



UNIVERSIDAD NACIONAL PEDRO RUIZ GALLO

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO



TESIS:

**“LA EXONERACIÓN PARA ASISTIR AL CENTRO DE
TRABAJO Y LA VULNERACION AL DERECHO DEL
TRABAJADOR A LA OCUPACION EFECTIVA”**

ASESOR:

Mg. LEOPOLDO YZQUIERDO HERNANDEZ

PRESENTADO POR:

BACH. KATHERINE YORDANY GONZALES TAVARA

PARA OPTAR

EL TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO

LAMBAYEQUE, 2019

**Tesis denominada “LA EXONERACION PARA ASISTIR AL CENTRO DE TRABAJO
Y LA VULNERACION AL DERECHO DEL TRABAJADOR A LA OCUPACION
EFECTIVA”, presentada para optar el TITULO PROFESIONAL DE ABOGADO, por:**

.....
KATHERINE YORDANY
GONZALES TAVARA
BACHILLER

.....
LEOPOLDO YZQUIERDO
HERNANDEZ
ASESOR

APROBADO POR:

.....
DR. AMADOR MONDOÑEDO
VALLE
PRESIDENTE

.....
DR. VICTOR ANACLETO
GUERRERO
SECRETARIO

.....
ABOG. CESAR VARGAS
RODRIGUEZ
SECRETARIO

DEDICATORIA

A Dios y a mi Virgencita

Por su infinito amor y misericordia, por el regalo de la vida y la bendición de mi familia.

A mi MÁDRE FANNY JESUS TAVARA ARICA

Porque tu amor, entrega, enseñanza y sacrificio marcaron mi camino en el cumplimiento de mis objetivos y metas.

AGRADECIMIENTO

Los resultados del presente trabajo, están dedicados a todas aquellas personas que, de alguna forma, son parte de su culminación, pero en especial a Perci Denis Vergara Vásquez, por su apoyo incondicional, y su motivación.

A Andrea Oliva Yesquen y Guillermo Chira Rivero por su amistad incondicional y la información proporcionada.

INDICE

| | |
|---|----------|
| DEDICATORIA | I |
| AGRADECIMIENTO | II |
| INDICE | III |
| RESUMEN | IX |
| ABSTRAC | X |
| INTRODUCCION | XI |
| | |
| PRIMERA PARTE: ASPECTOS METODOLOGICOS | 1 |
| I. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA | 1 |
| 1.- Realidad Problemática | 1 |
| 1.1.- Planteamiento del problema | 1 |
| 1.2.- Formulación del problema | 4 |
| 1.3.- Justificación e importancia del estudio | 5 |
| 1.3.1.- Justificación del estudio | 5 |
| 1.3.2.- Importancia del estudio | 8 |
| 1.4.- Objetivos | 9 |
| 1.4.1.- Objetivos General | 9 |
| 1.4.2.- Objetivos Específicos | 9 |
| 1.5.- Hipótesis | 9 |
| 1.6.- Variables | 10 |
| 1.6.1.- Variables Independientes | 10 |
| 1.6.2.- Variables Dependientes | 10 |
| 1.7.- Indicadores | 10 |
| 1.7.1.- De la variable independiente | 10 |
| 1.7.2.- De la variable dependiente | 10 |

| | |
|--|--------|
| 1.8.- Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos | 10 |
| 1.8.1.- Métodos Generales | 10 |
| 1.8.1.1.- Método Histórico | 10 |
| 1.8.1.2.- Método Analítico | 11 |
| 1.8.1.3.- Método estadístico | 11 |
| 1.8.1.4.- Método Hermenéutico | 11 |
| 1.8.1.5.- Método inductivo | 11 |
| 1.8.2.- Técnicas | 11 |
| 1.8.2.1.- Documentales | 11 |
| 1.8.2.2.- Encuestas | 12 |
| SEGUNDA PARTE: MARCO TEÓRICO | 13 |
| CAPITULO I: ANTECEDENTES HISTORICOS Y EVOLUCION DE LA ESTABILIDAD LABORAL | 13 |
| 1.1.- Estabilidad laboral: Marco general | 13 |
| 1.2.- Clases de estabilidad laboral | 16 |
| 1.2.1.- Estabilidad laboral de entrada | 16 |
| 1.2.2.- Estabilidad laboral de salida | 16 |
| 1.2.2.1.- Estabilidad laboral absoluta | 16 |
| 1.2.2.2.- Estabilidad laboral relativa | 16 |
| 1.3.- Evolución histórico – Jurídico | 17 |
| 1.3.1.- Inicios del siglo XX: Ley 4916 de 1928. | 17 |
| 1.3.2.- Gobierno del General Velasco Alvarado (1968-1975) DL 18471 de 1970. | 17 |
| 1.3.3.- Gobierno del General Morales Bermúdez (1976-1980) DL 22126 de 1978. | 18 |
| 1.3.4.- Constitución de 1979: Art. 48. | 18 |
| 1.3.5.- Gobierno del arquitecto Fernando Belaunde Terry (1980-1985). | 18 |
| 1.3.6.- Gobierno del Dr. Alan Gracia Pérez (1985-1990) Ley 24514 de 1986. | 18 |

| | |
|--|----|
| 1.3.7.- Gobierno Fujimori (1990-2000) DL 728, 1991: Ley de Fomento del Empleo. | 19 |
| 1.3.8.- Constitución de 1993: Art. 29. | 19 |
| 1.3.9.- Decreto Supremo N° 003-97-TR, LCPL: ART.34 | 20 |
| 1.3.9.1.- Despido Fundado: Nada | 21 |
| 1.3.9.2.- Despido Arbitrario: Indemnización | 21 |
| 1.3.9.3.- Despido Nulo: Reposición | 21 |
| 1.3.9.4.- Despido Indirecto: Indemnización | 21 |
| 1.4.- El despido en la Legislación Nacional | 22 |
| 1.5.- Formas de extinción de la relación laboral. | 28 |
| 1.6.- El despido disciplinario. | 38 |
| 1.6.1.- Escenario de aplicación | 39 |
| 1.6.2.- Clasificación de despido | 40 |
| 1.6.3.- Características | 41 |
| 1.6.4.- La causa Justa | 42 |
| 1.6.5.- El despido por falta grave | 42 |
| 1.6.5.1.- Naturaleza | 42 |
| 1.6.5.2.- Noción de la falta grave | 43 |
| 1.6.5.3.- Definición | 43 |
| 1.6.5.4.- Jurisprudencia del Tribunal Constitucional | 45 |
| 1.6.5.5.- Jurisprudencia de la Corte Suprema | 47 |
| 1.6.6.- El trámite de despido Disciplinario | 50 |
| 1.6.6.1.- Derecho de Defensa | 50 |
| 1.6.6.2.- Principio de Inmediatez | 52 |
| 1.7. Estructura del Procedimiento de Despido en el Sector Publico | 55 |
| 1.7.1.- Sanciones | 55 |
| 1.8.- Estructura del Procedimiento de Despido en el Sector Privado | 56 |
| 1.8.1.- Desvinculación | 57 |

| | |
|---|----|
| 1.9.- Estructura del Procedimiento de Despido en el Régimen Especial de Contratación Administrativa de Servicio | 58 |
|---|----|

| | |
|--|-----------|
| CAPITULO II: EL TRÁMITE PREVIO VINCULADO AL DESPIDO | 59 |
| 2.1.- Regulación art.31° y su contenido normativo | 59 |
| 2.1.1.- Emplazamiento del trabajador | 59 |
| 2.1.1.1.- Carta de pre aviso | 59 |
| 2.1.2.- Descargos del trabajador | 60 |
| 2.1.2.1.- La exoneración del procedimiento previo al despido | 62 |
| 2.1.3.- Remisión de la carta de despido | 62 |
| 2.2.- Principios | 63 |
| 2.2.1.- Principio de Inmediatez | 63 |
| 2.2.2.- Principio de Razonabilidad | 64 |
| 2.2.3.- Principio de Proporcionalidad | 65 |
| 2.3.- Fallos del Tribunal Constitucional. | 68 |
| 2.4.- Casación Laboral N° 11355-2014-Lima. | 71 |
| 2.5.- Proyecto de Ley General de trabajo. | 73 |
| 2.6.- Regulación Internacional. | 74 |

| | |
|---|-----------|
| CAPITULO III: LA EXONERACION DE ASISTIR AL CENTRO DE TRABAJO DURANTE PROCEDIMIENTO DE DESPIDO | 76 |
| 3.1.- La exoneración como medidas cautelares en el nuevo Régimen Disciplinario en la Ley Del Servicio Civil N°30057 | 76 |
| 3.1.1.- Concepto | 77 |
| 3.1.2.- Naturaleza de las Medidas Cautelares | 78 |
| 3.1.3.- Características | 81 |
| 3.1.4.- Tratamiento | 82 |
| 3.1.5.- Cese de los efectos | 85 |

| | |
|---|---------|
| 3.2.- Prorroga Sucesiva de la exoneración | 87 |
| 3.2.1.- Prorroga y Exoneración | 87 |
| 3.3.- Fallos del Tribunal Constitucional. | 88 |
| 3.4.- Derecho Comparado | 90 |
| 3.4.1.- E.E.U.U | 90 |
| 3.4.2.- Italia | 91 |
| 3.4.3.- Reino Unido | 92 |
| 3.4.4.- Brasil | 93 |
| 3.4.5.- China | 93 |
| 3.4.6.- España | 94 |
| 3.4.7.- Centro América | 94 |
| 3.5.- Análisis de la exoneración para asistir al centro laboral, en el Perú | 97 |
| CAPITULO IV: EL DERECHO DEL TRABAJADOR A LA OCUPACION EFECTIVA | 98 |
| 4.1.- En La Doctrina Nacional | 98 |
| 4.1.1.- La Ocupación efectiva | 98 |
| 4.2.- En la Doctrina Internacional | 102 |
| 4.2.1.- El trabajo efectivo y su relación con la profesionalidad | 102 |
| 4.2.2.- El derecho al trabajo como obligación. | 106 |
| TERCERA PARTE: ANALISIS DE LOS RESULTADOS | 108 |
| 1. CONTRASTACIÓN DE LA HIPÓTESIS. | 108 |
| 1.1 PRESENTACIÓN DE LA PRIMERA ENCUESTA REALIZADA A 8 INSPECTORES DE TRABAJO DE LA SUPERINTENDENCIA NACIONAL DE FISCALIZACION LABORAL (SUNAFIL)-LAMBAYEQUE. | 108 |
| 1.1.1 Unidad de análisis | 108 |
| 1.1.2 Delimitación de universo: | 109 |

| | |
|--|---------|
| 1.1.3 Técnica a utilizar: | 109 |
| 1.1.4 Objetivo del estudio: | 109 |
| 1.1.5 Resultados obtenidos y análisis de los resultados. | 110 |
| 1.2 PRESENTACIÓN DE LA SEGUNDA ENCUESTA REALIZADA EN EL GOBIERNO REGIONAL DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO-LAMBAYEQUE. | 121 |
| 1.2.1 Unidad de análisis | 121 |
| 1.2.2 Delimitación del universo | 122 |
| 1.2.3 Técnica a utilizar: | 122 |
| 1.2.4 Objetivo del estudio: | 122 |
| 1.2.5 Resultados obtenidos y análisis de los resultados | 123 |
| CONCLUSIONES | 133 |
| RECOMENDACIONES | 140 |
| PROPUESTA DE MODIFICACION DEL SEGUNDO PARRAFO DEL ARTÍCULO 31° DE LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL, A FIN DE REGULAR EL PLAZO Y JUSTIFICACIÓN DE LA EXONERACIÓN DE ASISTIR AL CENTRO DE TRABAJO DURANTE EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO. | 143 |
| BIBLIOGRAFÍA | 146 |
| ANEXOS | 149 |

RESUMEN

Uno de los temas importantes, respecto a la protección que merece todo trabajador, es la protección frente al despido, que constituye un acto jurídico unilateral, reservado exclusivamente al empleador y ejercitado en base a su poder discrecional. El despido, debe hallarse debidamente tipificado como causa grave de despido para que sus efectos se den plenamente; en lo formal, los trabajadores y empleadores sujetos al régimen de la actividad privada se adscriben a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, cuyo texto Único Ordenado se dio con el D.S. N°003-97-TR, el cual establece formalidades, dentro de ellas el derecho de defensa del sancionado a través de la remisión de la carta de preaviso, que contendrá la falta imputada, para que dentro del plazo de 6 días naturales el trabajador presente su descargo; así mismo posibilita al empleador exonerar al trabajador de su obligación de asistir al centro laboral, durante el tiempo que dure el trámite previo vinculado al despido (Art. 31 de Ley de Productividad y Competitividad Laboral), desprendiéndose de ello, no se establece un periodo máximo de duración de la referida exoneración que otorga unilateralmente el empleador, como tampoco se requiere una justificación objetiva y razonable para su imposición, reflejándose como apunta Monereo, una contradicción entre el carácter protector del derecho del trabajo y la auto tutela que se le otorga al empleador para ejercer sus facultades (MONEREO PEREZ , 1998)

Palabras claves:

Despido

Carta de preaviso

Exoneración

Trabajo efectivo.

ABSTRACT

One of the important issues, regarding the protection that every worker deserves, is the protection against dismissal, which constitutes a unilateral legal act, reserved exclusively for the employer and exercised based on its discretionary power. The dismissal must be properly classified as a serious cause of dismissal so that its effects are fully given; formally, workers and employers subject to the regime of private activity are ascribed to the Labor Productivity and Competitiveness Law, whose Sole Orderly text was given with the D.S. N ° 003-97-TR, which establishes formalities, within them the right of defense of the punished through the remission of the letter of notice, which will contain the imputed fault, so that within the period of 6 calendar days the worker present his release; It also allows the employer to exonerate the worker from his obligation to attend the work center, during the time that the previous process related to dismissal lasts (Art. 31 of the Productivity and Labor Competitiveness Law), detaching from this, that a maximum period of duration of the referred exoneration granted unilaterally by the employer, nor does it require an objective and reasonable justification for its imposition, reflecting Monereo as a contradiction between the protective nature of the right to work and the self-protection granted to the employer to exercise his powers. (MONEREO PEREZ, 1998)

Keywords:

Dismissal

Notice letter

Exoneration

Effective work

INTRODUCCION

A través del presente trabajo de investigación, realizaremos el estudio de una de las instituciones más controvertidas e emblemáticas del derecho laboral, como es la protección del trabajador frente al despido, cuyos principios e instituciones fundamentales se estremecen ante las corrientes que culpabilizan de los males de las economías contemporáneas y reclaman, su sometimiento a los dogmas del liberalismo económico, para morigerar lo que, desde esa óptica, constituye la hipérbole del principio protector que inspira, y define la rama del derecho laboral.

La legislación laboral establece que en un procedimiento de despido mientras dure el trámite previo, el empleador puede exonerar al trabajador de su obligación de asistir al centro de trabajo (artículo 31 del D.S. N° 003-97-TR). Esta exoneración que tiene que constar por escrito resultará válida siempre que no repercuta negativamente en el derecho de defensa del trabajador y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle, lineamientos que otorga al empleador discrecionalidad para su aplicación, además de otorgarle un poder jurídico amplio para disponer de la duración y sin mediar ninguna justificación, con el único límite que no se perjudique su derecho de defensa y la razonabilidad.

Así pues, se evidencia que la regulación legislativa sobre la exoneración en el trámite previo vinculado al despido encuentra vacíos en la práctica, los cuales serán evaluados en los capítulos siguientes, por tal motivo en el presente trabajo de investigación, nos centraremos en realizar un estudio profundizado de la vulneración del derecho al trabajador a la ocupación efectiva, relevante en los casos prácticos donde el trabajador es exonerado, sin ninguna justificación y sin establecer plazo específico.

El derecho a la ocupación efectiva del trabajador, ha sido muy poco estudiada por nuestra doctrina nacional, a pesar de la importancia práctica que tiene en los

procedimientos de despido, que muchas veces es afectada por el poder amplio que se le delega al empleador, es por ello que, analizaremos si se puede determinar que la falta de precisión de los días de exoneración para asistir al centro de trabajo y la ausencia de una justificación objetiva para tal decisión, trae como consecuencia la vulneración al derecho del trabajador a la ocupación efectiva.

Empezaremos nuestra investigación, estudiando la institución del despido, partiendo de una perspectiva histórico jurídica de nuestro ordenamiento laboral, para abordar después, el trámite previo vinculado al despido, analizando el Art. 31° del D.S. N° 003-97-TR, los fallos del TC y la Casación Laboral N°11355 - 2014-LIMA .

Así mismo se procederá a realizar un estudio sobre la exoneración otorgado por el empleador para que éste no asista al centro trabajo durante el trámite previo vinculado al despido, conoceremos su naturaleza, su tratamiento en el derecho comparado, para posteriormente hacer un análisis del efecto que repercute al trabajador en la ocupación efectiva, como elemento esencial del derecho al trabajo, a fin de verificar si existe un vacío legal sobre su tratamiento, y el estudio que se le da en la doctrina extranjera y finalizaremos el presente trabajo de investigación con la contrastación de nuestra hipótesis planteada al inicio, que se realizara sobre el análisis de las encuestas tomadas a los inspectores de trabajo de la Superintendencia de Fiscalización Laboral-Región Lambayeque y a los inspectores de Trabajo del Gobierno Regional de Trabajo y Promoción del empleo-Lambayeque.

EL AUTOR

CAPITULO I: ASPECTOS METOLOGICOS

I. ASPECTOS DE LA PROBLEMÁTICA.

1. REALIDAD PROBLEMÁTICA.

1.1. Planteamiento del problema.

El procedimiento de despido es uno de los temas más controvertidos de las relaciones laborales, en la actualidad es materia de múltiples investigaciones, por abarcar los aspectos más conflictivos y sensibles de la relación laboral.

El despido permite la extinción de la relación de trabajo fundada exclusivamente en la voluntad unilateral del empleador. El Jurista Alonso García (citado por Blancas Bustamante, 2006) lo define como “El acto unilateral de la voluntad del empresario por virtud del cual éste decide poner fin a la relación de trabajo” (p.66).

Conforme en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad Y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N°003-97-TR, en su ámbito de aplicación de la ley expuesta comprende a todas las empresas y trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, el cual establece las causas justas de despido que pueden ser en dos tipos: a) causas justas de despido relacionados con la capacidad del trabajador y b) Causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador, dentro de éste ámbito, se encuentra la causa referida a la comisión de la falta grave, para cuyo efecto el empleador deberá seguir el procedimiento de despido previsto en los artículos 31° y 32° a fin de salvaguardar los derechos fundamentales y la dignidad del trabajador, así como garantizar su derecho de defensa.

El tribunal Constitucional, ha considerado que en un

procedimiento de despido se deberá tener en cuenta la estructura de ésta basada en tres etapas (Exp. N°00543-2007-AA/TC): i) Etapa Previa: Que se inicia cuando el empleador toma conocimiento de la comisión de falta grave cometida (...) antes del envío de la carta de imputación de cargos. ii) Etapa procedimental: Que se inicia cuando el empleador envía al trabajador la carta imputando los cargos para que efectúe su descargo. Para determinar la razonabilidad del plazo de esta etapa, deberá valorarse si el trabajador tuvo una conducta diligente al momento de presentar su carta de descargo, o si por el contrario, asumió comportamientos obstructivos o dilatorios como por ejemplo, presentar solicitudes de prórrogas sucesivas para presentar la carta de descargo. iii) Etapa de decisión: Que se mide luego de que el trabajador presente su carta de descargo o venció el plazo para presentarla y no lo hizo (...) el empleador dentro de un periodo inmediato debe decidir si procede el despido o no.

La actual regulación del trámite previo al despido se encuentra establecido en el artículo 31° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad Y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N°003-97-TR Señala:

“Artículo 31°.-El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales, para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se formulan, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

Mientras dure el trámite previo vinculado al despido por causa relacionada con la conducta del trabajador, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle. La exoneración debe constar por escrito”.

De lo referido se desprende la necesidad de formular interrogantes que servirán de eje a nuestra labor académica:

- a) Se establece la posibilidad de exonerar al trabajador de su obligación de asistir al centro de trabajo durante el tiempo que dure el trámite previo vinculado al despido, otorgándose al empleador un poder jurídico bastante amplio en cuanto a establecer unilateralmente la duración del tiempo de exoneración al trabajador de ejercer sus labores, con la única limitación que esta exoneración de asistencia no perjudique el derecho de defensa del trabajador.
- b) La exoneración debe constar por escrito; pero no hace referencia a la justificación objetiva necesaria para que el empleador fundamente tal decisión.
- c) No se establece el tiempo máximo de duración del procedimiento de despido, por lo que solo hace referencia a la observancia del principio de inmediatez.

De lo anterior se evidencia que el empleador tiene una amplia libertad para exonerar al trabajador de asistir al centro de trabajo, pues el empleador puede asumir unilateralmente el tiempo que el trabajador no va a laborar, y no tendría la obligación de precisar el tiempo de duración de la exoneración así como una justificación objetiva para tal decisión, es posible que el empleador otorgue un tiempo excesivo (un mes a mas), y todos

estos supuestos pueden resultar lesivos de derechos fundamentales tal como al derecho del trabajador a la ocupación efectiva.

En la jurisprudencia Internacional ha expresado los Tribunales Superiores de Justicia de España: “La ocupación efectiva es un derecho vinculado íntimamente a la dignidad de la persona del trabajador, puesto que aquel no es una pieza insensible de la maquinaria productiva, sino una persona que se socializa también por su integración en el centro de trabajo en el que aspira a la realización humana mediante el desarrollo de sus tareas, de modo que, la privación infundada de aquella, aunque se mantenga el salario, frustra tal finalidad y produce en el trabajador menoscabo de su dignidad personal y profesional”.

Por lo expuesto resulta necesario analizar cuáles son los problemas o vacíos en la aplicación de la norma, así como también los supuestos que no se han considerado al tener esta fórmula normativa.

1.2. Formulación del problema.

¿En un procedimiento de despido, la falta de precisión de los días de exoneración para asistir al centro de trabajo y la ausencia de una justificación objetiva para tal decisión; trae como consecuencia la vulneración al derecho del trabajador a la ocupación efectiva?

1.3. Justificación e importancia del estudio.

1.3.1. Justificación del estudio.

El presente trabajo tiene una justificación fáctica, doctrinaria y jurídica que motivan la investigación:

➤ **Justificación Fáctica:** La regulación legislativa sobre el trámite previo vinculado al despido encuentra vacíos legales en la práctica, así tenemos que el Tribunal Constitucional tiene múltiples fallos sobre despido, pero específicamente sobre los alcances de la facultad de exoneración por parte del empleador, son muy escuetos, así tenemos de la sentencia recaído en el expediente N° 1058-2004-AA/TC que hace referencia sobre la facultad del empleador para otorgar la exoneración, debe limitarse en los casos en los que no afecte el derecho de defensa del trabajador.

Por otro lado tenemos la Sentencia del Expediente N°976-96-AA/TC, la cual el Tribunal Constitucional establece la necesidad de seguir el procedimiento o trámite previo vinculado al despido, pues de no hacerle se vulneraría el derecho de defensa del trabajador; de los referido solo se establece el carácter necesario y su afectación al derecho de defensa, no estableciéndose criterios objetivos para establecer los casos en que resulte razonable la exoneración.

Casación Laboral N°11355-2014-Lima La Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Lima, establece criterios

interpretativos, el tribunal fijó como criterio que cuando en un procedimiento de despido, el empleador otorgue exoneración sin establecer un término para la reincorporación del trabajador, se atenderá como plazo máximo aquel dado en la carta de imputación de cargos, que no deberá ser menor a seis días naturales.

Si se prorroga el plazo para los descargos del trabajador, se añade que en forma automática será prorrogada tal exoneración al trabajador, con la obligación del empleador de abonarle las remuneraciones y demás derechos que le corresponda en dicho período. Esta prórroga deberá concluir con la carta de absolución o de despido, según sea el caso. En ninguna circunstancia, el período para la presentación de descargos podrá exceder un plazo razonable conforme a la naturaleza de la falta imputada.

Se puede advertir que la Corte Suprema establece que se debe respetar el principio de razonabilidad en cuanto a la duración de la exoneración, no estableciéndose un máximo temporal que resulte razonable.

Por lo que resulta necesario se trate a nivel legislativo sobre la facultad de los empleadores para que indiquen con claridad en las cartas de preaviso de despido cuando concluirá el procedimiento de despido o que este concluirá con la carta de absolución o sanción, en caso de que exoneren al

trabajador de asistir al centro de labores, no afectando así a la parte débil de la relación laboral como es el trabajador.

- **Justificación Doctrinaria:** La doctrina en cuanto a la exoneración por parte del empleador de asistir al centro de trabajo, específicamente en cuanto a la fecha cierta para que el empleador le comunique cuál es su decisión final, y este pueda reincorporarse o ser despedido nos lleva al principio de inmediatez, que parte de la doctrina nacional establece que el trabajador exonerado no puede reincorporarse al trabajo mientras dure el procedimiento de despido, entendiéndose hasta que concluya dicho procedimiento.

La doctrina minoritaria, y con una argumentación más real y con lógica jurídica refiere la necesaria indicación en las cartas de preaviso de despido cuando concluirá el procedimiento y que según la naturaleza de la exoneración en cuanto al tiempo de descargo y su reincorporación al trabajo será luego de ser ésta realizada.

Por lo que el presente trabajo de investigación, busca poner fin a esta realidad problemática, con una regulación más protectora al derecho al trabajador a la ocupación efectiva por ser la parte más desprotegida en cuanto a su regulación.

- **Justificación Legal:** Desde el punto de vista legal, el presente trabajo de investigación se justifica debido a que existe en la actualidad un gran vacío y

deficiencia en la aplicación de la norma, así como la inobservancia de los diversos actores del derecho en cuanto a los supuestos que pueden darse desde el abuso por parte del empleador hasta la afectación al derecho al trabajo. Cabe mencionar que la exoneración para asistir al centro de trabajo sirve para que el trabajador dedique su tiempo y esfuerzo a preparar sus descargos, paralelamente la norma faculta quien puede decir la exoneración y la duración es el empleador, de esta forma es posible se den los abusos por parte del empleador, por lo que busco proponer una regulación más limitativa a la facultad amplia del empleador.

1.3.2. Importancia del estudio.

La importancia del presente trabajo de investigación radica en que con los resultados que se obtengan, se podrá proteger al trabajador frente al empleador de sus amplias facultades que le ha otorgado la ley asimismo de su uso abusivo, eliminando de esta manera la incertidumbre por parte del trabajador en cuanto a su reincorporación durante un procedimiento de despido y la eliminación de la vulneración al derecho del trabajador a su ocupación efectiva.

1.4. Objetivos.

1.4.1. Objetivo General.

- ❖ Determinar si en un procedimiento de despido, la falta de precisión de los días de exoneración para asistir al centro de trabajo y la ausencia de una justificación objetiva para tal decisión, trae como consecuencia la vulneración al derecho del trabajador a la ocupación efectiva.

1.4.2. Objetivos Específicos.

1. Describir doctrinariamente el procedimiento de despido enfocado en el análisis de la exoneración para asistir al centro de trabajo.
2. Determinar la necesidad de la existencia de una justificación objetiva por parte del empleador para exonerar de asistir al centro de trabajo al trabajador.
3. Determinar la necesidad de establecer la duración de la exoneración por parte del empleador.
4. Analizar el derecho del trabajador a la ocupación efectiva.

1.5. Hipótesis.

- ❖ En un en un procedimiento de despido, la falta de precisión de los días de exoneración para asistir al centro de trabajo y la ausencia de una justificación objetiva para tal decisión, trae como consecuencia la vulneración al derecho del trabajador a la ocupación efectiva.

1.6. Variables.

1.6.1. Variable independiente.

- En un en un procedimiento de despido, la falta de precisión de los días de exoneración para asistir al centro de trabajo y la ausencia de una justificación objetiva para tal decisión.

1.6.2. Variable dependiente.

- Vulneración al derecho del trabajador a la ocupación efectiva.

1.7. Indicadores.

1.7.1. De la variable independiente

- Precisión de los días de exoneración para asistir al centro de trabajo.
- Ausencia de una justificación objetiva para exonerar al trabajador de asistir al centro de trabajo.

1.7.2. De la variable Dependiente

- Derecho del trabajador a la ocupación efectiva.

1.8. Métodos, técnicas e instrumentos de recolección de datos.

1.8.1. Métodos Generales.

1.8.1.1. El Método Histórico.

Comprende el estudio de los antecedentes y condiciones en que aparece y se desarrolla un objeto determinado. Este método será empleado para analizar la evolución histórica del procedimiento de despido y la exoneración.

1.8.1.2. El Método Analítico.

Se refiere a la descomposición que se realiza del objeto de estudio, en sus elementos y partes integrantes con el fin de descubrir los elementos esenciales que lo conforman. De esta manera en el presente trabajo descompondremos nuestra hipótesis a fin de desarrollar nuestra investigación.

1.8.1.3. El Método Estadístico.

A través del presente método, obtendremos los datos Estadísticos de las encuestas a realizar.

1.8.1.4. El Método hermenéutico.

Se utilizara para la interpretación y análisis de todas las disposiciones normativas relativas al tema de la investigación.

1.8.1.5. El Método Inductivo.

Este método se utilizara para analizar la naturaleza de la exoneración para asistir al centro de trabajo durante un procedimiento de despido, analizar los informes finales de las órdenes de inspección emitidas por los inspectores de trabajo y las encuestas que se aplicaran.

1.8.2. Técnicas.

1.8.2.1. Documentales.

Esta técnica se ha utilizado al momento de analizar los respectivos libros, artículos, tesis, informes de SUNAFIL, doctrina de los juzgado extranjeros.

1.8.2.2. Encuestas

Se ha aplicado dos encuestas, una dirigida a inspectores de trabajo de la Superintendencia Nacional de Fiscalización laboral (SUNAFIL-LAMBAYEQUE), y la otra dirigida a inspectores de trabajo del Gobierno Regional de Trabajo y Promoción del Empleo-Lambayeque.

SEGUNDA PARTE: MARCO TEÓRICO.

CAPITULO I: ANTECEDENTES HISTORICOS Y EVOLUCION DE LA ESTABILIDAD LABORAL

1. ESTABILIDAD LABORAL: MARCO GENERAL

El trabajo semánticamente se define como toda actividad humana que tiene dos finalidades, la primera es procurar una retribución económica que permita cubrir necesidades materiales de la persona, y la segunda finalidad es permitir el desarrollo personal de los individuos. El derecho al trabajo engloba un reconocimiento universal, contemplado y protegido por todos los ordenamientos jurídicos en el mundo, asimismo el derecho a la estabilidad laboral es que este se conserve mientras no incurra en las causales establecidas por ley, también debemos decir que el derecho al trabajo tiene un contenido esencial, el cual ha sido definido por el Tribunal Constitucional peruano, en su STC Exp. N° 1124-2001-AA/TC, de fecha 11 de setiembre del 2002, la que en su fundamento 12 establece “El contenido esencial del derecho al trabajo abarca dos aspectos: el de acceder a un puesto de trabajo, por una parte, y la otra el derecho a no ser despedido sino por causa justa” (TC, 2002). Es decir nuestro máximo intérprete de la constitución ha establecido que el derecho al trabajo es el derecho a su exceso como también a su permanencia en el empleo.

El derecho al trabajo y la estabilidad en el empleo constitucionalmente diseñados aparecen individualizados en tres aspectos:

- a) La pretensión de conseguir una ocupación.
- b) La garantía de un puesto de trabajo adecuado.
- c) La garantía de un puesto estable.

La idea de estabilidad en el empleo, técnicamente se contrae a la duración que deba signársele a la relación laboral al momento de celebración del contrato que constituye la misma, aun cuando guarda relación con el sistema que impere en orden a su extinción por voluntad o decisión unilateral del empresario. Así pues, el principio de estabilidad se extiende no solo aspectos de la duración del contrato sino también al momento de la extinción de la relación laboral, por lo que debemos entenderlo como instituciones necesarias, que la presencia de una sin la otra carece de toso sustento y eficacia. (Rodriguez Fernandez, 1989, pág. 90)

El derecho a la estabilidad en el empleo no puede ser entendido como un derecho a una estabilidad absoluta que incluya la propiedad del concepto “puesto de trabajo”; no obstante, se debe tener en cuenta que la pérdida del puesto de trabajo puede impedir el goce efectivo de este derecho, por lo que se requiere que sea debidamente justificada. (Rodriguez Piñero, 1978, pág. 25).

Dentro de la jurisprudencia constitucional actual, el derecho a estabilidad laboral se expresa en los fundamentos siguiente:

“La doctrina laboralista ha señalado que el derecho a la estabilidad laboral comprende dos aspectos: por un lado, la estabilidad laboral de entrada, referido a la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre lo temporal, reflejada en la autorización de celebrar contratos temporales únicamente cuando la labor a cumplir sea de tal naturaleza; y por otro, la estabilidad laboral de salida, referida a la prohibición de despido arbitrario o injustificado” (STC, 2007, pág. 109).

Sin embargo el derecho a la estabilidad laboral, como todos los derechos fundamentales, no puede ser considerado como un derecho absoluto, sino que puede ser limitado mediante una ley, siempre que no se vulnere su contenido esencial. Así respecto a la protección constitucional del derecho a la estabilidad laboral, el Tribunal Constitucional ha determinado que mediante dicho precepto constitucional no se consagra el derecho a la estabilidad laboral absoluta, es decir, el derecho a no ser despedido arbitrariamente. Solo reconoce el derecho del trabajador a la protección adecuada contra el despido arbitrario. (STC, 2007, pág. 110).

La estabilidad laboral es uno de los temas más polémicos de derecho del trabajo, pues tiene sus defensores y sus críticas.

- ❖ Es defendida por los trabajadores, quienes justifican la estabilidad laboral en las necesidades básicas de subsistencia, como la salud, alimentación, etc. Que son satisfechas con el producto del trabajo dependiente y remunerado, por tanto si las necesidades básicas son de carácter permanente; entonces, el medio para satisfacerlas, que es el puesto de trabajo, también debe tener el mismo carácter permanente.
- ❖ Es criticada por los empleadores, quienes sostiene que no se debe buscar la estabilidad del trabajador en el puesto de trabajo, sino se debe buscar la estabilidad del puesto de trabajo; es decir, se debe crear las condiciones para que el empresario se deba invertir.

2. CLASES DE ESTABILIDAD LABORAL

En la doctrina, la estabilidad laboral se presenta en dos momentos de la relación laboral:

1.2.1.- Estabilidad laboral de entrada

Se refiere a la preferencia por la contratación de duración indeterminada respecto del temporal, lo cual se pone de manifiesto con el carácter excepcional.

1.2.2.- Estabilidad laboral de salida

Se refiere a la prohibición del despido injustificado o arbitrario, esto es por causas no contempladas en la ley.

1.2.2.1.- Estabilidad laboral absoluta

Es aquella que establece la reincorporación del trabajador a su centro de trabajo en caso sea víctima de un despido arbitrario, dejando a salvo la potestad del trabajador a decidir si opta por la reposición o cobrar una indemnización por despido arbitrario. Establece que antes el despido sin causa justa, procede la reposición o restitución del trabajador en su puesto de trabajo.

1.2.2.2.- Estabilidad laboral relativa

Es aquella en la cual un trabajador que ha sido víctima de un despido arbitrario, sólo puede optar por el pago de una indemnización por despido arbitrario, no pudiendo optar por la reposición a su centro de trabajo. En el Perú la tutela predominante es la resarcitoria, siendo los únicos casos en que la tutela restitutoria se hace aplicable cuando el trabajador ha sido víctima de un despido Nulo, incausado, fraudulento, o lesivo de otros derechos fundamentales.

Es decir, establece que la decisión del empleador de dar por concluida la relación laboral sin causa justa tiene efectos extintivos, teniendo el trabajador solo derecho a una indemnización económica a cargo del empleador.

3. EVOLUCIÓN HISTÓRICO - JURÍDICO

1.3.1.- Inicios del siglo XX: Ley 4916 de 1928.

A inicios del siglo XX no existió estabilidad laboral en el Perú. La ley N°4916 del año 1928 admitía la posibilidad de disolver el contrato laboral por voluntad unilateral del empleador, bastando solo un aviso previo de 90 días para el trabajador empleado y de 15 días para el trabajador obrero. Al término de la relación laboral bastaba con pagarle una compensación por tiempo de servicios. En caso de despido por falta grave debidamente comprobada, el trabajador perdía los beneficios sociales acumulados durante toda su vida laboral.

1.3.2.- Gobierno del General Velasco Alvarado (1968-1975) DL 18471 de 1970.

Durante esta etapa se aplicó la estabilidad laboral absoluta, a partir de la promulgación del Decreto Ley No 18471, que entró en vigencia en 1970. Prohibía a empleadores el despido de trabajadores, eliminando el aviso previo. El empleador solo podía despedir al trabajador si había incurrido en falta grave debidamente comprobada, o causas colectivas de orden económico o técnico. Si no se comprobaba adecuadamente la falta grave, le correspondía al trabajador el derecho a la reposición en el empleo, más las indemnizaciones que la ley señala y las remuneraciones dejadas de percibir.

1.3.3.- Gobierno del General Morales Bermúdez (1976-1980) DL 22126 de 1978.

En esta etapa se aplicó la estabilidad laboral relativa a partir de la promulgación del Decreto Ley 22126 que entró en vigencia en 1978. Facultaba a los empleadores a rescindir los contrato de trabajo suscritos a partir de 1978; pero se mantenía la estabilidad laboral absoluta de los contratos de trabajos celebrados bajo el Decreto Ley 22126. El empleador podía rescindir el contrato de trabajo solo enviando al trabajador un preaviso de 90 días o efectuando el pago justipreciado de ese plazo. El empleador podía despedir al trabajador antes del tercer año de servicio.

1.3.4.- Constitución de 1979: Art. 48.

La Constitución de 1979 constitucionalizó por primera vez los derechos laborales, entre ellos, la estabilidad laboral absoluta. Así, el artículo 48 de la Constitución decía lo siguiente: Artículo 48.- El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada.

1.3.5.- Gobierno del arquitecto Fernando Belaunde Terry (1980-1985).

En esta etapa, el gobierno orientó su gestión a dismantelar los logros sociales recién recogidos en la Constitución de 1979. Mantuvo vigente el DL 22126, que establecía la estabilidad laboral relativa.

1.3.6.- Gobierno del Dr. Alan Gracia Pérez (1985-1990) Ley 24514 de 1986.

En esta etapa se restituyó la estabilidad laboral absoluta a partir de la promulgación de la Ley 24514 que entró en vigencia en el año 1986. Sin embargo, se autorizó la contratación de trabajadores sin estabilidad para contratos de emergencia, bajo el denominado “Programa de Emergencia”.

1.3.7.- Gobierno Fujimori (1990-2000) DL 728, 1991: Ley de Fomento del Empleo.

En plena vigencia de la Constitución de 1979, se dictó el DL No 728 del 08 de noviembre del 1991, llamado Ley de Fomento del Empleo. Este dispositivo estableció como regla general la estabilidad laboral relativa, esto es, la indemnización en caso de despido injustificado, y como excepción la reposición del trabajador en el caso del despido nulo, según las causales establecidas en la ley.

1.3.8.- Constitución de 1993: Art. 29.

La Constitución de 1993, siguiendo la corriente neoliberal de los 90, recortó los derechos sociales y económicos; entre ellos, los derechos laborales. Así, en cuanto a la estabilidad laboral, el artículo 27 señala lo siguiente: Artículo 27.- La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

La Constitución de 1979 decía:

Artículo 48.- El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada.

El art. 27 de la Constitución de 1993 omitió la estabilidad laboral pero no la prohibió, y encargó a la ley que regule la protección por despido arbitrario, lo cual legitimó el esquema del DL 728 de 1991, Ley de Fomento del Empleo. Posteriormente, por DL No 855 del 25 de septiembre de 1996, se dispuso que el DL No 728, Ley de Fomento del Empleo de 1991, que comprendía normas sobre capacitación para el trabajo y sobre el contrato de trabajo, fuera separado en dos textos:

- Uno denominado Ley de Formación y Promoción Laboral.
- Otro denominado Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Así, el 27 de marzo de 1997 fue aprobada:

- La Ley de Formación y Promoción Laboral, por DS. 002-97-TR, y
- La Ley de Productividad y Competitividad Laboral, por DS. 003-97-TR.

En conclusión, desde 1997, la relación laboral se rige por el TUO del DL 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo No 003-97-TR, mediante el cual subsiste la estabilidad laboral relativa, excepto en el caso del despido nulo, en cuyo caso se repone al trabajador a su puesto de trabajo. El gobierno transitorio del Dr. Valentín Paniagua (2000-2001), el gobierno del Dr. Alejandro Toledo (2001-2006) y el gobierno del Dr. Alan García (2006-2011) mantienen dicho régimen laboral hasta la actualidad.

La Constitución de 1993, dice: Artículo 27.- La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario. Como ya se ha dicho, el texto del artículo 27 de la Constitución de 1993, omite la estabilidad laboral, pero no la prohíbe, y le encarga a la ley que regule la protección por el despido arbitrario.

1.3.9.- Decreto Supremo N° 003-97-TR, LCPL: ART.34

La ley que regula la protección por el despido arbitrario es el TUO del DL 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por DS 003-97-TR.

Artículo 34.- EL DESPIDO Y SU EFECTOS.

El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización

establecida en el Artículo 38. Este dispositivo establece como regla general la estabilidad laboral relativa, pues señala que la defensa en caso de despido arbitrario es la indemnización; y como excepción la reposición del trabajador en el caso del despido nulo, según las causales establecidas en la ley. Este dispositivo también señala que existen tres tipos de despidos:

1.3.9.1.-Despido Fundado: Nada

Este dispositivo también señala que existen tres tipos de despidos:

- a. Cuando se comprueba la causal del art. 22, 23 y 24, no da lugar a indemnización.

1.3.9.2.- Despido Arbitrario: Indemnización

Cuando no se expresa la causal o no se prueba ésta en juicio; solo da lugar a una indemnización.

1.3.9.3.- Despido Nulo: Reposición

Cuando el despido tiene los motivos señalados en el artículo 29 de la ley, da lugar a la reposición del trabajador.

Pero, a estos tres, haya que agregarle el establecido en el artículo 30 y 35.

1.3.9.4.- Despido Indirecto o por actos de hostilidad:

Indemnización

Cuando el trabajador se ve obligado a renunciar por los actos de hostilidad que comete el empleador; da lugar al pago de indemnización. Como se puede apreciar, la regla es la indemnización por despido arbitrario, no la reposición, pues ésta solo opera en el caso del despido nulo, según las causales establecidas en el artículo 29 de la ley.

4. EL DESPIDO EN LA LEGISLACIÓN NACIONAL Y LA INFLUENCIA DEL CONVENIO 158 DE LA OIT.

El despido es propiamente el campo al que se contrae la aplicación de la estabilidad laboral, al ser está definida por la constitución como la prohibición del despido sin causa o ad nutum.

En esta parte del derecho legislativo 728 es clara la influencia estructural y conceptual del convenio 158 de la OIT, no ratificada por el Perú, por tanto no está obligada a aplicar la disposición del mismo, pero es un punto de referencia importante e influyente para la interpretación y aplicación de la ley de relaciones de trabajo, asimismo entro en vigor el 24 de noviembre de 1985 y la recomendación 166 sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. (Convenio sobre la terminacion de la relacion de trabajo, 1985)

Se dividió en cuatro partes:

- ❖ En la Parte I se ofrece un panorama general del contenido y la aplicación de las principales disposiciones del Convenio núm. 158 y la Recomendación núm. 166.
- ❖ En la parte II se presentan los resultados de una investigación efectuada en 55 países sobre las disposiciones de su legislación nacional sobre el despido.
- ❖ En la parte III se dan algunos ejemplos ilustrativos de la influencia que el Convenio núm. 158 ha tenido en la jurisprudencia de los tribunales nacionales respecto a los despidos.
- ❖ En la parte IV se presenta el Convenio núm. 158 desde una perspectiva económica, y
- ❖ se incluye una reflexión sobre la flexibilidad que permite el Convenio.

En el artículo 4 del Convenio, este requisito se estipula: «No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio». En sus comentarios, la Comisión de Expertos recordó más de una vez que la necesidad de fundamentar el despido en una causa justificada constituye la piedra angular de las disposiciones del Convenio.

La Comisión de Expertos sostuvo que al adoptar este principio, a tenor del artículo 4, «el empleador pierde la facultad de poner término unilateralmente a una relación de trabajo de duración indeterminada mediante la notificación de un preaviso o, en su lugar, el pago de una indemnización». En realidad, el artículo 4 del Convenio no se limita a obligar a los empleadores a justificar los despidos, sino que ante todo exige que en virtud del «principio fundamental de la justificación» no se despidan a un trabajador salvo que para ello exista algún motivo relacionado con la capacidad o la conducta del trabajador o con las necesidades de funcionamiento de la empresa. Cabe mencionar que el artículo 4 exige que la causa invocada tenga relación con al menos uno de los motivos siguientes: i) la capacidad del trabajador; ii) la conducta del trabajador; o iii) las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

Plazo de preaviso

Según lo dispuesto en el artículo 11 del Convenio, a menos que el trabajador cuya relación de trabajo vaya a darse por terminada haya cometido una falta grave, éste «tendrá derecho a un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, a una indemnización». El propósito de esta obligación es evitar que la decisión de despido inmediato tome por sorpresa al trabajador y atenuar las consecuencias perjudiciales del despido. El preaviso tiene por finalidad que el trabajador pueda prepararse para adaptarse a la situación y buscar un nuevo empleo. Con arreglo al párrafo 16 de la Recomendación, durante el plazo de preaviso «el trabajador

debería tener derecho a períodos de tiempo libre razonables, sin pérdida de remuneración, que tomará en momentos convenientes para ambas partes, con el fin de buscar otro empleo».

El Convenio requiere que el plazo de preaviso tenga una duración «razonable». La duración específica de dicho plazo será determinada por ley y podrá aumentarse en convenios colectivos, en el propio contrato de trabajo o según lo acostumbrado. El artículo 11 prevé también que el requisito en cuanto al plazo de preaviso puede obviarse si en lugar del preaviso se paga indemnización. La Comisión de Expertos considera que esta indemnización debería corresponder a la remuneración que el trabajador habría percibido durante el plazo de preaviso si éste se hubiera respetado.

Al respecto, también cabe señalar que la Comisión de Expertos ha insistido en que la única excepción a la obligación de dar un preaviso (o de pagar una indemnización en lugar del mismo) es el caso en que el trabajador comete una falta grave.

Procedimiento relativo al despido:

Procedimiento previo al despido o en ocasión de éste: El artículo 7 del Convenio dispone que «no deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad».

La Comisión consideró que «aparte de los términos del artículo 7 y de su significado, que es permitir que el trabajador pueda exponer su caso al empleador, el objetivo de este artículo es asegurar que la decisión de terminación vaya precedida de un diálogo y reflexión entre las partes»

El Convenio no indica explícitamente la forma que debería adoptar esta defensa, ni la forma en que deberían presentarse los cargos; de ahí que

también conceda un cierto grado de flexibilidad en cuanto a la forma de aplicar las disposiciones en la materia. Al respecto, es preciso que el trabajador pueda ejercer el derecho a defenderse antes del despido mismo, más allá de que tenga o no derecho a entablar procedimientos después del despido, incluso si éste no se considera definitivo mientras no se hayan agotado todas las vías de recurso. Además, la Recomendación núm. 166 complementa las disposiciones del artículo 7 del Convenio enumerando otros procedimientos que pueden iniciarse antes del despido o en ocasión de éste. En efecto, la Recomendación postula, que el empleador debería notificar por escrito al trabajador la decisión de dar por terminada su relación de trabajo, y que el trabajador despedido debería tener derecho a que su empleador le extienda una constancia por escrito en la que se exponga el motivo o los motivos de tal terminación. Asimismo, en la Recomendación se prevé la posibilidad de que el empleador entable consultas con los representantes de los trabajadores antes de adoptar una decisión definitiva en los casos de terminación individual de la relación de trabajo, y se dispone que todo trabajador tendrá derecho a contar con la asistencia de otra persona cuando, de conformidad con lo previsto en el artículo 7 del Convenio, se defienda de los cargos formulados con respecto a su conducta o su trabajo que pudieran dar lugar a su despido. La Recomendación también preconiza que el trabajador sea prevenido por escrito antes de que se aplique la medida de despido.

Con respecto al despido por faltas del trabajador, la Recomendación postula que no debería darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por una falta cuya índole, en virtud de la legislación o la práctica nacionales, sólo justificaría la terminación en caso de reincidencia una o varias veces, a menos que el empleador haya prevenido por escrito al trabajador de manera apropiada. Por otra parte,

la Recomendación también prevé que se debería considerar que el empleador ha renunciado a su derecho de dar por terminada la relación de trabajo de un trabajador a causa de una falta de éste si no hubiera adoptado esta medida dentro de un período de tiempo razonable desde que tuvo conocimiento de la falta. Con respecto al despido por rendimiento insatisfactorio, según la Recomendación, no debería darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por desempeño insatisfactorio, a menos que el empleador le haya dado las instrucciones apropiadas y le haya advertido por escrito y el trabajador siga realizando su labor en forma insatisfactoria después de haber transcurrido un período razonable para que la mejore.

Los artículos 8 y 9 del Convenio tratan del derecho de recurso, considerado como elemento esencial de la protección del trabajador contra el despido injustificado. El párrafo 1 del artículo 8 del Convenio dispone que «el trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo tendrá derecho a recurrir contra la misma ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal del trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro». El párrafo 2 del artículo 8 prevé un cierto grado de flexibilidad, en el sentido de que si el despido ha sido autorizado por una autoridad competente, el requisito establecido en el párrafo 1 del artículo 8 del Convenio podrá variar en función de la legislación y la práctica nacionales. En el párrafo 3 del artículo 8 se indica también que cada país tiene un margen de maniobra para imponer o no un plazo después del despido al cabo del cual podrá considerarse que el trabajador ha renunciado al derecho de recurrir contra su despido. La Recomendación núm. 166 complementa las disposiciones del artículo 8 al estipular que se podrá prever un procedimiento de conciliación antes de interponer un recurso contra un despido o durante el mismo. Según la Comisión de Expertos, «la conciliación da a cada parte la posibilidad de

examinar en presencia de una tercera persona la cuestión de la justificación de la terminación habida cuenta de las normas jurídicas aplicables, y de evaluar las probabilidades de ganar o perder el caso ante el tribunal competente o de llegar a una solución por acuerdo mutuo lo que permite reducir el número de casos sobre los que tendrían que pronunciarse los organismos competentes». El artículo 9 del Convenio da orientaciones adicionales sobre los procedimientos que se han de seguir cuando el trabajador se propone ejercer el derecho de recurrir. El párrafo 1 del artículo 9 estipula que los organismos neutrales «estarán facultados para examinar las causas invocadas para justificar la terminación de la relación de trabajo y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada». El párrafo 2 del artículo 9 estipula que el trabajador no deberá asumir por sí solo la carga de la prueba de que el despido fue injustificado.

Al respecto, la Comisión de Expertos observó que «en los casos de terminación, la aplicación de la regla general aplicable en derecho contractual, según la cual la carga de la prueba incumbe al demandante, podría hacer que fuera prácticamente imposible para el trabajador demostrar que la terminación estaba injustificada, en consideración del hecho de que las pruebas de las causas reales son, por lo general, detentadas por el empleador»; de ahí que el Convenio proponga varios métodos para asegurar que el trabajador no asuma por sí solo la carga de la prueba.

5. FORMAS DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

Entendemos por extinción del contrato de trabajo a la finalización definitiva de la relación laboral y por consiguiente la cesación de las obligaciones del trabajador y el empleador, disolviéndose el vínculo laboral.

El Decreto Supremo N° 003-97-TR, (27.03.97), Texto Único Ordenado del D. Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) en su artículo 16° señala como las causas de la extinción del contrato de trabajo a las siguientes:

- **El fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural:**

Todo contrato de trabajo se extingue por el fallecimiento del trabajador. Asimismo, por muerte del empleador también se extingue la relación laboral, si este es una persona natural, sin perjuicio de que, por común acuerdo con los herederos, el trabajador convenga en permanecer por un breve plazo a efectos de la liquidación del negocio, cuyo convenio no podrá exceder de un año, y deberá ser comunicado a la Autoridad Administrativa de Trabajo para su conocimiento y registro correspondiente.

- **La renuncia o retiro voluntario del trabajador.**

El trabajador que renuncie a su puesto de trabajo deberá comunicarlo por escrito a su empleador con una antelación de treinta (30) días calendario en cuyo caso el empleador lo podrá exonerar de dicho plazo a pedido del renunciante o por iniciativa propia. En el primer caso, la solicitud se entenderá aceptada si no es rechazada por escrito dentro del tercer día. En caso de negativa del empleador a exonerar del plazo de preaviso de renuncia, obliga al trabajador a laborar hasta el cumplimiento del plazo.

En caso el trabajador deje de laborar, incurrirá en falta grave por abandono de trabajo. Asimismo, se debe entender que la puesta a disposición del cargo aceptada por el empleador equivaldrá a una renuncia.

- **La terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad.**

Se extingue el contrato de trabajo cuando se ejecuta su objeto en su totalidad (en el caso de contratos para obra o servicio determinado), o cuando se deja de surtir efectos por cumplimiento de la condición prevista para su término, o cuando vence el plazo estipulado en el contrato.

- **El mutuo disenso entre trabajador y empleador.**

El mutuo disenso se produce cuando el trabajador y el empleador expresan su voluntad de extinguir la relación laboral. El acuerdo de poner fin a la relación laboral debe constar por escrito o en el documento donde consta la liquidación de los beneficios sociales.

- **La invalidez absoluta permanente.**

La presencia de esta causal origina de pleno derecho la extinción de la relación laboral, la misma que deberá ser declarada por el Seguro Social del Perú - ESSALUD, o el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador. Cabe señalar que la invalidez absoluta temporal solo suspende el contrato por el tiempo de su duración. La invalidez parcial temporal solo lo suspende si impide el desempeño normal de las labores.

- **La jubilación.**

La jubilación es obligatoria para el trabajador, hombre o mujer, que tenga derecho a la pensión de jubilación a cargo de la Oficina Nacional Previsional - ONP o del Sistema Privado de Pensiones, si el empleador se obliga a cubrir la diferencia entre dicha pensión y el 80% de la última remuneración ordinaria percibida por el trabajador, monto adicional que no podrá exceder del 100% de la pensión, y a reajustarla periódicamente, en la misma proporción en que se reajuste dicha pensión. El empleador que decida aplicar la presente causal deberá comunicar por escrito su decisión al trabajador, con el fin de que este inicie el trámite para obtener el otorgamiento de su pensión. El cese se produce en la fecha a partir de la cual se reconozca el otorgamiento de la pensión. Esta causal de extinción de la relación laboral es obligatoria y automática cuando el trabajador cumpla setenta (70) años de edad, salvo pacto en contrario, y también deberá ser formalizada por el empleador por escrito, con el fin de que el trabajador cesado inicie el trámite de la pensión correspondiente.

- **El despido, en los casos y forma permitidos por la ley.**

Para la doctrina laboral, se define al despido como la resolución unilateral del contrato de trabajo por decisión del empleador; pudiendo ser justificado (fundado en un incumplimiento previo del trabajador relacionada a su conducta o su capacidad), arbitrario (sin motivo que justifique el despido), nulo y despido indirecto (hostilización al trabajador).

- **La terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por la LPCL.**

❖ Despido justificado

La extinción de la relación laboral se origina por causa justa prevista por la LPCL, la misma que puede derivarse o por la capacidad del trabajador o por su conducta. La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido.

El artículo 23° de la LPCL establece como causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

- a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida determinante para el desempeño de sus tareas. Esta causa deberá ser debidamente certificada por el ESSALUD, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador. La negativa injustificada y probada del trabajador a someterse a los exámenes correspondientes, se considerará como aceptación de la causa justa de despido.
- b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores bajo condiciones similares. Para su verificación el empleador podrá solicitar el concurso de los servicios de la AAT, así como del sector al que pertenezca la empresa.
- c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

El artículo 24° de la LPCL establece como causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador:

- a) La comisión de falta grave.
- b) La condena penal por delito doloso.
- c) La inhabilitación del trabajador.

-En el Despido por Falta Grave el concepto de “Falta Grave” se refiere a la conducta del trabajador traducida en una infracción de sus deberes esenciales surgidos del contrato de trabajo, lo cual hace irrazonable la continuación de la relación laboral. Por lo relevante de sus consecuencias, los supuestos de falta grave están restringidos a los señalados por ley, siendo imposible que el empleador pueda alegar una causal que no esté prevista expresamente. Para que se produzca un despido por falta grave, el empleador debe seguir los procedimientos y formalidades contempladas en la Ley, su omisión conlleva a que el despido sea declarado improcedente.

- El Despido por Condena Penal por Delito, se producirá al quedar firme la sentencia condenatoria y conocer de tal hecho el empleador, salvo que éste haya conocido del hecho punible antes de contratar al trabajador.

- En el Despido por Inhabilitación del Trabajador, la inhabilitación que justifica el despido es aquélla impuesta al trabajador por autoridad judicial o administrativa para el ejercicio de la actividad que desempeñe en el centro de trabajo, si es por un periodo de 3 meses o más. Si es por menos de 3 meses sólo hay suspensión del contrato.

La Impugnación del Despido

La LPCL establece en su artículo 36° que el plazo para accionar judicialmente en los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y actos de hostilidad caduca a los treinta días naturales de producido el hecho. Sin embargo, el Pleno Jurisdiccional aprobado por Acuerdo 01-9945, determinó que el cálculo del período de caducidad establecido en el artículo 34° del Decreto Legislativo N° 728° se realiza en función a

días hábiles y no a días naturales (calendario), según la definición de Suspensión del Despacho Judicial contenida en el artículo 58° del Reglamento del Decreto Legislativo No. 728° (D.S. 001-96-TR) concordado con el artículo 247° de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La impugnación del despido está referida a la revisión judicial de la gravedad de los hechos cometidos por el trabajador que motivaron la sanción del empleador, correspondiendo durante el proceso al empleador demostrar la causa del despido.

❖ **Despido nulo**

Es nulo el despido, aquel que tenga por motivo:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales.
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad.
- c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) antes señalado.
- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.
- e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo si el empleador no acredita en este caso la existencia de una causa justa para despedir. Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.
- f) De conformidad con la Ley N° 26626, es nulo el despido laboral cuando la causa es la discriminación por ser portador de VIH/SIDA.

❖ **Despido arbitrario**

Si el trabajador es despedido del centro de trabajo en forma injustificada o arbitraria, tendrá derecho a percibir una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones, y las fracciones de año se abonarán por dozavos y treintavos, según corresponde.

❖ **Despido indirecto: hostilidad**

Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

- a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador.
- b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría.
- c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio.
- d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador.
- e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia.
- f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.
- g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.

El trabajador antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso.

Los actos de hostigamiento sexual se investigan y sancionan conforme a

la Ley N° 27492, Ley de Prevención y Sanción del Hostigamiento Sexual, la cual tiene por objeto prevenir y sancionar el hostigamiento sexual producido en las relaciones de autoridad o dependencia, cualquiera sea la forma jurídica de esta relación.

LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL POR CAUSA OBJETIVA

Constituyen causas objetivas para la terminación colectiva de los contratos de trabajo las siguientes situaciones:

- El caso fortuito y la fuerza mayor.
- Los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos.
- La disolución y liquidación de la empresa y la quiebra.
- La reestructuración patrimonial.

Caso fortuito o fuerza mayor

Si el caso fortuito o fuerza mayor son de una gravedad que conllevan a la desaparición total o parcial del centro de trabajo, el empleador podrá solicitar la terminación de los contratos individuales de trabajo para lo cual se deberá observar el procedimiento previsto en el artículo 48° de la LPCL,

Los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos

De conformidad con el artículo 48° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, la extinción de los contratos de trabajo solo procederá en aquellos casos en los que se comprenda a un número de trabajadores no menor al diez por ciento (10%) del total del personal de la empresa, y se sujeta al siguiente procedimiento:

- La empresa proporcionará al sindicato, o a falta de este a los trabajadores, o sus representantes autorizados en caso de no existir aquel, la información pertinente, indicando con precisión los motivos que invoca y la nómina de los trabajadores afectados. De este trámite dará

cuenta a la Autoridad Administrativa de Trabajo para la apertura del respectivo expediente.

- La empresa con el sindicato, o en su defecto con los trabajadores afectados o sus representantes, entablarán negociaciones para acordar las condiciones de la terminación de los contratos de trabajo o las medidas que puedan adoptarse para evitar o limitar el cese de personal. Entre tales medidas pueden estar la suspensión temporal de las labores, en forma total o parcial; la disminución de turnos, días u horas de trabajo; la modificación de las condiciones de trabajo; la revisión de las condiciones colectivas vigentes; y cualesquiera otras que puedan coadyuvar a la continuidad de las actividades económicas de la empresa. El acuerdo que adopten tendrá fuerza vinculante;
- En forma simultánea o sucesiva, el empleador presentará ante la Autoridad Administrativa de Trabajo una declaración jurada de que se encuentra incurso en la causa objetiva invocada a la que acompañará una pericia de parte que acredite su procedencia, que deberá ser realizada por una empresa auditora, autorizada por la Contraloría General de la República. Asimismo, el empleador podrá solicitar la suspensión perfecta de labores durante el periodo que dure el procedimiento, solicitud que se considerará aprobada con la sola recepción de dicha comunicación, sin perjuicio de la verificación posterior a cargo de la Autoridad Inspectiva de Trabajo. La Autoridad Administrativa de Trabajo pondrá en conocimiento del sindicato o a falta de este, de los trabajadores o sus representantes, la pericia de parte, dentro de las cuarenta y ocho (48) horas de presentada; los trabajadores podrán presentar pericias adicionales hasta en los quince (15) días hábiles siguientes.
- Vencido dicho plazo, la Autoridad Administrativa de Trabajo, dentro de las 24 horas siguientes, convocará a reuniones de conciliación a los representantes de los trabajadores y del empleador, reuniones que

deberán llevarse a cabo indefectiblemente dentro de los tres (3) días hábiles siguientes.

- Vencidos los plazos a los que se refiere el inciso precedente, la Autoridad Administrativa de Trabajo está obligada a dictar resolución dentro de los cinco (5) días hábiles siguientes, al término de los cuales se entenderá aprobada la solicitud si no existiera resolución.
- Contra la resolución expresa o ficta, cabe recurso de apelación que debe interponerse en un plazo no mayor de tres (3) días hábiles. El recurso deberá ser resuelto en un plazo no mayor de cinco (5) días hábiles, vencidos los cuales sin que se haya expedido resolución, se tendrá confirmada la resolución recurrida.

Disolución y liquidación de la empresa y quiebra

Esta causal parte del acuerdo de disolución y liquidación de la empresa adoptada por la Junta de Accionistas o el órgano societario que haga sus veces en otras formas societarias, y en los casos de liquidación extrajudicial o quiebra de la empresa, el cese se producirá en el plazo de diez (10) días naturales computados a partir de la notificación notarial comunicándose el cese de los trabajadores. (Tercera Disposición Final del TUO de la Ley de Reestructuración Patrimonial, Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI. Deben entenderse ahora referidas a la Ley N°27809, “Ley General del Sistema Concursal) En este sentido, los trabajadores tienen primera opción para adquirir los activos e instalaciones de la empresa quebrada o en liquidación que les permita continuar o sustituir su fuente de trabajo; y las remuneraciones y beneficios sociales insolutos se podrán aplicar en tal caso a la compra de dichos activos e instalaciones hasta su límite, o a la respectiva compensación de deudas.

Reestructuración Patrimonial

La Ley del Sistema Concursal establece que el administrador o liquidador de empresas en estado de insolvencia declarado por la comisión podrá

cesar a los trabajadores de la empresa correspondiente, para cuyo efecto cursará un aviso notarial con una anticipación de diez (10) días naturales a la fecha prevista para el cese. (Quinta Disposición Complementaria del TUO de la Ley de Reestructuración Patrimonial, Decreto Supremo N° 014-99-ITINCI. Deben entenderse ahora referidas a la Ley N°27809, “Ley General del Sistema Concursal) La Quinta Disposición Complementaria y Final de la Ley del Sistema Concursal señala en el caso cese colectivo, que solamente desde la suscripción del convenio de liquidación se podrá cesar a los trabajadores, para cuyo efecto se cursará aviso notarial con una anticipación de diez (10) días calendario a la fecha prevista para el cese. Los ceses anteriores a la suscripción se registrarán por las leyes laborales vigentes.

6. EL DESPIDO DISCIPLINARIO

El despido, es aquel acto por medio del cual el empleador pone fin o extingue la relación laboral existente con un determinado trabajador, pudiendo producirse por diferentes motivos que atañen a la decisión unilateral del empleador, que en la mayoría de casos implícitamente se constituye en un acto arbitrario, que contraviene la normatividad vigente y ocasiona grave perjuicio al trabajador. Blancas, (2006).

Gonzales, (2010) define : EL despido bajo los alcances del derecho laboral o del derecho del trabajo como la terminación, culminación o extinción de la relación laboral promovida unilateralmente por el empleador, en tal sentido es la voluntad de la parte empleadora la que origina la ruptura o rompimiento del vínculo laboral que trae como consecuencia la finalización de la contratación laboral y por ende del contrato de trabajo cualquiera fuera su naturaleza, sea se trate de un contrato de trabajo a plazo indeterminado o indefinido; de contratos sujetos a modalidad (también conocidos como contratos a plazo fijo,

temporales o determinados) o de un contrato en régimen de tiempo parcial . Cabe resaltar que el acto que origina el despido, sea de forma justificada o injustificada, es la propia decisión o voluntad del empleador. El despido está regulado en el artículo 16° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, tiene como particularidad que se sustenta en un acto unilateral por parte del empleador, quien decide poner en manifiesto su voluntad extintiva, la cual debe estar sustentada en causa justa relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador, pues en caso no sea sustentado en una causa justa, el trabajador tendrá derecho a solicitar el pago de una indemnización por el despido arbitrario del cual ha sido víctima (tutela resarcitoria) o solicitar la reincorporación a su centro de trabajo, en caso el despido, además de no sustentarse en causa justa, lesione derechos fundamentales laborales (tutela restitutoria). Luis Valderrama Valderrama, citando a Elmer Arce señala sobre el despido que: “El despido es un acto unilateral y recepticio que contiene la voluntad extintiva del empleador. El despido, según la Ley peruana, es un acto extintivo de aplicación individual y que deber ser comunicado por escrito. Además, como ya se dijo, el acto de despido requiere causa justa y seguir un procedimiento basado en la Ley.” (VALDERRAMA VALDERRAMA, 2014)

1.6.1.- Escenarios de aplicación

La figura o institución laboral del despido se desenvuelve actualmente bajo dos ámbitos claramente definidos que se encuentran constituidos: En primer término, por un ámbito de aplicación estrictamente legal o normativo que comprende su desarrollo a través del marco legislativo siendo las normas que lo desarrollan el TUO del Decreto Legislativo N° 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral - Decreto Supremo N° 003-97-TR y el Decreto Supremo N° 001-96-TR Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo y en segundo término, por un ámbito de

aplicación y desarrollo a partir de los fallos o sentencias del Tribunal Constitucional, entidad que ha creado una serie de figuras adicionales a las legales referidas a la institución del despido y que han incrementado las clases de despido dentro de nuestro ordenamiento jurídico en materia laboral. De lo que se colige que el despido se encuentra regulado paralelamente tanto por la legislación laboral como por el Tribunal Constitucional a través de sus fallos o sentencias, algunas de las cuales incluso tienen el carácter de precedentes vinculantes. (Ley de Productividad y Competitividad Laboral, p. 23)

1.6.2.- Clasificación de despido

Es conveniente en este extremo ampliar la información respecto a las tipologías de despido lesivo de derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico Peruano TELLO M. (2015) quien señala que en nuestras normas vigentes, es el artículo 16, literal g), de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, régimen laboral para trabajadores de la actividad privada, que consigna entre las causas de extinción del contrato de trabajo, al despido en los casos y formas permitidos por la ley”(p.45).

Así, “en un sentido estricto y rigurosamente técnico, el concepto de despido ha de referirse a la extinción que se produce por voluntad unilateral del empresario, exista o no causa justificada” (BLANCAS, 2013, p. 65). Sin embargo, el despido no genera los mismos efectos legales ni iguales derechos para los trabajadores sujetos al régimen laboral privado antes citado. A cual Tello (2015) afirma que “dichos efectos, la LPCL empezó por distinguir diferentes clases de despidos en razón justamente a las causas que los originaron, atribuyéndole a cada uno singulares y distintas consecuencias: i) despido por causa justificada, ii) despido arbitrario, iii) despido nulo, y iv) despido indirecto” (p.47).

Con respecto a los tipos de despido, existen 4 tipos de despidos regulados en la Ley y 3 tipos de despido desarrollados por el Tribunal Constitucional. La Ley regula los siguientes despidos: a) despido justificado (el único que es permitido por el ordenamiento al sustentarse en causa justa), b) despido indirecto, c) despido arbitrario, y d) despido Nulo; siendo este último tipo de despido, el único que admite la reposición del trabajador a su centro de trabajo. Por parte del desarrollo Jurisprudencial del Tribunal Constitucional, se tiene los siguientes despidos: a) Despido Incausado, b) Despido Fraudulento, y c) Despido lesivo de derechos fundamentales; resaltando el hecho que a estos tres tipos de despido le corresponde como consecuencia inmediata, la reposición del trabajador a su puesto de trabajo, por afectarse directamente al derecho del trabajo consagrado en el artículo 22° de la Constitución.

1.6.3.- Características

El despido, como extinción de la relación de trabajo, fundada exclusivamente en la voluntad unilateral del empleador, presenta según Montoya Melgar (2016), los siguientes caracteres:

- Es un acto unilateral del empleador, cuya eficacia la voluntad del trabajador es innecesaria e irrelevante.
- Es un acto constitutivo, por cuanto el empresario no se limita a proponer el despido, sino que él lo realiza directamente.
- Es un acto recepticio en cuanto su eficacia depende de que la voluntad extintiva del empleador sea conocida por el trabajador, a quien está destinada. (pag.446)

1.6.4.- La causa justa

Las causas justas de despido según la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, tiene que fundarse en la capacidad o la conducta del trabajador, supuestos regulados en los artículos 22°, 23°, 24° y 25° de la referida Ley. El artículo 22° establece que la causa justa de despido debe estar relacionada con la conducta o la capacidad del trabajador; por su parte, el artículo 23° señala las causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador, como el detrimento de la facultad física o mental, el rendimiento deficiente con relación a la capacidad del trabajador, y la negativa injustificada del trabajador a someterse a exámenes médicos previamente convenidos o establecidos por Ley. Mientras que el artículo 24° del mismo cuerpo normativo establece las causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador, como la condena por delito doloso, la inhabilitación del trabajador y la comisión de falta grave y el artículo 25° señala taxativamente las faltas graves.

1.6.5.- El despido por falta grave

1.6.5.1.- Naturaleza:

La falta grave del trabajador hace ejercer el derecho del empleador a despedirlo. Un sector de la doctrina del derecho laboral ve en ello, la manifestación del principio general, aplicable a las relaciones obligacionales de prestaciones reciprocas, según el cual el sujeto de la relación afectado por el incumplimiento de la otra parte puede resolverla. Opina Vásquez Vialard (1993) que en esta situación de grave alteración del contrato de trabajo “(...) Se aplica una norma clásica del derecho, el pacto comisorio, que frente a un grave incumplimiento de una parte habilita al a otra parte a resolver el contrato”. (p.455)

1.6.5.2.- Noción de la falta grave:

El rol que cumple la falta grave del trabajador como causa de extinción legítima del contrato de trabajo, se infiere que la conducta del trabajador reúna determinadas características, suficientes para sustentar la validez de la decisión extintiva del empleador, atendiendo a lo que establece el Art 25 de la LPCL, estos rasgos son los siguientes:

- La infracción por el trabajador a los deberes esenciales que lo impone el contrato de trabajo,
- La gravedad de dicha infracción
- Culpabilidad del trabajador (CASACION , 2004, págs. 340-341)

1.6.5.3.- definición

La falta grave del trabajador hace emerger el derecho del empleador a despedirlo. Un sector de la doctrina del derecho laboral ve en ello, la manifestación del principio general, aplicable a las relaciones obligacionales de prestaciones recíprocas, según el cual el sujeto de la relación afectado por el incumplimiento de la otra parte puede resolverla (Blancas Bustamante, 2006, p.146).

Actualmente, la falta grave se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico a través del Decreto Supremo N° 003-97-TR “Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral”. En ese sentido, el artículo 24 señala como causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador la comisión de falta grave, la condena penal por delito doloso y la inhabilitación del

trabajador.

Posteriormente en el artículo 25 señala lo que se entiende por falta grave y su relación con el incumplimiento de las obligaciones de trabajo, mencionando lo siguiente: Art. 25.- Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves: a) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad.

Como se puede apreciar, la ley al momento de señalar el concepto de “falta grave” no hace mención de ninguna necesidad de una intencionalidad dolosa al momento de cometer la falta grave ni de una subsanación que pueda eximir o reducir la gravedad de la falta. Asimismo, al momento de enumerar las faltas graves, tampoco señala ninguna intencionalidad, solo se menciona que el incumplimiento de las obligaciones de trabajo debe revestir de gravedad para que se configure la falta grave que haga irrazonable la subsistencia de la relación laboral y que por ende se proceda al despido.

1.6.5.4.- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional en diversas sentencias se ha pronunciado sobre la intencionalidad o no al momento de cometer una falta grave. En ese sentido, a continuación enumeramos algunas de las sentencias más interesantes sobre la intencionalidad o no de ocasionar un perjuicio de parte del trabajador para con su empleador:

- **Exp. N° 03169-2006-PA/TC (Municipalidad de Chorrillos vs Pablo Cayo)**

La sentencia versa sobre el despido de un trabajador por haber llegado ebrio al centro de labores. El trabajador señala que, a pesar de haber ingerido alcohol el día anterior, se presentó a trabajar a su centro de labores bajo ningún estado de ebriedad pero que reconoce que pudo haber tenido algún “tufillo” a alcohol en la boca, motivo por el cual su jefa solicitó que se realice una prueba de alcoholemia. Con relación a ello, la trabajadora admite que se negó a someterse al dosaje etílico ante la Comisaría de Chorrillos, porque, señala él, consideraba que era evidente que no se encontraba en estado de ebriedad. Es por ello que la Municipalidad de Chorrillos señala que, en aplicación del inciso e) del artículo 25° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, dicha negativa del trabajador a someterse al dosaje etílico debe reputarse como reconocimiento del estado de ebriedad. Al respecto, el Tribunal Constitucional señala que la sanción impuesta al trabajador resulta desproporcionada e irrazonable, pues si bien conforme se ha señalado en fundamento que precede al demandante se le puede reputar que ha incurrido en la falta grave que se le imputa, no es menos cierto que en ningún momento ha incurrido en algún acto de violencia, injuria o faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, del personal jerárquico o de otros

trabajadores, ni ha ocasionado daño alguno al patrimonio ni al acervo documentario de la Municipalidad emplazada. Como se puede desprender de lo señalado en la presente sentencia, el Tribunal Constitucional, a pesar de estar ante una clara falta grave de parte del trabajador expresado en el inciso e) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, añade el criterio de que dicha acción no es suficiente para que se configure el despido previsto para esta falta ya que el trabajador no ha tenido la intención de con su conducta ocasionar un perjuicio al empleador. El Tribunal Constitucional añade este criterio de intencionalidad de ocasionar un perjuicio al trabajador como elemento para determinar si nos encontramos ante una falta grave o no.

• **Exp. 01997-2011-PA/TC (Municipalidad de Comas vs Genaro Pérez)**

La sentencia versa sobre un despido arbitrario a un trabajador cuya labor era ser chofer de la movilidad de la Municipalidad y que usó la misma para transportar a dos personas que si bien eran trabajadoras de la misma, al momento de salir no usó la tarjeta de salida, la cual es indispensable y obligatorio para efectos del uso de la movilidad de la Municipalidad. El Tribunal Constitucional señala que el despido del que fue objeto el trabajador vulnera el derecho constitucional al debido proceso sustantivo debido a que la Municipalidad emplazada al momento de imponer al trabajador la sanción de despido lo hizo en contravención de los principios de razonabilidad y proporcionalidad, toda vez que no tuvo en cuenta lo establecido en los referidos artículos 52°, 53° y 54° del Reglamento Interno de Trabajo, que contemplan las sanciones disciplinarias de amonestación verbal o escrita, suspensión en sus labores o despido,

las cuales se aplicarán en función de la gravedad de la falta cometida, en consideración al comportamiento y antecedentes del trabajador. Es por ello que este Tribunal concluye que la sanción impuesta al demandante resulta desproporcionada e irrazonable, pues si bien se le puede reputar que ha incurrido en la falta que le imputó la Municipalidad emplazada, en ningún momento ha incurrido en la afectación de la prestación de los servicios municipales ni ha tenido la intención de ocasionar daño alguno al patrimonio ni al acervo documentario de la Municipalidad emplazada. Otra vez, a pesar de que pareciera que el trabajador incumplió con las obligaciones estipuladas por la empresa, el Tribunal Constitucional considera necesario que para que proceda el despido el trabajador haya tenido la necesidad de ocasionar un perjuicio a la Municipalidad.

1.6.5.5.- JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA

- **Cas. 1953-2014-Lima (Telefónica Centro de Cobros)**

La sentencia versa sobre un despido arbitrario a un trabajador que tenía el cargo de Jefe de Agencia y que autorizó a un cajero a retirar una suma de dinero la caja bajo la cual estaba a cargo. La Corte Suprema señala que esta acción supone un incumplimiento de las obligaciones de trabajo y por lo tanto configura como falta grave, no siendo necesaria la presencia de criterios como “intencionalidad o dolo de cometer la falta”, “gravedad y perjuicio económico hacia el empleador” tal como lo señala la Sala Superior ya que en nuestro ordenamiento jurídico (Ley de Productividad y Competitividad Laboral) tales criterios no son contemplados. Es por ello que la Corte declara fundado el recurso de casación interpuesto por Telefónica ya que señala que el inciso a) del artículo 25 de la Ley de Productividad

y Competitividad laboral consiste en obligación del trabajador el poner a disposición del empleador sus servicios directos y concretos; esto es, su prestación de servicios, la cual debe realizarse con la diligencia y dedicación adecuada compatibles con las características del empleo; el incumplimiento de esta obligación puede justificar el despido del trabajador aunque no se haya configurado un daño susceptible de apreciación pecuniaria, en contra del empleador. Como se puede apreciar, en este caso la Corte Suprema se adhiere a lo que señala textualmente el inciso a) del artículo 25 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, no dando lugar a la presencia de criterios como “intencionalidad de cometer la falta”, “perjuicio económico”. En criterio de la Suprema bastará entonces que se produzca la inobservancia de las obligaciones de trabajo para que se configure la falta grave y posterior despido.

• **Cas. 419-2014-Ayacucho (Caja Municipal de Ahorra de Ica)**

El presente caso versa sobre el despido del que es objeto doña Teresa Roca Fernández por parte de la Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Ica Sociedad Anónima. Este despido tiene como sustento el hecho de que la trabajadora incumplió sus obligaciones laborales al no haber realizado el procedimiento que la Caja Municipal establecía al momento de encontrar un faltante de dinero en la caja registradora bajo la cual Teresa Roca Fernández estaba a cargo. Por ende, se configura la causal prevista en el inciso a) del artículo 25 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Con relación a ello, la Corte Suprema hace el siguiente análisis con relación al despido del que había sido objeto la demandante: 1.- Observando el principio de tipicidad, se debe considerar que no todo incumplimiento laboral supone falta grave, en tanto el inciso a) del artículo 25 del Decreto

Supremo N° 003-97-TR, exige como elemento típico de dicha conducta, que revista de gravedad. Es así que la ausencia de gravedad suficiente para dar lugar al despido, resulta también de la relatividad del perjuicio económico esgrimido por la demandada, pues, una elemental regla de experiencia sugiere que la subsanación del faltante poco o nada ocasiona un perjuicio a la demandada. 2.- En el contexto factual señalado en las instancias de mérito no se distingue una conducta dolosa intencionada de aquella que pudiese entrañar un dolo bueno, en el sentido de tener la creencia que al proceder de la manera que lo hizo, aun en contra de las reglas impuestas, lograba subsanar los yerros en que pudiese haber incurrido en su actuar. Siguiendo esta línea argumentativa la Corte Suprema declara fundado el recurso de casación interpuesto por la trabajadora. Como se puede apreciar en este caso la Corte Suprema cambia radicalmente su posición referente a la existencia o no de una intencionalidad del trabajador al momento de configurarse la falta grave establecida en el inciso a) del artículo 25 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Así, considera que el perjuicio económico que pueda o no causar la subsanación del faltante en caja realizado por la demandante a la empresa, es un elemento que debiera ser utilizado para medir la gravedad de la falta correspondiente al incumplimiento de las obligaciones de trabajo. De esta manera, concluye considerando que la subsanación del faltante lo que en realidad produce es que el perjuicio económico sea nulo y por lo tanto la gravedad de la falta no ha sido tal. (Gutiérrez López, Wilson, 2016, pág. 1-15)

1.6.6.- El trámite de despido disciplinario

Cada vez que el empleador tenga que despedir a un trabajador que ha incurrido en alguna de las causas justas de despido previstas en la norma laboral tendrá que, previamente, atender a ciertas pautas formales que le permitan al trabajador realizar su defensa de los cargos imputados. El trámite de despido es consecuencia del derecho de defensa que tiene el trabajador así como la necesidad de fijar un momento específico -por seguridad jurídica- de término de la relación laboral. (MONEREO, José Luis y María MORENO, pag. 265).

1.6.6.1.- Derecho De Defensa

El procedimiento previo al despido diferirá de acuerdo a la causa invocada. En tal sentido tenemos que si se quiere despedir por una causa justa relacionada con la capacidad del trabajador, el empleador tendrá que cursar una carta de imputación (pre aviso) al trabajador otorgándole un plazo de treinta (30) días con la finalidad de que éste demuestre su capacidad o corrija su deficiencia. Para tales casos el legislador no ha establecido que el trabajador tenga que responder por escrito la imputación de su falta de capacidad, en todo caso su respuesta deberá hacerla en los treinta (30) días otorgados para que demuestre su capacidad para laborar en el puesto asignado o corrija su deficiencia. De otro parte, el procedimiento previo al despido por falta grave o por causa justa relacionada con la conducta empieza igualmente con la remisión al trabajador de una carta de imputación de falta grave (pre aviso) en la que se le detalla la supuesta falta cometida y se le concede a éste un plazo de seis (6) días naturales para que tenga la oportunidad de defenderse. Durante tal plazo el empleador podrá exonerar al trabajador de su obligación de asistir al centro de labores sin que tal exoneración limite el derecho de defensa del trabajador. Existe solo una situación donde el descargo no es exigible: se trata de los supuestos de

comisión de falta grave flagrante en tanto la prueba concluyente y fehaciente de la conducta del trabajador quiebra automáticamente la mutua confianza que debería haber existido entre las partes laborales (ARCE ORTIZ, Elmer, p. 540).

La carta de preaviso de despido deberá indicar con precisión la causa y la fecha del cese de tal forma que el trabajador tenga clara la razón legal por la que se le separa del centro de labores, y pueda ejercer el derecho de defensa. Si bien la carta de imputación no debe tener una descripción detallada y minuciosa de los hechos que califican como falta grave, sí debe contar con una descripción mínima que permita al trabajador conocer los hechos y ejercer el derecho de defensa. (ORTIZ, Carmen. Op. cit.; p. 203).

Pasados los treinta (30) y los seis (6) días referidos para que el trabajador corrija su deficiencia o demuestre su capacidad o para que realice sus descargos por la falta grave imputada respectivamente, el empleador podrá cursar la respectiva carta de despido al trabajador a menos que aquel crea que el trabajador ha acreditado su capacidad, ha remediado su deficiencia, o si los argumentos dados como descargos desvirtúan la imputación realizada. Ciertamente, si enviada la carta de preaviso, el empleador verifica que el trabajador incurrió también en otra falta grave, tendrá que iniciar nuevamente el trámite de despido imputando la falta recientemente conocida. Finalmente, la carta de despido será entregada al trabajador directamente y en su defecto por intermedio de notario o de juez de paz, o de la policía a falta de aquellos » (Casación 1280-2006 TACNA).

1.6.6.2.- Principio De Inmediatez

Cabe resaltar un aspecto sumamente importante que debe guiar un despido. Nos referimos al principio de inmediatez. Conocida la causa justa de despido, el empleador tendría que iniciar en un tiempo razonable el procedimiento de despido del trabajador infractor. Esta relación cercana de temporalidad entre el conocimiento de la causa justa y el inicio del procedimiento del despido es la que contiene el principio de inmediatez. La exigencia de la inmediatez entre el conocimiento de una falta laboral y su sanción responde al hecho de evitar el perdón tácito de ésta que implicaría la inexistencia de la infracción. Ahora bien, nuestra norma no ha establecido que plazo debe verificarse entre el conocimiento de la falta y su sanción mediante el despido por lo que se entiende que en todo caso tal intervalo temporal no debe ser extenso o dilatado sino que, por el contrario, debe caracterizarse por ser un plazo prudencial. Ciertamente, es necesario apreciar cada caso concreto para determinar si se respeta o no el principio de inmediatez pero todo se relaciona, como lo ha señalado la jurisprudencia, con el proceso de investigación necesaria que determina la imputación de la falta grave tales como el cruce de información, la aparición de una nueva falta laboral, la necesidad de identificar al autor de la falta, el volumen de la empresa, la implementación de auditorías y en general valorada en cada caso concreto bajo las reglas de la «prudencia». Ahora bien, puede verificarse que en ciertos casos la supuesta comisión de una conducta laboral no puede ser sancionada de inmediato a su conocimiento en tanto la responsabilidad del trabajador y el acontecimiento de las causas justas de despido requieren de cierto esclarecimiento y/o examen previo. Así lo ha reconocido la jurisprudencia: «Si bien el principio de inmediatez no tiene establecido un plazo de prescripción también es cierto que el tema de los plazos sólo será gravitante cuando su

observancia estricta no impida o desarticule una investigación de trascendencia moralizadora, como es el caso de autos, donde se ha probado que el demandante ha adulterado los precios consignados en las boletas de venta, lo que ha conllevado el quebrantamiento de la buena fe laboral y la apropiación consumada de bienes de su empleador, acreditándose con suficiencia la existencia de la falta imputada; por lo tanto, el empleador se encuentra facultado de calificar la gravedad de la falta imputada y determinar el tipo de sanción a imponerse. En este sentido el empleador ha empleado un intervalo prudencial para realizar las investigaciones pertinentes antes de imputarle la falta grave al trabajador, tiempo que no puede afectar la aplicación del principio mencionado». Tenemos entonces que la implementación de un procedimiento investigador previo al emplazamiento al trabajador supuestamente infractor, no altera la inmediatez, siempre que, concluidas las indagaciones y obtenidas las conclusiones respectivas, el empresario proceda a cursar la carta de pre-aviso al empleado correspondiente dentro de un plazo razonable. Concluyendo, el principio de inmediatez se verifica cuando la imputación de la causa justa de despido se realiza una vez comprobada ésta, lo que no necesariamente debe darse desde su ocurrencia, si para determinar su concreción es necesaria una investigación, y, finalmente el despido una vez evaluados los descargos. Así como la inmediatez comprende un elemento de suma importancia para proceder con el despido de un trabajador, debemos recordar también que el despido, al ser la sanción disciplinaria de mayor entidad de todas las que pueda practicar el empleador, debe guardar una estricta relación de razonabilidad y de proporcionalidad con la causa que lo avala, es decir, la falta del trabajador debe contener tal gravedad que haga insostenible la continuación del vínculo de trabajo. En todo caso, si la falta no resulta

grave se mantiene la posibilidad de amonestar o suspender al trabajador infractor. Cursada la carta de despido, el trabajador tiene el derecho de impugnarlo en el fuero judicial. Las acciones judiciales que tiene a su favor el trabajador despedido son las siguientes:

1) *La acción por despido arbitrario.*- En principio y según su diseño legal, es declarado cuando se omite el procedimiento, o alguno de los pasos previos al despido, cuando se despide al trabajador sin expresión de causa o cuando el proceso no se llega a probar la causa del despido alegada. El plazo que tiene el trabajador para accionar mediante tal pretensión es de 30 días contados desde el cese, plazo que es de caducidad y es similar en las dos acciones restantes (por actos de hostilidad y por nulidad de despido). Si el cese es considerado arbitrario por el juez laboral, el trabajador solo tendrá derecho a una indemnización equivalente a una remuneración y media por año trabajado mientras que los meses y días se computarán en forma proporcional. El tope de tal indemnización será el monto de doce 12 remuneraciones.

2) *La acción por nulidad de despido.*- De otro lado, la acción de nulidad de despido procura que el juzgador laboral estime inválido la decisión empresarial recurrida por vulnerar cualquiera de los derechos constitucionales contenidos en el artículo 29 de la LPCL y considere que ésta nunca se realizó ordenando la reincorporación del trabajador cesado irregularmente sin afectar su categoría anterior y el pago de las remuneraciones dejadas de percibir.

3) *La acción por terminación del contrato de trabajo por acto de hostilidad.*- Finalmente, tenemos los procesos de amparo. Nada obsta para que, si no se observa el debido proceso en un despido (inmediatez, proporcionalidad, derecho de defensa) o se encubre con un despido disciplinario un real despido que lesiona derechos fundamentales

(motivos antisindicales, discriminatorios, etcétera) o simplemente no existe la falta de comportamiento alegada (despido sin expresión de causa) o, finalmente, se aprecia un fraude (despido fraudulento), el trabajador puede iniciar un proceso de amparo que conduzca a su reposición, según lo previsto por el Tribunal Constitucional.

7. ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO EN EL SECTOR PÚBLICO

Dentro del Sector Público existen básicamente 4 tipos de sub regímenes laborales, están los trabajadores sujetos a Contratos Administrativos de Servicios (CAS) regulados por el decreto legislativo N° 1057; los trabajadores públicos sujetos al Decreto Legislativos N° 276, que regula la Carrera Pública Administrativa; trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, regulado por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobada por Decreto Supremo N° 003-97-TR, y finalmente, están los trabajadores que se encuentran parcialmente sujetos al Régimen de la Ley de Servicio Civil, cuya entrada en vigencia es paulatina.

1.7.- SANCIONES (Capítulo V del D Leg 1025)

El régimen disciplinario se encuentra regulado en la Ley de bases de la carrera administrativa la cual establece que las sanciones por faltas disciplinarias se determinan según su gravedad y son evaluadas caso por caso. Las sanciones por faltas disciplinarias pueden ser de cuatro tipos:

- Amonestación verbal o escrita;
 - Suspensión sin goce de remuneraciones hasta por treinta días;
 - Cese temporal sin goce de remuneraciones por un periodo de treinta días hasta doce meses, la cual se aplica previo proceso administrativo disciplinario y
 - Destitución, la cual se aplica previo proceso administrativo disciplinario.
- La gravedad y sanción de un caso concreto se determina a través de la

evaluación de las siguientes condiciones: Circunstancia en la que se comete; La forma de comisión; Concurrencia de varias faltas; Participación de uno o más servidores en la comisión de la falta y Efectos que produce la falta. Los servidores públicos son responsables civil, penal y administrativamente por el cumplimiento de las normas legales y administrativas en el ejercicio del servicio público.

El proceso administrativo disciplinario se lleva a cabo cuando la gravedad de la falta es causal de cese temporal o destitución y debe iniciarse en un plazo no mayor a un año a partir del momento en que la autoridad toma conocimiento de la falta disciplinaria.

El proceso disciplinario consta de seis fases (Capítulo XIII del DS 005-90-PCM):

- Inicio del proceso con resolución del titular de la institución
- Notificación al servidor procesado
- Presentación de descargos y pruebas por parte del procesado
- Fase investigadora a cargo de la Comisión
- Informe oral del procesado (opcional)
- Informe de la Comisión con la recomendación de sanción

1.8. ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO EN EL SECTOR PRIVADO

El régimen laboral de la actividad privada se rige por la Ley de fomento del empleo (D Leg 728 promulgado el 8 de noviembre de 1991), la cual fue creada con la finalidad de permitir a los empresarios hacer frente a la crisis económica por la que atravesaba el país. Para ello, se relativizó la estabilidad laboral absoluta, se otorgó la posibilidad de celebrar contratos de trabajo de naturaleza temporal, accidental y contratos para obra o servicios y se amplió las causales objetivas para la extinción del contrato de trabajo, incluyendo

la posibilidad de ceses colectivos.

Este decreto legislativo se dio en un contexto de reforma del Estado centrada en la creación de entidades que funcionen como enclaves de excelencia ligadas a las reformas económicas. De esta manera, se permitió a las entidades públicas responsables del régimen monetario, del control de la inflación y del déficit fiscal, así como de la regulación general de los mercados (inversión, competencia y propiedad intelectual) aplicar el régimen laboral de la actividad privada, creándose, así, las denominadas islas de eficiencia.

1.8.1.- Desvinculación

La Ley de fomento del empleo establece claramente las causales de extinción del contrato de trabajo y, además, distingue entre causales relacionadas con la capacidad y las relacionadas con la conducta del trabajador que se encuentra regulado en los artículos 31, 32 del D. S. N.º 003-97-TR y los artículos 42,43 y 44 del D. S. N.º 001-96-TR.

| Causales de la Extinción del Contrato de Trabajo | | |
|--|---|--|
| Causales generales | Causas justas | |
| | Por capacidad | Por conducta |
| Fallecimiento | Pérdida de capacidad física o mental | Condena penal por delito doloso |
| Renuncia o retiro voluntario (requiere un aviso previo con 30 días de anticipación) | Rendimiento promedio deficiente en relación con la capacidad del trabajador | Inhabilitación del trabajador |
| Término del contrato (casos bajo modalidad temporal) | | Falta grave, tales como incumplimiento de las obligaciones del trabajador, disminución deliberada y reiterada del rendimiento, apropiación (sea efectivamente consumada o frustrada) de bienes o servicios del empleador y entrega de información a terceros, entre otros. |
| Mutuo disenso | | |
| Invalidez absoluta permanente | | |
| Jubilación (obligatoria cuando el varón cumple 65 años o cuando la mujer cumple 60 años) | | |
| Despido justificado (causa justa) | | |
| Cese colectivo por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por Ley | | |

fuente: Elaboración: SERVIR - GPGRH

1.9. ESTRUCTURA DEL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO EN EL RÉGIMEN ESPECIAL DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA DE SERVICIOS (CAS)

El contrato de los servidores sujetos a la modalidad CAS se extingue por las siguientes causales:

- Fallecimiento;
- Extinción de la entidad contratante;
- Renuncia (previo aviso con 30 días de anticipación);
- Mutuo disenso;
- Invalidez absoluta permanente sobreviniente;
- Resolución arbitraria o injustificada;
- Inhabilitación administrativa, judicial o política por más de tres meses y
- Vencimiento del plazo del contrato.

Cuando el contrato administrativo de servicios es resuelto por la entidad, unilateralmente y sin mediar incumplimiento del contratado, se genera el derecho de pago de una indemnización equivalente a las remuneraciones dejadas de percibir hasta el cumplimiento del plazo contractual, con un máximo de tres.

CAPITULO II:

EL TRÁMITE PREVIO VINCULADO AL DESPIDO

2.1.- REGULACIÓN ART.31° Y SU CONTENIDO NORMATIVO

La actual regulación del trámite previo al despido se encuentra en el artículo 31° de la Ley de Productividad y competitividad laboral de la siguiente forma:

“Artículo 31o.- El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulan, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

Mientras dure el trámite previo vinculado al despido por causa relacionada con la conducta del trabajador, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle. La exoneración debe constar por escrito”.

2.1.1.- Emplazamiento del trabajador

2.1.1.1.- Carta de pre aviso

La carta de preaviso de despido será necesariamente escrito donde se indique de modo preciso la causa justa de despido tipificada por Ley y el plazo para el descargo respectivo (mínimo 6 días); por otro lado, en la carta de despido de igual manera será por escrito donde se indique de modo preciso la causa justa de

despido tipificada por Ley invocada previamente en la carta de preaviso de despido y la fecha del cese, estas deberán ser notificadas en el último domicilio registrado por el trabajador en su centro de trabajo o también pueden ser entregadas al trabajador directamente, bajo cargo en el centro de trabajo. En el caso de que el trabajador negara a recibirla le será entregada por intermedio del notario o del juez de paz, o de la policía a falta de aquellos. (Orden de prelación).

2.1.2.- Descargos del trabajador

Respecto a los descargos que deberá realizar el trabajador, la LPCL y su reglamento establece como plazo razonable mínimo de 6 días naturales, con la finalidad de que se realicen los descargos respectivos por parte del trabajador; cuando la ley hace referencia a días naturales se toman en cuenta sábados y domingos, inclusive feriados para el cómputo del plazo mínimo. De lo mencionado se puede concluir que la LPCL otorga facultad al empleador para poder establecer un periodo superior a los 6 días naturales, que será aplicable solo en el caso de que así lo crea conveniente, entonces, se concluye que es facultad del empleador otorgarle un plazo mayor a los seis días naturales al trabajador con la finalidad de que presente los descargos respectivos contra la carta de preaviso de despido.

Por medio de este derecho el trabajador podría realizar su respectiva defensa del cargo o falta antes que el empleador pueda sancionarlo. Esta posibilidad de realizar sus descargos no es sino una manifestación de la garantía constitucional del derecho a la defensa, que como parte del también reconocido constitucionalmente debido proceso, es predicable de cualquier

tipo de procedimiento particular como el que se lleva a cabo previamente al despido de un trabajador (BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, 2000, pág. 301-310).

Tal derecho ha sido atendido por el legislador solo para los casos en que se le impute al trabajador una falta grave de despido mas no para cualquier otro incumplimiento que pueda motivar una sanción menos gravosa. En efecto es el artículo 31 de la LPCL el que estipula lo siguiente: «El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formule, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.(...)».

La omisión de este procedimiento previo de defensa para los casos de despido implicaría la vulneración de los derechos constitucionales al debido proceso y a la defensa según criterios del propio Tribunal Constitucional. En este sentido, el trabajador acusado de haber cometido una falta no tan grave podría ser castigado directamente con una amonestación o una suspensión disciplinaria sin que el empleador se encuentre obligado legalmente a brindar una oportunidad de defensa al supuesto trabajador infractor. Pese a ello, nada impide que el empleador implemente un procedimiento previo a su decisión disciplinaria por el cual le permita al trabajador respectivo la contradicción de las infracciones que se le imputan. Tal previsión podría disponerse en el reglamento interno de trabajo o es posible también que ella sea pactada en un convenio colectivo o en los

mismos contratos de trabajo

2.1.2.1.- La exoneración del procedimiento previo al despido

Respecto al concepto de falta flagrante, en opinión del TC, recaído en el Expediente N.º 00764-2011-PA/TC la exoneración del procedimiento previo al despido solo es viable si se configuran en el caso concreto dos supuestos: a) Que la falta grave sea efectivamente flagrante b) Que esta revista tal gravedad que haga irrazonable la posibilidad de concederle el derecho de defensa al trabajador. Por ejemplo, el hecho de que un trabajador este hurtando un bien de la empresa y es descubierto in fraganti a través de las cámaras de seguridad de la empresa, este hecho ya se configura como falta grave flagrante. Por otro lado, en el caso de la pérdida de un bien de la empresa no teniendo la exactitud de la responsabilidad del trabajador se debe de iniciar necesariamente el procedimiento de despido conforme a ley. El despido por falta grave flagrante es un acto excepcionalísimo por revestir derechos fundamentales que podría estar vulnerando al trabajador y que en base a ello debe tener especial cuidado y tutela a fin de no vulnerar el derecho al trabajo que toda persona tiene.

2.1.3.- Remisión de la carta de despido (Artículos 32º y 33º del Decreto Supremo N° 003-97-TR; y artículos 42º y 43º del Decreto Supremo N° 001-96-TR).

El empleador podrá despedir al trabajador después de efectuado el descargo o luego de haber transcurrido el plazo de seis o de treinta días según sea el caso sin que el trabajador haya presentado el descargo respectivo. El despido deberá ser comunicado por escrito al trabajador mediante carta en la que se indique de modo

preciso la causa del mismo y la fecha del cese. Si el trabajador se negara a recibirla será remitida por intermedio de Notario o de Juez de Paz, o de la policía a falta de aquellos. El empleador no podrá invocar causa distinta a la imputada en la carta de despido. Sin embargo, si iniciado el trámite previo al despido, el empleador toma conocimiento de alguna otra falta grave en la que incurriera el trabajador y que no fue materia de imputación, podrá reiniciar el trámite. Tratándose de la comisión de una misma falta por varios trabajadores, el empleador podrá imponer sanciones diversas a todos ellos, en atención a los antecedentes de cada cual y otras circunstancias coadyuvantes, pudiendo incluso remitir u olvidar la falta, según su criterio. Las comunicaciones de preaviso así como de aviso de despido, serán válidamente entregadas si son dirigidas al último domicilio registrado por el trabajador en su centro de trabajo, aunque al momento de su entrega no se encontrare en aquel. Igualmente el empleador podrá entregarlas al trabajador, bajo cargo en el centro de trabajo.

2.2.- PRINCIPIOS

2.2.1.- El Principio de Inmediatez

Nuestro ordenamiento laboral hace una referencia de la observancia de este principio, en el caso del procedimiento previo al despido. El concepto del principio de inmediatez, según la jurisprudencia nacional, debe ser entendido como la prontitud del empleador para sancionar la falta cometida, la misma que debe entenderse desde que termina la investigación, atendiendo a los parámetros de razonabilidad, hasta la notificación con los cargos al trabajador, y no desde la fecha de la comisión de la falta hasta el despido efectivo del trabajador. Asimismo, debemos tomar en cuenta la Recomendación N.º 166 de la Organización Internacional del Trabajador (OIT), Recomendación sobre la

Terminación de la relación laboral, la cual señala: «se debería considerar que el empleador ha renunciado a su derecho de dar por terminada la relación de trabajo de un trabajador a causa de una falta de éste, si no hubiera adoptado esta medida dentro de un período razonable desde que tuvo conocimiento de la falta».

2.2.2.- Principio de Razonabilidad

El principio de razonabilidad ha sido entendido como el tiempo razonable en este caso para que el empleador arribe a una decisión final atendiendo a las circunstancias del caso en concreto. Sin embargo, el principio de razonabilidad si bien atiende a circunstancias específicas y por ende no generaliza, peca de ser gaseoso, y por tanto da pie a que se puedan vulnerar derechos laborales.

En el ámbito laboral la razonabilidad de las decisiones empresariales es el quicio sobre el que se apoya la consistencia de una organización y que permite su desarrollo en términos de eficacia y eficiencia. Esta razonabilidad exige tratar al trabajador con la consideración debida a su dignidad humana, lo cual añade, según la doctrina laboral más consolidada “una actitud más exigente de estimación de la persona humana, de autolimitación del empresario, que no puede considerar a sus trabajadores como una parte del instrumental, sino como hombres unidos a él para realizar un fin común” (BAYÓN CHACÓN, Gaspar / PÉREZ BOTIJA, Eugenio, 1974, Pag. 414.

El empresario no sólo está impedido de “menospreciar” a sus trabajadores, sino que debe tratarlos, por lo menos, con el respeto y cordialidad que la empresa exige a su personal para con los clientes. Este derecho-deber ha enriquecido sustantivamente las relaciones humanas en la relación de trabajo y, no es aventurado afirmar, que lo seguirá haciendo: de hecho la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema están contribuyendo a delimitar mejor las consecuencias concretas de ese respeto. Ante este panorama puede ser

útil reflexionar sobre el poder sancionador del empresario y la razonabilidad de utilizar el despido como sanción disciplinaria ante los incumplimientos contractuales.

2.2.3.- Principio De Proporcionalidad

El principio de proporcionalidad o razonabilidad es consustancial al Estado Social y Democrático de Derecho, y está configurado en la Constitución en sus artículos 3º y 43º, y plasmado expresamente en su artículo 200º, último párrafo. Si bien la doctrina suele hacer distinciones entre el principio de proporcionalidad y el principio de razonabilidad, como estrategias para resolver conflictos de principios constitucionales y orientar al juzgador hacia una decisión que no sea arbitraria sino justa; puede establecerse, prima facie, una similitud entre ambos principios, en la medida que una decisión que se adopta en el marco de convergencia de dos principios constitucionales, cuando no respeta el principio de proporcionalidad, no será razonable. En este sentido, el principio de razonabilidad parece sugerir una valoración respecto del resultado del razonamiento del juzgador expresado en su decisión, mientras que el procedimiento para llegar a este resultado sería la aplicación del principio de proporcionalidad con sus tres sub principios: de adecuación, de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación.

El principio de proporcionalidad ha sido invocado en más de una ocasión por este Tribunal, ya sea para establecer la legitimidad de los fines de actuación del legislador en relación con los objetivos propuestos por una determinada norma cuya constitucionalidad se impugna (Exp. N.º 0016-2002-AI/TC), ya sea para establecer la idoneidad y necesidad de medidas implementadas por el Poder Ejecutivo a través de un Decreto de Urgencia (Exp. N.º 0008-2003-AI/TC), o también con ocasión de la restricción de derechos fundamentales en el marco del proceso penal (Exp. N.º 0376-2003-HC/TC).

En la revista de derecho Vol. XXI - Nº 2 - Diciembre 2008 Páginas 251-271 hace una primera consideración, que este principio no es más que el límite de los límites a los derechos fundamentales de los trabajadores y, en esa medida, se impone como una barrera frente a la intromisión en el ámbito de los propios derechos, constituyéndose, en definitiva, en una técnica de hermenéutica de la cual debe servirse el Legislador en abstracto y el Juez en concreto, tendiente a justificar o no las decisiones que adopta el Empleador.

Una segunda consideración sobre el principio en estudio, es entenderlo como “aquel que tiene por objeto asegurar la necesaria supremacía del contenido de las normas relativas a derechos fundamentales frente a la necesaria regulación legislativa, imponiendo que toda decisión de autoridad sólo restrinja un derecho fundamental en la medida que sea estrictamente indispensable para alcanzar un fin constitucionalmente lícito, manejándose con ello el exceso en el ejercicio del poder, cumpliendo así una función argumentativa en la hermenéutica de los principios fundamentales”.

En este orden de ideas, va quedando asentado que el principio de la proporcionalidad es uno que se aplica al caso concreto y para ello, en éste se distinguen tres sub principios:

- a) La idoneidad: Este sub principio parte de la base que el medio previsto por el Empleador ha de ser adecuado y exigible para alcanzar el objetivo propuesto. Así será adecuado el medio cuando a través de él puede lograrse el resultado deseado, siendo exigible cuando el Empleador no habría podido optar por un medio distinto - igualmente eficaz -, que en definitiva no limitara, restringiera o violentara un derecho fundamental o bien, afectándolo, lo hiciera en el menor grado posible. En términos más simples, la idoneidad requiere y exige, que la medida por la que debe optar el Empleador debe ser una que provoque la menor incidencia posible en el Derecho Fundamental en que se radicará.

- b) La necesidad: Implica o significa, que el accionar del Empleador debe fundarse en la existencia de una adecuación medio-fin. Así no es suficiente invocar un determinado bien o derecho fundamental protegido, sino que es menester que la limitación que sufre el derecho resulte apropiado para lograr el fin que lo justifica, es decir, que el medio -acto que se alega como lesivo de derechos fundamentales- empleado favorezca el resultado perseguido, sin que produzca una conclusión final diferente ex post, a saber, que el mismo objetivo podía haberse alcanzado con otras medidas igualmente eficaces, pero menos lesivas o menos restrictivas para quien lo sufre.
- c) La proporcionalidad en sentido estricto: Este sub principio nos muestra uno de naturaleza sustantiva que se encuentra íntimamente ligado con la noción de Justicia, pero suficientemente articulado como un freno o límite a la constitucionalidad o inconstitucionalidad del actuar del Empleador, especialmente cuando dichas acciones recaen en Derechos Fundamentales y su ejercicio, porque en definitiva esta proporcionalidad se identifica con lo que es justo, razonable y ponderable, lo que implica que los medios elegidos deban mantenerse en una relación razonable con el resultado perseguido.

Según Robert Alexy, esta ley de ponderación que postula es posible estructurarla sobre la base de tres etapas claramente definidas.

- 1.- Definir y determinar el grado de no satisfacción de uno o alguno de los principios.
- 2.- Definir y determinar el grado de importancia de la satisfacción del principio en un sentido contrario.
- 3.- Definir y determinar el grado de importancia en la satisfacción del principio contrario y si ello justifica la no satisfacción o restricción del otro.

A lo anterior, es necesario incluir una conformación a lo menos tripartita de grados de intensidades en que se ve afectado el derecho fundamental, en razón del principio de la proporcionalidad y con la finalidad que a través de dichas entidades es posible ver reflejada, con mayor grado de certeza, la práctica de la argumentación jurídica.

Así tenemos que los grados de intensidad en que se pueden ver afectados los derechos fundamentales de los trabajadores serán:

L = leve

M = medio

G = grave

Así las cosas, y tomando como punto de partida la Ley de Ponderación de Alexy, el grado de no satisfacción de un principio versus la importancia en la satisfacción son objeto de valoración, de acuerdo con las letras aludidas precedentemente, donde la combinación entre la no satisfacción y la afectación marcan la existencia de un concepto dual, manifestando la dicotomía entre los derechos de defensa y los de protección.

Así podemos concluir que el principio de proporcionalidad, determina si efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adoptada.

2.3.- FALLOS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL SOBRE EL TRÁMITE PREVIO VINCULADO AL DESPIDO.

Sin duda, el derecho al trabajo es uno de los derechos constitucionales que más desarrollo ha tenido en la jurisprudencia constitucional. En este cometido, la teoría del contenido esencial ha sido de utilidad para el Tribunal Constitucional. Prueba de ello es la célebre Sentencia Telefónica, en la cual el referido órgano determina el contenido constitucional del derecho al trabajo desde aquella teoría:

“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.

(...). En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho (...) Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa” (Sentencia del Tribunal Constitucional, 2002).

En la misma línea, y con posterioridad a la Sentencia Telefónica, el Tribunal Constitucional expresó lo siguiente:

“La Constitución Política consagra en el artículo 22° que: ‘El trabajo es un deber y un derecho, Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona’. En consecuencia, el trabajo representa un bien jurídico de relevancia constitucional, cuya protección debe ser resguardada por el legislador, adoptando las medidas adecuadas para garantizar el acceso a un puesto de trabajo, así como los medios debidos para la conservación del mismo. Ambas aristas constituyen y forman parte del contenido esencial del derecho al trabajo” (Sentencia del Tribunal Constitucional , 2007).

Sentencia recaída en la casación laboral n° 7145-2014-Arequipa emitida por la corte suprema, que declara fundado el recurso interpuesto en el marco de un proceso de reposición por despido fraudulento.

Según el artículo 32 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el despido deberá ser comunicado por escrito al trabajador mediante carta, indicando la causa y la fecha del cese. Si el trabajador se negara a recibirla, esta le será remitida por intermedio de notario, juez de paz o la Policía a falta de aquellos. El empleador, a su vez, no podrá invocar posteriormente causa distinta de la imputada en la carta de despido. Sin embargo, iniciado el trámite previo del despido y el empleador toma conocimiento de alguna otra falta grave en que incurriera el trabajador y que no fue materia de imputación, podrá reanudar el trámite. Ante esa normativa, la Corte Suprema remarca que a decir del Tribunal Constitucional la razonabilidad constituye un criterio íntimamente vinculado a la justicia, presente en la esencia misma del Estado constitucional de derecho, expresándose como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales. Por ello, el interés anotado de que las decisiones asumidas en este contexto respondan a criterios de racionalidad para evitar toda arbitrariedad.

El supremo tribunal concluye entonces que la potestad disciplinaria del empleador constituye una facultad discrecional, por lo que el resultado de una sanción en el procedimiento de despido que se lleve a cabo debe ser consecuencia de que se respeten las garantías formales propias de un procedimiento disciplinario.

Respecto al despido, la ley precisa que esta no procederá por causas relacionadas con la conducta o capacidad del trabajador sin antes

otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para defenderse por escrito de dichos cargos.

Ausencia probatoria

Al analizar las faltas atribuidas por el empleador en este caso, el tribunal consideró que la institución demandada incumplió con sustentarlas objetivamente, pues por ejemplo no demuestra que la carta de respuesta de la trabajadora hubiera sido falsificada y adulterada como afirmaba el empleador.

Agrega que el empleador incurre en generalidad e imprecisión respecto de las imputaciones a la trabajadora, al no detallar el tipo de informe o queja presentada en su contra, omitiendo indicar quiénes la presentan. Tampoco se adjunta a la carta de preaviso, informes y quejas supuestamente existentes en contra de la trabajadora demandante, advierte el PJ.

2.4.- CASACIÓN LABORAL N° 11355-2014-LIMA.

La Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Lima realizó una interpretación respecto al artículo 31° del T.U.O. de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Así pues, mediante Casación Laboral N° 11355-2014-LIMA, establece el siguiente criterio interpretativo: *“Cuando en un procedimiento de despido, el empleador en uso de la facultad prevista en el segundo párrafo del artículo 31° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, opte por exonerar al trabajador de su obligación de asistir entro de trabajo, sin establecer un término para su reincorporación, se tomará como plazo máximo el otorgado en la carta*

de imputación de cargos, el mismo que no será menor a seis días naturales, y si se prorroga el plazo para la presentación de descargos, automáticamente se prorrogará la exoneración al trabajador para no asistir a su centro laboral con obligación del empleador de abonarle las remuneraciones y demás derechos que le corresponda por dicho periodo, debiendo concluir esta segunda prórroga con la correspondiente carta de absolución o de despido según sea el caso. En ningún caso, el plazo para la presentación de descargos excederá un plazo razonable conforme a la naturaleza de la falta imputada.”

De lo anterior, se desprende lo siguiente:

- (i) Se deberá de tomar como plazo máximo para la reincorporación del trabajador el plazo establecido en la carta de imputación de cargos (carta de pre aviso de despido)
- (ii) Es posible que el empleador, por el uso de la facultad contenida en el citado artículo, realice prórrogas sucesivas a la exoneración de obligación de asistencia al centro de labores, en cuyo caso, el plazo de exoneración máximo deberá -*necesariamente*- coincidir con la carta de absolución o despido.
- (iii) Establece que el plazo para la presentación de descargos-*trámite previo*- no excederá un plazo razonable que resulte de la naturaleza de la falta.

Ahora bien, más allá de las implicancias en cuanto a la afectación de los derechos del trabajador, el cual se encuentra a la discreción del empleador, vale la pena analizar el punto iii). De esta forma, la Corte Suprema establece que se debe respetar el principio de razonabilidad tanto en la duración del trámite previo como en la duración de

exoneración. A primera vista, pareciera que el trabajador podría beneficiarse de un plazo mayor para poder ejercer sus descargos, en los que seis (6) días no resulte suficiente; sin embargo, el problema que se presenta sería que el periodo de duración dependerá de la sola voluntad del empleador y de la justificación que pudiese realizar el empleador sobre la gravedad y complejidad de la falta cometida. Así pues, se dan casos en los que el empleador quiere dilatar la exoneración del trabajador por algún temor a la afectación de la organización empresarial, el problema con ello, es que no se ha establecido algún máximo temporal que resulte razonable, por lo que la exoneración del trabajador podría ir desde siete (7) días, hasta un total de treinta o cuarenta días naturales, ya que no existe parámetro alguno o criterios objetivos de medición que resulten aplicables para la duración del trámite previo y de la facultad de exoneración.

2.5.- PROYECTO DE LEY GENERAL DE TRABAJO.

En cuanto al Anteproyecto de la Ley General del Trabajo, ésta se encarga de regular el trámite previo vinculado al despido de la misma forma que lo hace la actual normativa, salvo por dos matices:

- (i) Reduce el tiempo mínimo para que el trabajador efectúe sus descargos a cinco (5) días.
- (ii) Cuando se trate de un dirigente sindical, la carta de pre aviso de despido será simultáneamente enviada a la Organización sindical, para que ésta puede solicitar una audiencia con el empleador y los demás dirigentes en la cual se realicen los descargos, adicionalmente a los presentados por el trabajador.

Es así que, el Anteproyecto no hace un cambio a la estructura del trámite previo, más que la reducción de días mínimos, y tampoco establece un límite expreso para la facultad de exoneración del empleador, teniendo el mismo problema que nuestra legislación actual.

De esta forma, creemos que no se debería reducir el número mínimo de días para la defensa del trabajador, pero somos también de la idea de que es necesario establecer un máximo de días que sólo se justifiquen cuando las condiciones particulares del caso sean de excepción, todo ello con el fin de evitar abusos por parte de la parte empleadora. Para tal fin, se deberán establecer o mapear algunos criterios objetivos a fin de establecer máximos diferenciados.

2.6.- REGULACIÓN INTERNACIONAL.

En el ámbito internacional, la Organización Internacional del Trabajo, se suscribió el Convenio 158 relativo a la terminación de la relación de trabajo, el cual establece en su artículo 7° lo siguiente:

“No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que se le conceda esta posibilidad”

De esta forma, la OIT establece que, para poder despedir a un trabajador, será necesario seguir por los menos los siguientes pasos, a fin de garantizar la adecuada defensa sobre la imputación de las faltas graves supuestamente cometidas:

- a) Se le debe imputar la falta cometida al trabajador
- b) Debe darse un plazo adecuado para que el trabajador prepare su defensa

Se efectúa una excepción al procedimiento en los casos de faltas sobre las cuales no es razonable que el empleador siga el procedimiento, lo que puede entenderse en el caso de falta grave flagrante.

Así pues, el convenio no se establece un tiempo mínimo que se le debe otorgar al trabajador para que efectúe sus descargos, dejando este punto a criterio de las legislaciones nacionales.

Por otro lado, en el convenio no se establece la posibilidad de exonerar al trabajador, por lo que se deduce que este punto también se puede regular dentro de la normativa nacional.

Luego de haber repasado la situación actual de la regulación del trámite previo vinculado al despido en nuestra legislación, convendrá analizar cuáles son los problemas o vacíos en la aplicación de la norma, así como también los supuestos que no se han considerado al tener esta fórmula normativa.

CAPITULO III:
LA EXONERACIÓN DE ASISTIR AL CENTRO DE TRABAJO
DURANTE PROCEDIMIENTO DE DESPIDO

3.1.- La exoneración como medidas cautelares en el nuevo régimen Disciplinario de la Ley del Servicio Civil LEY 30057

En el presente capítulo abordaremos el tratamiento que ha recibido la exoneración durante el procedimiento de despido, en comparación con el sector público, regulado actualmente en el nuevo régimen disciplinario de la LEY DEL SERVICIO CIVIL LEY 30057, publicado el 04 de julio de 2013 y posteriormente Reglamentado a través del D.S. N°040-2014-PCM, publicado el 13 de junio del 2014, entrando en vigencia a partir del 14 de septiembre del 2014, siendo de aplicación para los servidores que laboran bajo regímenes laborales existentes (D. Leg. N° 276, 728 y 1057).

Ahora bien, la exoneración durante el procedimiento de despido, en la Ley Servir, recibe un tratamiento como medidas cautelares que se ejercitan durante el tiempo que dura el procedimiento administrativo disciplinario, en adelante PAD, siempre que ello no perjudique el derecho de defensa del servidor civil y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudiera corresponderle. Excepcionalmente cuando la falta presuntamente cometida por el servidor civil afecte gravemente los intereses generales, la medida cautelar puede imponerse de modo previo al inicio del procedimiento administrativo disciplinario, en este último caso la validez de dicha medida estará condicionada al inicio del procedimiento correspondiente.

3.1.1.- Concepto

Según Diez Manuel (1996), en el campo procesal ha referido que las medidas cautelares son actos procesales del órgano judicial adoptados en el curso de un proceso, o previamente a él, a solicitud de interesado para asegurar bienes o pruebas y mantener una situación de hecho, como anticipo de una garantía judicial de la defensa de la persona y de los bienes, para no tornar ilusorias las sentencias judiciales (Diez, 1996, pág. 71).

De este modo en el ámbito procesal se ha entendido que la decisión cautelar es una verdadera decisión jurisdiccional, valorativa de las circunstancias de hecho y de derecho aparentes al momento de su dictado, reclamada como reacción inmediata y provisional, tendiente a superar el peligro de la pérdida o el perjuicio de pruebas, cosas, personas o derechos, que pudiera resultar de la eventual o concreta desigualdad de las partes en orden a la disposición de aquéllas desde el origen de un conflicto sometido a decisión judicial y hasta el momento de su composición efectiva. (García Pulles , pág. 203)

Por su parte PODETTI, refiere que son “actos procesales del órgano jurisdiccional adoptados en el curso de un proceso de cualquier tipo o previamente a él, a pedido de interesados o de oficio, para asegurar bienes o pruebas, mantener situaciones de hecho o para seguridad de personas o satisfacción de sus necesidades urgentes; como un anticipo que puede o no ser definitivo, de la garantía jurisdiccional de la defensa de la persona y de los bienes para hacer eficaces las sentencias de los jueces.”

FENOCHIETTO señala que podemos definir las medidas cautelares procesales como aquellas de carácter precautorio que cumplen la función de significar un anticipo asegurativo de la garantía jurisdiccional, para impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener por medio del proceso pierda su virtualidad o eficacia hasta el pronunciamiento de la sentencia definitiva. (Fenochietto, 1999).

Las medidas cautelares, tienen naturaleza excepcional, constituyendo un prejuzgamiento, provisorio, instrumental y variable, teniendo por finalidad asegurar la eficacia de la resolución final, así como garantizar el correcto empleo del poder disciplinario del Estado.

En nuestro medio LEDESMA NARVÁEZ precisa que “(...) la medida cautelar importa un prejuzgamiento porque anticipa opinión, pero no obliga a resolver al juez en la decisión final en atención a la medida dictada con antelación. El juez no está en condiciones de afirmar que la pretensión demandada será amparada. Si bien se obtuvo la medida cautelar, ella puede ser alterada por lo actuado en la etapa probatoria del proceso, haciendo luego que la decisión final sea diferente a la que se hubiera tomado antes de ella.” (Ledesma Narvaez, 2012).

Podemos definir entonces que las Medidas Cautelares en el ámbito del Régimen Disciplinario regulado por LSC, serian aquellas decisiones procedimentales que con carácter excepcional y provisional impartidas por la autoridad administrativa revestida de competencias conferidas por la ley expresa, con el objeto de asegurar el resultado final del procedimiento administrativo disciplinario.

3.1.2.- Naturaleza de las medidas cautelares

Según lo expresado, debemos precisar que las medidas cautelares en la Ley del Servicio Civil, serán dictadas siempre que un servidor se encuentre sujeto a un procedimiento administrativo Disciplinario (PAD), mediante resolución debidamente motivada, siempre y cuando concurren los siguientes requisitos:

- a) Existan fundados y graves elementos de convicción sobre la responsabilidad administrativa disciplinaria, por la comisión de una falta muy grave, que haga previsible la imposición de una sanción de “destitución”.

- b) Resulte indispensable para garantizar el normal desarrollo de la causa o la eficacia de la resolución que pudiera ser emitida, o para impedir la obstaculización de la misma, o evitar la continuación o repetición de los hechos objeto de investigación u otros de similar significación o del mantenimiento de daños que aquellos hayan ocasionados a los intereses de la administración pública.

Para PIERO CALAMANDREI “el proceso cautelar, y por consiguiente las medidas cautelares no tendrían lugar por innecesarias, si los fallos judiciales fueran pronunciados con celeridad y oportunidad. El proceso y su desarrollo no siempre breve, obliga a que el propio Estado reconociendo tal hecho regule en su ordenamiento procesal medidas que garanticen la efectividad de las decisiones judiciales que se pronuncien en los llamados procesos principales.”

Sobre el particular la Autoridad Nacional del Servicio Civil -SERVIR, ha señalado que conforme al artículo 611° del Código Procesal Civil (aplicable supletoriamente a los procedimientos administrativos), para que la autoridad administrativa pueda emitir la medida cautelar, no basta solamente el pedido de la parte interesada, sino que deben concurrir tres requisitos:

- a) La verosimilitud en el derecho.
- b) El peligro en la demora; y,
- c) La razonabilidad de la medida solicitada para garantizar la eficacia de la decisión.

En caso faltase alguno de estos requisitos no sería factible que la autoridad administrativa pudiera dictar la medida cautelar, por requerirse su concurrencia en forma conjunta.

Debemos enfatizar que para la adopción de una medida cautelar no será indispensable una prueba definitiva que acredite la existencia de responsabilidad disciplinaria, bastando que la autoridad administrativa al momento de disponer la misma cuente con sustento documental que revele la probabilidad de presunta existencia de responsabilidad administrativa disciplinaria que pretenda asegurarse, recordemos que en esta etapa todavía no podemos sostener la existencia de responsabilidad disciplinaria acreditada.

De lo cual podemos sostener que no resultaría razonable dictar una medida cautelar cuando el procedimiento disciplinario de acuerdo a la tipificación y gravedad de la falta imputada no amerite una sanción disciplinaria de intensidad necesaria que haga merecedora de una decisión provisional que asegure el resultado del mismo; dicho en otras palabras no podríamos considerar razonable el separar al servidor de sus funciones y ponerlo a disposición de la Oficina de Recursos Humanos, o la que haga sus veces, para realizar trabajos que le sean asignados de acuerdo a su especialidad, o en su caso exonerar al servidor civil de la obligación de asistir al centro de trabajo, si de acuerdo a la imputación la posible sanción en caso se acreditara la existencia de responsabilidad disciplinaria termine en una amonestación escrita.

Consideramos que las medidas cautelares deberán emplearse sin perder de vista en todo momento su carácter excepcional e instrumental, de ningún modo resultaría razonable que estas decisiones provisionales resulten más gravosas que la sanción misma, condición que no se cumpliría si de acuerdo a la imputación, la prognosis de sanción –sanción probable-, sea una amonestación

escrita o suspensión sin goce de remuneraciones por un periodo inferior a la duración de la medida cautelar.

En esta línea de ideas resulta oportuno señalar que nuestra Tribunal Constitucional (TC), ha precisado que la atribución de sancionar administrativamente, se encuentra sujeta a los principios de razonabilidad y proporcionalidad, constituyendo, en consecuencia, todo exceso sancionador no basado en causas objetivas ni razonables, una muestra evidente de arbitrariedad, incompatible con el derecho a un debido proceso.

3.1.3.- Características de las medidas cautelares

A. Instrumentalidad

El fin asegurativo de lo que eventualmente se resuelva en el proceso –en el presente caso procedimiento administrativo disciplinario- es la consideración que ha venido a asignar a las medidas cautelares el carácter de instrumental, que tradicionalmente se le atribuye, pues como medida de garantía que es tiene su razón de ser en el proceso principal al que sirve, y cuyo resultado determinará la extinción de la medida cautelar.

B. Temporalidad

Pues bien habiendo precisado que las medidas cautelares son de carácter instrumental, estas necesariamente tendrán como característica su “temporalidad”, llamada por CALAMANDREI “cualidad de provisoriedad”, y que está referida básicamente a que la medida cautelar tiene una duración temporal sujeta a la duración del proceso principal.

C. Accesoriedad

Señalamos que las medidas cautelares tendrán como característica el ser accesorias, toda vez que siendo un mero instrumento que permite asegurar el eventual resultado de un proceso, únicamente se mantendrán durante la duración del proceso principal, no admitiendo una existencia en forma independiente.

Entonces existe una suerte de subordinación de la medida cautelar en relación al procedimiento principal, tendrá una existencia temporal y a la vez accesorio.

D. Variabilidad

Siendo que las medidas cautelares son dictadas en virtud a la apariencia de responsabilidad administrativa disciplinaria, esta podrá aumentar o desaparecer durante el transcurso del procedimiento, a diferencia de una resolución definitiva, estas decisiones están sujetas a la variabilidad de condiciones, siendo posible de ser modificadas si cambian las circunstancias que motivaron su dictado.

3.1.4.- Tratamiento de las medidas cautelares en la LSC

Luego de comunicar por escrito al servidor civil sobre las presuntas faltas, la autoridad del proceso administrativo disciplinario puede, *mediante decisión motivada*, y con el objeto de prevenir afectaciones mayores a la entidad pública o a los ciudadanos, separarlo de su función y ponerlo a disposición de la oficina de personal, para realizar los trabajos que le sean asignados de acuerdo a su especialidad, o exonerarlo de su obligación de concurrir al trabajo.

La adopción de las medidas cautelares suspenderá el servicio civil de manera *imperfecta* cuando se separa al servidor de sus funciones y se coloca a disposición de la Oficina de Recursos Humanos o la que haga sus veces para realizar trabajos que le sean asignados de acuerdo con su especialidad; o cuando se le exonera de la obligación de asistir al centro de trabajo.

Las medidas cautelares se ejercitan durante el tiempo que dura el proceso administrativo disciplinario, siempre que ello no perjudique el derecho de defensa del servidor civil y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudiera corresponderle. Excepcionalmente cuando la falta presuntamente cometida por el servidor civil afecte gravemente los intereses generales, la medida cautelar puede imponerse de modo previo al inicio del procedimiento administrativo disciplinario, en este último caso la validez de dicha medida estará condicionada al inicio del procedimiento correspondiente.

Las medidas cautelares pueden ser modificadas o levantadas durante el curso del procedimiento administrativo disciplinario, de oficio o a instancia de parte, en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas en el momento de su adopción.

Las medidas caducan de pleno derecho cuando se emite la resolución que pone fin al procedimiento administrativo disciplinario en la instancia que impuso la medida, cuando haya transcurrido el plazo fijado para su ejecución, o para la emisión de la resolución que pone fin al procedimiento.

Por su parte el RLSC, ha previsto en su artículo 108º, que de acuerdo al artículo 96º de la LSC, las medidas cautelares que excepcionalmente podrá adoptar la entidad son:

- A. Separar al servidor de sus funciones y ponerlos a disposición de la Oficina de recursos humanos, o la que haga sus veces, para realizar trabajos que le sean asignados de acuerdo a su especialidad.
- B. Exonerar al servidor civil de la obligación de asistir al centro de trabajo.

Las medidas cautelares pueden ser adoptadas al inicio o durante el procedimiento administrativo disciplinario sin perjuicio del pago de la compensación económica.

El Reglamento General de la LSC, aprobado por D.S N° 040-2014-PCM, recogiendo lo previsto en la ley, ha señalado que excepcionalmente podrán imponerse medidas cautelares antes del inicio del procedimiento disciplinario, siempre que el órgano instructor determine que la falta presuntamente cometida genera la grave afectación del interés general. La medida provisional se encontrará condicionada al inicio del procedimiento administrativo disciplinario.

En relación a las medidas cautelares, la Directiva N° 02-2015-SERVIR/GPGSC “Régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionados de la Ley N° 30057, Ley del Servicio civil”, aprobada por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 101-SERVIR-PE, ha previsto que la adopción de una medida cautelar antes del inicio del PAD, será de competencia de la oficina de recursos humanos o quien haga sus veces; asimismo, la continuidad de sus efectos está condicionada al inicio del PAD en el plazo de cinco días hábiles (5), conforme lo dispone el literal b) del artículo 109 del Reglamento.

Seguidamente señala la Directiva en comento, que iniciado el PAD, corresponderá al órgano instructor adoptar la medida cautelar, estando

facultados tanto el órgano instructor como el sancionador a modificar o revocar la medida cautelar dictada. La medida cautelar no es impugnabile.

3.1.5.- Cese de los efectos de las medidas cautelares

Conforme al artículo 109°, del Reglamento General de la LSC, aprobado por D.S N° 040-2014-PCM, los efectos de las medidas cautelares cesaran en los siguientes casos:

- a) Con la emisión de la resolución administrativa que pone fin al procedimiento disciplinario.
- b) Si en el plazo de cinco (5) días hábiles de adoptada no se comunica al servidor civil la resolución que determina el inicio del procedimiento.
- c) Cuando cesan las razones excepcionales por las cuales se adoptó la medida provisional.
- d) Cuando haya transcurrido el plazo para su ejecución.

La normativa del servicio civil ha previsto que si la medida cautelar fuera impuesta durante el procedimiento y si el órgano sancionador requiere de un plazo mayor a diez (10) días hábiles para emitir la resolución que ponga fin al procedimiento disciplinario, la medida cautelar que se haya impuesto tendrá que ser renovada expresamente.

Lo mismo será de aplicación en el caso que la medida cautelar haya sido impuesta antes del inicio del procedimiento administrativo disciplinario.

Conforme a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444 (Art. 146.1), iniciado el procedimiento, la autoridad competente mediante decisión motivada y con elementos de juicio suficientes puede adoptar, provisoriamente bajo su responsabilidad, las medidas cautelares establecidas en

esta Ley u otras disposiciones jurídicas aplicables, mediante decisión fundamentada, si hubiera posibilidad de que sin su adopción se arriesga la eficacia de la resolución a emitir.

En este contexto se tiene que las medidas cautelares reguladas en la **LSC**, únicamente están referidas a aquellas decisiones procedimentales que con carácter excepcional y provisional son impartidas por la autoridad administrativa revestida de competencias conferidas por ley expresa, con el objeto de asegurar el resultado final del procedimiento administrativo disciplinario, vale precisar aquellas que operan únicamente de oficio, en ningún caso a pedido del servidor. Una nota característica de las medidas cautelares asegurativas de la decisión final del PAD, es que se dictan inaudita parte, esto quiere decir que se decretan y cumplen sin audiencia de su destinatario, ningún incidente planteado por el servidor (destinatario) de la medida podrá detener su cumplimiento, en ello radica el fundamento que estas resulten inimpugnables.

Debemos considerar que si bien por disposición expresa de la Directiva N° 02-2015-SERVIR/GPGSC “Régimen Disciplinario y Procedimiento Sancionados de la Ley N° 30057, Ley del Servicio civil”, aprobada por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 101-SERVIR-PE, las mismas no resultan impugnables, ello no significa de modo alguno que el servidor interesado no pueda pedir la cancelación de la misma en caso se acrediten las condiciones reguladas en el artículo 109°, del Reglamento General de la LSC, aprobado por D.S N° 040-2014-PCM, siendo estas:

- a) Cuando se emita la resolución administrativa que pone fin al procedimiento disciplinario;
- b) Si en el plazo de cinco (5) días hábiles de adoptada no se comunica al servidor civil la resolución que determina el inicio del procedimiento.
- c) Cuando cesan las razones excepcionales por las cuales se adoptó la medida provisional, y
- d) Cuando haya transcurrido el plazo para su ejecución.

3.2.- Prorrogas sucesivas de la exoneración

Luego de los puntos repasados en la primera parte del trabajo, pasaremos a revisar sobre la prorroga sucesiva del trámite previo vinculado al despido, que se advierte de la norma, no se prohíbe de forma expresa; inclusive, el artículo 32° faculta al empleador, en caso se entere de una nueva falta cometida, iniciar nuevamente el trámite previo vinculado al despido, aun cuando se traten de faltas relacionadas.

Así pues, la figura de la prórroga se puede dar en dos supuestos uno que incluya la exoneración de la obligación de asistencia al centro de labores, y otro en el que no se le exonere al trabajador de dicha obligación.

3.2.1.- Prorroga y exoneración

Conforme a las acepciones que establece el Diccionario de la Real Academia Española, PRORROGA se refiere a la acción de continuar o extender una cosa por determinado tiempo,

En materia laboral, el trabajador exonerado de asistir al centro de labores por estar sujeto a un procedimiento de despido no deberá presumir que esta sanción se le impuso de hecho o sin justificación, si luego de formular sus descargos y no haber recibido comunicación expresa del empleador, se apersona al lugar del trabajo y se le impide el ingreso.

Lineamientos Según el artículo 31 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, tal exoneración resulta válida siempre que no repercuta en forma negativa en el derecho de defensa del trabajador y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponder. En ese contexto, el tribunal fijó como criterio que cuando en un procedimiento de despido, el empleador otorgue dicha exoneración sin establecer un término para la reincorporación del trabajador, se atenderá como plazo máximo aquel

dado en la carta de imputación de cargos, que no deberá ser menor a seis días naturales.

Si se prorroga el plazo para los descargos del trabajador, se añade que en forma automática será prorrogada tal exoneración al trabajador, con la obligación del empleador de abonarle las remuneraciones y demás derechos que le corresponda en dicho período. Esta prórroga deberá concluir con la carta de absolución o de despido, según sea el caso.

En ninguna circunstancia, el período para la presentación de descargos podrá exceder un plazo razonable conforme a la naturaleza de la falta imputada.

En la praxis, el empleador que niega el ingreso de un trabajador que se mantenía con vínculo laboral suspendido por estar en trámite el procedimiento de despido. Situación por el cual no debe asistir a su centro de labores hasta que se le comunique la decisión final. Esto pese a que el trabajador presente sus descargos en el plazo fijado. Para el máximo tribunal, de este modo, tal situación no puede llevar de manera alguna a presumir la existencia de un despido de hecho o incausado del trabajador, motivo por el cual el empleador podría prohibir el ingreso del trabajador con procedimiento de despido hasta que tome la decisión final.

3.3.- Fallos del tribunal constitucional sobre la aplicación del art. 31° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral

El Tribunal Constitucional tiene una diversidad de fallos sobre despidos, pero específicamente sobre la aplicación del artículo 31° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral que traten sobre el alcance de la facultad de exoneración del empleador, son pocos. Uno de ellos, es el caso de la sentencia recaída en el expediente N° 1058-2004- AA/TC, en cuyo considerando 12 establece lo siguiente:

“Artículo 31° del Decreto Supremo N.º 003-97-TR permite que el empleador exonere al trabajador de asistir a su centro de labores a efectos de realizar sus descargos de ley frente a una imputación, ello opera solo en los supuestos en que tal exoneración no perjudique el derecho de defensa. En el caso de autos, resultaba evidente que por las características de la imputación realizada, no solo era conveniente, sino necesario, para la defensa del trabajador, poder acceder a los elementos informáticos que permitieran la sustentación de sus descargos. La demandada no solo exoneró de sus labores al recurrente sin que en su caso resultara pertinente dicha medida, sino que, abusando de sus prerrogativas o distorsionando los alcances del dispositivo antes referido, le impidió al trabajador, aun antes de ser despedido, ingresar a su centro de labores”

De esta forma, se hace una precisión sobre la facultad de exoneración que se le otorga al empleador, la cual debe limitarse en los casos en los que no se afecte el derecho de defensa del trabajador. Por otro lado, tenemos la Sentencia recaída en el Expediente N° 976-96-AA/TC, en la cual el Tribunal Constitucional establece que “la omisión del procedimiento previo -el trámite previo al despido- de defensa del trabajador, vulnera el derecho constitucional al debido proceso”. Así pues, resulta necesario seguir el procedimiento o trámite previo vinculado al despido (a excepción de los supuestos de falta flagrante), pues de no hacerlo, se vulnera el derecho de defensa del trabajador. En ese orden de ideas, el Tribunal Constitucional no analiza los alcances del trámite previo vinculado al despido más allá de su carácter necesario y su afectación al derecho de defensa, no ahondando en lo referente a establecer algún criterio objetivo para dilucidar en qué casos resultará razonable el plazo que exonere el empleador al trabajador sobre su obligación de asistencia al centro de labores.

3.4.- Derecho comparado

El derecho a recibir oportunamente un preaviso está claramente reconocido en la legislación de un número importante de países. Con todo, cabe señalar que la noción de «plazo de preaviso razonable» difiere de país en país, así como en un mismo país, en función de la antigüedad del trabajador y del tipo de contrato de trabajo.

En la mayor parte de Europa, por ejemplo, se considera que los empleados tienen el derecho de mantener su trabajo de por vida.

A las compañías multinacionales muchas veces les cuesta ajustarse a la gran variedad de leyes laborales y procesos de despido en distintos países.

3.4.1.- E.E.U.U.:

La filosofía predominante en EE.UU. es que los empleados están contratados "a voluntad", eso quiere decir que pueden ser despedidos sin advertencia, causa justificada o preaviso.

Las pocas excepciones son circunstancias relacionadas a temas de discriminación o represalias, en EE.UU. están lo menos regulados posibles en cuanto a despidos, señala Meghan Hill, abogado asociado en la firma Squire Patton Boggs en Columbus, Ohio.

El jefe lo puede llamar a su oficina a un empleado, informarle que está despedido, ordenarle que recoja sus cosas y e indicarle que está obligado a irse en ese momento. ¿Implacable? Puede ser. Pero la libre voluntad funciona para ambas partes. A los empleados se les permite que cualquier día lleguen a la oficina y anuncien que renuncian y dejan la empresa. Incluso pueden comenzar un nuevo trabajo en ese momento. Aunque se acostumbra dar un preaviso de dos semanas, no hay una ley que lo exija.

EE.UU. tampoco tiene leyes federales que obliguen a efectuar pagos por liquidación.

Todo al final depende de contratos individuales entre el empleado y su empleador (con la excepción de trabajadores sindicalizados que negocian contratos colectivos).

Sin embargo, "eso es algo que generalmente solo están en capacidad de negociar empleados de más alto nivel, como los ejecutivos", apunta Hill.

Adicionalmente al pago por indemnización, el preaviso y la libertad de los empleados para renunciar y firmar con otra empresa de la competencia son asuntos que se negocian individualmente.

3.4.2.- Italia.

Italia es una de las naciones con mayores regulaciones en material de leyes laborales, las regulaciones de empleo son numerosas y específicas y, en su gran mayoría, están destinadas a proteger a los empleados.

Por ejemplo, si una empleada se acaba de casar no puede ser despedida en el primer año de su matrimonio, a menos que sea por casos de mala conducta, en los que se incluyen robo o violencia, dice Michael Butler, de Radius Worldwide, una compañía que ayuda a las empresas a expandirse en el exterior.

E incluso cuando hay una situación de mala conducta, salir del empleado puede ser complicado.

Cuando trabajaba en Italia, Andrea Huggard-Caine, una experta internacional en recursos humanos ahora radicada en Brasil, tuvo que despedir a un empleado por robar.

"El tribunal señaló que le dimos la oportunidad de robar y que nuestros procedimientos no eran lo suficientemente fuertes para evitar la tentación

de hacerlo, así que había sido nuestra culpa".

Huggard-Cain cuenta que el empleado no volvió a la oficina, pero de todas formas la compañía tuvo que pagarle una suma "enorme" para asegurarse de que no regresara. Debido a que despedir empleados representa todo un desafío, el proceso para contratarlos es más laborioso y consume mucho más tiempo.

3.4.3.- Reino Unido.

Ser despedido nunca es grato, pero en el Reino Unido una ley hace las cosas un poco más fáciles para los trabajadores, que tienen como colchón un período garantizado de preaviso.

Todos los trabajadores en Reino Unido tienen el derecho legal a un período de preaviso de una semana por los dos primeros años de servicio y una semana adicional por cada año de trabajo posterior a ese momento.

En ese sentido, "un director ejecutivo tiene la misma protección que un barrendero", dice Caroline Noblet, directiva de la firma legal internacional Squire Patton Boggs.

La mayoría de los empleadores, sin embargo, tendrán períodos de preaviso más largos de los exigidos por la ley para protegerse de trabajadores que quieran abandonar el barco muy rápida o fácilmente.

No es inusual que gerentes medios, por ejemplo, comiencen sus roles con un período de preaviso de tres meses en el Reino Unido, dice Noblet.

El empleador también puede pedirle al trabajador que se vaya inmediatamente al ser despedido y pagarle el valor de su período de preaviso.

Se le llama "gardening leave", que podría traducirse como "licencia para estar en el jardín", ya que el trabajador no tiene que hacer sus labores, pero sigue cobrando.

3.4.4.- Brasil.

En Brasil, despedir un empleado puedes resultar bastante caro. No se requiere causa justificada de despido, pero hay leyes estrictas sobre la cantidad de dinero que un patrono le tiene que dar a cualquier persona que echa. La fórmula comprende un mes de salario, incluyendo tiempo de vacaciones, y una multa basada en el tiempo de servicio.

Si un empleador puede demostrar ciertos motivos por el despido como por ejemplo robo, queda exonerado del pago extra. Sin embargo esa acción muchas veces lleva a demandas en represalia, dice Huggar-Caine. La especialista añade que los empleadores intentan evitar despidos por "causa justificada" porque los tribunales laborales suelen favorecer al trabajador en las sentencias. En vez de eso, las compañías optan por pagar la multa estipulada por despedir a alguien sin motivo.

3.4.5.- China.

Las leyes laborales en China -un país comunista- están estructuradas para proteger y favorecer los derechos de los trabajadores. Es difícil terminar el contrato de los empleados y los tribunales pueden bloquear un despido o insistir en que el trabajador sea reincorporado.

Sin embargo, Butler dice que hay más cosas que considerar, aparte de la ley, cuando se tiene planificado despedir a un empleado en China. Culturalmente es un país muy centrado en las relaciones, así que los despidos deben ser manejados con sensibilidad. "Un empleado está muy vinculado al liderazgo de la compañía", apunta. "Es necesario ser muy respetuoso cuando despidas a alguien".

Agrega que tener la reputación de tratar mal a la gente, incluyendo hacer despidos, puede provocarle graves daños de imagen a una compañía y destaca que a las compañías extranjeras que les va bien en China son las que hacen un esfuerzo para entender la cultura y trabajar dentro de su marco.

3.4.6.- España.

Las empresas españolas pueden dar por terminada la relación laboral con un empleado comunicándoselo con 15 días de antelación. Según datos del *Global Human Resource Factbook* de Mercer, España se sitúa entre los países que exigen a sus empresarios menos tiempo de preaviso a la hora de comunicar el fin de la relación laboral con sus empleados, siendo 15 días el mínimo exigido por Ley.

3.4.7.- Centro América

La mayoría de la legislación laboral en Centro América sigue el principio de “indemnización tasada” (pago de prestaciones proporcional al salario y a los años laborados), en general. Sin embargo, hay casos en que la sanción implica la “readmisión en el empleo” o la reinstalación, particularmente en el caso de trabajadores del Estado, de líderes sindicales ilegítimamente despedidos, de trabajadoras embarazadas despedidas sin justa causa o de despidos “discriminatorios” (en función del sexo, la raza, el origen étnico, el hostigamiento sexual, de la condición de enfermedad por VIH/SIDA o la discapacidad). Ese modelo es el aplicable en Centroamérica: “estabilidad impropia” para la generalidad de los trabajadores y “estabilidad propia” para trabajadores especialmente tutelados. En este tipo de casos, se exige, normalmente, la reinstalación en el puesto de trabajo y, además, una indemnización complementaria por los daños sufridos (salarios caídos y otras formas de indemnización por despido injustificado). Los códigos de

trabajo del área, establecen algunas situaciones en las que la relación laboral termina sin responsabilidad del empleador/a, entre ellos, el mutuo consentimiento, la renuncia de la persona trabajadora, la conclusión de la obra o el servicio convenido, la muerte de alguna de las partes, los despidos sin responsabilidad patronal (por causas diversas imputables al trabajador/a: engaño, violencia, revelación de secretos técnicos, falta de adopción de medidas preventivas o de seguridad, desobediencia, injurias o malos tratos contra el empleador/a, su familia, personal directivo o compañeros de trabajo en el centro laboral, actos inmorales o delictivos, etc). En tales casos, se deben pagar únicamente los derechos adquiridos: vacaciones, décimo tercer mes en concepto de aguinaldo y los otros pagos adicionales que apliquen, ya sean completos o en forma proporcional al tiempo trabajado.

Si el despido es injustificado, se debe pagar los derechos anteriores y, además, el preaviso y la cesantía, o primas de antigüedad, entre otros.

El preaviso en Centro América se concibe como la notificación escrita con que una de las partes finaliza la relación de trabajo. Tanto la persona trabajadora como la empleadora deben comunicarlo. Cuando se toma la decisión de finalizar la relación de trabajo sin justa causa, ambas partes pueden pagar con dinero el término del preaviso.

El plazo del preaviso depende del tiempo de duración de la relación laboral, en cada país. El auxilio de cesantía, por su parte, es la indemnización que el/la patrono/a debe pagar en dinero al trabajador/a, cuando lo retira de su puesto de trabajo sin causa justa (es decir, cuando se trata un despido sin ninguna justificación legalmente aplicable), por lo que deviene en la obligación de pagarle una indemnización de conformidad con la tabla siguiente:

| | <i>Costa Rica</i> | | <i>Guatemala</i> | | <i>Honduras</i> | | <i>El Salvador</i> | <i>Nicaragua</i> | <i>Panamá</i> |
|--|---------------------|------------------|---|-------------|--|------------------------------|---------------------------|----------------------------------|---|
| Despido sin responsabilidad empresarial | Salarios, aguinaldo | vacaciones, | Salarios, aguinaldo, Bonificaciones anual e incentivo | vacaciones, | Salarios, decimotercero y decimocuarto | vacaciones, | Salarios, vacaciones | Salarios, vacaciones, aguinaldo* | Salarios, vacaciones, decimotercero y prima de antigüedad |
| Despido con responsabilidad empresarial | Preaviso | Cesantía | Preaviso ** | Cesantía | Preaviso | Cesantía | Indemnización por despido | Indemnización por antigüedad | |
| Periodo de prueba | No aplica | No aplica | No aplica | | No | No aplica | No | | |
| 2-3 meses | | | 1 semana | | 24 horas | | | | |
| 3 a 6 meses | 1 semana | 7 días | | | 1 semana | 10 días | 30 días/ años servicio | | |
| 6 meses a un año | 15 días | 14 días | 10 días | | 2 semanas | 20 días | | | |
| 1 a 2 años | 1 mes | 19-21.5 días *** | 2 semanas | | 1 mes | 1 mes/año Máximo 15 meses | | 1 mes salario | |
| 2 a 3 años | | | | | 2 meses | | | | |
| 3 a 5 años | | | | | | | | 20 días / año Máximo 5 meses | 30 días o indem |
| 5 a 6 años | | | 1 mes | | | | | | |
| 6 a 7 años | | | | | | | | | |
| Más de 7 años | | 22 días | | | | | | | |
| Prescripción/ | 6 meses | | 30 días | | | | | | |

Fuente: www.leylaboral.com (Proyecto Cumple y Gana)

* En caso de renuncia, cuando se dan 15 días de preaviso, se paga la indemnización por antigüedad ** (solo el trabajador)

3.5.- La exoneración para asistir al centro laboral, durante el trámite previo vinculado al despido, en el Perú.

La Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema en la Casación Laboral N° 11355-2014 Lima, estableció que cuando el empleador, en un procedimiento disciplinario de despido, opte por exonerar al trabajador de su centro de trabajo sin fijar un término para su reincorporación, se tendrá en cuenta lo siguientes criterios: (i) El plazo máximo a considerarse será el otorgado en la carta de imputación de cargos, que no será menor a seis días naturales; y, (ii) en caso de prorrogarse el plazo para la presentación de los descargos, automáticamente se prorrogará la exoneración al trabajador para no asistir a su centro laboral, con la obligación del empleador de abonarle las remuneraciones y demás derechos que le corresponda en dicho período. Esta prórroga deberá concluir con la carta de absolución o de despido, según sea el caso. Del análisis de lo referido, se debe concluir que el trabajador que se encuentra inmerso en un procedimiento de despido y es exonerado de asistir al centro laboral, no deberá asistir al centro laboral, hasta que se le comunique el empleador la decisión final, es decir que estará exonerado no hasta la fecha de descargos sino hasta que se le curse carta con la decisión final.

Efectos prácticos

A criterio del laboralista Jorge Luis Acevedo, algunos abogados de trabajadores sometidos a procedimientos de despido recomendaban a sus patrocinados reincorporarse a sus labores luego de presentar los descargos aunque no hayan concluido esos procedimientos, debido a que presumían que con la sola entrega de la carta de descargo o cumplidos los seis días de la imputación de los cargos sin pronunciamiento del empleador, este perdonaba al trabajador que adquiriría el derecho a retornar a su trabajo. Por ende, considera que se esclarece un particular punto de vista de ciertos abogados que efectuaban presunciones erróneas, además, es importante que el empleador tome un plazo razonable para decidir con los descargos, como por ejemplo seis días como máximo.

CAPITULO IV:

EL DERECHO DEL TRABAJADOR A LA OCUPACION EFECTIVA

4.1.- En la Doctrina Nacional

En la Doctrina Nacional, no se ha desarrollado un tratamiento especial al derecho del trabajador a la ocupación efectiva, pues como veremos es mencionado por los doctrinarios nacionales haciéndose una extensiva interpretación al derecho del trabajo y solo en la Ley de Régimen Laboral del Futbolista profesional ha logrado el reconocimiento como tal, así tenemos los siguientes conceptos:

Landa Arroyo, señala que en relación con el derecho de acceso al empleo, este supone que toda persona que cumple los requisitos y condiciones exigidas por el empleador (público o privado) para acceder a un empleo no puede ser discriminado; siempre que se le haya adjudicado la plaza laboral ofertada, debería ser contratado y en los hechos realizar el trabajo para el cual fue elegido (derecho a la ocupación efectiva), que en el ámbito público, en cualquiera de las modalidades y regímenes laborales aplicables, el acceso al empleo se realiza mediante concurso público.

De lo referido, como observamos se hace una referencia a la ocupación efectiva como la realización del trabajo mediante el cual se accede mediante concurso público, es decir, el derecho de hacer efectivo la actividad por lo cual concurso y gano.

4.1.1.- La ocupación efectiva

Una visión tradicional del contrato de trabajo, de sesgo civilista, que destaca su función de contrato de cambio, consideraba que las obligaciones de las partes se agotaban, por el lado del trabajador, en poner su fuerza de trabajo a disposición del empleador y, por el lado de este, en cancelar a aquel su remuneración, no teniendo, por consiguiente obligación alguna de dar al trabajador una ocupación determinada. (Antonio Martín Valverde. 1991 p. 500)

Prescinde esta noción del contrato laboral de consideraciones que van más allá de la simple necesidad del trabajador, que le obliga a vender, cual mercancía, su fuerza de trabajo para conseguir los ingresos que su subsistencia, así como, generalmente, la de su familia, requiere, aspecto este que, desde luego, queda satisfecho -en términos estrictamente jurídicos, que no sociales- con el pago del salario. En efecto, además de un medio para subsistir, el trabajo cumple para la persona otras funciones de índole no económica, pero no por ello menos importantes. Baste recordar que nuestra Constitución predica del trabajo que es «base del bienestar social y un medio de realización de la persona» (Const. 93, Art. 22º), lo que conlleva asumir una perspectiva más amplia del trabajo, no solo como factor esencial de la economía, sino, igualmente, como vehículo para que la persona se «realice», esto es, despliegue sus capacidades, potencialidades e iniciativa, y, asimismo, encuentre satisfacción en lo que hace. De otro lado, pero complementariamente, es indiscutible que el trabajador mediante el trabajo perfecciona y amplía sus conocimientos, profundiza su especialización y adquiere experiencia en la ocupación, oficio o profesión que desempeña, lo que, en definitiva significa que el desempeño efectivo y permanente de una ocupación es requisito esencial de su desarrollo profesional.

De allí que algunas legislaciones, como la española, reconozcan expresamente el derecho del trabajador «a la ocupación efectiva», el cual, según se ha expresado, «Se agota con su «efectividad», es decir, con la obligación empresarial de proporcionar al trabajador los medios e instrumentos que le permitan materializar su prestación laboral».

Correlativamente, este derecho «genera para el empresario todas aquellas obligaciones de hacer y no-hacer que sean necesarias para su satisfacción: todo aquello que haga posible la efectiva prestación de servicios del trabajador. Así, obliga al empresario a asignar al trabajador puesto concreto de trabajo, dar las órdenes e instrucciones concretas para su ejecución, proporcionar la información, los útiles y las herramientas necesarias, y cuidar que las

circunstancias ambientales sean las adecuadas para la efectiva prestación de servicios. De otra parte, el empresario está obligado a eliminar aquellos obstáculos o impedimentos que repercutan en el desarrollo de la actividad laboral».

La inactividad forzosa del trabajador, derivada de la falta de asignación de tareas o funciones específicas, salvo que esta obedezca a situaciones objetivas, de caracteres generales y ajenos a la voluntad del empleador, es considerada contraria al «derecho al trabajo» aun cuando ella no afecte la percepción del salario por el trabajador. Es que, la moderna doctrina del contrato de trabajo, atribuye a este, cuando menos, una doble finalidad: la económica, que se satisface con el pago del salario, y la humana y profesional, que solo puede cumplirse si a través del trabajo la persona desarrolla sus capacidades y perfecciona su formación profesional. De allí que el solo pago de su salario a un trabajador al que se obliga a permanecer inactivo, no satisfaga todos los fines del contrato de trabajo y vulnere, por consiguiente, el derecho al trabajo.

Se ha destacado, además, los evidentes perjuicios que dicha conducta empresarial acarrea al trabajador por «[...] entrañar además un atentado contra su dignidad personal al verse privado de un instrumento esencial en la realización de su personalidad. La elevación de los valores morales al primer plano del orden jurídico, quedarían directamente violentados si el trabajador se viera forzado a mantener una ociosidad incompatible con su deber constitucional de trabajar [...]». Alberto Guanche Marrero. Pag. 34-35

También es importante la vinculación del derecho a la ocupación efectiva con la protección de la profesionalidad del trabajador, en la medida que la inactividad de este afecta su promoción y formación profesional.

De hecho, el trabajador forzado a la inactividad es separado de la dinámica de la empresa y postergado en sus expectativas de promoción y ascenso, ya que difícilmente podrá reunir las calificaciones requeridas para ello, vinculadas al desempeño efectivo de una función. De la misma manera, quedará marginado de

la formación profesional, que es ingrediente necesario para su futura promoción. Incluso, en la perspectiva de dejar la empresa, una previa inactividad prolongada puede causar la pérdida o disminución significativa de su competitividad en el mercado de trabajo.

Se relaciona, igualmente, la ocupación efectiva con la interdicción de la discriminación, en la medida que puede considerarse que negar trabajo a uno o varios trabajadores mientras los demás que integran la empresa lo tienen, constituye una conducta discriminatoria.

Por estas razones, se ha puesto de relieve que así como el desconocimiento de este derecho comporta la vulneración del derecho fundamental al trabajo, de la misma manera genera, como consecuencia directa, la vulneración de otros derechos laborales, como a la promoción y formación profesional.

La implicación del trabajo, como actividad humana, con otros valores y principios constitucionales, determina que además de considerarse al «derecho al trabajo» como la fuente directa e inmediata del derecho a la ocupación efectiva, este pueda encontrar, concurrentemente, apoyo en aquellos, configurándose, de esta manera, como un derecho tributario de diversos preceptos constitucionales, todos ellos organizados en torno a la idea central de la dignidad humana y del trabajo como medio de realización de la persona.

En nuestro ordenamiento, el derecho a la ocupación efectiva apenas ha logrado reconocimiento en la Ley del Régimen Laboral del Futbolista Profesional (Ley No 26566), cuyo artículo 7º, inciso d) lo incluye entre los derechos del futbolista profesional, precisando que en virtud de este el futbolista no puede, salvo en caso de sanción o lesión, ser excluido de los entrenamientos y demás actividades instrumentales o preparatorias para el ejercicio de la actividad deportiva.

4.2.- En la Doctrina Internacional

4.2.1.- El derecho a la ocupación efectiva y su relación con la profesionalidad

El derecho a la ocupación efectiva se encuentra consagrado en el ordenamiento español en el artículo 4.2 a) del Estatuto de los Trabajadores, ha sido señalado como una de las manifestaciones más destacadas del derecho constitucional al trabajo.

Cabe precisar que la normativa anterior era más restrictiva en la medida que condicionaba la efectividad del derecho a que su vulneración implicara un daño a la formación y profesión del trabajador, dejando a un lado la transgresión del derecho al desarrollo de la personalidad del individuo, y el respeto a su dignidad. Es así que el ET refleja un avance en la regulación legal de esta figura puesto que el anterior artículo 75.2 LCT disponía que el empresario está obligado a darle ocupación efectiva al trabajador cuando el no dársela perjudicare considerablemente su formación o perfeccionamiento profesional añadiendo dicho artículo que “no obstante el empresario podrá justificar el incumplimiento de este deber por motivos ocasionales e importantes”. Se trataba de una configuración extremadamente restrictiva, limitando su efectividad a los casos de posible daño considerable a la formación o perfeccionamiento profesional del trabajador.

Del sistema actual interesa destacar su relación con la profesionalidad y la dignidad personal del trabajador. En efecto la doctrina científica y la jurisprudencia española relacionan el derecho a la ocupación efectiva con la defensa de la dignidad y la profesionalidad. Al respecto se señala que es de tal importancia el derecho a la ocupación efectiva para la dignidad y la carrera profesional del trabajador, que es posible aunarlo con los objetivos constitucionales que hacen del Derecho al Trabajo una disciplina jurídica igualadora y compensadora de diferencias originarias. En efecto el derecho constitucional al trabajo (artículo 35.1 CE) proyecta su eficacia no sólo hacia los poderes públicos sino hacia el empresario que, si bien no puede ser compelido a

asignar directamente un puesto de trabajo, tiene la obligación una vez perfeccionado el vínculo contractual, de dar trabajo y abstenerse de cualquier actuación que comporte una lesión a este derecho constitucional.

Por su parte la jurisprudencia a través de la STC 22/1981, permite afirmar que la ocupación efectiva es la traducción legal del derecho constitucional al trabajo y forma parte de su contenido esencial. (*SSTS 24/09/1985, 12/12/1989 A 8957 y 7/05/1990 A 3973, STSJ del País Vasco del 29 de enero de 1992, Palomeque Lopez, M.C. y Alvarez De La Rosa, M., Derecho del Trabajo..., op. cit., 2008, p. 613*).

Al encontrarse este derecho en directa relación con el respeto a la dignidad del trabajador, la negativa del empleador a dar ocupación al trabajador (aún en el caso de que se siga abonando el salario), atenta contra el desarrollo profesional del mismo y lo coloca en una situación de inferioridad frente al resto de los trabajadores. Constituye por tanto una violación a los derechos de la personalidad del trabajador, a su profesionalidad, como derecho inherente a la persona. Lógicamente que este derecho a la ocupación efectiva también se encuentra relacionado con los otros derechos profesionales consagrados en el artículo 35.1 de CE, como el derecho a la promoción y ascenso. En tanto el trabajador que se ve vulnerado en su derecho a la ocupación real y efectiva del puesto de trabajo, a la que el empleador se comprometió en el contrato de trabajo, se ve lesionado también en su derecho y expectativa de formación profesional, carrera y ascenso dentro de la empresa.

Así lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo español al señalar “No asignar a un trabajador servicio o actividad alguna supone, en principio (...) un claro agravio y menosprecio a su dignidad, cuya gravedad se eleva en progresión geométrica en función del tiempo que transcurra en tal situación (...) porque el trabajo es una obligación pero al mismo tiempo un inseparable derecho de acuerdo con la Constitución (artículo 35.1) (...) con esta forma de actuar el empresario se destruye el natural deseo de superar y mejorar y se ocasiona un

perjuicio psíquico y profesional al trabajador, ya que ofensivo es claramente recibir un salario sin trabajar y sin que en ello exista una razonable justificación”. La inactividad profesional del trabajador va a entrañar pues un atentado contra su dignidad personal al verse privado este de un instrumento esencial en la realización de su personalidad. Los valores morales – que se encuentran en el primer plano del orden jurídico – quedarían directamente violentados si el trabajador se viera forzado a mantener una ociosidad incompatible con su deber constitucional de trabajar. Resulta indiscutible que la vulneración de la profesionalidad del trabajador entraña de lleno en el campo de su dignidad como ser humano. Por tanto, el derecho a la ocupación efectiva queda también hermanado con el derecho constitucional a la vida reconocido en el artículo 43.1 de la CE en su dimensión de salud o equilibrio psicológico.

La falta de ocupación efectiva puede configurarse tanto cuando al trabajador no se le da trabajo, como también cuando no se le dan los medios necesarios e indispensables para cumplir con su tarea en la forma que establece el compromiso contractual. De hecho, no otorgarle al trabajador las herramientas necesarias para el cumplimiento de la prestación a la cual se obligó configura una violación al derecho al trabajo. El contrato de trabajo no se cumple no ya por inercia del empleado, sino porque es el empleador que indirectamente hostiga a aquel a que no pueda cumplir con el compromiso pactado. Esta es la otra cara de la falta de ocupación efectiva, pero la que comúnmente se manifiesta y a veces es difícil de probar para el trabajador, dado que este deberá demostrar a que se comprometió, cuál es su tarea y como debe desempeñarse. De lo contrario podrá ser acusado de incompetente para el cargo. Creemos que los representantes de los trabajadores deberán considerar este tipo de situaciones, cuando en los convenios colectivos se describen las tareas a desempeñar por cada categoría, agregando además cuales son los elementos indispensables que el trabajador debe poseer para desempeñar el puesto de trabajo en forma acorde con su compromiso contractual.

Este derecho también se encuentra conectado con otros derechos laborales básicos. El trabajador deberá ocupar el puesto de trabajo para el cual se comprometió es decir debe desempeñar su cualificación pactada en el contrato de trabajo, teniendo presente por supuesto el artículo 39 del ET en cuanto a la movilidad funcional y el artículo 23 ET, sobre trabajos de inferior o superior categoría, dado que estamos ante un contrato de tracto sucesivo. De esta forma se observan mayores garantías para la ocupación efectiva que para la convenida, aunque ambas constituyen límites al poder de dirección del empleador y ambas afectan la profesionalidad del trabajador que se ha visto afectado por la vulneración de estos derechos. El respeto de este derecho es también condición sine qua nom para el ejercicio efectivo del derecho a la promoción y formación en el trabajo, así como el derecho a la no discriminación que incorpora la prohibición de tratamientos vejatorios e injustificadamente diferenciadores (artículos 14 CE y 4.2 c, así como el 17 de ET). Indudablemente quien carece de ocupación efectiva, no tiene la expectativa de ascender dentro de la empresa, tampoco de ser cualificado, ni tampoco participa de cursos de formación, lo que coloca al trabajador en una condición de inferioridad frente al resto de sus compañeros.

Le causa un daño moral, pero también un daño económico materializable en la expectativa de ascender, de lograr un mayor salario, y de ascender no solo a nivel de la empresa, sino que lo limita en sus posibilidades de emprender una carrera en otra empresa, en decir daña su ascenso dentro de la sociedad en sí. Lo cual puede tener mayor importancia en la medida que el trabajador tenga más especialización puesto que se verá relegado en su carrera profesional dentro de la corporación a la cual pertenece como profesional. Al respecto la jurisprudencia de los tribunales ordinarios así lo ha entendido, al pronunciarse en el caso donde trabajadores del sector bancario habían sido trasladados a una oficina que carecía de las condiciones mínimas para desempeñar la función asignada, quedando también inhabilitados para seguir cualquier carrera

profesional dentro de la institución bancaria. El tribunal señala: “Como quiera que por el contrario los hechos que han quedado inalterados ponen de manifiesto que los codemandados quedaron relegados en una oficina, que no estaba abierta al público, sin logotipo, con falta de medios y sin conexión informática la red del banco, es acertado deducir como hace la sentencia que por aquel entonces a que se contraen las actuaciones no tenían reconocido ni se ofertaba su derecho a la ocupación efectiva (artículo 4.2 a) del ET) (...) entiende infringido el artículo 4.1 b) del ET los trabajadores afectados no han sido llamados por la empresa para realizar cursos de formación, ni se les ha hecho la evaluación personal anual sobre su actividad”.

Delimitado así este derecho se plantea el problema de la efectividad del mismo. La doctrina científica sostiene que es un derecho judicialmente invocable y que permite amparar específicas pretensiones de invalidez o antijuridicidad de comportamientos empresariales discrecionales que impliquen la inactividad profesional contraria a la voluntad del trabajador, configurándose no sólo como concreción de determinados deberes de protección del empresario sino como deber básico de prestación.

4.2.2.- El Derecho al trabajo como obligación

Según Lastras, J. (2006) refiere que el trabajador no sólo tiene la obligación de trabajar; tiene también "el derecho" al trabajo, lo que se traduce en la correspondiente obligación del empresario de proporcionarle la actividad comprometida. Es lo que se denomina "derecho del trabajador a la ocupación efectiva". Estando ante una figura que guarda una estrecha conexión con otros bienes y derechos de la relación laboral, como son los de formación y promoción en el trabajo y a la dignidad e imagen profesional del trabajador.

La *privación* de la posibilidad de realizar la actividad laboral contratada constituye una medida de presión utilizada en ocasiones por la empresa para prescindir de un trabajador y evitarse acudir a un despido. La falta de trabajo

atenta contra la dignidad profesional del trabajador, perjudica su formación y supone un agravio a su imagen profesional. El trabajador, convertido en un *paria* ante el resto de la empresa, se ve *compelido* a buscar su salida de la misma.

En ningún caso esta privación de la prestación de servicios imputable al empresario puede tener repercusión en las retribuciones del trabajador. El incumplimiento por parte del empresario del deber de proporcionar al trabajador ocupación efectiva no le exonera del pago del salario, aunque el trabajador no haya podido cumplir el deber contractual de realizar el trabajo pactado.

TERCERA PARTE: ANALISIS Y RESULTADOS

1.- CONTRASTACION DE LA HIPOTESIS

Teniendo en cuenta que el objetivo principal del presente trabajo de investigación, es determinar si en un procedimiento de despido la falta de precisión de los días de exoneración para asistir al centro de trabajo y la ausencia de una justificación objetiva para tal decisión, trae como consecuencia la vulneración al derecho del trabajador a la ocupación efectiva; hemos decidido aplicar dos encuestas con 6 preguntas de criterio para demostrar nuestra hipótesis. La primera encuesta lo hemos aplicado a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral SUNAFIL-LAMBAYEQUE y la segunda encuesta lo hemos aplicado al GOBIERNO REGIONAL DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO- LAMBAYEQUE.

1.1.- PRESENTACION DE LA PRIMERA ENCUESTA REALIZADA A 8 INSPECTORES DE TRABAJO DE LA SUPERINTENDENCIA DE FISCALIZACION LABORAL LAMBAYEQUE (SUNAFIL)

1.1.1.- Unidad de análisis

La población determinada que se ha tenido en cuenta para realizar la presente encuesta en el mes de Diciembre del 2018, ha sido la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral-Lambayeque (SUNAFIL), regulada mediante Ley No 29981, que modifica el artículo 19 de la Ley No 28806, Ley General de Inspección del Trabajo, estableciendo que SUNAFIL es el ente rector y la autoridad central del Sistema de Inspección del Trabajo de acuerdo al Convenio N° 81 de la

Organización Internacional del Trabajo; encargado de Velar por el cumplimiento de las disposiciones legales relativas a las condiciones de trabajo y a la protección de los trabajadores, facilitar información técnica y asesorar a los empleadores y a los trabajadores sobre la manera más efectiva de cumplir las disposiciones legales, asimismo poner en conocimiento de la autoridad competente las deficiencias o los abusos que no estén específicamente cubiertos por las disposiciones legales existentes, motivo por el cual es la población más idónea para medir su criterio en cuanto a lo establecido en el segundo párrafo del Art. 31° de la Ley de Productividad y Competitividad laboral.

1.1.2.- Delimitación de universo

El universo se ha delimitado teniendo en cuenta el número de inspectores de trabajo de Lambayeque; y que en el presente caso son 8 Inspectores Laborales; por lo que el número de encuestados es de $N^{\circ} = 8$

1.1.3.- Técnica a utilizar

La técnica que se ha utilizado es la encuesta, la cual consta de 6 preguntas objetivas, con dos respuestas. Dicha encuesta ha sido aplicada en el mes de Diciembre del 2018.

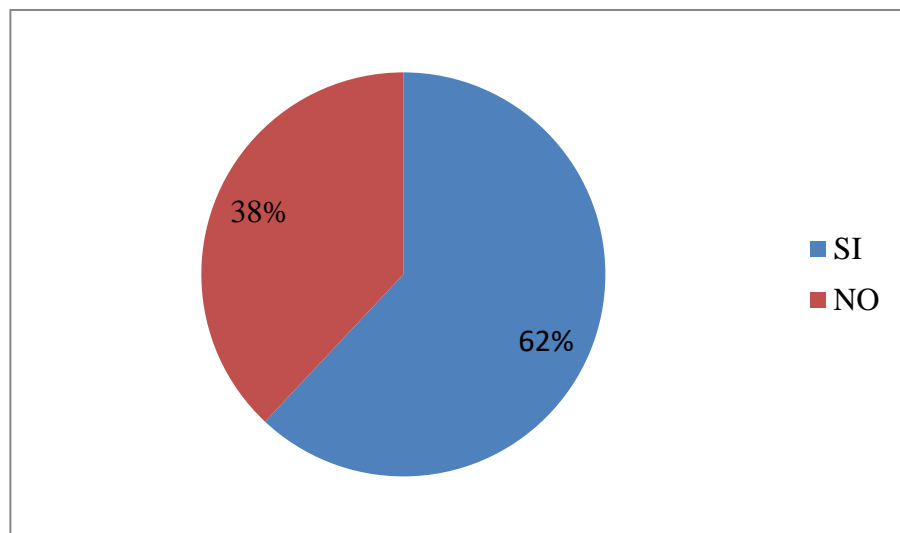
1.1.4.- Objeto de estudio

Determinar si la falta de precisión de los días de exoneración para asistir al centro de trabajo y la ausencia de una justificación objetiva para tal decisión, trae como consecuencia la vulneración al derecho del trabajador a la ocupación efectiva.

1.1.5.- Resultados obtenidos y análisis de los resultados

1.- ¿Considera usted, que debería establecerse un límite temporal o fecha cierta cuando el empleador use su facultad prevista en el segundo párrafo del artículo 31° del T.U.O. de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, para su validez?

| ALTERNATIVAS | N° DE INSPECTORES | % |
|--------------|-------------------|-----|
| SI | 5 | 62 |
| NO | 3 | 38 |
| TOTAL | 8 | 100 |

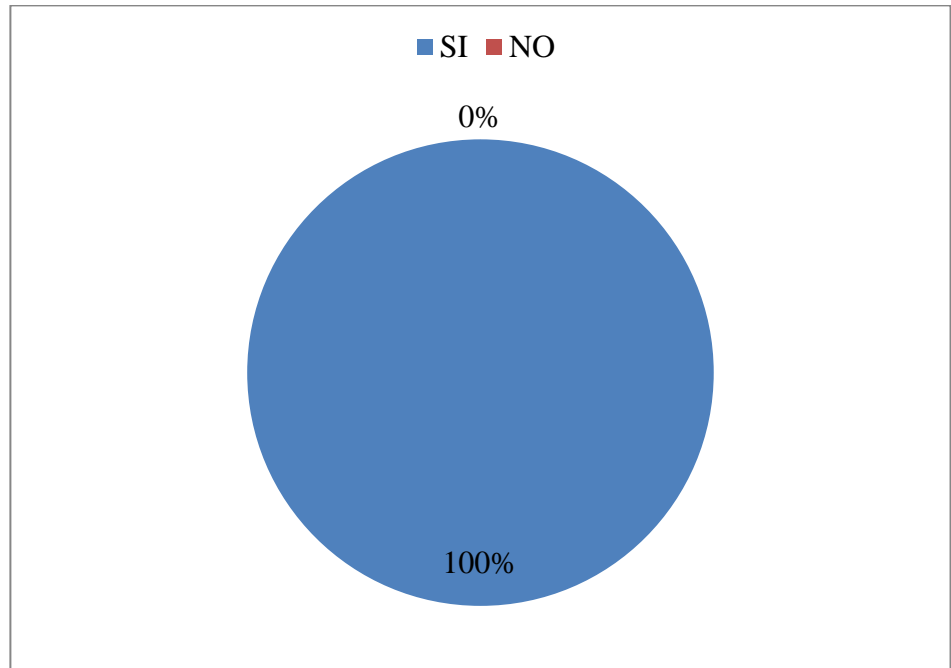


Análisis:

Como podrá verse del gráfico de esta primera pregunta, de los ocho Inspectores de trabajo, cinco inspectores respondieron que si debería contener para su validez la precisión de los días que se le exonerara al trabajador de asistir a su centro laboral, lo cual hace un porcentaje del 62%, y tres inspectores de trabajo respondieron que no debería precisarse para su validez los días que se le exonerara al trabajador de su centro laboral, los que conforman un porcentaje del 38%. Esto demuestra que de los ocho inspectores de trabajo encuestados la mayoría de inspectores de trabajo si aceptan la necesidad de que en la carta de imputación de cargos, en un procedimiento de despido debería precisar para su validez, los días que éste se encontrará exonerado para asistir a su centro de laboral, no afectándose de esta manera el derecho del trabajador a la ocupación efectiva.

2.- Considera usted, que el empleador al exonerar al trabajador de su obligación de asistir al centro de trabajo (Segundo párrafo del artículo 31° del D.S. N°003-97-TR), debería contener para su validez una justificación objetiva y razonable para tal decisión?

| ALTERNATIVAS | N° DE INSPECTORES | % |
|---------------------|--------------------------|----------|
| SI | 8 | 100 |
| NO | 0 | 0 |
| TOTAL | 8 | 100 |



Análisis:

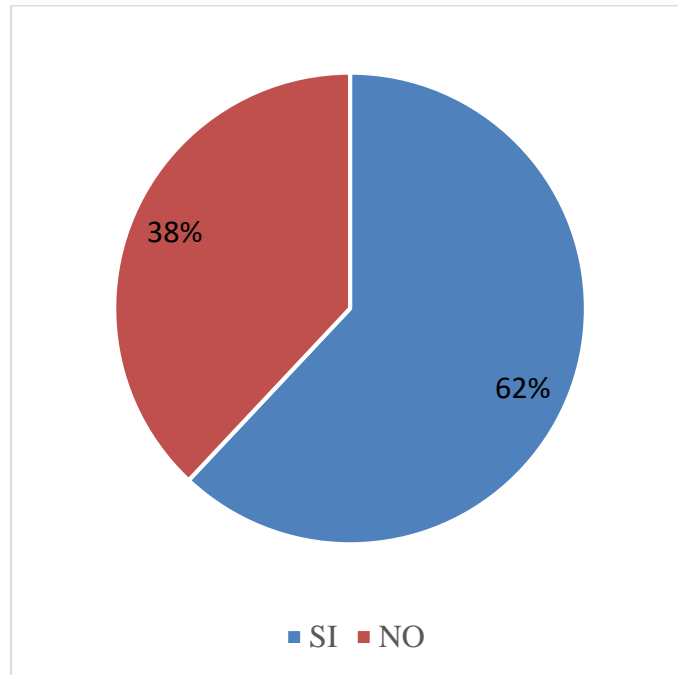
Con respecto a la segunda pregunta, el cual permite medir el criterio de los inspectores sobre la necesidad de justificar de manera objetiva y razonable la exoneración del trabajador para asistir a su centro de labores, durante un procedimiento de despido, se puede ver del gráfico que, de los ocho inspectores de trabajo encuestados, los ocho respondieron, que si es necesario para su validez justificar objetiva y razonablemente tal decisión, lo que hacen un porcentaje del 100%.

Si bien en esta segunda pregunta los ocho inspectores respondieron de forma unánime a la interrogante planteada; demuestra que existe uniformidad de criterio para establecer la motivación para referida decisión, y que la anterior pregunta sobre la

necesidad del tiempo de duración, 3 inspectores respondieron que no, esto demuestra de manera general que los operadores encargados de vigilar el cumplimiento de las normas de orden sociolaboral no se encuentran conformes con lo establecido en el artículo 31°, siendo necesario la incorporación en el referido artículo, el tiempo de duración y una motivación objetiva y razonable para exonerar al trabajador de asistir a su centro de trabajo mientras dure el procedimiento de despido.

3.- Cree usted que la actual regulación del trámite previo al despido que otorga al empleador establecer unilateralmente la posibilidad de exonerar al trabajador de asistir al centro de trabajo es una facultad amplia y excesiva de la norma.

| ALTERNATIVAS | N° DE INSPECTORES | % |
|---------------------|--------------------------|----------|
| SI | 5 | 62 |
| NO | 3 | 38 |
| TOTAL | 8 | 100 |



Análisis:

Del grafico en análisis, se puede apreciar que de los ocho inspectores de trabajo de SUNAFIL-Lambayeque, que han sido encuestados, cinco han respondido que el segundo párrafo del Art. 31° de la ley de Productividad y Competitividad Laboral si otorga al empleador una facultad amplia y excesiva para exonerar unilateralmente al trabajador de asistir al centro de trabajo durante el procedimiento de despido, lo que hace un porcentaje de 62 %. Mientras que los tres inspectores han respondido que no están de acuerdo que la norma haya otorgado al empleador la facultad amplia y excesiva para exonerar al trabajador de asistir a su centro laboral durante un procedimiento de despido, representando un porcentaje del 38 % de los inspectores de trabajo encuestados.

La mayoría de inspectores conforme el grafico circular en análisis no está de acuerdo con la norma sobre la excesiva y amplia facultad, para

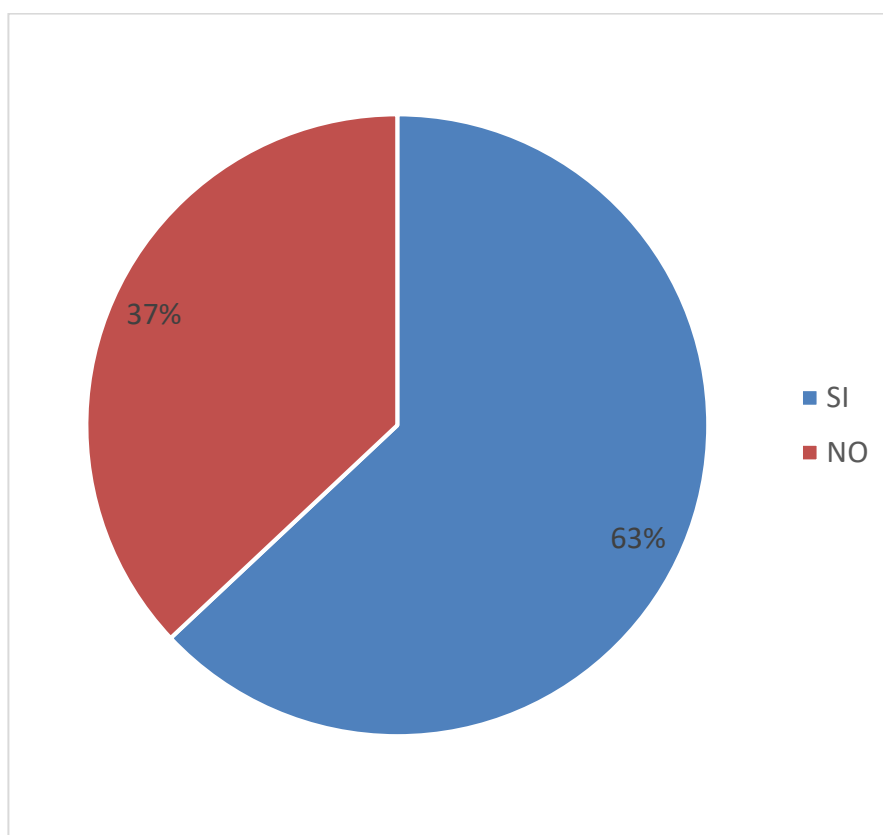
decidir unilateralmente si exonerara a un trabajador durante el procedimiento de despido, motivo por el cual según sus criterios, las Ordenes de inspección que ingresan para verificar el acto hostil de no dejar ingresar al trabajador a pesar de haber presentado sus descargo, terminan en informes y dejando a salvo el derecho para denunciar en la vía correspondiente, a pesar que se verifica la vulneración al trabajador de realizar sus actividades propias de su cargo, pues basándose en la norma referida, éste decide unilateralmente sin justificación y fecha cierta de su culminación de la exoneración, por lo que en las visitas inspectivas se amparan en el referido artículo imposibilitando la incorporación al trabajador.

Los tres inspectores, que representan el 38 % del gráfico, se verifica que no están de acuerdo con que se considere que el segundo párrafo del art. 31° se le otorgue al empleador una facultad amplia y excesiva por decidir unilateralmente la exoneración, ya que creen que es un vacío de la norma y que el empleador por su poder de dirección, tiene la facultad de decidir.

Esta falta de unidad de criterios, hace que el trabajador se sienta desamparado, aun cuando la norma de inspección de trabajo, ellos son los encargados de vigilar el cumplimiento de las normas sociolaborales, pero que por la protección que se da al empleador en el artículo referido, siempre culmina con la emisión de un informe, aunque se verifique la vulnerabilidad a su derecho al trabajo efectivo, es decir afecta a la finalidad de la inspección y al trabajador.

4.- ¿Cree usted que la posibilidad que tiene el empleador de realizar renovaciones sucesivas a la exoneración puede resultar lesivos al derecho de ocupación efectiva del trabajador?

| ALTERNATIVAS | N° DE INSPECTORES | % |
|--------------|-------------------|-----|
| SI | 5 | 63 |
| NO | 3 | 37 |
| TOTAL | 8 | 100 |



Análisis

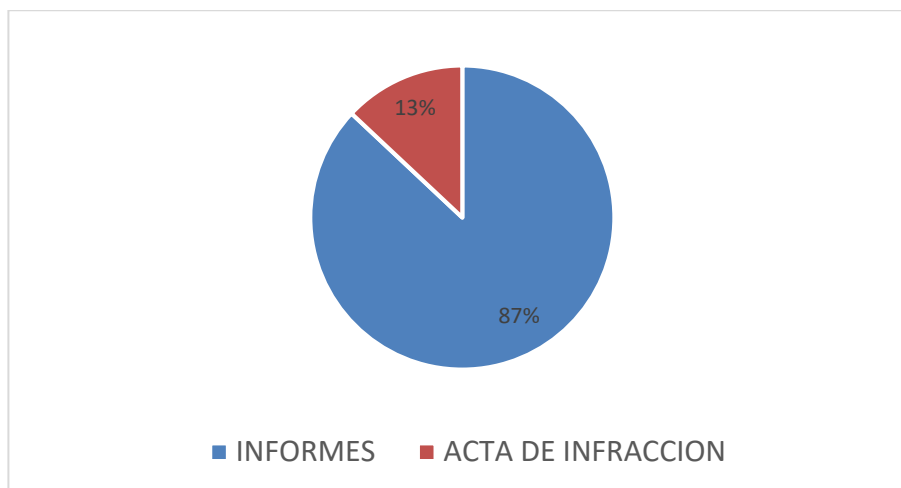
En la presente pregunta, permite medir en forma objetiva el criterio de los inspectores de trabajo sobre las renovaciones sucesivas de la exoneración, cinco respondieron que sí, los cuales representan el 62 % de los encuestados. Los otros tres inspectores respondieron que no existe una vulneración al trabajo efectivo las prórrogas sucesivas de exoneración, representando el 38 % de los encuestados.

Esto demuestra la falta de unidad de criterios de los inspectores de trabajo, que al recibir órdenes de inspección de la misma materia, podrían culminar con diversas motivaciones en los informes o actas de infracción.

Asimismo se verifica de las respuestas mayoritarias, que el trabajador es considerado no solo el resultado del intercambio contractual sino también está ligado a la persona como tal, en busca de su desarrollo y perfeccionamiento, motivo por el cual si existe las prórrogas sucesivas de exoneración, el trabajador se mantendría sin laborar hasta que el empleador, sin restricción de plazo, tome la decisión final, de perdonar o despedir al trabajador, concluyendo que si existe violación a la ocupación efectiva si el empleador por decisión unilateral, lo exonera y se prorroga sucesivamente tal exoneración.

5.- ¿Cómo concluyen las órdenes de inspección de las denuncias presentadas por trabajadores que son restringidos a ingresar a su centro laboral aun después de realizar su descargo y que pese al tiempo excesivo, el empleador no emite la carta de absolución o despido al trabajador?

| ALTERNATIVAS | N° DE INSPECTORES | % |
|---------------------|--------------------------|------------|
| INFORMES | 7 | 87 |
| ACTAS DE INFRACCION | 1 | 13 |
| TOTAL | 8 | 100 |



Análisis

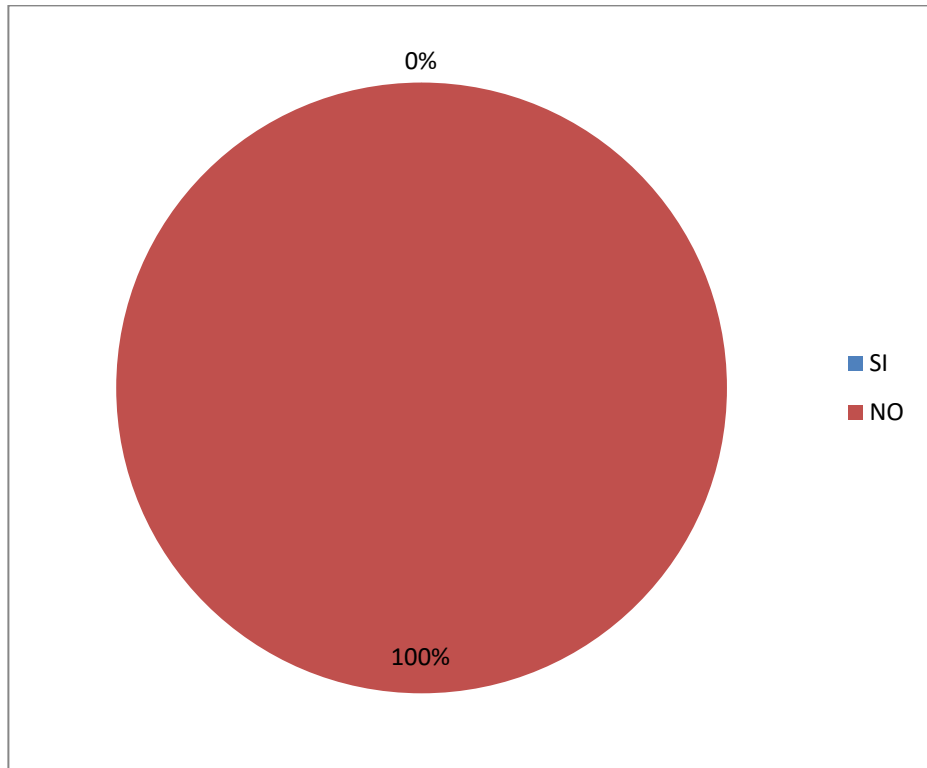
Como podrá verse del cuadro de análisis y del gráfico, la pregunta planteada está referida a como resuelven los Inspectores de Trabajo al recibir una orden de inspección relacionado a la materia de hostilidad, que según la ley General de inspecciones de trabajo Ley N°28 806 son los encargados de vigilar el cumplimiento de las normas de orden socio laborales vigentes, mediante actuaciones inspectivas como la comparecencia, visitas al centro laboral o comprobación de datos, y que al finalizar la investigación, resolverán según lo constatado, ya sea mediante Informe de Actuación Inspectiva (al comprobar que no acreditaron vulneración de derechos sociolaborales) o Actas de

Infracción (Cuando existe vulneración del ordenamiento jurídico sociolaborales).

De lo referido, de los ocho inspectores encuestados, siete contestaron que al recibir una orden de inspección, para comprobar la negativa del empleador sobre el no ingreso del trabajador a su centro laboral, culminan con INFORME, lo cual se comprueba que dejan a salvo el derecho del solicitante para que recurra a la vía más satisfactoria, por estar el empleador amparado en el Art. 31 de la Ley de Productividad y competitividad Laboral; así mismo se verifica que un inspector de trabajo resuelve con Acta de Infracción los actos de hostilidad (el no dejar ingresar al trabajador a centro de trabajo), que representa el 13 % de los encuestados.

6.- ¿Cree usted que los empleadores respetan el principio de razonabilidad y proporcionalidad tanto al imponer la exoneración al trabajador así como en el tiempo de su duración?

| ALTERNATIVAS | N° DE INSPECTORES | % |
|--------------|-------------------|-----|
| SI | 0 | 0 |
| NO | 8 | 100 |
| TOTAL | 8 | 100 |



Análisis

Con respecto a la sexta pregunta de la encuesta aplicada a los 8 inspectores de trabajo SUNAFIL-Lambayeque, los ocho respondieron que los empleadores no respetan el principio de razonabilidad, ni proporcionalidad en el momento de imponer la exoneración de asistir a su centro laboral, ni en el tiempo que dure éste, lo que permite concluir que si existe uniformidad con el criterio antes expuesto, representando el 100% de lo encuestado.

1.2.- PRESENTACION DE LA SEGUNDA ENCUESTA REALIZADA EN EL GOBIERNO REGIONAL DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO – LAMBAYEQUE.

1.2.1.- Unidad de análisis

La población determinada que se ha tenido en cuenta para realizar la presente encuesta en el mes de Diciembre del 2018, ha sido el Gobierno Regional de Trabajo y Promoción del Empleo-Lambayeque, Que mediante Ley N° 29981, Ley que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), modifica además el literal f) del artículo 48 de la Ley N° 27867, Ley Orgánica de Gobiernos Regionales, estableciendo que los Gobiernos Regionales tienen competencia en los procedimientos de supervisión, control e inspección de las normas de trabajo respecto de las microempresas, aplicando las sanciones que correspondan de acuerdo a ley, en el ámbito de su competencia; así mismo el artículo 3 de la Ley N° 29981, señala que el ámbito de competencia de los Gobiernos Regionales se extiende a las microempresas; motivo por el cual es la población idónea para medir el criterio si la falta de precisión de los días de exoneración para asistir al centro de trabajo y la ausencia de una justificación objetiva para tal decisión traería como consecuencia la vulneración del derecho del trabajador a la ocupación efectiva, amparado el empleador en el Segundo párrafo del Art. 31° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aunado a ello, ha que en la actualidad otorga protección a los trabajadores de las microempresas, es decir a los empleadores que cuentan entre uno (01) y diez (10) trabajadores registrados en planilla electrónica, comprendiendo a las microempresas

formales y no formales, el cual el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo elabora un listado de microempresas que se encuentran en el ámbito de competencia de los Gobiernos Regionales, considerando el promedio de trabajadores registrados en la Planilla Electrónica en los doce (12) últimos meses anteriores al 30 de junio de cada año y publicado referido listado hasta el 31 de agosto de cada año mediante Resolución Ministerial.

1.2.2.- Delimitación de universo

El universo se ha delimitado teniendo en cuenta el número de inspectores de trabajo del Gobierno Regional de Trabajo y Promoción del Empleo-Lambayeque; y que en el presente caso son 4 Inspectores Laborales; por lo que el número de encuestados es de $N^{\circ} = 4$

1.2.3.- Técnica a utilizar

La técnica que se ha utilizado es la encuesta, la cual consta de 6 preguntas objetivas, con dos respuestas. Dicha encuesta ha sido aplicada en el mes de Diciembre del 2018.

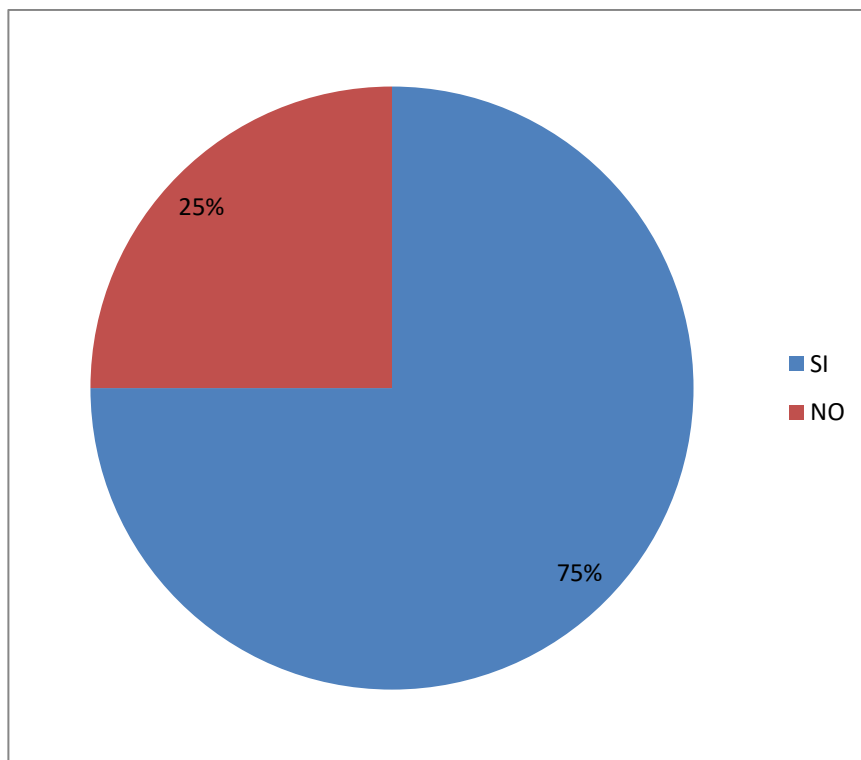
1.2.4.- Objeto de estudio

Determinar si la falta de precisión de los días de exoneración para asistir al centro de trabajo y la ausencia de una justificación objetiva para tal decisión, trae como consecuencia la vulneración al derecho del trabajador a la ocupación efectiva.

1.2.5.- Resultados obtenidos y análisis de los resultados

1.- ¿Considera usted, que debería establecerse un límite temporal o fecha cierta cuando el empleador use su facultad prevista en el segundo párrafo del artículo 31° del T.U.O. de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, para su validez?

| ALTERNATIVAS | N° DE INSPECTORES | % |
|--------------|-------------------|-----|
| SI | 3 | 75 |
| NO | 1 | 25 |
| TOTAL | 4 | 100 |

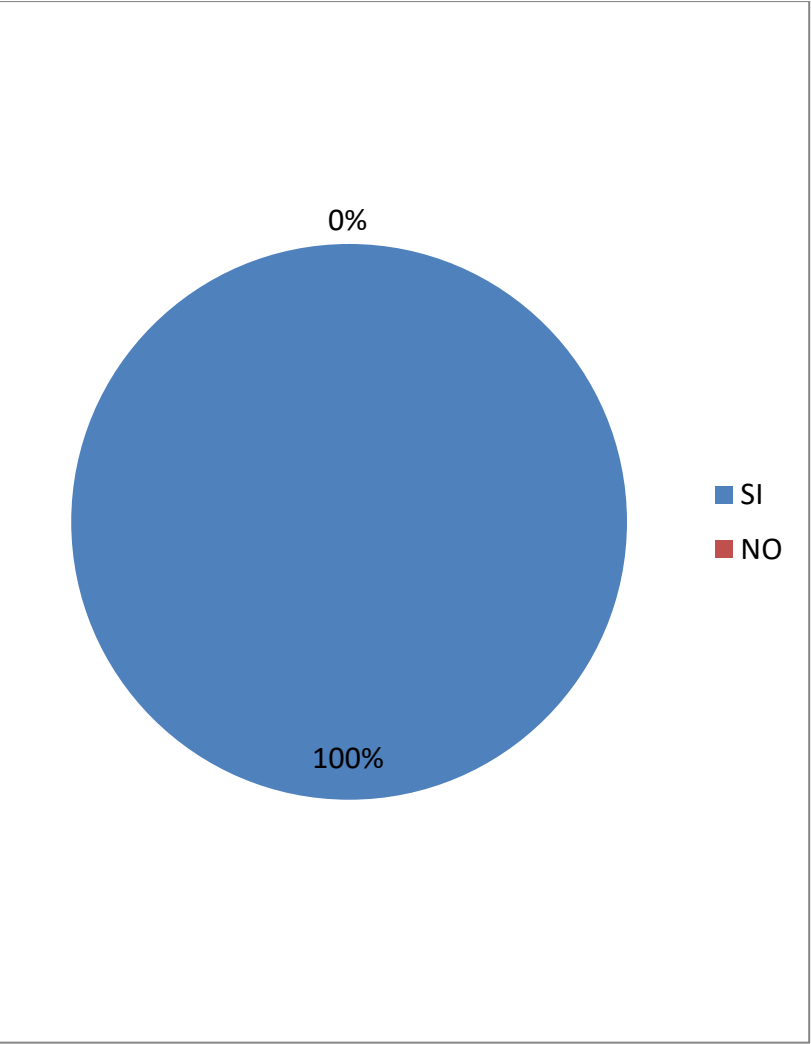


Análisis:

La primera pregunta, respecto al límite temporal y fecha cierta que debería establecerse cuando el empleador, en uso de sus facultades, exonera al trabajador de asistir a su centro de trabajo, por estar en un procedimiento de despido, como podrá verse del gráfico, de los cuatro Inspectores de trabajo, tres inspectores respondieron que si debería contener para su validez la precisión de los días que se le exonerara al trabajador de asistir a su centro laboral, lo cual hace un porcentaje del 75%, y 01 inspector de trabajo respondió que no debería precisarse para su validez los días que se le exonerara al trabajador de su centro laboral, los que conforman un porcentaje del 25%. Esto demuestra que de los cuatro inspectores de trabajo encuestados la mayoría de inspectores de trabajo si aceptan la necesidad de que en la carta de imputación de cargos, en un procedimiento de despido debería precisar para su validez, los días que éste se encontrará exonerado para asistir a su centro de laboral, no afectándose de esta manera el derecho del trabajador a la ocupación efectiva, asimismo el empleador trataría de emitir su decisión en más corto tiempo.

2.- Considera usted, que el empleador al exonerar al trabajador de su obligación de asistir al centro de trabajo (Segundo párrafo del artículo 31° del D.S. N°003-97-TR), debería contener para su validez una justificación objetiva y razonable para tal decisión?

| ALTERNATIVAS | N° DE INSPECTORES | % |
|--------------|-------------------|-----|
| SI | 4 | 100 |
| NO | 0 | 0 |
| TOTAL | 4 | 100 |



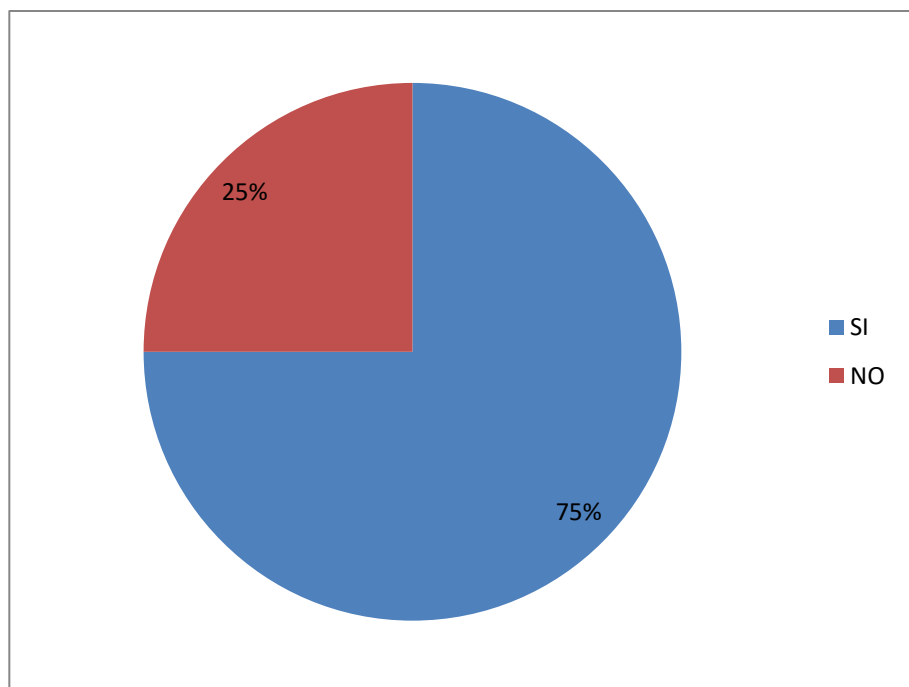
Análisis:

Respecto a la segunda pregunta, el cual permite medir el criterio de los inspectores sobre la necesidad de justificar de manera objetiva y razonable la exoneración del trabajador para asistir a su centro de labores, durante un procedimiento de despido, se puede ver del gráfico que, de los cuatro inspectores de trabajo encuestados, los cuatro respondieron que sí, es decir, es necesario para su validez justificar objetiva y razonablemente tal decisión, lo que hacen un porcentaje del 100%.

Si bien en esta segunda pregunta los cuatro inspectores respondieron de forma unánime a la interrogante planteada; demuestra que existe uniformidad de criterio para establecer la motivación para referida decisión, esto demuestra de manera general que los operadores encargados de vigilar el cumplimiento de las normas de orden socio laboral, no se encuentran conformes con lo establecido en el artículo 31°, siendo necesario la incorporación en el referido artículo, el tiempo de duración y una motivación objetiva y razonable para exonerar al trabajador de asistir a su centro de trabajo mientras dure el procedimiento de despido.

3.- Cree usted que la actual regulación del trámite previo al despido que otorga al empleador establecer unilateralmente la posibilidad de exonerar al trabajador de asistir al centro de trabajo es una facultad amplia y excesiva de la norma.

| ALTERNATIVAS | N° DE INSPECTORES | % |
|--------------|-------------------|-----|
| SI | 3 | 75 |
| NO | 1 | 25 |
| TOTAL | 4 | 100 |



Análisis:

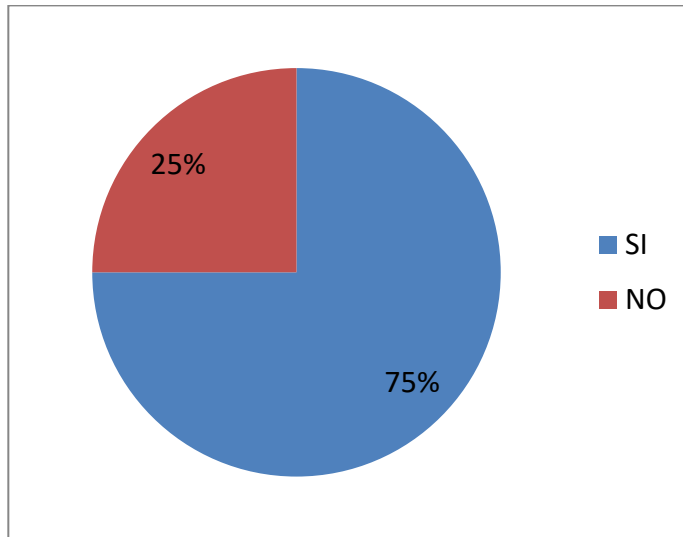
Se puede apreciar del grafico en análisis, que de los cuatro inspectores de trabajo del Gobierno Regional de Trabajo y Promoción del Empleo-Lambayeque, que han sido encuestados, tres han respondido que el segundo párrafo del Art. 31° de la ley de Productividad y Competitividad Laboral si otorga al empleador una facultad amplia y excesiva para exonerar unilateralmente al trabajador de asistir al

centro de trabajo durante el procedimiento de despido, lo que hace un porcentaje de 75 %. Mientras que un inspector ha respondido que no está de acuerdo con la afirmación, que considera que el segundo párrafo del Art. 31° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral haya otorgado al empleador facultad amplia y excesiva para exonerar al trabajador de asistir a su centro laboral durante un procedimiento de despido, representando un porcentaje del 25 % de los inspectores de trabajo encuestados.

Así mismo podemos precisar que esta falta de unidad de criterios, hace que el trabajador se sienta desamparado, aun cuando la norma de inspección de trabajo, ellos son los encargados de vigilar el cumplimiento de las normas sociolaborales, pero que por la protección que se da al empleador en el artículo referido, siempre culmina con la emisión de un informe, aunque se verifique la vulnerabilidad a su derecho al trabajo efectivo, es decir afecta a la finalidad de la inspección y al trabajador a pesar que es la parte más débil de las relaciones laborales.

4.- ¿Cree usted que la posibilidad que tiene el empleador de realizar renovaciones sucesivas a la exoneración puede resultar lesivos al derecho de ocupación efectiva del trabajador?

| ALTERNATIVAS | N° DE INSPECTORES | % |
|---------------------|--------------------------|----------|
| SI | 3 | 75 |
| NO | 1 | 25 |
| TOTAL | 4 | 100 |



Análisis

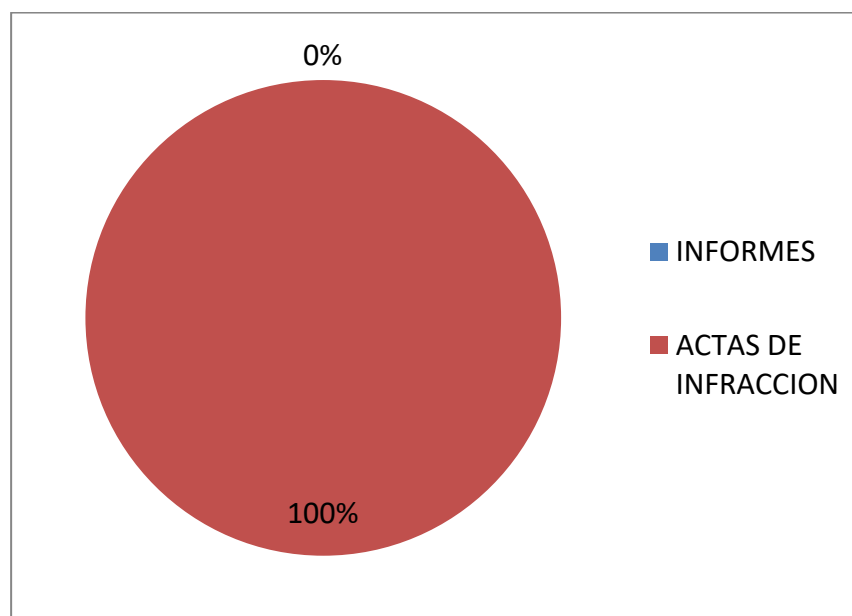
De la pregunta planteada, permite medir en forma objetiva el criterio de los inspectores de trabajo sobre las renovaciones sucesivas de la exoneración, tres respondieron que sí, los cuales representan el 75 % de los encuestados. Un inspector de trabajo respondió que no existe una vulneración al trabajo efectivo las prórrogas sucesivas de exoneración, representando el 25 % de los encuestados.

Esto demuestra que los inspectores de trabajo del Gobierno Regional de Trabajo y Promoción del empleo de Lambayeque, al recibir órdenes de inspección de la misma materia, podrían culminar con diversas motivaciones en los informes o actas de infracción.

Asimismo se verifica de las respuestas mayoritarias, que el trabajador es considerado no solo el resultado del intercambio contractual sino también está ligado a la persona como tal, en busca de su desarrollo y perfeccionamiento, motivo por el cual si existe las prórrogas sucesivas de exoneración, el trabajador se mantendría sin laborar hasta que el empleador, sin restricción de plazo, tome la decisión final, de perdonar o despedir al trabajador.

5.- ¿Cómo concluyen las órdenes de inspección de las denuncias presentadas por trabajadores que son restringidos a ingresar a su centro laboral aun después de realizar su descargo y que pese al tiempo excesivo, el empleador no emite la carta de absolución o despido al trabajador?

| ALTERNATIVAS | N° DE INSPECTORES | % |
|---------------------|-------------------|-----|
| INFORMES | 0 | 0 |
| ACTAS DE INFRACCION | 4 | 100 |
| TOTAL | 4 | 100 |

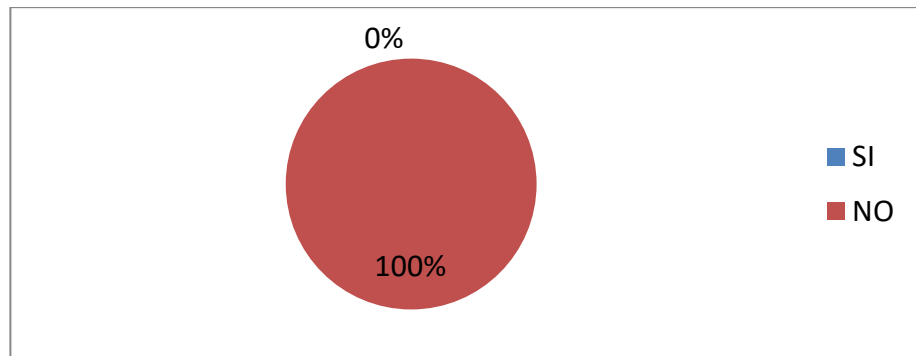


Análisis

Del cuadro de análisis y del gráfico, la pregunta planteada está referida a como resuelven los Inspectores de Trabajo al recibir una orden de inspección relacionado a la materia de hostilidad, es decir aquel empleador que no deja ingresar a laborar a un trabajador, que según la ley General de inspecciones de trabajo Ley N°28 806 los inspectores de trabajo son los encargados de vigilar el cumplimiento de las normas de orden socio laborales vigentes, mediante actuaciones inspectivas como la comparecencia, visitas al centro laboral o comprobación de datos, y que al finalizar la investigación, resolverán según lo constatado, ya sea mediante Informe de Actuación Inspectiva (al comprobar que no acreditaron vulneración de derechos sociolaborales) o Actas de Infracción (Cuando existe vulneración del ordenamiento jurídico sociolaborales).

De lo referido, de los cuatro inspectores encuestados, cuatro contestaron que al recibir una orden de inspección, para comprobar la negativa del empleador sobre el no ingreso del trabajador a su centro laboral, culminan con ACTA DE INFRACCION, es decir, como los inspectores de trabajo del gobierno Regional de Trabajo y Promoción del empleo-Lambayeque realiza por competencia verificación a las microempresas, y éstas al no tener más de 10 trabajadores Registrados en planillas, ni complejidad en un procedimiento de despido no emiten en tiempo proporcional y razonable la resolución final de despido o incorporación al trabajo, motivo por el cual se emiten actas de infracción.

6.- ¿Cree usted que los empleadores respetan el principio de razonabilidad y proporcionalidad tanto al imponer la exoneración al trabajador así como en el tiempo de su duración?



| ALTERNATIVAS | N° DE INSPECTORES | % |
|--------------|-------------------|-----|
| SI | 0 | 0 |
| NO | 4 | 100 |
| TOTAL | 4 | 100 |

Análisis

Con respecto a la sexta pregunta de la encuesta aplicada a los 4 inspectores de trabajo del Gobierno Regional de Trabajo y Promoción del Empleo – Lambayeque GRTPE-LAMBAYEQUE, los cuatro respondieron que los empleadores no respetan el principio de razonabilidad, ni proporcionalidad en el momento de imponer la exoneración de asistir a su centro laboral, ni en el tiempo que dure éste, lo que permite concluir que si existe uniformidad con el criterio antes expuesto, representando el 100% de lo encuestado, lo que afirma la necesidad de regular lo planteado en la hipótesis, ya que su vacío resulta lesivos al derecho del trabajador.

CONCLUSIONES

A. CONCLUSION GENERAL

- Mediante el presente trabajo de investigación, se ha logrado demostrar que efectivamente, la falta de precisión de los días de exoneración para asistir al centro de trabajo y la ausencia de una justificación objetiva para tal decisión, trae como consecuencia la vulneración al derecho del trabajador a la ocupación efectiva en la ciudad de Lambayeque.

B. CONCLUSIONES ESPECIFICAS

- Se ha logrado conocer la institución jurídica de despido, así mismo el tratamiento que se le da a la estabilidad laboral en el Perú a lo largo de su historia.

Dicha institución ha evolucionado en función al “poder” que se le otorga al empleador, así verificamos tres etapas marcadas en su evolución, la primera etapa en la que las relaciones laborales se encontraban reguladas por los códigos civiles o códigos de comercio, encuadrada dentro de la figura contractual del arrendamiento de servicios, donde la resolución del contrato era libre y por decisión de cualquiera de las partes, la segunda etapa se limitó al poder del empleador, en la que se exigió el preaviso antes de proceder al despido, al pago de indemnización en caso de despido, la prohibición de despidos en determinados periodos y finalmente la exigencia de que toda terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador deba basarse en una causa

que lo justifique; se trata según la doctrina de un “despido pagado”; la última etapa es el de despido como poder excepcional, es decir dicha facultad no existe, salvo en determinadas circunstancias (causas justas previstas en la ley”).

Así mismo la estabilidad laboral alcanzo además reconocimiento internacional a través del convenio 158 de la OIT, sobre “La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador” cuyo Art. 4 dispone que “No se pondrá termino a la relación de trabajo de un empleador a menos que exista para ello una causa justificada”. Así también en el Perú, la constitución de 1979 elevo a la categoría de derecho fundamental la estabilidad en el trabajo, al establecer en su Ar. 48 que: “El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada”. Esta norma fue sustituida, al derogarse la constitución de 1979, estableciéndose en el Art.27 de la Constitución de 1993 que suprime toda referencia en cuanto a la estabilidad laboral, para señalar “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. Así verificamos que el legislador no ha establecido como limite el perjuicio al trabajador.

- Se ha logrado conocer que la regulación actual del trámite previo vinculado al despido, pone como limite el principio de inmediatez y razonabilidad, que si bien amparan que se pueda aplicar a todos los casos que se presenten en la realidad, no son parámetros de referencia, resultando conceptos amplios y gaseosos, constituyendo en la práctica una deficiencia no subsanada por la

ley vigente, motivo por el cual solo se hablaría de presunción en su exigibilidad, por ejemplo en los casos en que se ha iniciado un procedimiento de despido, y se ha concluido el procedimiento previo (momento en el que el empleador pueda proceder al despido), la falta que ha sido investigada y valorada, no cabe por razón alguna demorar el despido, si a esa decisión ha llegado el empleador, de lo que la jurisprudencia ha indicado que el aviso o notificación del despido debe cursarse inmediatamente después de vencido el periodo investigatorio o etapa previa y que hacerlo extemporáneamente carece de valor y efectos legales, al extinguir la potestad sancionadora del empleador cuando referido principio no es respetado.

De lo que determinamos que si no existe plazo que regule al empleador, la emisión de su decisión final en un procedimiento de despido, ni existe uniformidad de criterios de los operadores del derecho para establecer cuanto es el tiempo que debe transcurrir para que el principio de inmediatez no resulte vulnerado, entonces la figura de la exoneración que se encuentra regulado en el segundo párrafo del art. 31° de la Ley de Productividad y Competitividad laboral, y que la jurisprudencia de la corte Suprema sea ha pronunciado, las prórrogas sucesivas de exoneración se otorgarían hasta que el empleador, sin ningún parámetro establecido por ley, emita la decisión final, por lo que el trabajador se verá inmerso en una incertidumbre de cuando vencerá el plazo para que notifique la carta de despido o absolución, sino además ni siquiera tendrá certeza de cuando terminara el plazo de exoneración, por las prórrogas sucesivas, vulnerándose el derecho de la ocupación efectiva del trabajador.

- Se ha determinado la necesidad de establecer una justificación objetiva en los casos en que el empleador exonere al trabajador de asistir al centro de trabajo, durante el procedimiento de despido.

Según lo analizado la medida de suspensión de la relación laboral, tiene carácter excepcional, pero que en la práctica, el empleador hace uso de esta potestad amplia sin mediar motivación alguna, y que en comparación de la Ley Servir, que aplica para los servidores que laboran en el sector público, la exoneración recibe un tratamiento restringido y especial, así verificamos que es considerada como medidas cautelares que se ejercitan durante el tiempo que dure el procedimiento administrativo disciplinario, siendo utilizado excepcionalmente cuando la falta presuntamente cometida por el servidor, afecte gravemente los intereses generales, dictadas mediante resolución MOTIVADA y siempre y cuando concurren los requisitos siguientes: a) Fundados y graves elementos de convicción sobre la responsabilidad administrativa disciplinaria, la comisión de una falta muy grave, que haga previsible la imposición de una sanción de destitución. b) Resulte INDISPENSABLE para garantizar el normal desarrollo de la causa o la eficacia de la resolución que pudiera ser emitida, o para IMPEDIR LA OBSTACULIZACIÓN DE LA MISMA, o evitar la continuación o repetición de los hechos objeto de investigación u otros de similar significación o del mantenimiento de daños que aquellos hayan ocasionados a los intereses de la administración pública.

De lo que podemos sostener que no resulta razonable dictar una

medida cautelar (denominación el a ley servir) y Exoneración (denominación en la ley de productividad y competitividad laboral) cuando la gravedad de la falta no amerita una sanción disciplinaria de intensidad necesaria que haga merecedora de una decisión provisional que asegure el resultado del mismo, por lo que se encuentra sujeta a principios de razonabilidad y proporcionalidad, en consecuencia todo exceso sancionador no basado en causas objetivas, ni razonables, mostraría una evidente arbitrariedad al derecho del trabajador de un debido proceso, motivo por el cual el empleador al exonerar al trabajador de asistir a su centro laboral deberá motivar tal otorgamiento bajo los parámetros de razonabilidad y proporcionalidad.

- Se analizó el derecho del trabajador a la ocupación efectiva, verificándose que nuestro ordenamiento jurídico peruano, no contiene norma que directa o indirectamente regule el derecho a la ocupación efectiva. Existiendo por tanto poco análisis en cuanto la importancia de este derecho del trabajador, y que teniendo en cuenta la importancia práctica, debe ser tomado en cuenta, para su desarrollo en la doctrina nacional.
- Se ha logrado analizar el derecho al trabajo efectivo, mediante doctrina internacional, demostrando de esta manera la necesidad de priorizar en el Perú, el desarrollo de esta institución jurídica, que abarca muchos derechos consagrados en nuestra constitución y que es necesario para la protección al trabajador.

El derecho a la ocupación efectiva se encuentra consagrado en el ordenamiento español en el artículo 4.2 a) del Estatuto de los

Trabajadores, ha sido señalado como una de las manifestaciones más destacadas del derecho constitucional al trabajo.

En efecto la doctrina científica y la jurisprudencia española relacionan el derecho a la ocupación efectiva con la defensa de la dignidad y la profesionalidad, la negativa del empleador a dar ocupación al trabajador (aún en el caso de que se siga abonando el salario), atenta contra el desarrollo profesional del mismo y lo coloca en una situación de inferioridad frente al resto de los trabajadores. Constituye por tanto una violación a los derechos de la personalidad del trabajador, a su profesionalidad, como derecho inherente a la persona. En tanto el trabajador que se ve vulnerado en su derecho a la ocupación real y efectiva del puesto de trabajo, a la que el empleador se comprometió en el contrato de trabajo, se ve lesionado también en su derecho y expectativa de formación profesional, carrera y ascenso dentro de la empresa. Así lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Supremo español al señalar “No asignar a un trabajador servicio o actividad alguna supone, en principio (...) un claro agravio y menosprecio a su dignidad, cuya gravedad se eleva en progresión geométrica en función del tiempo que transcurra en tal situación (...) porque el trabajo es una obligación pero al mismo tiempo un inseparable derecho de acuerdo con nuestra Constitución (artículo 35.1) (...) con esta forma de actuar el empresario se destruye el natural deseo de superar y mejorar y se ocasiona un perjuicio psíquico y profesional al trabajador, ya que ofensivo es claramente recibir un salario sin trabajar y sin que en ello exista una razonable justificación”

La inactividad profesional del trabajador va a entrañar pues un atentado contra su dignidad personal al verse privado este de un

instrumento esencial en la realización de su personalidad. Los valores morales – que se encuentran en el primer plano del orden jurídico – quedarían directamente violentados si el trabajador se viera forzado a mantener una ociosidad incompatible con su deber constitucional de trabajar. Por tanto, el derecho a la ocupación efectiva queda también hermanado con el derecho constitucional a la vida reconocido en el artículo 43. 1 de la CE en su dimensión de salud o equilibrio psicológico.

RECOMENDACIONES

1. El tratamiento legal que nuestra actual ley de Productividad y Competitividad Laboral brinda, en el segundo párrafo del art. 31°, es muy deficiente, por lo que teniendo en cuenta la importancia que tiene en la práctica, y la protección que la ley debe dar al trabajador, que es la parte más débil de la relación laboral, debería realizarse una reforma que permita una adecuada regulación de la misma.
2. Con el objetivo de garantizar la protección al trabajador, los empleadores deben indicar con claridad en las cartas de preaviso de despido cuando concluirá la exoneración que se le ha impuesto al trabajador, para que éste pueda reincorporarse, ya que el procedimiento de despido, no debe entenderse como la imposición definitiva de despedir, puesto que del análisis de los hechos y descargo, el empleador deberá analizar si le satisface el descargo del trabajador, y perdonarlo o caso contrario despedirlo.
3. En el presente trabajo de investigación, también se ha logrado verificar, que no existe uniformidad de criterios, de los inspectores de trabajo de SUNAFIL-Lambayeque y el Gobierno Regional de Trabajo-Lambayeque, puesto que la norma al ser tan escueta, en cuanto a la exoneración, no pueden verificar el incumplimiento del empleador al principio de immediatez y razonabilidad de la exoneración en el procedimiento de despido, motivo por el cual algunos culminan con actas de infracción y otras con informes que dejan a salvo el derecho del trabajador para recurrir a la vía más satisfactoria, por lo que es necesario la justificación objetiva del empleador para limitar el poder amplio de decisión si exonerara al trabajador de asistir a su centro laboral, ya que en la practica muchas veces su imposición es innecesaria, desnaturalizando su carácter excepcional.

4. El trabajo efectivo, es un derecho poco tratado por la doctrina nacional, y que es de vital importancia para la protección al trabajador, por lo que es necesario el desarrollo de este tema, para entender muchos derechos que están siendo vulnerados por nuestra legislación nacional, como el segundo párrafo del artículo 31° del D.S. N° 003-97-TR que establece la posibilidad de que el empleador puede exonerar al trabajador de su obligación de asistir al centro de trabajo y que esta exoneración deberá constar por escrito y que resultará válida siempre que no repercuta negativamente en el derecho de defensa del trabajador y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle, lineamientos que según se verifica, ponen relevancia a la remuneración como único elemento indispensable para su validez, no realizando un análisis de las consecuencias que le traería a una persona exonerada sin plazo, ni justificación, solo por el hecho de estar en un procedimiento de despido, que tal vez lo absuelvan, pero que por imperativo de la norma, este debe aceptar, tratándose de esta manera a la ocupación efectiva como el solo hecho de percibir una remuneración, el cual por su poco tratamiento doctrinario nacional, no se ha llegado a profundizar, como en la doctrina española que reconoce a la ocupación efectiva, como un derecho inherente a la persona, elemento esencial en la realización de su personalidad, y que la no realización efectiva, supone un agravio y menosprecio a su dignidad, atentando así mismo contra su desarrollo profesional y agravándose en progresión geométrica en función al tiempo que transcurre en tal situación, y que el solo otorgamiento al salario sin trabajar, resulta ofensivo aunado a que ello no exista una razonable justificación, motivo por el cual, es necesario el tratamiento doctrinario de esta institución jurídica para proteger al trabajador.

5. Finalmente, del presente trabajo de investigación, se ha verificado que existe un vacío legal en el tratamiento de la exoneración durante un procedimiento de despido, recomendándose se emita un proyecto de ley, que modifique el segundo párrafo del Art. 31° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y regule el plazo y la justificación para la exoneración durante un procedimiento de despido.

**PROYECTO DE LEY QUE REFORMA EL SEGUNDO PARRAFO DEL
ARTÍCULO 31° DE LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y
COMPETITIVIDAD LABORAL**

“AÑO DE LUCHA CONTRA LA CORRUPCIÓN Y LA IMPUNIDAD”

SUMILLA: *Proyecto de ley
que reforma el segundo
párrafo del Art. 31° de la ley de
productividad y competitividad
laboral.*

Los integrantes del Grupo Parlamentario....., que suscriben,
ejerciendo el derecho de iniciativa legislativa que les confiere el artículo 107° de
la Constitución Política del Perú y el artículo 75° e inciso 2 del artículo 76° del
Reglamento del Congreso de la República; proponemos el siguiente proyecto de
Ley:

I. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

Con respecto a los motivos que justifican el presente proyecto de ley, han sido
ampliamente expuestos a lo largo del presente trabajo de investigación, por lo
que sería redundante volver a repetirlos.

**II. EFECTOS DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA
LEGISLACIÓN NACIONAL.**

El presente proyecto de ley, tiene como efecto la modificación del Segundo
párrafo del Art. 31° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Así mismo el presente proyecto de ley no demanda variación de otras normas de rango legal o reglamentario, más por el contrario las complementa.

Así mismo, tampoco contraviene la Constitución Política, ya que se circunscribe perfectamente dentro de marco constitucional.

III. ANÁLISIS DEL COSTO – BENEFICIO

El impacto de la presente iniciativa legislativa resulta favorable en la medida en que sin irrogar costo alguno al erario nacional, permite eliminar las situaciones de inseguridad jurídica provocada por este vacío legal, fortaleciendo la estabilidad laboral y la protección al trabajador frente a la flexibilización de trabajo.

IV. FÓRMULA LEGAL

ARTÍCULO ÚNICO.- Modificación del artículo 31° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Modifíquese el Segundo párrafo del Artículo 31° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, agregándose el siguiente texto:

(...)

*Mientras dure el trámite previo vinculado al despido por causa relacionada con la conducta del trabajador, y **afecte gravemente los intereses generales**, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle.*

La exoneración debe constar por escrito, y sustentarse en causa objetiva, quedando sin efecto si en un plazo de 5 días hábiles no se emite la decisión final, la exoneración se puede prorrogar de forma expresa y motivada.”

Quedando redactado de la siguiente forma:

***ARTÍCULO 31°.-** El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formule, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.*

*Mientras dure el trámite previo vinculado al despido por causa relacionada con la conducta del trabajador, y **afecte gravemente los intereses generales**, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle.*

La exoneración debe constar por escrito, y sustentarse en causa objetiva, quedando sin efecto si en un plazo de 5 días hábiles no se emite la decisión final. La exoneración se puede prorrogar de forma expresa y motivada.”

Efectos prácticos de la propuesta de modificación

Al establecerse dicha modificación se solucionarían todas las situaciones de incertidumbre jurídica con respecto a la fecha de reincorporación del trabajador exonerado durante un procedimiento de despido, así como si es proporcional y razonable la medida optada por el empleador.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

- ✎ ALARCÓN SALAS, Magaly. *Manual de reclamos y procedimientos laborales*. Editorial GACETA JURÍDICA. Primera Edición –Perú, 2015.
- ✎ ANACLETO GUERRERO, Víctor. *Guía de Procedimientos Administrativos*, 3ª Edición, Editorial GACETA JURÍDICA, Lima, 2004.
- ✎ ARÉVALO VELA, Javier. *Manual de Legislación Laboral, Tomo I, Régimen Laboral de Contratación Laboral*. Editorial CULTURAL CUZCO. Perú, 2003.
- ✎ BORRAJO DACRUZ, E. *Introducción al Derecho del Trabajo*. Duodécima edición TECNOC, Madrid, 2002.
- ✎ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Derechos Fundamentales de la Persona y la Relación del Trabajo*. Lima, Fondo Editorial DE LA PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ, 2013.
- ✎ DIEZ, MANUEL M. *Derecho administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1996, Pág. 71.
- ✎ FENOCHIETTO, CARLOS E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, comentado, anotado y concordado. Tomo I, Buenos Aires, Astrea, 1999, Págs. 700-701.
- ✎ GARCÍA PULLÉS, FERNANDO R., “*Actividad cautelar en el proceso contra la Administración Pública*,” RAP, 203: 12
- ✎ GUERRERO FIGUEROA, G. *Principios Fundamentales del Derecho del Trabajo*, Editorial LEYER. Colombia, 1999.

- ✎ LEDESMA NARVÁEZ, Marianella. Comentarios al Código Procesal Civil. Cuarta edición. Agosto 2012. Tomo II. Pág. 434.
- ✎ PLA RODRIGUEZ, A. “Los Principios del Derecho del Trabajo”, Tercera Edición Actualizada, DESPALMA. Buenos Aires, 2000.
- ✎ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Manual Operativo I Lima, Editorial GACETA JURÍDICA, Perú, 2008.
- ✎ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. El Derecho Individual del Trabajo en el Perú- Un Enfoque teórico práctico-Soluciones Laborales, Editorial GACETA JURÍDICA. Primera Edición. Perú, 2015.
- ✎ VILELA ESPINOZA A., y CHIENDA QUIROZ, A. Extinción de la Relación Laboral condiciones y procedimientos para el despido; Editorial AELE, 4° Edición, 2010.
- ✎ NEVES MUJICA, Javier. Introducción al derecho del trabajo. Fondo Editorial PUCP tercera edición 2016

REVISTAS

- ✎ PRIETO SANCHIS, Luis. “Los derechos sociales y el principio de igualdad sustancial”. Publicado en Revista DEL CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES. N° 22.Lima, 1995. p.24.
- ✎ NEVES MUJICA, Javier. “Principios del Derecho del Trabajo”, publicado en la Revista ANÁLISIS LABORAL. N°301.Lima, 2002, p. 56.

PAGINAS WEB

- ✎ <https://edwinfigueroag.wordpress.com/zm-el-principio-de-igualdad-constitucional-limites-al-trato-diferenciado/>. “El Principio de Igualdad constitucional. Límites al trato diferenciado” FIGUEROA GUTARRA, Edwin. 03 de marzo del 2018.
- ✎ https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/5922/1/S045390_es.pdf
- ✎ <https://www.casacohecurro.com/espaentre-los-pas-que-menos-tiempo-de-preaviso-exige-para-comunicar-un-despido.html>
- ✎ Lastras, J.. (2006). Ocupación Efectiva. Enero 20, 2019, de El País Sitio web:
https://elpais.com/diario/2006/10/15/negocio/1160920048_850215.html