A AL ARTÍCULO 16° DEL TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 728 APROBADO POR EL DECRETO SUPREMO N° 003-97-TR

FÓRMULA LEGAL

ARTÍCULO I. OBJETO DE LA LEY

La presente Ley tiene por objeto incorporar al artículo 16° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, con el propósito de incorporar la cláusula no competencial contractual y post contractual.

ARTÍCULO II. INCORPORACIÓN DEL ARTÍCULO 16.A AL ARTÍCULO 16° DEL TEXTO ÚNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO N° 728 APROBADO POR EL DECRETO SUPREMO N° 003-97-TR

16.A. Por la cláusula de no competencia, el trabajador, durante la vigencia del contrato o posterior a ella, se obliga a no competir con los negocios de su empleador o ex empleador, lo que implica no cumplir con las mismas funciones que realizaba en su puesto de trabajo, siendo sus requisitos de validez.

a) La cláusula no competencial debe ser pactada por acuerdo expreso entre empleador y el trabajador, que debe ser posterior al término del periodo de prueba, no pudiendo ser pactada en el mismo contrato de trabajo o al inicio de la relación laboral.

b) Que, el empleador deberá señalar su interés comercial o industrial que pudiese verse afectado si el trabajador compite con su o sus negocios.

c) *Que, el empleador también deberá señalar que funciones el trabajador o ex trabajador no podrá efectuar. Cualquier otra función que no se señale no estará sujeto a los efectos del acuerdo de no competencia contractual y/o postcontractual.*

d) *Que no tenga una duración mayor a un (1) año. Si las partes acuerdan una duración más extensa de la señalada, se reduce en la medida descrita anteriormente.*

e) *Que, se señale el ámbito de aplicación geográfico. Si se acuerda un ámbito geográfico más extenso a los que ocupa los negocios del empleador, el acuerdo solo tendrá efectos en los lugares geográficos en el que el empleador tiene su o sus negocios y que sean pactados.*

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. CONSIDERACIONES HISTÓRICAS

El artículo 16° del Decreto Supremo N°003-97-TR establece las causales de extinción del contrato de trabajo, lo que implica el término de los derechos y obligaciones entre las partes de la relación laboral.

A la fecha, existen fenómenos jurídicos no regulados por la ley laboral, pero que, comúnmente se utilizan en los contratos laborales, como cláusulas no reguladas por nuestra legislación, entre estas cláusulas invocadas por los sujetos del contrato laboral está la cláusula no competencial contractual y post contractual.

Sobre la cláusula de no competencia se pretendió su incorporación en el sistema normativo de la actividad laboral privada, por medio del anteproyecto del Código de Trabajo contenido en la Resolución Ministerial N° 092-2022-TR, en la que se pretendía unificar en un solo cuerpo normativo toda legislación laboral dispersa, así también como los fenómenos jurídicos no

regulados por ninguna ley de la materia, pero que, comúnmente eran invocados por las partes de la relación laboral.

En ese sentido, no está establecido los requisitos de la cláusula no competencial, por lo que, los intervinientes contractuales son los que establecen estos, pudiendo establecer condiciones que afecten los derechos laborales de los trabajadores e impidiendo que estas mismas cláusulas sean ejecutadas aun cuando exista incumplimiento por parte del trabajador.

En ese contexto, si bien la legislación laboral actual establece los derechos y obligaciones de los intervinientes del contrato de trabajo, se debe incorporar esta situación jurídica en nuestra norma laboral privada, estableciendo los requisitos de validez que tanto el trabajador y el empleador deban cumplir. Siendo así, la cláusula de no concurrencia se incorporara en el artículo 16° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, respecto a los derechos y obligaciones que subsisten después del término de la relación laboral.

II. PROBLEMA ACTUAL

La realidad de nuestro país nos lleva a tomar decisiones definitivas sobre la cláusula de no competencia contractual y post contractual y su incorporación en el régimen laboral privado, ya que comúnmente viene siendo utilizada por empresas del régimen privado, sin que exista regulación expresa sobre sus requisitos de validez, pudiendo los intervinientes de la relación laboral pactar acuerdos que afecten derechos del trabajador y/o impidan la ejecución de la cláusula por incumplimiento del trabajador.

Es así que, mediante la presente propuesta de Ley se pretende incorporar la cláusula de no competencia contractual y post contractual a efectos de establecer los requisitos de validez, así como su alcance, para estandarizar su uso, evitando la colisión o restricción grave en los derechos del trabajador.

Bajo este panorama se debe señalar las implicancias de la cláusula de no competencia y no solo establecer una definición genérica, también se debe establecer, el plazo de duración así como el ámbito geográfico de aplicación, pues resulta irrazonable que sea indefinida y que pueda aplicada para todo el territorio nacional, y la justificación del empleador para invocarla, de tal forma que los derechos del trabajador no sean afectados y el empleador pueda ejecutarla si hubiese incumplimiento de dicha cláusula.

III. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN LEGISLATIVA

Se propone incorporar la cláusula no competencial contractual y post contractual al artículo 16° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.

IV. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

El Proyecto de Ley no genera gasto para el Estado; por el contrario, genera ventajas para fortalecer las relaciones laborales entre empleadores y trabajadores. Esta propuesta no modifica ningún artículo que vulnere el equilibrio de las relaciones laborales ni genere una asimetría entre las partes. Al contrario, se regulan de forma taxativa los requisitos de validez del pacto de no concurrencia contractual y post contractual, garantizando el amparo de los derechos del colaborador, simultáneamente dotando al empleador de los mecanismos jurídicos de ejecución ante eventuales incumplimientos de este pacto.