

Jorge Toyama Miyagusuku^(*)

El despido disciplinario en el Perú

«ADEMÁS DE LAS PARTICULARIDADES RESEÑADAS SOBRE EL DESPIDO, ÉSTE TIENE TAMBIÉN UN CARÁCTER QUE ES MEDULAR: LA MOTIVACIÓN DE ACUERDO A LAS CAUSAS JUSTIFICANTES DEL DESPIDO. EN EFECTO HABLAR DEL DESPIDO IMPLICA QUE AJUSTEMOS SU DEFINICIÓN A CIERTAS EXIGENCIAS QUE JUSTIFIQUEN SU EJERCICIO, TALES REQUERIMIENTOS CONSTITUYEN EL CARÁCTER CAUSAL DEL DESPIDO EN EL SENTIDO QUE LA RELACIÓN DE TRABAJO SÓLO PUEDE SER DISUELTA VÁLIDAMENTE CUANDO EXISTA ALGÚN MOTIVO JUSTIFICADO».

*«(...) la violencia del despido es un hecho que se ha sometido a la civilización democrática»(**).*

De los momentos más conflictivos de la relación laboral, el despido es el acto que tiene mayor impacto entre las partes y las relaciones laborales dado que se trata de una decisión unilateral del empleador que usualmente no tiene aceptación del trabajador y quiebra el principio de continuidad deseada por el Derecho Laboral. De allí que el grado de rigidez o flexibilidad de un país tiene como uno de sus principales rasgos los niveles de protección laboral ante un despido no ajustado a cada legislación: reposición, indemnización, seguro de desempleo, etcétera. La subordinación o dependencia laboral supone que el trabajador se debe adecuar al ordenamiento empresarial y seguir reglas de conducta mínima expresada en las políticas y procedimientos del centro laboral, un convenio individual o colectivo y las propias normas legales. Ante la falta de observancia de dichas reglas, corresponde la imposición de una sanción. Naturalmente, el ejercicio de dicha potestad disciplinaria no puede ser arbitraria: debe ser razonable y observar el debido proceso. A través de este artículo trataremos sobre el despido disciplinario en nuestro país a partir de lo expresado en las normas, la jurisprudencia y la doctrina.

1. El poder de dirección

La facultad disciplinaria se deriva del poder de dirección del empleador que, a su vez, se sustenta en las prestaciones de servicios subordinadas

^(*) Socio de Miranda & Amado Abogados. Magíster en Derecho Constitucional. Profesor asociado de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de postgrado en CENTRUM, ESAN y UDEP. Codirector de Soluciones Laborales. Miembro de la Asociación Civil **ius et veritas**.

^(**) BAYLOS, Antonio y PÉREZ, Joaquín. *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Trotta, 2009. p. 47.



«EL EJERCICIO CAPRICHOSO DEL PODER SANCIONATORIO ES CIERTAMENTE ABUSIVO O, EN OTRAS PALABRAS, ANTIJURÍDICO. LA SANCIÓN LABORAL DEBE RESPONDER NECESARIAMENTE A CASTIGAR UNA FALTA DEL TRABAJADOR Y, CON LA VERIFICACIÓN DE LA FALTA LABORAL, SE CONFIGURA UNA RELACIÓN DE CAUSA-EFECTO ENTRE EL INCUMPLIMIENTO LABORAL Y LA MEDIDA DISCIPLINARIA QUE ADOPTE EL EMPLEADOR».

La capacidad del empleador de dirigir la fuerza laboral encuentra su justificación en la ajenidad dado que los servicios prestados por el trabajador se desarrollan para otra persona -el empleador- y no por cuenta propia. En ese sentido, el empleador tiene facultades para dirigir y fiscalizar las labores del personal; naturalmente, estas facultades no son ilimitadas, con el tiempo se ha ido perfilando y configurando el marco de actuación de tales facultades⁽³⁾.

1.1. Alcances del poder de dirección

La subordinación supone la presencia de facultades directriz, normativa y disciplinaria

propias del Derecho Laboral⁽¹⁾. La relación jurídica laboral nace a partir de un acuerdo celebrado entre una parte que requiere de servicios de una persona para que labore en su empresa, llamada empleador, y otra que desea prestar sus servicios a aquella a cambio de una contraprestación o remuneración, denominada trabajador. Así lo expresa, a pesar de referirse a la presunción de laboralidad, el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante, LPCL)⁽²⁾.

- (1) En este sentido se ha dicho que «Las facultades disciplinarias del empleador no tienen sentido ni independencia respecto de la relación de trabajo —una vez que se admite que ésta es el fundamento del propio poder—. Insertas en la relación de trabajo, aparecen como un derecho subjetivo secundario, en cuanto que forman parte del derecho subjetivo principal —el derecho de crédito del empleador—; en sentido amplio son una consecuencia jurídica de éste, aunque se hayan independizado y puedan ser objeto de consideración separada dada su especificidad y su núcleo diferenciable del derecho principal». Fernández LÓPEZ, María. *El poder disciplinario en la empresa*. Madrid: Civitas, 1991, p. 45. En la misma línea, puede verse GORELLI, Juan y Tomás GÓMEZ. *El despido disciplinario*. Madrid: Difusión, 2008. pp. 11 y ss.
- (2) «Artículo 4.- En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado».
- (3) Al respecto, SAN MARTÍN destaca, sobre una manifestación de la facultad de dirección, que «[I]a historia de la evolución del poder disciplinario es la historia de su limitación». SAN MARTÍN, Carolina. *Faltas y sanciones de los trabajadores*. En: AUTORES VARIOS. *El Estatuto de los trabajadores. Veinte años después*. En: *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas, 2000. p. 1192.

Jorge Toyama Miyagusuku

que tiene el empleador frente a sus trabajadores y que se concretizan en la organización del trabajo, el cumplimiento de un horario y jornada de trabajo, elaboración de políticas y procedimientos que reflejan sujeción (protocolos o memorandos por ejemplo), imposición de sanciones disciplinarias (amonestaciones verbales o escritas), sometimiento a los procesos disciplinarios, dación de un correo electrónico interno de la empresa para facilitar y agilizar las coordinaciones, etcétera⁽⁴⁾.

En la relación laboral la parte subordinada (trabajador) se obliga a poner a disposición del empleador la prestación de sus servicios con la finalidad de que éste los dirija hacia la consecución de los objetivos que como empresario se ha propuesto. Es decir, en virtud del ejercicio de su derecho constitucional relativo a la libertad de empresa, el empleador dirigirá la labor de sus trabajadores en favor de los fines que como titular de la empresa se ha planteado. A partir de esta premisa se construye la idea relativa al poder de dirección del empleador el cual no busca sino incidir en las relaciones laborales con la finalidad de adecuar los recursos humanos a las necesidades de la empresa para hacerla más competitiva⁽⁵⁾.

El poder de dirección supone la facultad de dirigir, regular, reglamentar, modificar, adecuar, complementar, reemplazar y extinguir las condiciones de trabajo dentro de determinados límites que suelen contraerse en derechos fundamentales de los trabajadores o prohibiciones establecidas en normas legales.

1.2. Características generales del poder de dirección

Consideramos que las notas características del poder de dirección se conjugan en los siguientes aspectos. En primer término, tenemos que es *intuitio personae*, es decir, propio del empleador, sin que quepa la delegación de sus facultades. No obstante ello, existe un caso que implicaría una suerte de transmisión de ciertas facultades empresariales, se trata de

la intermediación laboral, mecanismo en el que se presupone que la empresa usuaria se comporta, en los hechos, como el empleador de los trabajadores destacados.

Mención especial corresponde a la irrenunciabilidad de las facultades directivas por parte del empleador. La entidad que ostenta el poder de dirección en una relación laboral no puede disponer de ella; en caso contrario, la relación laboral se desnaturalizaría y la posición jurídica de las partes se desconfiguraría totalmente en tanto la supuesta prestación de servicios subordinados llevada a cabo por el trabajador atendería ahora a una relación contractual basada en términos de coordinación y ya no de subordinación⁽⁶⁾. Al no haber un poder de dirección al cual se encuentre sujeto el «trabajador», la relación que lo vincularía a su «empleador» sería una basada en la coordinación tal como si se tratara de una relación civil de prestación de servicios común y corriente.

De otro lado, el poder de dirección implica una facultad de corte complejo en tanto nos encontramos ante una atribución «elástica» que vendrá a concretarse de acuerdo a las características que rodeen cada situación particular. En este sentido las facultades directivas del empleador se irán desarrollando en virtud de un sinnúmero de factores relacionados con la empresa y el puesto de trabajo. Atendiendo a cada situación en particular el poder de dirección deberá adecuarse, para ello resultará de vital importancia que las manifestaciones de tal prerrogativa respondan a criterios de razonabilidad.

-
- (4) TOYAMA, Jorge. *Contratos de trabajo y otras Instituciones del Derecho Laboral*. Lima: Gaceta Jurídica editores, 2008. pp. 50 y siguientes.
- (5) LUQUE PARRA, Manuel. *Los límites jurídicos de los poderes empresariales en la relación laboral*. Barcelona: Bosch, 1999. p. 30.
- (6) Sobre este tema San Martín describe que «[l]a titularidad del poder disciplinario deriva del propio contrato de trabajo y es reconocida por la ley al empresario, como parte de aquél, a quien se encomienda la función directora y controladora del desarrollo y cumplimiento de las obligaciones laborales». *Op. cit.*; p. 1194.

Finalmente, el poder de dirección se deriva del régimen de ajenidad, es decir, no se requiere de condición adicional a la de ser empleador para ejercitar el poder de dirección. Basta que el empleador sea tal sin requerimiento adicional para ejercer su poder directivo sobre los trabajadores. En otras palabras el poder de dirección no necesita de una especialización ni de un título que la simple condición de ser empleador.

1.3. Límites al poder específico de dirección

Como toda atribución o derecho la facultad de dirección no puede ser ejercida de manera absoluta, se encuentra delimitada por una serie de criterios. Los límites se agrupan en dos categorías: los conceptuales y los funcionales. Los primeros se refieren a determinadas materias que no podrían ser abordadas de forma unilateral por el empleador; por su parte, los funcionales se dirigen a proporcionar ciertas pautas generales que el empleador debe atender.

1.3.1. Conceptuales o temáticos

Estos límites, como regla, no pueden ser de actuación por parte del empleador. De este modo tenemos a las variaciones radicales no legitimadas sobre la remuneración, la naturaleza laboral de los servicios subordinados, los derechos constitucionales o inespecíficos del trabajador (en razón a su carácter imperativo e incluso constitucional), etcétera. Un caso adicional es el relativo a las modificaciones de condiciones laborales que se derivan de un convenio colectivo de trabajo en donde el carácter normativo, vinculante y bilateral de esta fuente de derechos laborales impediría que sea modificado mediante un acto no normativo del empleador.

1.3.2. Funcionales o generales

Los límites funcionales obligan al empleador observar ciertos criterios cuando ejerza sus facultades de dirección: razonabilidad, objetividad, previsibilidad y proporcionalidad. Por

el lado del trabajador algunos sostienen que se debe apreciar que la actuación del empleador no le ocasione perjuicio.

Nuestro ordenamiento ha previsto que las facultades del empleador se ejercen dentro de los límites de la razonabilidad sin hacer alusión a ningún otro elemento atendible como puede ser el perjuicio que pueda sufrir el trabajador⁽⁷⁾. Las referencias al perjuicio del trabajador ha sido atendido por el legislador aunque de manera exclusiva para los casos donde exista una intencionalidad de causar un perjuicio –no se recoge el perjuicio en sí mismo sino la falta de justificación en la actuación del empleador que no es otra cosa que el ánimo de ocasionar un perjuicio- como ocurre con la movilidad geográfica del trabajador⁽⁸⁾ (el artículo 30 inciso c) de la LPCL, criterio ratificado por el artículo 50 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo⁽⁹⁾).

2. Potestad sancionatoria

El poder de dirección, como bien se ha señalado, no sería más que un poder moral si no estuviera acompañado de la facultad de castigar las diversas infracciones de los trabajadores, situación que más que obediencia, a lo sumo, lo que provocaría sería benevolencia⁽¹⁰⁾. Así, una de las manifestaciones del poder de dirección del empleador la encontramos en aquella atribución que le permite a éste sancionar a sus trabajadores cuando se incumpla alguna de las obligaciones impuestas u órdenes impartidas.

(7) «Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador».

(8) «Artículo 30.- Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes: (...) c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio».

(9) «Artículo 50.- El traslado contemplado en el inciso c) el Artículo 63 de la Ley, es aquel que importa un cambio a un ámbito geográfico distinto y siempre que tenga el deliberado propósito de ocasionarle perjuicio al trabajador».

(10) «El poder de dirección sería un «mero poder moral» si no estuviera acompañado del de sancionar los incumplimientos a las órdenes generales o especiales emitidas por el empresario». TERRADILLOS, Eduarne. *El poder disciplinario empresarial*. Valencia: Tirant lo blanch, 2004. p. 16.

Jorge Toyama Miyagusuku

Las formas en las que esta capacidad sancionatoria puede concretarse giran, básicamente, en torno a las siguientes manifestaciones: mediante una amonestación, la suspensión en las labores sin goce de haber y el despido. La primera de las anotadas, conocida también como apercibimiento, se entiende como una llamada de atención al trabajador infractor con el fin de que enmiende su conducta o mejore su capacidad de trabajo, siendo la sanción más leve que puede imponer un empleador y está reservada para incumplimientos o infracciones leves de los trabajadores, siendo las más frecuentes en la dinámica laboral. Queda por anotar que esta corrección disciplinaria sirve a manera de advertencia de una medida más contundente de reiterarse el incumplimiento apercibido. Tal reprimenda previa, por ejemplo, se requiere para poder sancionar con el despido la impuntualidad reiterada del trabajador que se convierte en falta grave de despido según el inciso h) del artículo 25 de la LPCL⁽¹¹⁾.

Por otro lado, la suspensión de labores es un castigo laboral que guarda mayor entidad disciplinaria. Normalmente la suspensión correctiva importa ordenar al trabajador incumplidor que no acuda al centro de labores por un determinado tiempo y que por el lapso temporal que dure tal inasistencia el empleador omita su obligación remunerativa. En este orden de ideas, la sanción correccional de la suspensión debe comportar necesariamente una de corte perfecto; en caso contrario, es decir si pese a haber ordenado al trabajador que no asista a laborar se le remunera por los días que dure tal pausa de servicios, no existirá una intención de dar un correctivo al empleado infractor.

Las normas no han señalado cuales son las causales de suspensión del trabajador, es por ello que el empleador tiene cierta discrecionalidad para prever mediante sus políticas empresariales las circunstancias que lo facultarían a suspender a los trabajadores que incurran en ellas. Nada obsta para que la previsión de tales causas se haga por acuerdo colectivo o individual. La elaboración de los motivos meritorios de suspensión debe estar guiada, como cualquier otra sanción, por criterios de razonabilidad y proporcionalidad en tanto la facultad disciplinaria del empleador siempre debe responder

a los preceptos mencionados, así lo establece el artículo 9 de la LPCL.

La otra forma que admite el poder sancionatorio del empleador se compone de la resolución del vínculo de trabajo por voluntad unilateral de aquel si es que el incumplimiento o conducta laboral es susceptible de ser castigado con tal medida. Tal resolución se conoce como despido y supone la sanción empresarial más radical que se puede adoptar y, en consecuencia, debe responder a una causal grave, que impidiera razonablemente la continuación del vínculo laboral. Sobre estos temas, volveremos más adelante.

2.1. Características

A continuación detallaremos algunos alcances relativos a las características de la facultad disciplinaria. Algunas de ellas están previstas por nuestra normativa, otras como pautas que la doctrina y jurisprudencia han ido analizando para delimitar esta prerrogativa empresarial.

2.1.1. Faltas laborales

El ejercicio del poder disciplinario del empleador sólo podría hacerse efectivo como consecuencia de una falta laboral, es decir, el solo contar con la atribución disciplinaria no le otorga al empleador legitimidad para imponer una sanción, es necesario que se verifique la existencia de una falta laboral.

La falta laboral representa un incumplimiento del trabajador a sus obligaciones previstas en su contrato de trabajo, ya sea por dolo, culpa o negligencia⁽¹²⁾, siendo la gravedad el elemento que permita determinar la sanción aplicable⁽¹³⁾. Ciertamente, no se trata de aquellos deberes laborales que se hubieran

(11) «Artículo 25.- Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves: (...) h) (...) la impuntualidad reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se hayan aplicado sanciones disciplinarias previas de amonestaciones escritas y suspensiones».

(12) GORELLI, Juan y Tomás GÓMEZ. *Op. cit.*; p. 20.

(13) En esta línea, Quispe y Mesinas describen que la culpa leve no configura una falta grave laboral y debe aplicarse una sanción menor al despido. QUISPE, Gustavo y Federico MESINAS. *El despido en la jurisprudencia judicial constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, 2009. p. 24.

previsto taxativamente en su contrato de trabajo sino aquellos que, en su condición de trabajador, están previstos o son propios de la relación laboral sin importar la fuente de las obligaciones: los deberes pueden provenir de un contrato de trabajo, política o reglamento empresarial, las normas legales, convenios colectivos, etcétera⁽¹⁴⁾ o, inclusive, puede sustentarse en un genérico deber de buena fe que se aplica a todas las relaciones laborales.

El ejercicio caprichoso del poder sancionatorio es ciertamente abusivo o, en otras palabras, antijurídico. La sanción laboral debe responder necesariamente a castigar una falta del trabajador y, con la verificación de la falta laboral, se configura una relación de causa-efecto entre el incumplimiento laboral y la medida disciplinaria que adopte el empleador.

Desde otro punto de vista, el empleador no podría sancionar a sus trabajadores por infracciones que escapen al ámbito laboral, es decir no se encuentra facultado a inmiscuirse en la vida privada, familiar o social de sus trabajadores y ampararse en un acto extra-laboral para imponer una sanción. Por ejemplo, sería ilegítimo que el empleador sancione a un trabajador que se haya divorciado en tanto este hecho no tiene ningún tipo de injerencia en su actividad como contador de la empresa.

Diferente es el supuesto en que ciertos aspectos de la vida personal de un trabajador podrían ser atendibles por el empleador para sancionarlo en tanto ellos podrían incidir decisivamente en sus labores, es el caso por ejemplo de un futbolista profesional que lleva una vida licenciosa y llena de excesos que le impediría encontrarse apto para los compromisos deportivos que tenga que afrontar. En este supuesto es posible entonces que el club decida imponerle una sanción⁽¹⁵⁾.

2.1.2. *Numerus Clausus* para despido

La consideración relativa a que las causales de despido conforman un listado taxativo a manera de *numerus clausus* la

encontramos prevista legalmente en el artículo 22 de la LPCL, el cual reza textualmente: «Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada», y estas causales son desarrolladas con detalle en los artículos 23, 24 y 25 de la misma norma. En esta línea, se ha optado por una enumeración de las causas justas de despido; fuera de ellas, por tanto, el empleador no podría resolver el vínculo laboral por su propia iniciativa sino aplicar una sanción menor.

Se podría señalar que el primer párrafo⁽¹⁶⁾ del artículo 25 de la LPCL desnaturaliza la tipicidad de los motivos justificantes de despido al realizar una definición amplia de lo que implica la falta grave. Empero, la categoría de *numerus clausus* de la falta grave meritoria de despido se mantiene debido a que tal precepto lo único que hace es aportar ciertos elementos o connotaciones que permitan a los operadores jurídicos a encuadrar correctamente su apreciación de los hechos o conductas tipificadas⁽¹⁷⁾.

Ahora bien, las infracciones laborales que implican una gravedad menor respecto de las que pueden motivar un despido, no han sido atendidas con la exhaustiva dedicación legislativa que sí tienen las faltas graves meritorias del despido, por lo que consideramos que estas faltas menores podrían ser determinadas por el mismo empleador en el reglamento interno de trabajo,

(14) «(...) no se trata de incumplimiento de obligaciones establecidas en el contrato, sino que derivan del contrato en su acepción de mecanismo que da origen a una relación laboral». GORELLI, Juan y Tomás GÓMEZ. *Op. cit.*; p. 15.

(15) De acuerdo, inclusive, a la normativa especial (Ley 26566) una de las obligaciones del futbolista profesional es tener un comportamiento compatible con el mantenimiento del eficiente estado físico y mental en su condición de deportista profesional (artículo 6 inciso e) de la referida Ley).

(16) Artículo 25.- «Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves: (...)».

(17) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral peruano*. 2da edición. Lima: Ara, 2006. p. 165.

Jorge Toyama Miyagusuku

políticas internas o en los mismos contratos de trabajo o, inclusive, en convenios colectivos. No obstante, como hemos dicho, estimamos también que la labor de determinación de las infracciones susceptibles de ser castigadas con una amonestación o suspensión de labores debe atender a criterios de razonabilidad.

2.1.3. Control posterior

Las sanciones disciplinarias que pueda aplicar el empleador tendrán un efecto inmediato y producirán, en cada caso, las consecuencias correspondientes a una simple llamada de atención, a la suspensión por un determinado tiempo de las labores y de la omisión de la obligación remunerativa por los días que dure tal medida, o la extinción del vínculo laboral.

No obstante las sanciones disciplinarias practicadas no siempre implican un ejercicio legítimo de la facultad sancionatoria del empleador, razón por la cual el trabajador castigado tendrá expedito su derecho de acción orientado a impugnar la sanción a la que se encuentra sujeto. No puede resistirse a la aplicación de la sanción en tanto que rige el principio *solve et repete*⁽¹⁸⁾ derivado de la presunción de legitimidad de las órdenes del empleador en tanto estamos ante prestaciones subordinadas de servicios. De este modo se verificaría en el fuero judicial sí, en efecto, la medida correctiva del empleador supone un ejercicio irregular o no de su atribución disciplinaria.

Así lo reconoce la Ley Procesal del Trabajo en su artículo 4, incisos 2 y 3 en donde se prevé la posibilidad de que el empleado inconforme con el castigo impuesto pueda accionar judicialmente, de tal manera que se garantiza al trabajador la tutela judicial respectiva⁽¹⁹⁾. De este modo, los Juzgados de Trabajo serán los competentes para determinar si un despido se practicó de manera legítima o no; por su lado, los Juzgados

de Paz Letrado tendrán la oportunidad de pronunciarse sobre la juridicidad de las demás sanciones disciplinarias⁽²⁰⁾.

2.1.4. Proporcional, razonable, inmediato

Atendiendo a la disposición basilar y directriz de la norma contenida en el artículo 9 de la LPCL, las medidas con las que el empleador puede sancionar a sus trabajadores deben encontrar una correspondencia razonable con la gravedad de la infracción y/o el incumplimiento laboral.

En este orden de ideas normalmente de acuerdo a la gravedad de la falta podemos expresar que ante una infracción que no guarda mucha relevancia, la sanción aplicable sería una llamada de atención sin más. Mientras más grave se estime una falta, el castigo pertinente irá adoptando la forma de una suspensión de labores hasta llegar a la contundente sanción del despido. Para tales efectos, servirá de mucho que el empresario tenga la suficiente prudencia y criterio para determinar en cada caso particular qué medida adoptará.

De acuerdo a cada supuesto que configura una infracción laboral, el empleador deberá evaluar y posteriormente decidir que tipo de sanción resultaría proporcional a la entidad del incumplimiento laboral. Por ejemplo, estimamos que no resulta muy razonable o proporcional despedir a un trabajador que por primera vez llega tarde a su centro de

(18) Al respecto, se ha dicho que «[r]ige así el principio *solve et repete* por cuya virtud el trabajador tiene el deber primordial de obedecer y cumplir la orden recibida y, si es el caso, la facultad de reclamar contra la misma». ORTIZ, Carmen. *Causas, forma y efectos del despido disciplinario*. En: AUTORES VARIOS. *El Estatuto de los trabajadores. Veinte años después*. En: *Revista Española de Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas, 2000. p. 1129.

(19) Un estudio interesante sobre los efectos de la jurisdicción en la revisión de los despidos, puede verse en BAYLOS, Antonio y Joaquín PÉREZ. *Op. cit.*; pp. 87 y siguientes.

(20) «Artículo 4.- Competencia por razón de la materia.- La competencia por razón de la materia se regula por la naturaleza de la pretensión y en especial por las siguientes normas: (...) 2. Los Juzgados de Trabajo conocen de las pretensiones individuales o colectivas por conflictos jurídicos sobre: a. Impugnación del despido (...) 3. Los Juzgados de Paz Letrados conocen las pretensiones individuales sobre: (...) b. Impugnación de las sanciones disciplinarias impuestas por el empleador durante la vigencia de la relación laboral».

labores⁽²¹⁾. Como ha destacado el Tribunal Constitucional, la sanción debe aplicarse en cada caso concreto atendiendo a las circunstancias de cada caso y sobre la base de la proporcionalidad en la aplicación de la sanción⁽²²⁾.

De igual modo, el empleador deberá atender al conocido principio de inmediatez para castigar las faltas de sus trabajadores el cual consiste en que la oportunidad en que conozca la infracción laboral debe guardar relación inmediata con el momento en que efectivamente ejerce su potestad sancionadora. En otras palabras, no debe haber transcurrido un lapso de tiempo dilatado entre el conocimiento de la falta laboral y el ejercicio de la facultad disciplinaria del empleador, de no verificarse esto, la infracción del trabajador se entendería condonada.

Tal criterio ha sido reconocido expresamente en nuestra normativa para el procedimiento del despido mas no para todo tipo de sanción que pueda estimar el empleador. Sin embargo, somos de la opinión que, atendiendo a que el poder disciplinario del empresario no sólo se ejerce con el despido sino también a través de otras medidas, la aplicación de tal principio puede ser extendida por analogía a las demás formas en que el empleador puede sancionar a sus trabajadores. Ahora bien, no se ha determinado tampoco que plazo debe transcurrir entre el conocimiento de la falta laboral y su correspondiente

corrección disciplinaria, la norma sólo nos dice que hay que atender a este principio sin más. Ante tal vacío legal la solución más acorde la encontramos nuevamente en la razonabilidad, es decir, el lapso temporal entre las situaciones anotadas no debe ser prolongado sino más bien breve y expeditivo. Sobre este tema, volveremos más adelante.

2.1.5. *Non bis in idem*

Según esta pauta no podría aplicarse al trabajador una medida disciplinaria por una falta que ya ha sido objeto de sanción. Una falta sancionada previamente con una amonestación, por ejemplo, ya no podría ser causa de una suspensión, o, por poner otro caso, una falta castigada con una suspensión, pese a calzar en alguno de los supuestos justificantes de despido, no podría ser alegada como causa de esta última⁽²³⁾.

Sin perjuicio de lo anotado, una sanción laboral grave, como el despido por ejemplo, podría requerir que el último incumplimiento que se quiere castigar haya sido precedido de conductas similares que a su vez hayan sido

(21) Al respecto se ha indicado: «Si bien se ha acreditado que el trabajador ha incurrido en falta como ha reconocido, la sanción impuesta resulta desproporcionada en relación a la falta cometida y en modo alguno amerita una sanción tan drástica como es el despido» (Expediente 1122-2006 IDA (S)) y, en relación a este mismo tema, el TC ha expresado «En el presente caso resulta relevante tener en cuenta que el demandante ha reconocido que se negó a someterse al dosaje etílico (...) No obstante lo señalado en el fundamento anterior, este Tribunal considera que el despido del demandante viola el derecho constitucional al debido proceso sustantivo debido a que la Municipalidad emplazada al momento de imponerle la sanción lo hizo en contravención de los principios de razonabilidad y proporcionalidad» (Expediente 03169-2006 PA/TC).

(22) «(...) este Colegiado considera que el establecimiento de disposiciones sancionatorias, tanto por entidades públicas como privadas, no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que se debe efectuar una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta los antecedentes personales y las circunstancias que llevaron a cometer la falta. El resultado de esta valoración llevará a adoptar una decisión razonable y proporcional (...) En este sentido, se debe tener en cuenta el principio de proporcionalidad, el cual está estructurado por tres subprincipios: (i) el de idoneidad o de adecuación; (ii) el de necesidad; y (iii) el de proporcionalidad en sentido estricto. Esto supone que el Tribunal deberá evaluar todas las posibilidades fácticas (idoneidad y necesidad), a efectos de determinar si, efectivamente, en el plano de los hechos, no existía otra posibilidad menos lesiva para los derechos en juego que la decisión adopta» (Expediente 00535-2009-PA/TC).

(23) En este sentido se ha descrito que «No pueden aplicarse dos sanciones disciplinarias de distinta índole (la suspensión y el despido) a una misma falta del trabajador» (Expediente 1214-94-R) y que «Es improcedente que se aplique a un trabajador una sanción de despido por los mismos hechos que anteriormente dieron lugar a la aplicación de una de suspensión al trabajador; no quedando justificado tal proceder con la afirmación del empleador de que recién conoció de la gravedad de la falta después de haber aplicado la primera sanción» (Expediente N 294-93-CD).

Jorge Toyama Miyagusuku

atendidas mediante medidas disciplinarias menores. En este caso el requerimiento de la sanción menor previa forma parte de una infracción mayor, es decir, no se vuelve a castigar una conducta anterior, se sanciona una reiterada resistencia a observar las pautas laborales así como los requerimientos del empleado y que representa una conducta más grave.

Lo descrito en el párrafo anterior se verifica en algunos casos que prevé la LPCL en su artículo 25, a saber, se tiene que la impuntualidad reiterada se configura como falta grave meritoria de despido siempre que previamente se hayan aplicado sanciones como los conocidos apercibimientos y suspensiones⁽²⁴⁾. Por otro lado, el reglamento de la Ley de Fomento del Empleo también hace referencia a que la reiterada resistencia a las órdenes del trabajador debe haber sido acusada previamente para que configure una causa justa de despido⁽²⁵⁾.

2.1.6. Derecho de descargo

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⁽²⁶⁾.

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 formulare, 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⁽²⁷⁾. Ya entraremos en más detalle sobre tal procedimiento cuando tratemos el despido en particular y sus formalidades.

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.

2.1.6. No sanciones pecuniarias

Como se habrá advertido en ningún momento se ha anotado que una forma de sancionar

(24) «Artículo 25.- (...) Son faltas graves: (...) h) (...) la impuntualidad reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se hayan aplicado sanciones disciplinarias previas de amonestaciones escritas y suspensiones».

(25) «Artículo 35.- Para que se configuren las reiterancias señaladas en el inciso a) del Artículo 58 de la Ley, el empleador deberá haber requerido previamente por escrito al trabajador, por la comisión de falta laboral». Cuando la norma citada en este pie de página habla del artículo 58 de la Ley en su versión original, tenemos que atender en realidad al actual artículo 25 de la LPCL.

(26) BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo. *Una aproximación a la vigencia de debido proceso en los despidos laborales*. En: **ius et veritas**. Número 21. Lima: Asociación Civil **ius et veritas**, noviembre de 2000. pp. 301-310.

(27) Véase como ejemplo la sentencia del TC del 12 de noviembre de 1999 la cual resuelve el Expediente 469-99-AA/TC.

disciplinariamente a un trabajador se realice mediante la imposición de una multa pecuniaria o estimada en un monto dinerario. Normalmente las legislaciones laborales no prevén este tipo de castigo o la prohíben inclusive. La nuestra simplemente no se refiere a ella.

Ahora, si bien es cierto con la suspensión perfecta de labores se deja de retribuir al trabajador castigado, ello no adopta la naturaleza de la imposición de una multa, es más, la omisión de la obligación remunerativa en la suspensión se corresponde con la ausencia de una efectiva prestación de servicios. Del mismo modo no debe confundirse entre la multa pecuniaria -como sanción disciplinaria- y la indemnización por daños y perjuicios -que pueda disponerse a favor del empleador y a cargo del trabajador cuando éste, por ejemplo, haya causado daños a los bienes de aquel-, en tanto esta indemnización busca resarcir un ilícito civil, y en ciertas ocasiones, incluso penal, cuya naturaleza difiere enormemente de la que pueda predicarse de una medida pecuniaria dirigida a corregir en estricto una infracción laboral.

Cualquier sanción pecuniaria que quisiera imponerse requiere de un pronunciamiento judicial salvo que exista un consentimiento del trabajador sobre la imputación de parte de su retribución para cubrir los daños y perjuicios que hubiera causado. Dentro de un proceso de daños y perjuicios, será el juez quien determine si existe responsabilidad de un trabajador y, de otro lado, la cuantía de los daños que pudieran determinarse en cada caso⁽²⁸⁾.

2.1.7. Autonomía laboral

De alguna manera aunado a lo expuesto en el último párrafo del acápite anterior, podemos colegir que cualquier tipo de sanción disciplinaria impuesta a un trabajador no implica

que la falta cometida no sea susceptible de ser atendida también por otros operadores jurídicos para su respectiva corrección: penal, civil, administrativa, etcétera.

En este sentido el artículo 26 de la LPCL prescribe: «Las faltas graves señaladas en el Artículo anterior, se configuran por su comprobación objetiva en el procedimiento laboral, con prescindencia de las connotaciones de carácter penal o civil que tales hechos pudieran revestir.» Los órganos jurisdiccionales civiles o penales podrán dilucidar si la falta, en principio, laboral podría implicar una responsabilidad de corte civil y/o delictiva inclusive. En otras palabras, las vías laboral y penal son independientes⁽²⁹⁾ y la falta de pronunciamiento dentro de un proceso penal no importa que un juez no pueda resolver en sede laboral⁽³⁰⁾.

Normalmente ciertas faltas implicarían que el trabajador despedido tenga que indemnizar mediante una reparación civil a su empleador por los daños derivados de su actuar indebido como cuando por ejemplo haya utilizado cierta información de la empresa con la intención de causarle perjuicio (inciso c del artículo 25 de la LPCL) o cuando haya dañado ciertos bienes del empleador. Consideramos asimismo que, entre las faltas graves justificantes de un despido, detalladas en el artículo 25 de la LPCL, algunas de ellas (incisos c, d, f y g) podrían calzar en ilícitos penales: hurto

(28) «La indemnización por daños y perjuicios por la comisión de falta grave que cause perjuicio económico de la forma como ha sido previsto por el legislador requiere para su amparo de: i) La acreditación de los daños y perjuicios causados al empleador derivados de la comisión de la falta grave; ii) La demostración que la falta grave cometida es causa eficiente de estos daños y perjuicios; y iii) La prueba del perjuicio económico que causa al empleador los daños. y perjuicios acreditados derivado de la falta grave cometida» (Casación 775-2005 LIMA).

(29) «La falta de acreditación en la vía penal de un hecho denunciado no sería óbice para que el Juzgador laboral se pronuncie sobre la falta cometida dado que la falta laboral tiene naturaleza diferente a la que pueda dilucidarse en el fuero penal» (Casación 2383-2006 LA LIBERTAD).

(30) «Que a partir de los dispuesto por los artículos 22 y 26 del Decreto Supremo 003-97-TR el empleador debe comprobar en forma objetiva, atendiendo a los medios probatorios ofrecidos, que su poder disciplinario ejercido mediante el despido, cumple con los requisitos relativos a la imputación de una causa justa de separación del trabajador en cuestión fuera de la connotación penal o civil que tal falta pueda tener» (Casación 1299-2006 TACNA).

Jorge Toyama Miyagusuku

(simple o agravado), apropiación ilícita, estafa, administración fraudulenta, injuria, extorsión y daños.

A tal punto es la autonomía que un mismo hecho puede ser calificado como falta laboral pero no como un delito, tal como ha sucedido en alguna ocasión donde un trabajador fue declarado culpable en sede laboral y luego inocente en un proceso penal, tras lo cual el trabajador inició un proceso de amparo donde la magistratura evaluó entre la seguridad jurídica (proceso laboral) y la justicia (proceso penal), inclinándose por el último de estos valores⁽³¹⁾ y dispuso la reposición del trabajador.

2.1.8. Sanciones individuales

Mediante este criterio se entiende que el empleador tiene la posibilidad de aplicar diversas medidas disciplinarias a los trabajadores que han cometido conjuntamente una falta laboral; empero, para que las sanciones diferenciada no recaigan en un tratamiento discriminatorio, se exige que los correctivos impuestos respondan a una evaluación de los antecedentes disciplinarios y a otras circunstancias coadyuvantes de cada uno de los empleados culpables.

Grafiquemos esto: supongamos que se produce una riña en el centro de trabajo la cual fue iniciada por el empleado «A» quien propinó al trabajador «B» un golpe en el rostro y éste en su afán de defenderse, reaccionó violentamente contra aquel. «A» ya había sido sancionado antes con una suspensión por tres días hábiles por haber golpeado a otro compañero mientras que «B» siempre ha sido un trabajador que no tiene ningún antecedente. Queda claro que «A» y «B» han cometido una falta laboral, no obstante el empleador podría determinar sólo el despido de «A», a quien incluso ya ha suspendido por la misma razón, y disponer, por ejemplo, sólo la suspensión de «B».

El artículo 33 de la LPCL recoge esta previsión en los siguientes términos: «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.» Notemos que se permite que el empleador podría olvidar la falta -lo que implica su condonación-, la comisión de la falta respecto de uno, algunos y hasta de todos los trabajadores trasgresores. Lo expuesto se produce en tanto el empleador detenta la atribución disciplinaria en el centro de labores, y por tanto sólo él podría determinar si la ejecuta o no.

A manera de resumen de las características esbozadas en torno a la facultad disciplinaria podemos proporcionar en la tabla 1.

3. El despido disciplinario

3.1. Estabilidad laboral: marco general

En virtud del principio protector del Derecho del Trabajo, y de su derivado el principio de continuidad, el contrato laboral tiene vocación de permanencia en el tiempo⁽³²⁾. Los esfuerzos por mantener la vigencia del contrato de trabajo frente a las vicisitudes que pueda afrontar responden y representan se conoce como estabilidad laboral.

Y es que básicamente lo que procura el derecho a la estabilidad en el trabajo es proporcionar al trabajador las garantías necesarias para que esta vocación de permanencia de su vínculo se vea reforzada. Tales garantías parten del derecho constitucional al trabajo y buscan limitar la facultad de empleador para evitar arbitrariedades y brindar tutela al trabajador ante un despido⁽³³⁾. En efecto los artículos 22 y 27 de nuestra Carta Política comprenden la

(31) Más detalle puede verse en TOYAMA, Jorge. *Op. cit.*; pp. 523 y siguientes.

(32) PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Buenos Aires: Desalma, 1978. p. 154.

(33) «La Ley restringe la libertad del empresario para despedir sobre dos grandes líneas de acción: la limitación de la arbitrariedad empresarial y la reparación del daño por la pérdida del empleo, pero en función de determinados contextos históricos y políticos, su forma de precisar las garantías frente al despido varía en distintos ordenamientos nacionales en razón a la intensidad de las mismas». BAYLOS, Antonio y Joaquín PÉREZ. *Op. cit.*; p. 49.

Tabla 1

Característica	Descripción	Según las normas se aplica para:		
		Amonestación	Suspensión	Despido
Faltas laborales	Relación causa-efecto entre falta y sanción.	No hay regulación expresa pero hay parámetros generales.		Sí, regulado expresamente
<i>Numerus clausus</i>	Tipicidad de las faltas.	Todos las faltas que no motivan un despido		Sí, regulado expresamente
Control posterior	Garantía mínima ante toda sanción	Sí ante el Poder Judicial (jueces laborales y de paz)		
Proporcional y Razonable	Proporción entre la gravedad de la infracción y la contendencia de la sanción.	Sí hay regulación genérica		
Inmediatez	Relación inmediata temporal entre determinación de la falta y su sanción.	No hay referencia expresa pero se aplica		Sí mención expresa
<i>Non bis in idem</i>	No se puede sancionar una falta que ha sido previamente castigada.	No hay referencia específica, pero se entiende que se aplica.		Para sancionar por reiterancia se requiere sanciones menores
Derecho de descargo	Posibilidad de defensa ante cargos imputados.	Es potestad del empleador otorgarla		Es obligatorio salvo la flagrancia
No multas	La sanción debe ser siempre disciplinaria	Aplica a cualquier tipo de sanción		
Independencia de otras vías	Una falta laboral es independiente de reglas civiles, penales.	Aplica a cualquier tipo de sanción, hay referencia expresa para el despido		
Comunidad de infractores	Criterios objetivos (antecedentes) y a circunstancias coadyuvantes.	Hay referencia para aplicar sanciones diferenciadas		

consagración del derecho al trabajo cuyo contenido involucra la presencia de dos aspectos que se identifican con la llamada estabilidad laboral de entrada y la de salida.

Desarrollemos seguidamente con más detalle estos ámbitos de desarrollo del derecho al trabajo. Decíamos que el derecho al trabajo previsto como derecho fundamental en nuestra Constitución ha sido concebido a partir de dos aspectos que se identifican con lo que la doctrina⁽³⁴⁾ ha denominado estabilidad laboral de entrada y de salida. Así, se ha explicado que la primera implica la garantía jurídica que le proporciona al trabajador la protección de su puesto de labores desde el inicio de la relación laboral en tanto la vocación de permanencia, derivada del principio de continuidad, que la caracteriza, así lo exige.

En nuestro sistema jurídico la estabilidad laboral de entrada encuentra el siguiente límite: se adquiere la estabilidad laboral de entrada superado el periodo de prueba (tres, seis o doce

meses según el caso. Además, hay que precisar que no tendrán derecho a la estabilidad laboral de entrada las personas que laboren menos de cuatro (4) horas diarias o en promedio toda vez que la protección contra el despido arbitrario sólo alcanza a los trabajadores que laboran por encima del mencionado récord de horas laboradas a la semana.

La estabilidad laboral de salida es quizás el contenido del derecho al trabajo que más atención ha recibido por parte de la normativa y de los estudios jurídicos en tanto se corresponde con el derecho a la conservación del empleo salvo que se presente una causa de suficiente entidad extintiva. He aquí, fundamentalmente, donde reside el fundamento jurídico el derecho a la estabilidad laboral.

(34) Por todos pueden verse DE BUEN, Néstor. *Derecho del Trabajo*. Tomo I. 4ta. edición. México: Porrúa, 1981. p. 80; y ERMIDA URIARTE, Óscar. *La estabilidad del trabajador de las empresas. ¿Protección real o ficticia?* Montevideo: Acali, 1983. p. 18.

Jorge Toyama Miyagusuku

Recordemos que la estabilidad laboral se configura como el presupuesto indispensable para que el trabajador pueda ejercitar sus derechos individuales y colectivos⁽³⁵⁾; en tal orden de ideas la extinción de la relación laboral deberá darse en los términos descritos, es decir, a partir de una causa extintiva y suficiente cuya inobservancia deberá ser proscrita y reparada adecuadamente.

Según la protección que pueda acoger cada ordenamiento jurídico la estabilidad laboral de salida puede ser de dos clases: i) absoluta, según la cual toda extinción irregular del vínculo de trabajo trae como consecuencia la reposición en el puesto de labores, o ii) relativa la cual conlleva protecciones distintas a la reposición como la indemnización, remuneraciones devengadas, etcétera

Esta última clase de estabilidad laboral de salida puede ser a su vez propia o impropia. La primera de ellas no supone la obligación del empleador de reincorporar al trabajador despedido de forma irregular sino que trae como consecuencia la declaración de nulidad del cese y el otorgamiento de una indemnización por el tiempo que duró el proceso y el abono de las remuneraciones devengadas. De acuerdo a ello lo que se da en realidad es una restitución ficta mas no efectiva. La impropia sólo genera derecho a una indemnización.

Entonces tenemos lo siguiente:

Estabilidad laboral de entrada	<ul style="list-style-type: none"> • Protección del puesto de labores desde el inicio de la relación laboral. • Límite: Periodo de prueba + jornada mínima 	
Estabilidad laboral de salida: Derecho a la conservación del empleo salvo que se presente una causa de suficiente entidad extintiva.	Absoluta: Ante toda extinción irregular procede la reposición.	
	Relativa: La extinción antijurídica es reparada de cualquier otra forma menos con la reposición.	Propia: Restitución ficta mediante pago de indemnización Impropia: Sólo indemnización.

La estabilidad laboral de salida no ha sido tratada de manera explícita en la actual Constitución como sí lo hacía la anterior.

Las únicas referencias constitucionales que aluden a ella las encontramos en los artículos 22 y 27. Sobre el primero ya hemos explicado que la previsión del derecho al trabajo que comprende lleva implícita la idea de estabilidad laboral de salida. Por su parte el artículo 27, al establecer que el trabajador tiene derecho una adecuada protección frente al despido arbitrario, no dispone sino la proscripción de este tipo de despido⁽³⁶⁾ y permite a su vez que el legislador establezca la forma de resarcir al trabajador despedido arbitrariamente.

Por su parte las normas internacionales del trabajo, mediante el Convenio 158 de la OIT -no ratificado por el Estado peruano- establece que no se podrá dar término a la relación de trabajo a menos que exista una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio. Continúa tal norma explicando que si se verifica un despido arbitrario y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no se pudiera o no considerara posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente proponer la readmisión del trabajador, se podrá ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.

De otro lado tenemos la previsión que realiza el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales -conocido también como Protocolo de San Salvador- el cual, además de reconocer el derecho al trabajo en sus dos manifestaciones, proclama específicamente la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa

(35) VILLAVICENCIO, Alfredo. *PROEM*. En: *Coyuntura Laboral*. Número 9. Lima: Desco, 1996. p. 9.

(36) NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*. 3ra. edición. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2007. p. 54.

separación; así en casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional. Tal norma internacional ha sido ratificada por el estado peruano por lo que se constituye en fuente obligatoria para la interpretación de las normas fundamentales en el país.

El esquema legal que regula el despido y que es reflejado en la LPCL solo ha previsto la estabilidad laboral absoluta para los supuestos en que se verifica la nulidad de un despido (artículo 29 de la LPCL). Para los demás clases de despidos irregulares (despido arbitrario, despido indirecto) se ha preceptuado una reparación indemnizatoria (estabilidad laboral impropia).

Todo este diseño legal de los despidos antijurídicos y su protección han sido trastocados con la senda jurisprudencial que el Tribunal Constitucional (TC) ha elaborado sobre la constitucionalidad del despido arbitrario. A partir de la nueva línea interpretativa del TC la tipología de los despidos se ha visto ampliada con la elaboración de tres nuevos conceptos: el despido incausado, el despido fraudulento y el despido lesivo de derechos fundamentales.

3.2. Una clasificación sobre las formas de extinción de la relación laboral

Introducido el tema relativo a la estabilidad laboral, dediquémonos a tratar en primer lugar como es que pueden ser clasificadas las causas que justifican la terminación del vínculo de trabajo partiendo básicamente de la participación de la voluntad de las partes en tal acto jurídico.

Partiendo de tal premisa, tenemos que la presencia de la voluntad de las partes en la extinción de la relación laboral puede provenir de una sola de las partes o de ambas. De acuerdo a la manifestación unilateral de dar por terminada la relación laboral tenemos que ella puede adoptar la forma de despido -si la decisión procede del empleador-, mientras que, si deriva de la determinación del trabajador, la conclusión del vínculo de trabajo adopta la forma de una renuncia. Si la manifestación de voluntad procede de ambas partes estaríamos frente al llamado mutuo disenso y el cumplimiento del plazo respectivo, condición resolutoria o terminación de la obra o servicio correspondiente en los contratos sujetos a modalidad.

Si no existe participación alguna de la voluntad de las partes en la conclusión del contrato de trabajo, tenemos que ella se debió a hechos externos de carácter impeditivo. Manifestaciones de tales hechos los tenemos en las causas objetivas de terminación del vínculo laboral (caso fortuito o fuerza mayor), la jubilación, la desaparición de las partes (fallecimiento del trabajador o empleador persona natural) o la incapacidad del trabajador por devenir en inválido permanente

De acuerdo a lo expuesto podemos elaborar el siguiente cuadro.

Extinción laboral	Por manifestación de la voluntad	Unilateral	Por parte del trabajador: Renuncia	
			Por parte del empleador: Despido	
		Acuerdo	Mutuo disenso	
			Contratos a plazo fijo	Cumplimiento de plazo
				Cumplimiento de condición resolutoria
	Terminación de obra o servicio			
	Hecho externo impeditivo	Causas objetivas: caso fortuito o fuerza mayor		
		Jubilación		
		Desaparición de las partes		
		Invalidez absoluta permanente del trabajador		

Jorge Toyama Miyagusuku

3.3. El despido disciplinario

3.3.1. Características

La facultad disciplinaria que ejerce el empresario se configura como consecuencia lógica de sus facultades de dirección y de control adoptando como finalidades la sanción y corrección de las indebidas conductas de sus trabajadores que desconocen las obligaciones derivadas de la ley, del convenio colectivo, del estatuto profesional, del reglamento de la empresa o del contrato mismo⁽³⁷⁾.

Toda vez que el despido supone la extinción del contrato de trabajo derivada de la voluntad del empleador, éste debe guardar las siguientes características formales: i) es un acto unilateral del empleador por lo que para su eficacia no se requiere del asentimiento del trabajador; ii) es un acto constitutivo en tanto el empresario no lo propone sino que lo realiza de forma directa; iii) es un acto recepticio puesto que la extinción decidida por el empleador debe ser conocida por el trabajador para que surta sus efectos; y iv) es un acto que produce la extinción del vínculo laboral⁽³⁸⁾.

Además de las particularidades reseñadas sobre el despido, éste tiene también un carácter que es medular: la motivación de acuerdo a las causas justificantes del despido. En efecto hablar del despido implica que ajustemos su definición a ciertas exigencias que justifiquen su ejercicio, tales requerimientos constituyen el carácter causal del despido en el sentido que la relación de trabajo sólo puede ser disuelta válidamente cuando exista algún motivo justificado; de ello se colige la consecuente insuficiencia jurídica de la sola voluntad del empleador para extinguir la relación laboral⁽³⁹⁾. Lo expuesto ha sido recogido expresamente en el artículo 22 de la LPCL el cual preceptúa que el despido de un trabajador estará supeditado a la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada.

3.3.2. La causa justa

En concordancia con la causalidad del despido tenemos que nuestra legislación laboral ha agrupado las causas justas de despido en dos categorías: i) las que se derivan de la capacidad del trabajador y ii) de su conducta. Fuera de éstas no existe motivo que permita al empleador despedir.

De esta manera la norma laboral recoge el criterio anotado en el artículo 4 del Convenio 158 OIT el cual preceptúa que, además de las causas justificadas por las necesidades de funcionamiento de la empresa, el despido podrá responder a causas justificadas relacionadas con la capacidad o conducta del trabajador.

3.3.2.1. Falta de capacidad

La falta de capacidad para laborar se puede verificar en tres (3) supuestos: i) el detrimento de facultades o ineptitud sobrevenida determinante para el desempeño de labores, ii) el rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares, y iii) 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 (artículo 23 de la LPCL).

El detrimento de facultades o ineptitud sobrevenida implica la verificación de un menoscabo que surge durante la ejecución del

(37) Así entiende esta facultad Cabanellas citado por PILOTTO, Luigino. *El principio de razonabilidad y la facultad disciplinaria*. En: *Los Principios del Derecho del Trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. Lima: Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004. p. 464.

(38) MONEREO, José Luis y María MORENO. *Forma y procedimientos del despido disciplinario*. En: *La reforma del Estatuto de los Trabajadores*. Tomo II. Madrid: *Revista de Derecho Privado*, 1994. p. 257. Además, puede verse MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Madrid: Tecnos, 1998. pp. 446 y siguientes.

(39) Blancas Bustamante llega a esta conclusión luego de citar al maestro uruguayo Plá Rodríguez. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El Principio de Continuidad y el Despido Individual*. En: *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. Lima: Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004. p. 220.

contrato de trabajo en tanto si se verifica que la incapacidad es anterior a la celebración del contrato e inclusive sobreviene durante el periodo de prueba, no se podrá despedir por tal causal⁽⁴⁰⁾ salvo que hubiera sido determinante para la contratación y el trabajador brindó información falsa y en cuyo caso se podrá despedir por una falta de conducta. El detrimento o ineptitud sobrevinida debe ser verificada por el Essalud, el Ministerio de salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio de Médicos.

Tal causal de despido tiene que ser precisada para evitar confusiones respecto de otros supuestos que afectan la capacidad del trabajador pero que suponen la pérdida total de las facultades físicas y mentales del trabajador. En tal sentido hay que decir que la causal de despido en mención implica una invalidez permanente en tanto los casos en que se presenta una invalidez absoluta, sea parcial o total, implicarán la extinción del vínculo de trabajo por un hecho ajeno a la voluntad de las partes.

Veamos ahora la segunda causal. El rendimiento deficiente por su parte supone la existencia de una incapacidad permanente, habitual, continuada, establecida en función del rendimiento precedente del mismo trabajador o el promedio de los demás trabajadores que realizan labores similares en las mismas condiciones atendiendo a la *ratio legis* de la norma⁽⁴¹⁾. Este supuesto no se refiere a la falta de adaptación del trabajador en su puesto de trabajo dado que el empleador, por ejemplo, no podría despedir al trabajador cuyo rendimiento es deficiente si es que aquel no lo ha capacitado adecuadamente para operar con nueva tecnología⁽⁴²⁾.

En la medida que la prueba del rendimiento deficiente es complicada la norma ha establecido que el empleador, con el objeto de acreditar la incapacidad defectuosa, podrá pedir el auxilio del Ministerio de Trabajo y del sector al cual pertenezca

la empresa, lo que coadyuvaría su intención de evidenciar el rendimiento deficiente.

Finalmente, tenemos a la negativa injustificada a realizarse un examen médico establecido por mandato legal o convencional determinantes de la relación laboral o la resistencia a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes. Al respecto se ha considerado que la ubicación de tal causal de despido dentro del grupo relativo a la capacidad del trabajador responde a que las medidas de salud mencionadas procuran la preservación de la capacidad del trabajador dado que se busca evitar que el trabajador recaiga en incapacidad como efecto de sus propios incumplimientos⁽⁴³⁾. Para nosotros, en cambio, esta causal es una de carácter disciplinario en tanto denota un incumplimiento del trabajador y por ello debió estar ubicado dentro de la lista de faltas graves.

«CADA VEZ QUE EL EMPLEADOR TENGA QUE DESPIDIR 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».

(40) ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo*. Lima: Palestra, 2008. p. 536.

(41) Pese a que la norma no lo dice se entiende que el rendimiento deficiente también se somete al parámetro relativo al rendimiento promedio de los demás trabajadores que laboran en similares funciones. Así puede verse BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral peruano*. 2da edición. Lima: Ara, 2006. p. 141.

(42) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Ibid.*; p. 143.

(43) ARCE ORTIZ, Elmer. *Op. cit.*; p. 539. Queda la interrogante de si en realidad la negativa injustificada de la que venimos hablando implica una desobediencia laboral considerada como causa justa de despido desde la óptica de la conducta del trabajador. Así se ha considerado también que tal negativa se encuentra más próxima a las causas de despido relacionadas con la conducta del trabajador y por tanto se configura como una infracción a sus deberes esenciales. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral peruano*. 2da edición. Lima: Ara, 2006. p. 144.

Jorge Toyama Miyagusuku

3.3.2.2. Las faltas de conducta

Tratadas las causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador, procedamos a tratar los supuestos relacionados con la conducta del trabajador que el empleador puede alegar para despedirlo. El llamado despido disciplinario, el que procede ante ciertas inconductas del trabajador, se configura en cualquiera de los siguientes supuestos: i) por condena por delito doloso, ii) por inhabilitación del trabajador y iii) por la comisión de falta grave (artículo 24 de la LPCL).

Veamos en este acápite las dos primeras causales. Si el trabajador es procesado penalmente por la supuesta comisión de un delito doloso, es finalmente encontrado culpable y su sentencia condenatoria pone fin al proceso penal respectivo, el empleador podrá despedirlo. Tenemos entonces tres requisitos para que el empresario pueda proceder a despedir a su trabajador que ha sido considerado culpable de un delito: 1) que haya sido sentenciado por la comisión de un delito doloso -lo que impediría al empleador despedir si se trata de un delito culposo-, 2) que el proceso penal haya concluido con la sentencia condenatoria es decir que ésta haya quedado firme y por tanto libre de cualquier recurso impugnatorio, 3) de otro lado la norma no hace distinción sobre la pena a cumplir por el trabajador, sólo importa que la sentencia condenatoria haya quedado firme y no si ella conlleva una pena privativa de la libertad, ergo, resulta indiferente la clase de pena impuesta.

Sobre esta causal cabe precisar también, como la ha hecho ya el Tribunal Constitucional, que el delito por el cual se le condena al trabajador y que es causa de su despido no necesariamente tiene que ver con su conducta laboral, en otras palabras, no interesa si el ilícito penal por el cual se le castiga al trabajador afecta o no la relación laboral toda vez que la comisión de un acto delictivo supone el quebrantamiento de varios principios fundamentales de una relación laboral, entre ellos, la buena fe contractual, honradez, lealtad, diligencia, etcétera⁽⁴⁴⁾.

Sobre la inhabilitación del trabajador en realidad no hay mucho que decir. Si una inhabilitación administrativa o judicial del trabajador para laborar se prolonga por más de tres meses, servirá de sustento para que el empleador despida al trabajador inhabilitado. Los típicos ejemplos son las autorizaciones administrativas para el trabajo que son suspendidas o canceladas al trabajador (comúnmente para los chóferes de transporte terrestre).

La tercera causal que faculta a despedir por la conducta del trabajador es la referida a la comisión de falta grave, causal que guarda cierta complejidad en su definición y concreción, dificultad que ha llevado al legislador a preceptuar con más detalle el concepto de falta grave y las situaciones que en particular califican como concreciones de tal causa. Por ahora, veamos el siguiente cuadro que engloba las causales de despido por falta de capacidad y por la conducta del trabajador.

Causas	Supuestos
Por falta de capacidad	Detrimiento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño laboral.
	Rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares.
	Negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico obligatorio
Por conducta	Condena penal por delito doloso.
	Inhabilitación del trabajador por 3 o más meses.
	Falta grave laboral.

3.3.3. El despido por falta grave

El despido disciplinario, como también es conocido el cese en relación a la conducta del trabajador, se verifica a partir de la comisión de una falta grave laboral tipificada legalmente, es decir, fuera de los supuestos que trataremos a continuación el empleador no podrá despedir por falta grave a sus trabajadores. Así lo establece el artículo 22 de la LPCL cuando determina que para el despido de un trabajador es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley.

La falta grave laboral es definida por el legislador en la introducción del artículo 25 de la LPCL como la infracción por parte del empleado de

(44) Fundamento Jurídico 11 de la sentencia recaída en el Expediente 01807-2007-PA/TC LIMA.

los deberes esenciales que emanan del contrato de tal índole, que vuelven irrazonable la subsistencia de la relación laboral. En este punto, hay conexión con el Derecho Civil en tanto que la falta grave supone un incumplimiento contractual⁽⁴⁵⁾ y la sanción representa el ejercicio de un poder privado del empleador en la búsqueda de un orden laboral⁽⁴⁶⁾. Así esta premisa guiará al operador jurídico para encuadrar correctamente la apreciación de los hechos o conductas tipificadas en los incisos que comprende el artículo 25 de la LPCL como faltas laborales específicas y en particular cuando la ley condiciona la configuración de éstas a su gravedad sin precisar en que consiste ésta⁽⁴⁷⁾.

Existen dos consecuencias de lo expresado precedentemente. De un lado, la aplicación del principio de gradualidad en la imposición de una sanción que se valora en cada caso concreto. Naturalmente, se debe analizar cada caso y determinar, en forma específica, si la falta es de tal magnitud que califica como grave y motiva la imposición de la sanción más drástica. Así, la jurisprudencia ha señalado que para verificar el incumplimiento de las obligaciones por parte del trabajador como premisa inicial para iniciar un trámite de despido es recomendable atender al hecho de la actividad negligente del servidor la

cual adquiere gravedad según el cargo que desempeñaba, la experiencia y antigüedad en el mismo y el perjuicio causado al empleador⁽⁴⁸⁾ así como, en general, cualquier hecho que sea determinante para la valoración de la falta laboral⁽⁴⁹⁾. Adicionalmente, la apreciación de la conducta del trabajador no exige de manera indispensable la configuración de un acto doloso pues basta con que su actuar u omisión afecte gravemente la convivencia laboral⁽⁵⁰⁾.

En resumidas cuentas, se puede convenir que un despido válido procede cuando existe un incumplimiento contractual caracterizado por su especial intensidad («grave») e imputabilidad («culpable»)⁽⁵¹⁾; se trata, entonces del incumplimiento de una obligación principal o esencial de cargo del trabajador⁽⁵²⁾.

Veamos ahora las causales específicas que implican la comisión de una falta grave laboral.

- (45) En esta línea, «Para el Derecho Laboral el poder disciplinario, como figura específica en la que se adecuan las reglas civiles sobre incumplimientos contractuales a las evidentes particularidades de la relación de trabajo». SAN MARTÍN, Carolina. *Op. cit.*; p. 1191.
- (46) «Lo que explica la esencia y la función del poder disciplinario es el mantenimiento del buen orden en la organización, y para cumplir ese cometido, los mismos poderes que contribuyen a perfilar la organización, a dirigirla y darle forma, resultan suficientes». FERNÁNDEZ LÓPEZ, María. *Op. cit.*; p. 450.
- (47) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral peruano*. 2da edición. Lima: Ara, 2006. p. 144.
- (48) Casación 1207-2006 LIMA. En otra ocasión, la Corte Suprema señaló que «la gravedad del incumplimiento de sus obligaciones de trabajo que configura la falta imputada, debiendo tenerse en cuenta al evaluar su entidad, la condición y jerarquía que ostentaba el accionante dentro de la organización administrativa del centro de labores, habida cuenta de su condición de trabajador de máxima jerarquía dentro de la sede de Pimentel de la recurrente» (Casación 1210-2005 LAMBAYEQUE).
- (49) Sobre el tema, destacan GORELLI y GÓMEZ que «Se tienen así en cuenta toda una serie de circunstancias; en primer lugar, relacionadas con el propio trabajador, como su antigüedad; los elementos que caracterizan el incumplimiento imputado al trabajador, tales como la existencia o no de advertencias previas al trabajador, la habitual tolerancia de ciertas conductas, la reiteración en el incumplimiento, las circunstancias personales del trabajador en el momento del incumplimiento; y también las consecuencias del incumplimiento del trabajador, como las repercusiones económicas del mismo, el hecho de que el incumplimiento se haya escenificado públicamente o no, etcétera» GORELLI, Juan y Tomás GÓMEZ. *Op. cit.*; p. 19. En la misma línea, puede verse TERRADILLOS, Edurne. *Op. cit.*; p. 152.
- (50) «Que, el artículo veinticinco del Decreto Supremo 003-97-TR define a la falta grave como la infracción del trabajador a los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que hagan irrazonable la subsistencia de la relación, sin mencionar que ésta tenga o no contenido doloso, pues de otro modo no podría sancionarse adecuadamente la inconducta que sin tener contenido ilícito puede tener la envergadura suficiente para quebrantar la disciplina, armonía y orden indispensables en todo centro de trabajo» (Casación 1622-2000 AREQUIPA).
- (51) GORELLI, Juan y Tomás GÓMEZ. *Op. cit.*; p. 11; y, ORTIZ, Carmen. *Op. cit.*, p. 1120.
- (52) QUISPE, Gustavo y Federico MESINAS. *Op. cit.*; p. 22.

Jorge Toyama Miyagusuku

3.3.3.1. Obligaciones laborales y la buena fe

El inciso a) del artículo 25 de la LPCL agrupa las siguientes infracciones laborales: 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 y Salud en el Trabajo⁽⁵³⁾.

Veamos primero a la buena fe laboral. La buena fe se puede definir como un principio, es decir como una de las premisas que nuestro ordenamiento jurídico ha adoptado con el objeto de que sirva a manera de guía, directriz y criterio de conducta de las partes contractuales. En efecto, la buena fe se configura, respecto del Derecho Laboral, como su base axiológica, a modo de principio fundamental que lo informa y que, por tanto, queda plasmado en sus diversas normas, ya sea explícita o implícitamente⁽⁵⁴⁾.

Sobre la buena fe se ha dicho que importa la «adecuación o coherencia entre la conducta y su finalidad, entre el medio y el fin»⁽⁵⁵⁾ y que resulta un principio constitucional que es «inmanente a las relaciones de coordinación, un principio de justicia protectora en las relaciones de poder, es decir, un principio-soporte del Estado de derecho»⁽⁵⁶⁾.

En nuestra normativa general, el principio de la buena fe se refleja en la sección legal que regula de manera global a las fuentes de las obligaciones. Es el artículo 1362 del Código Civil el que dispone expresamente la consagración de la buena fe contractual en nuestro ordenamiento jurídico positivo en los siguientes términos: «Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes.»

La normativa laboral ha recogido el principio mencionado en las demás faltas graves que motivan un despido -además del quebrantamiento de la buena fe previsto en este primer inciso del artículo 25 de la LPCL-. Podemos apreciar que en los siguientes acápite que conforman todo el artículo 25 de la LPCL se presenta un arraigado interés del legislador por castigar conductas específicas que, en nuestra consideración, contradicen la buena fe laboral: la apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia; la retención o utilización indebidas de bienes en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor; el uso o entrega a terceros de información reservada del empleador; la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa; la información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja; y la competencia desleal, entre otras, se configuran como actitudes que no se condicen con el deber de buena fe que debe guiar toda relación laboral.

Por su parte, la jurisprudencia no se ha mantenido al margen en el examen relativo a determinar las actitudes laborales que calzan dentro de la buena fe. Así, por ejemplo en la Casación 1210-2005-LAMBAYEQUE la Sala Suprema entendió que una falta atribuida al actor se configura indiscutiblemente como un incumplimiento de sus obligaciones de

(53) «(...) 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 (...).»

(54) Así lo entiende Plá Rodríguez citado por GAMARRA VÍLCHEZ, Leopoldo. *El deber de Buena Fe del Trabajador: Falta grave derivadas de su transgresión*. En: *Los Principios del Derecho del Trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. Lima: Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2004. p. 482.

(55) CASAS BAAMONDE, M.E. *La plena efectividad de los derechos fundamentales: juicio de ponderación (¿o de proporcionalidad?) y principio de buena fe*. En: *Revista Relaciones Laborales* Número 12. Madrid: 2004. p. 9.

(56) CONDE MARÍN, Emilia. *La buena fe en el contrato de trabajo*. Madrid: La Ley, 2007. p. 19.

trabajo, lo cual demuestra que su conducta no responde a las exigencias de lealtad y fidelidad que surgen de la relación de trabajo, contraviniendo así el principio de buena fe que, por irradiar su ámbito de aplicación a todo el Derecho, constituye un elemento que sirve como relacionante entre las partes de honestidad y cumplimiento de las obligaciones de confianza mutua⁽⁵⁷⁾.

El incumplimiento de las obligaciones laborales que implican la vulneración de la buena fe predicable de toda relación contractual solo podría referirse de los deberes propios, específicos y concretos derivados de la función u ocupación para la cual se le contrató al trabajador. Se castiga entonces la falta de diligencia en el cumplimiento de las obligaciones contractuales establecidas por las partes o designadas y también la inobservancia de cuidados y previsiones derivados de la buena fe que deben tenerse en cuenta para el cumplimiento las obligaciones acordadas⁽⁵⁸⁾. Naturalmente, en estos casos, no se debe apreciar necesariamente daños ni un perjuicio determinado para concluir que nos encontramos ante una falta laboral pues es suficiente la afectación de los deberes de fidelidad y lealtad⁽⁵⁹⁾.

Lo relevante es que, como cualquier otra falta grave, se aprecie la existencia de gravedad y culpabilidad: debemos encontrarnos ante una conducta imputable al trabajador y que altere gravemente las relaciones laborales entre el trabajador y la empresa. Así, por ejemplo, no podría despedirse a un soldador mecánico por un accidente producido en el centro laboral si él no tenía que realizar funciones correspondientes a la seguridad de los tanques de agua que explotaron, previsión que, más bien, estaba a cargo de otros profesionales⁽⁶⁰⁾. En cambio

sería justificado el despido del trabajador que no tomó las medidas necesarias para evitar la sustracción de bienes de la empresa por parte de los trabajadores que tenía a su mando en tanto esta omisión de sus deberes laborales implica un quebrantamiento de la buena fe laboral⁽⁶¹⁾ así como también del trabajador que no hizo oportunamente las acciones de control para supervisar el correcto desempeño de los empleados bajo su supervisión⁽⁶²⁾.

Ahora, veamos las faltas relacionadas con la resistencia del trabajador a seguir las órdenes del empleador. Como manifestación del poder de dirección que ejerce el empleador, éste puede disponer que sus trabajadores lleven a cabo una serie de actos que coadyuven a los objetivos empresariales queridos, es decir puede exigir de sus trabajadores obediencia respecto de las órdenes que pueda impartirles. Si pese a ello el trabajador no cumple las directivas empresariales, el empleador podrá despedirlo; no obstante, como ordena la norma, la resistencia debe ser reiterada para que pueda apreciarse la gravedad de la falta. Por su parte para efectos probatorios la reiterada resistencia a las órdenes se deberá documentar, tanto las órdenes, requerimientos y las llamadas de atención realizadas al trabajador⁽⁶³⁾ y, previo a ello, debe tratarse de órdenes claras y concretas⁽⁶⁴⁾. Cabe precisar que en ocasiones la resistencia del trabajador

(57) En otra ocasión se ha dicho sobre la buena fe que «la conducta anterior quiebra por su propia naturaleza la obligación de actuar con lealtad y honestidad que son los componentes de la buena fe durante la relación laboral, dando lugar además a la infracción del artículo treintiuno del Reglamento Interno de Trabajo que señala que es deber de todos los trabajadores cumplir con las funciones inherentes al cargo que desempeñan con honradez, lealtad, dedicación, eficiencia y productividad» (Casación 2242-98 LIMA).

(58) ARCE ORTIZ, Elmer. *Op. cit.*; p. 526.

(59) ORTIZ, Carmen. *Op. cit.*; p. 1134.

(60) Expediente 01564-2005-PA/TC MOQUEGUA

(61) Casación 092-2002 LIMA

(62) Casación 1210-2005 LAMBAYEQUE

(63) «Que la forma de demostrar la reiterancia es justamente cursando una advertencia o exhortación al trabajador para dejar constancia que se viene cometiendo una infracción, la cual de continuar, se convertirá en causal de su despido» (Casación 1218-98-LIMA).

(64) «En la práctica, la claridad suele venir asociada a la concreción, pues las órdenes o instrucciones de carácter general son susceptibles de mayores dosis de dificultad aplicativa e interpretativa a la realidad cotidiana que una simple orden concreta,

Jorge Toyama Miyagusuku

puede calificar como lícita y no devenir en una falta grave en la medida que las órdenes que no se quieren cumplir conllevan la comisión de ilícitos penales por ejemplo.

Pese a la exigencia de la reiterancia, este elemento puede suprimirse si se trata de una desobediencia muy grave del trabajador, con una actuación dolosa y que originó un perjuicio económico a la empresa⁽⁶⁵⁾. En este caso, la afectación a la buena fe laboral que hemos visto puede ser el sustento para la imputación de un despido.

Sobre la reiterada e intempestiva paralización de labores se puede decir que se configura cuando las interrupciones no son notificadas al empleador ya sea cuando éstas sean de un solo trabajador o más de uno. No importa si hay abandono del centro de trabajo aunque sí interesa, y mucho, que la paralización intempestiva y reiterada sea verificada fehacientemente por la Autoridad Administrativa de Trabajo, o en su defecto por la Policía o la Fiscalía si fuere el caso.

Finalmente tenemos los incumplimientos a las normas internas y legales. Atendiendo a la potestad «normativa» que posee el empleador, éste tiene la facultad de elaborar una serie de parámetros normativos que tienen la finalidad de organizar y regular las labores dentro de la empresa. Tales disposiciones se reúnen en el llamado Reglamento Interno de Trabajo⁽⁶⁶⁾ y, en general, cualquier norma general (política, directiva, etcétera) u orden específica que se hubiera difundido en la empresa. La afectación a estas obligaciones debe ser grave e imputable al trabajador, «bien deliberada o ya negligente», es decir puede ser de forma deliberada, consciente o por negligencia⁽⁶⁷⁾.

La inobservancia del Reglamento de Seguridad y Salud en el Trabajo y cualquier norma sobre esta materia también es castigada con el despido siempre que aquella sea grave. En este caso ya no solo se vulnera la obligación de obediencia al empleador sino también el deber de cuidado que el trabajador debe tener cuando su centro de labores presenta una serie de riesgos y peligros que pueden menoscabar la integridad física, la salud y la vida del trabajador infractor, la de sus compañeros, los bienes de la empresa o terceros. En este caso, bastaría que el trabajador infractor con su inobservancia produzca un riesgo sin necesidad que este se concrete en un daño⁽⁶⁸⁾.

El marco legal general se completa por el Decreto Supremo 009-2005-TR que rige a todos los sectores económicos sin perjuicio de las normas de seguridad e higiene sectoriales en tanto no contengan disposiciones incompatibles con la referida norma general y en todo caso cuando establezcan derechos y obligaciones superiores a los previstos en ésta.

Si por un lado es obligación de las partes laborales comportarse de acuerdo a los cánones de la buena fe, resulta complementario a ello que, entre otros deberes laborales, el trabajo realizado se enmarque en torno a criterios relativos a la colaboración, diligencia,

en la que el emisor del mandato ya ha hecho, por definición, una interpretación contextualizada auténtica». GIL y GIL, José & Otros. *El despido disciplinario*. En: AUTORES VARIOS (Antonio Sempere, coordinador). *El despido: aspectos sustantivos y procesales*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2004. p.156.

- (65) En este sentido, se ha descrito que «La desobediencia para que opere como causa de despido debe ser injustificada, grave y culpable. La culpabilidad es equivalente a imputabilidad o responsabilidad y la gravedad, siguiendo la tesis gradualista suele apreciarse en la reiteración con que fue impartida la orden, en la negativa a obedecer de forma expresa e inequívoca, en la renuente falta de voluntad al cumplimiento y, en general, en función de las circunstancias concurrentes, entre las cuales se halla el perjuicio causado a la empresa». ORTIZ, Carmen. *Op. cit.*; p. 1130.
- (66) La legislación obliga que las empresas con más de 100 trabajadores tendrán un Reglamento Interno de Trabajo. En los demás casos es opcional.
- (67) ORTIZ, Carmen. *Op. cit.*; p.1121. En la misma línea, CASTRO describe: «La desobediencia sólo puede generar el despido si evidencia una voluntad de incumplimiento de los deberes que vienen impuestos al trabajador en razón de su contrato, que ha de ser clara, abierta, grave, trascendente e injustificada». CASTRO, María. *El régimen disciplinario de la empresa*. Pamplona: Aranzadi, 1993. p.165.
- (68) DE BUEN, Néstor. *Derecho Mexicano del Trabajo*. México: 1990. Tomo II. p. 177.

etcétera a manera de manifestaciones de la directiva general de la buena fe laboral. En este orden de ideas cuando se solicita al trabajador que cumpla sus labores en forma diligente no se precisa otra cuestión que no sea la de afirmar el cuidado necesario y suficiente con el que se debe cumplir la prestación de servicios.

El deber de colaboración importa que el trabajador deba prestar sus servicios en forma adecuada, llevando a cabo prestaciones que no se encuentren reseñadas expresamente en el contrato de trabajo y obviando todo comportamiento que pueda perjudicar la utilidad de su trabajo al empleador. Cierta doctrina estima que la obligación de colaboración se refiere también a la conservación de la seguridad, salud y moralidad en los lugares de trabajo y, en general, al cumplimiento estricto de la legislación laboral y especialmente de las medidas de prevención. Los reglamentos internos podrían ayudar a detallar los deberes esenciales que podrían reflejar el deber de colaboración entre las partes laborales⁽⁶⁹⁾.

En resumen esta primera falta laboral es, a nuestro modo de ver, genérica, en tanto se recogen principios generales (buena fe), comportamientos genéricos (incumplimientos o paralizaciones) y afectaciones a disposiciones legales e internas (reglamentos

internos, de seguridad y salud, etcétera). Así, todas las faltas laborales que califiquen de graves y que no estén contempladas en los demás incisos del artículo 25 de la LPCL, ingresan dentro de este supuesto jurídico. En esta línea, se han considerado faltas graves dentro de este acápite al soborno⁽⁷⁰⁾, conductas omisivas⁽⁷¹⁾, situaciones de conflicto de intereses y conductas éticas⁽⁷²⁾, no consumir alcohol dentro de las instalaciones de la empresa⁽⁷³⁾, cobro de sumas que no corresponden⁽⁷⁴⁾, etcétera.

3.3.3.2. Rendimiento adecuado

De acuerdo al inciso b) del artículo 25 de la LPCL la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción califica como una falta grave meritoria de despido. En buena cuenta lo que se persigue castigar con esta causal es la falta de diligencia del trabajador que intencionalmente disminuye de forma frecuente su rendimiento cuantitativo o cualitativo.

(69) BARBAGELATA, Héctor-Hugo. *Derecho del Trabajo*. Tomo I. Volumen 2. 2da. edición. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 1999. p. 175.

(70) «El soborno solicitado por el demandante a un proveedor para favorecerlo en la colocación de la orden de compra está acreditado en autos por las instancias de mérito, constituyendo una clara transgresión no sólo al deber de fidelidad, sino también al de lealtad, que exige la relación laboral, toda vez que el trabajador debe desarrollar la prestación del servicio de acuerdo a las disposiciones establecidas por el empleador, velando siempre por los intereses de éste» (Casación 1052-97 LIMA).

(71) «La conducta omisiva del actor se encuadra dentro de los alcances de la norma sub examine, ya que, conforme ha quedado establecido en los presentes autos, no tomó las medidas destinadas a evitar las sustracción de bienes de la empresa por parte de los trabajadores que tenía a su mando, por lo tanto, esta omisión de sus deberes labores implica un quebrantamiento de la buena fe laboral» (Casación 092-2002 LIMA).

(72) «Si bien el actor no recibió la «Carta de Ética» bajo cargo, es de suponer que su actuar debe basarse en criterios elementales de razonabilidad; por ende es imposible suponer que desconocía de su existencia, por cuanto es un trabajador que tenía dieciocho años laborando en la empresa. En tal sentido si se establece que pese a la sub-contratación de la empresa (...), en la cual tenía participación la madre de la esposa del actor, no se causó perjuicio a la empleadora, este hecho de por sí constituye un quebrantamiento de la buena fe laboral» (Casación 825-2001 LIMA).

(73) «El incumplimiento de obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, no necesariamente tiene que estar plasmado en un reglamento interno de trabajo, como por ejemplo las obligaciones que son de tipo moral y ético, como la de asistir y permanecer en las horas de trabajo en estado de sobriedad y sin la injerencia de bebidas alcohólicas» (Casación 210-2006 JUNÍN).

(74) «Si el actor ha cobrado las sumas de dinero incluidas en sus boletas de pago y se ha beneficiado con ello durante un período largo, produciéndole el perjuicio económico a la demandada que se cuantifica en la contestación de la demanda, dicha conducta quiebra por su propia naturaleza la obligación de actuar con lealtad y honestidad, que son los componentes de la buena fe durante la relación laboral» (Casación 542-98-LIMA).

Jorge Toyama Miyagusuku

El rendimiento deficiente supone que la producción o calidad de la labor del trabajador infractor decaiga respecto de su nivel normal, en tal sentido, la labor defectuosa se podrá determinar en relación con rendimientos anteriores del mismo trabajador o con el rendimiento promedio de los demás compañeros que realizan otras labores⁽⁷⁵⁾. Entonces, al estimarse que la reducción deliberada y reiterada de las labores o del volumen o de la calidad de producción califica como una falta grave meritoria de despido se procura el castigo de la falta de cuidado, que es inclusive voluntaria y repetida, en la prestación de las labores encargadas⁽⁷⁶⁾. Ciertamente, la evaluación puede ser cualitativa o cuantitativa.

No obstante se sanciona disciplinariamente la escasez de diligencia en la prestación de servicios laborales, la comprobación de ello no importa un sencillo examen de la efectiva falta de cuidado en las labores. Justamente es por ello que el dispositivo legal mencionado establece que la reducción deliberada y reiterada de las labores tendrá que ser verificada fehacientemente para lo cual puede pedirse la ayuda del Ministerio de Trabajo, quien podrá, a su vez, solicitar el apoyo del sector al que pertenece la empresa para tales efectos⁽⁷⁷⁾ aunque los convenios colectivos, los contratos individuales y las políticas empresariales podrían dar las pautas razonables para dilucidar la falta de diligencia en las labores⁽⁷⁸⁾. En suma,

además del elemento volitivo que interviene en esta falta laboral y el otro temporal referido a su reiteración o la apreciación de un determinado período de tiempo⁽⁷⁹⁾, el empleador requerirá de una prueba para proceder a despedir bajo esta causal.

3.3.3.3. Bienes y servicios del empleador

Prevé el inciso c) del artículo 25 de la LPCL una concreción de una falta que implica la vulneración del deber de honradez -derivado del deber de buena fe laboral- que debe guiar toda relación de trabajo. La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor, califica como falta grave que puede justificar un despido⁽⁸⁰⁾.

Desarrollando las situaciones que comprende esta causal tenemos en primer lugar que se castiga la apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia⁽⁸¹⁾; en tal sentido,

- (75) «El rendimiento debido como el rendimiento normal que viene obteniendo un trabajador, apto para la labor asignada. Pero al no ser éste un concepto absoluto, sino que debe ponerse en relación con el tipo de actividad, el nivel de rendimiento sólo puede valorarse «a través de un elemento de comparación que opere dentro de condiciones homogéneas». CASTRO, María. *Op. cit.*; p. 171. Además, puede verse ARCE ORTIZ, Elmer. *Op. cit.*; p. 529.
- (76) «El trabajador al advertir que no se encontraba en buenas condiciones de salud y que presentaba somnolencia, debió pedir licencia y abstenerse de operar máquinas, lo que no hizo, incurriendo en negligencia y responsabilidad» (Casación 106-98-SANTA).
- (77) «b) La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción, verificada fehacientemente o con el concurso de los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, quien podrá solicitar el apoyo del sector al que pertenece la empresa».
- (78) «De conformidad con lo establecido en el artículo 25º, inciso b) del Decreto Supremo N° 03-97-TR si bien la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores constituye falta grave es necesario que dicha disminución en el rendimiento sea verificada fehacientemente o con el concurso de los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo; lo cual no se ha probado fehacientemente ni tampoco ha acreditado haber acudido a los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo a efectos de comprobar dicho hecho» (Expediente 2332-2003-IND (S)).
- (79) «La valoración de la brevedad exigirá aludir a dos parámetros: la intensidad de la disminución y su extensión en el tiempo –lo que el art. 54.2e) ET quiere decir cuando habla de disminución continuada-. Finalmente, al juicio de culpabilidad el art. 54.2e) ET aporta la calificación de la disminución como voluntaria». GIL y GIL y otros. *Op. cit.*; p. 165.
- (80) La norma prevé que «La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor».
- (81) «Resulta inválido el despido sustentado en la comisión de falta grave de apropiación de bienes del empleador cuando este no logra acreditar el hecho de la apropiación ni tampoco la propiedad y preexistencia del material supuestamente objeto de la sustracción» (Expediente 5382-97 R (S)).

podemos decir que la falta se produciría tanto si se concretiza la apropiación así como si ella solo queda en tentativa toda vez que, entendemos, la intención frustrada de apropiarse de un bien del empleador califica de por sí como una falta relativa a la honradez y a la buena fe que debe regir en toda relación de trabajo. De otro lado, ha establecido la jurisprudencia, que en caso que se produzca efectivamente la apropiación de los bienes del empleador, debe atenderse a tres criterios: i) que el bien del empleador pase al patrimonio de un tercero por acción del trabajador o al patrimonio de este último; ii) que el hecho beneficie al trabajador o a un tercero y iii) que dicho acto perjudique al empleador⁽⁸²⁾.

La segunda situación prevista es la referida a la retención o utilización indebida de los bienes o servicios, en beneficio propio o de terceros podría configurarse por ejemplo cuando el empleado utiliza uno de los vehículos del empleador con el objeto de transportar mercadería de contrabando o para transportar cierta cantidad de material de construcción de propiedad de un tercero cobrando los honorarios a éste, etcétera.

Es recomendable que para este tipo de falta exista una política de utilización apropiada de bienes en la empresa que respalde la sanción cuando exista un manejo indebido de los mismos. En esta línea, la inserción de nuevas tecnologías en el trabajo, el uso de herramientas de trabajo para fines personales, como vehículos, teléfono, conexión a Internet o servicio de correo electrónico podría estar normado mediante el mismo reglamento interno o directrices especiales al respecto.

3.3.3.4. Información reservada y competencia leal

El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador; la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa; la información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja; y la competencia desleal no son sino supuestos claramente

lesivos de la buena fe laboral que en estos casos se refleja como una forma de proteger el interés económico del empresario y que por tanto deben ser sancionados con severidad de acuerdo con el inciso d) del artículo 25 de la LPCL⁽⁸³⁾.

Veamos cada supuesto: el uso o entrega a terceros de información reservada del empleador junto a la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa califican en particular como supuestos en los que se vulnera el deber de reserva que compete al trabajador respecto de los saberes y conocimientos que adquiere en función de las labores que cumple en su empresa⁽⁸⁴⁾. No se trata solamente de aquellos documentos o información que son calificados expresamente como confidenciales –como son aquellos protegidos por las normas de propiedad intelectual o políticas internas de la empresa– sino también cualquier información que salga del centro de trabajo por actuación del trabajador y que cause o pudiera ocasionar un perjuicio a la empresa. En el caso de la quiebra de la confidencialidad, el desvío de la información fuera de la empresa sería suficiente –en tanto conducta grave– para justificar un despido sin que se tenga que acreditar la existencia de un perjuicio real del empleador.

La entrega de información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja implica inobservancias a los deberes de lealtad y confianza que debe existir en toda relación laboral⁽⁸⁵⁾. Para su

(82) Expediente 028-89-2JT-AREQUIPA.

(83) La LPCL dispone que «El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador; la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa; la información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja; y la competencia desleal».

(84) ARCE ORTIZ, Elmer. *Op. cit.*; p. 531.

(85) «Los comportamientos de que tratamos ahora pueden consistir en lo que genéricamente podríamos denominar «simulaciones». Se trata de casos en que el trabajador falsea datos –en su currículum, en los partes de trabajo, en la causa de las ausencias, en los justificantes de ventas, en las factura de dietas, etcétera–, o en que suplanta la personalidad de alguien (un compañero de trabajo, p. e., por el que se ficha a la entrada), o en que otro ha suplantado la personalidad del trabajador despedido –p. ej.,

Jorge Toyama Miyagusuku

configuración requiere que se pruebe la intención de causar perjuicio al empleador u obtener una ventaja y naturalmente acreditar la falta de veracidad de la información⁽⁸⁶⁾, no siendo indispensable que se verifique un perjuicio al empleador.

Por último tenemos que la competencia desleal se configura cuando se realiza a favor de otros o para sí mismo servicios similares a los realizados para el empleador, sin comunicar dicho hecho y sin estar autorizado para ello. Naturalmente, como en todas las faltas laborales, el empleador tiene que acreditar la existencia de los actos comerciales que compiten con la actividad de la empresa⁽⁸⁷⁾, en tanto que la ejecución de actividades comerciales compiten con las realizadas por la empresa dentro de un marco donde «no sólo le remunera un trabajo, sino que también le facilita medios para adquirir experiencia y perfeccionamiento profesional que luego aquél pretende utilizar en su propio provecho y en demérito o perjuicio para los intereses de su empresa»⁽⁸⁸⁾.

3.3.3.5. Asistencia debida: alcohol y drogas

El inciso e) del artículo 25 de al LPCL prevé que la concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y aunque no sea reiterada cuando por la naturaleza de la función o del trabajo revista excepcional gravedad es sancionada también con el despido. Las faltas reseñadas contravienen el deber de diligencia en tanto asistir al centro de labores en estado ético o drogado importaría que, como destaca CADILLO, una afectación al deber de asistencia adecuada⁽⁸⁹⁾ y, de otro lado, estamos ante una irresponsabilidad laboral que pone en riesgo a los compañeros de trabajo y los bienes de la empresa pero se exige la reiterancia, como regla, en estos casos⁽⁹⁰⁾.

trabajador que manda a un familiar a trabajar en su lugar». GIL y GIL, José y otros. *El despido disciplinario*. En: AUTORES VARIOS (Antonio Sempere, coordinador). *El despido: aspectos sustantivos y procesales*. Navarra: Thomson Aranzadi, 2004. p. 193.

- (86) Así, cuando no se acredita la falta de veracidad no se configura la falta: «Que, la información contenida en el certificado médico que concedía un período de incapacidad por dos días para el trabajo, no corresponde a una información falsa, al estar corroborada por la historia clínica de la demandante, con lo que se concluye que no se incurrió en la falta grave alegada» (Casación 157-98-SANTA). Y en otro caso sí se acreditó: «Se ha verificado que el trabajador ha usado información falsa para mantener en error a su empleadora y prosiguió cobrando las cuotas de la obligación concursal pese a que tenía pleno conocimiento que el monto reconocido era errado, lo cual va en detrimento económico de la empresa» (Casación 2786-2007 ICA). En la misma línea, se ha señalado que «proporcionar información falsa al empleador, debe interpretarse que el elemento material u objetivo es el dato falso que el trabajador suministra al empleador; pero para que se configure la falta es necesario que concorra un elemento subjetivo, el *animus nocendi* del trabajador para obtener una ventaja para sí» (Casación 2147-2004 LIMA).
- (87) «Para que se declare la procedencia o no del despido justificado en la comisión de falta grave fundada en la realización de actos de competencia desleal por parte del trabajador es necesario que el juez investigue ante la municipalidad y ante la Sunat obre dichos actos, debiendo oficiarse a dichas entidades para que informen sobre el registro y actividad de la empresa, con indicación de fechas de apertura y de pagos mensuales o anuales realizados hasta la fecha para su funcionamiento regular» (Expediente 2571-98-ND).
- (88) ORTIZ, Carmen. *Op. cit.*; p. 1134.
- (89) «La razón de tipificar la concurrencia a laborar en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o estupefacientes se encuentra en la afectación negativa que puede generar dicho estado en el adecuado ejercicio de las labores que tiene a su cargo el trabajador o en el normal desenvolvimiento de la actividad empresarial». CADILLO, Carlos. *Despido por concurrir a trabajar en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o estupefacientes*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia*. Número 125. Lima: Gaceta Jurídica, 2009. p. 28.
- (90) «La falta contenida comprende dos supuestos: el primero consiste en que el trabajador asista a sus labores reiteradamente en estado de ebriedad o bajo el influjo de drogas o sustancias estupefacientes; el segundo, no requiere reiterancia, pues la gravedad de la falta queda determinada por la naturaleza de la función o trabajo que desempeña el infractor; en este segundo supuesto, la falta grave se deriva de la falta de responsabilidad inherente a la función o labor que el servidor cumple con la empresa» (Casación 787-2002-JUNÍN).

El dispositivo legal reseñado comprende dos supuestos: el primero indica que se requiere reiteración en la asistencia al centro de trabajo en tales estados. De otro lado, no se exige la referida frecuencia si el empleado asiste ebrio y/o dopado y por la naturaleza de sus labores necesita estar totalmente lúcido para efectuarlas, es decir la reiteración no se requiere si el trabajador realiza una función de tal dimensión que si se encuentra en los estados descritos puede poner en peligro a las operaciones, a los demás trabajadores o a terceros también (por ejemplo un chofer o el empleado encargado de la torre de control de un aeropuerto).

Ahora bien, la norma establece también que con la finalidad de que quede constancia de tales irresponsabilidades del trabajador, los estados reseñados deben ser acreditados con la presencia de un policía, quien debe realizar un atestado. Asimismo deberá dejarse constancia en el atestado policial si el trabajador se niega a realizarse las pruebas correspondientes, lo que calificará como un reconocimiento de la falta.

El Tribunal Constitucional recientemente ha emitido un dictamen que ha causado cierta polémica en tanto pareciera incluir ciertas actitudes alrededor de la falta por embriaguez para que sea considerada como meritoria de despido. Así ha expuesto el TC: «(...) 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. Siendo así y teniéndose en cuenta que la Municipalidad, en la fundamentación de las cartas cuestionadas y durante el curso del proceso de amparo, no ha argumentado que el demandante tenga antecedentes disciplinarios, se debe concluir que la sanción impuesta (despido) no fue la más adecuada e idónea, pues la emplazada podía haberle impuesto cualquiera de las otras sanciones disciplinarias ya citadas anteriormente»⁽⁹¹⁾.

En este caso, un trabajador fue impedido de ingresar al trabajo porque estaba con aliento de alcohol y la empresa le indicó que se debía practicar el dopaje étílico. Sin embargo, el trabajador se negó y, con la presunción legal de que la

negativa a someterse a un examen supone el estado de embriaguez, se procedió a despedir al trabajador.

Sobre la embriaguez, tenemos los siguientes escenarios: i) beber licor dentro de la empresa: se puede despedir al trabajador por dichos hechos (actividad para fines no laborales); ii) llegar a la empresa en estado de ebriedad y ocupar un puesto de riesgo a la integridad física del trabajador o de terceros (chofer, maquinista, piloto, etcétera): se puede despedir dada la actividad de riesgo; iii) llegar al centro laboral en estado de ebriedad pero no ocupar un puesto de riesgo. En este último caso, hay dos posibilidades: a) si el trabajador comete actos de violencia, insultos, etcétera: se puede despedir porque existe afectación a la buena fe y la conducta laborales; b) si el trabajador no realiza actos de violencia, insultos, etcétera: se puede sancionar con una suspensión o amonestación.

Como hemos visto, cuando se trata de personas que no desarrollan actividades riesgosas, las normas peruanas exigen reiterancia para que proceda un despido. Así, la primera vez que llega en estado de ebriedad, no se le deja ingresar al centro laboral y se le puede suspender y, la segunda vez, cabe un despido ante la repetición de la falta. Nótese que las normas no impiden la sanción a los trabajadores que ingresan en estado de ebriedad y lo que exigen es la configuración de una gravedad para despedir en tanto que se entiende que la falta grave importa una situación insostenible en la empresa. Por ejemplo, si un trabajador no acude a laborar tres días consecutivos, no se puede despedirlo pese a que no justificó sus ausencias ni comunicó con antelación que se ausentará dado que las normas exigen cuatro días para ello (más bien, cabe la posibilidad de una suspensión).

(91) Considerando 15 de la sentencia que resuelve el Expediente N° 3169-2006 PA/TC.

Jorge Toyama Miyagusuku

No obstante ello, el TC desliza la posición de que, en este caso, no hay proporcionalidad de la falta y ello importa una afectación al debido proceso sustantivo que se relaciona con la aplicación desproporcionada en relación a la falta cometida. Las normas describen que se exige reiterancia para el despido de un trabajador que llega ebrio y no desarrolla actividades de riesgo; de este modo, si se despidió y se trataba de la primera falta cometida, se ha aplicado una sanción desproporcionada y ello afecta un valor constitucional que es el debido proceso sustantivo⁽⁹²⁾.

A ello, agregamos un tema más. Si la sanción aplicada no está recogida en las normas legales (que exigen repetición), no se debiera admitir la imputación de la falta laboral como una causal de despido y se trataría de un despido carente de justificación legal y, en esta línea, se podría indicar que estamos ante un despido sin expresión de causa que tiene toda la tutela constitucional.

3.3.3.6. Respeto a compañeros y empleador

Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral son previstos en el inciso f) del artículo 25 de la LPCL⁽⁹³⁾

como faltas graves que buscan sancionar conductas que distorsionan la convivencia y buena organización de la empresa además de reaccionar frente a actos lesivos de derechos constitucionales como el honor, la imagen y la integridad física del empleador y/o de los trabajadores. Ante la dificultad y complejidad que supone la probanza de esta causal de despido, tenemos que tal labor podría facilitarse a través de registros audiovisuales o informes de las personas afectadas y/ o testigos y constataciones de autoridades administrativas.

Este caso presenta supuestos que son difíciles de diferenciar como la «grave indisciplina» y «actos de violencia» (supuestos genéricos) y la «injuria» y «faltamiento de palabra» (supuestos específicos), inclusive la distinción entre estos últimos dos supuestos no es nada fácil como lo destaca Castro Posadas⁽⁹⁴⁾. Más todavía, la distinción entre «grave indisciplina» (que describiremos en este acápite) y la desobediencia (contemplada en el inciso a)) es muy sutil e inclusive pueden coincidir en un solo supuesto⁽⁹⁵⁾.

(92) En torno a este tema, CADILLO sostiene que «En el caso de la concurrencia de estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o estupefacientes, se debe examinar la gravedad de cada falta laboral, en función a las circunstancias de cada caso concreto (por ejemplo, lapso dentro del cual se produce la reincidencia, la jerarquía del trabajador, entre otros aspectos) (...) También parece razonable que la calificación de gravedad se genere por la afectación del nombre, la imagen o la buena reputación de la empresa; lo cual puede reflejarse, por ejemplo, en pérdidas económicas o en la ruptura de sus relaciones comerciales». CADILLO, Carlos. *Op. cit.*; pp. 32-34.

(93) «Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral. Los actos de extrema violencia tales como toma de rehenes o de locales podrán adicionalmente ser denunciados ante la autoridad judicial competente».

(94) «Nuestra legislación ahora establece como supuestos diferenciados, al faltamiento de palabra y la injuria, fórmula que –a nuestro criterio– resulta innecesaria, ya que la injuria importa por sí misma, al margen de las connotaciones penales, la existencia de un faltamiento de palabra». CASTRO POSADAS, Eric. *La injuria y el faltamiento de palabra como causal de extinción de la relación laboral*. En: *Actualidad Jurídica*. Número 185. Lima: Gaceta Jurídica, abril de 2009. p. 268.

(95) Sobre este tema, SÁNCHEZ-RODAS destaca que «La indisciplina se configura como un término dotado de un significado más amplio, bajo el cual podrían quedar englobadas cualquier tipo de conducta irregular del trabajador. Mientras que la obediencia exigida al trabajador se identificaría con el más estricto cumplimiento de las órdenes expresas que reciba el trabajador del empresario o persona en quien éste delegue, lo que hace de ella un concepto más restringido y preciso, pues deriva del incumplimiento (por activa o por pasiva) de una orden concreta, determinada y específica. A mayor abundamiento, una misma conducta puede resultar incardinable bajo ambos vocablos, pues, generalizando, podemos afirmar que la desobediencia implica indisciplina, aunque no toda indisciplina presuponga, necesariamente, una previa desobediencia.

Un supuesto que puede diferenciarse es la violencia, y que usualmente tiene una manifestación tangible (lo cual genera una menor dificultad para verificarla). La violencia contra las personas referidas no necesariamente debe configurar un ilícito penal para ser sancionada con el despido dado que en sí misma tal conducta constituye una grave indisciplina que atenta los preceptos de respeto y orden que debe prevalecer en todo centro de trabajo. De otro lado la grave indisciplina se debe apreciar a partir de conductas que alteren el orden interno de la empresa, rompiendo en cierta forma con la armonía o el modo habitual en que se llevan a cabo las labores en la empresa, por lo que la grave indisciplina usualmente se verifica dentro del centro de labores pero podría ubicarse fuera de él –como ocurre en operaciones dentro del radio de acción de la empresa o en actuaciones externas pero que afectan a la empresa como actividades de un vendedor, por ejemplo⁽⁹⁶⁾, o más todavía fuera de cualquier radio de acción de la empresa. En este último caso, si se verifica una ofensa en los exteriores de la empresa, habrá que apreciar que la agresión física o verbal tenga vinculación con la relación laboral⁽⁹⁷⁾.

El faltamiento de palabra y la injuria, verbales –pueden ser expresiones, sonidos, gestos, etcétera- o escritas⁽⁹⁸⁾, deberán ser valorados de acuerdo a las circunstancias en las que se exteriorizan. Por ejemplo, la discusión que sostenga el trabajador con el empleador o sus representantes acerca de asuntos o materias derivadas o relacionadas con el trabajo que se presta, lo

que suele ser frecuente en las relaciones entre empleadores y trabajadores que normalmente defienden intereses contrapuestos⁽⁹⁹⁾, tendría que analizarse con cautela. Una palabra subida de tono de un dirigente sindical en el marco de una negociación colectiva no puede ser analizada bajo la misma óptica si se da fuera de tal contexto⁽¹⁰⁰⁾. Sin embargo, ello no implica que los dirigentes puedan insultar a funcionarios de la empresa dado que puede configurarse una causal de despido si la actuación de los dirigentes afecta la dignidad de tales funcionarios⁽¹⁰¹⁾. En otras palabras, se ha indicado que debe proferirse por el trabajador una expresión claramente ofensiva y no ambigua –elemento objetivo- y con *animus iniuriandi*– elemento subjetivo⁽¹⁰²⁾.

Por su parte, no constituirá falta de respeto al empleador si el trabajador, sobre el cual han recaído una serie imputaciones sobre su vida personal, manifiesta la posibilidad de denunciarlo por las afirmaciones de aquel pues esta posibilidad es un derecho que tiene toda persona para defender su honor aun contra su empleador o representante del mismo. Ahora bien, si dicha acción finalmente no contaba con

Esta última sería el género, y la primera, la especie». SÁNCHEZ-RODAS, Cristina. *La indisciplina y la desobediencia como causas de extinción del contrato de trabajo*. En: AUTORES VARIOS (José Castiñeira, coordinador). *Presente y futuro de la regulación del despido*. Pamplona: Aranzadi, 1997. pp. 415 y siguientes.

- (96) Para Blancas, sin embargo, solamente deben comprenderse las actuaciones dentro del centro laboral. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El Despido en el Derecho Laboral*. Op. cit.; pp. 200-201.
- (97) «Para que la agresión física fuera del centro laboral de un trabajador a su superior sea considerada como falta grave, debe acreditarse que esta haya sido derivada directamente de la relación laboral» (Expediente 845-92-CD).
- (98) «A las ofensas verbales deben asimilarse las realizadas mediante cualquier otro tipo de signos (dibujos, p. ej.) o sonidos, así como las ofensas que podríamos denominar «gestuales», realizadas mediante gestos, muecas, risas, posturas, etcétera con el propio cuerpo del ofensor, y sin intervención física en el del ofendido». GIL y GIL, José y otros. Op. cit.; p. 165.
- (99) Así lo expresa ALONSO GARCÍA, Manuel citado por: BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El Despido en el Derecho Laboral*. Op. cit.; p. 202.
- (100) ARCE ORTIZ, Elmer. Op. cit.; p. 533. Al respecto, se ha dicho que «No se considera falta grave referirse a determinados actos del empleador como atentatorios de los derechos de los trabajadores en un momento en que la relación entre las partes no era muy armoniosa» (Expediente 2196-98-DN (S)).
- (101) Así se ha mencionado que «Constituye faltamiento grave de palabra imputable al demandante el haber suscrito una remitida a la demandada a nombre de la organización sindical, que contiene términos que atacan el honor y la dignidad de los representantes de la emplazada y en forma reiterada» (Expediente 1035-94).
- (102) ORTIZ, Carmen. Op. cit.; p. 1131.

Jorge Toyama Miyagusuku

pruebas suficientes, en varias ocasiones la jurisprudencia ha validado el despido laboral del trabajador⁽¹⁰³⁾.

Hi5, Facebook, My Space, Yahoo Groups, Friendster, etcétera son algunas de las redes sociales que, cada vez más, gozan de mayor popularidad. A través del Internet y sin costo alguno, los cibernautas se inscriben en estas comunidades virtuales que comparten intereses, gustos, preocupaciones, etcétera a través de un sinnúmero de herramientas: blogs, foros de discusión, chat, correos electrónicos, juegos on line, etcétera. Las personas pueden comentar hechos o situaciones laborales tales como chismes de compañeros o jefes, problemas laborales, clima laboral, políticas corporativas, incumplimientos legales, maltratos, etcétera. Ahora bien, la información compartida en las redes sociales no necesariamente son privadas dado que, a través de los amigos, amigos de los amigos, amigos de estos y así sucesivamente, esta información puede ser extendida y hasta vuelta pública y conocida por la empresa y sus jefes.

Un primer tema es la «privacidad» de los comentarios realizados a través de una red social. En este caso, la privacidad resulta de menor tutela en tanto que voluntariamente el trabajador realizó sus comentarios en una red social pública y la empresa o la persona afectada por sus comentarios tuvo un acceso legítimo a los comentarios bajo las «reglas de juego» que están en estas redes sociales. Un segundo aspecto se relaciona con el fondo, la posibilidad de realizar comentarios a través de estas redes públicas y dinámicas. Los comentarios de las personas pueden ser triviales o relevantes, íntimos o no, pero también pueden afectar a terceros, incluyendo a las empresas y los jefes.

Veamos un ejemplo interesante. Hace un tiempo los medios dieron cuenta que, en Inglaterra, una joven había indicado en Facebook

que se sentía «*aburrida de su trabajo*» y que, tras enterarse el empleador de esta noticia, la llamó y la despidió, dado que no estaba contenta con su trabajo. Nótese que se trata de comentarios insertos en una red social de Internet interactiva y que, justamente por ello, fueron conocidos por la empresa. Entonces, como hemos visto, no se presenta el tema de la invasión a la privacidad de la empresa. Lo que debe apreciarse es si hubo razones suficientes para un despido, ¿cómo resolvería un juez peruano este caso?

3.3.3.7. *Violencia física*

Con la previsión de que el daño intencional a los edificios, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación, materias primas y demás bienes de propiedad de la empresa o en posesión de ésta califica como falta grave se busca concretizar otra forma de vulneración del principio de la buena fe laboral el cual proscribiera toda conducta que busca menoscabar el patrimonio de la empresa⁽¹⁰⁴⁾.

Como se puede apreciar de la lectura de la norma en comentario, se requiere que haya un ánimo, una intención de causar perjuicio en el patrimonio del empleador. Este propósito de perjudicar al empleador, legitima a este último a proceder contra el trabajador infractor mediante la acción judicial respectiva que le permita la reparación de los daños ocasionados en su patrimonio sin perjuicio de iniciar también las acciones penales correspondientes⁽¹⁰⁵⁾.

(103) En esta línea tenemos: «Constituye faltamiento grave de palabra en agravio del empleador la denuncia formulada contra este, carente de fundamentos, a través de la realización de imputaciones no probadas» (Expediente 9175-92) y en otra ocasión «Se incurre en la causal de falta grave laboral cuando se formula denuncia penal contra el personal jerárquico del empleador sin los elementos de juicio suficientes para acreditar el ilícito penal imputado; en consecuencia el despido resulta justificado» (Casación 420-99 LIMA). Por su parte CASTRO POSADAS señala que «La sola presencia de un faltamiento de palabra no basta para que pueda despedirse a un trabajador, toda vez que para su procedencia, las palabras agraviantes verdaderas deberán ser de tal magnitud que hagan impensable la continuación de la relación laboral, porque vulneran no solo el honor o la dignidad de las personas afectadas sino también afecta el principio de buena fe que debe existir entre las partes y que resulta de gran trascendencia en las relaciones laborales». CASTRO POSADAS, Eric. *Op. cit.*; p. 269.

(104) El literal g) del artículo 25 de la LPCL indica que «El daño intencional a los edificios, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación, materias primas y demás bienes de propiedad de la empresa o en posesión de esta».

(105) «El trabajador, al haber puesto en funcionamiento una máquina de la empleadora a pesar de que tenía conocimiento que ésta se encontraba fuera de servicio, ha incumplido sus obligaciones de trabajo, lo que está previsto como falta grave, que produce su despido sin importar la cuantía del daño causado» (Casación 106-98-SANTA).

3.3.3.5. Asistencia laboral

Finalmente tenemos que el abandono de trabajo, las inasistencias justificadas y la impuntualidad reiterada son causales de despido disciplinario. Tales justificantes implican la previsión de conductas que contravienen el incumplimiento de la obligación principal del trabajador: la prestación de los servicios a los cuales se ha comprometido, toda vez que si un trabajador inasiste de manera injustificada o se llega de manera impuntual a laborar se aprecia su dejadez e irresponsabilidad laboral.

Veamos cada supuesto comprendido en el inciso h) del artículo 25 de la LPCL⁽¹⁰⁶⁾. En primer lugar tenemos que se considera abandono del trabajo cuando se inasiste al trabajo de manera injustificada por más de tres (3) días consecutivos. Las inasistencias injustificadas, no consecutivas pero intermitentes también son castigadas con el despido siempre que sean: i) más de cinco (5) días no consecutivos en un periodo de treinta (30) días calendarios, y ii) más de quince (15) días no consecutivos en un periodo de ciento ochenta (180) días calendario.

Adviértase que las inasistencias que componen el llamado abandono de trabajo y las demás que también califican como faltas graves deben ser injustificadas, es decir deberán responder a hechos independientes de la voluntad del trabajador y de los cuales no sea en manera alguna, culpable, que le impidan asistir al trabajo; situaciones como por ejemplo, la enfermedad, el accidente, la detención del trabajador, los casos fortuitos o de fuerza mayor, etcétera. Ciertamente, cuando el trabajador comunica previamente su ausencia al empleador,

sea por la el motivo que fuera, y ha obtenido el permiso correspondiente, no tendría porque configurarse la inasistencia injustificada.

Un interesante punto es determinar si necesariamente tengan que transcurrir el mínimo de días descritos para que proceda el despido. Consideramos que, dependiendo de las circunstancias que se presenten, se podría imputar un despido si se incurre en menores días de inasistencias pero estas representan una falta grave laboral dependiendo del perjuicio causado, la conducta dolosa del trabajador (por ejemplo, faltar siempre hasta el máximo de días que impide el despido), etcétera. En este caso, pensamos que se puede imputar una afectación a la buena fe que puede respaldar un despido⁽¹⁰⁷⁾.

Ahora bien la norma reglamentaria provee al trabajador que quiere justificar su inasistencia al centro de labores, de tres (3) días hábiles, a partir de producida más el término de la distancia, para explicar al empleador las razones de su ausencia⁽¹⁰⁸⁾ y este adopte las medidas de prevención que corresponda⁽¹⁰⁹⁾. A ello, se agrega que, tras el envío de la carta de imputación de falta grave, se debe valorar el descargo del trabajador en tanto que se debe apreciar las causas y circunstancias que rodearon las ausencias incurridas⁽¹¹⁰⁾. De otro

(106) «El abandono de trabajo por mas de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por mas de cinco días en un período de treinta días calendario o mas de quince días en un período de ciento ochenta días calendario, hayan sido o no sancionadas disciplinariamente en cada caso, la impuntualidad reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se hayan aplicado sanciones disciplinarias previas de amonestaciones escritas y suspensiones».

(107) «Se considera que el abandono del servicio es falta leve cuando sea por breve tiempo, aunque si supone reiteración, o causa perjuicio a la empresa o a los compañeros será susceptible de calificarse como grave, y si, además, el trabajador infractor ocupa puestos de responsabilidad se incluye en la escala de faltas muy graves». CASTRO, María. *Op. cit.*; p. 144.

(108) «La exención de responsabilidad por ausencia de culpa se funda, en buena medida, en la doctrina de la razonable interferencia de los asuntos personales en el desempeño de los cometidos laborales». GIL y GIL, José y otros. *Op. cit.*; p. 135.

(109) «Dentro de las obligaciones del trabajador enfermo está la de poner en conocimiento en forma inmediata, de su empleador de su enfermedad para adoptar las medidas en relación con las labores desempeñadas, así como para efectuar las comprobaciones del caso, que en caso de no responder a los sostenido se considera ausencia justificada» (Casación 421-97 HUARA).

(110) «Las «faltas de asistencia o puntualidad no operan como causas de extinción del contrato de forma objetiva y automática», sino que «han de ser estudiadas en su realidad de forma específica y singular en cada caso»,» valoración de las circunstancias que no corresponde a las partes, sino al juzgador». ORTIZ, Carmen. *Op. cit.*; p. 1127.

Jorge Toyama Miyagusuku

lado tenemos que el abandono y las inasistencias injustificadas no necesariamente deberán haber sido sancionadas previamente mediante medidas disciplinarias menores (amonestación o suspensiones) para que el empleador proceda con el despido; inclusive se ha previsto reglamentariamente que los días de ausencias continuas e injustificadas por más de tres (3) días no castigadas con el despido podrán considerarse para el cálculo de las ausencias injustificadas intermitentes.

Un aspecto importante es determinar cuando estamos ante una ausencia justificada. Los supuestos legales (licencia sindical, maternidad, invalidez, etcétera), convencionales (previstos en convenios colectivos o individuales como permisos por nacimiento o fallecimiento de familiares) o establecidos en las políticas de la empresa (permisos por sucesos familiares, por cumpleaños del trabajador, etcétera) no generan debate pero aquellos que no tienen regulación expresa quedan en la absoluta discreción del empleador y un control posterior de ser el caso (permisos para atender compromisos o trámites personales, extensión de la licencia por fallecimiento de familiares, etcétera).

El supuesto restante se refiere a la llamada impuntualidad reiterada como falta grave justificante de un despido disciplinario. En este caso no sólo se requiere que las tardanzas sean continuas sino que también se exige al empleador que las haya acusado y sancionado mediante amonestaciones escritas o suspensiones.

Aunque no se encuentra en la lista del artículo 25 de la LPCL sino más bien en la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT), el supuesto referido a la inasistencia de ciertos trabajadores que laboran en empresas que prestan servicios públicos esenciales califica también como falta grave. Veámosla brevemente. La LRCT, en su artículo 82, ha establecido que las empresas que brindan servicios esenciales anualmente y durante el primer trimestre, comunicarán a sus trabajadores u organizaciones sindicales que los representan y a la Autoridad Administrativa de Trabajo, el número y ocupación de los trabajadores necesarios para el mantenimiento de los servicios, los horarios y turnos que deben cumplir, así como

la periodicidad en que deben producirse los respectivos reemplazos. La finalidad de tales requerimientos persigue que los trabajadores u organización sindical cumplan luego con proporcionar al empleador la nómina del personal necesario para la continuidad del servicio respectivo cuando se produzca la huelga y los demás trabajadores, en tanto la huelga sea legal, tendrán la justificación para dejar de asistir⁽¹¹¹⁾. Los trabajadores que sin causa justificada dejen de cumplir el servicio, serán sancionados de acuerdo a Ley.

En tal sentido la falta grave se configura sin necesidad de que haya una reiterada inasistencia al centro de labores ya que sólo hace falta que el trabajador incluido en tal nómina no se presente a cumplir con el servicio mínimo en una ocasión. La gravedad de la falta reseñada se verifica en la trascendencia que conlleva la obligación del mantenimiento de un servicio mínimo o esencial.

3.3.4. 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⁽¹¹²⁾.

3.3.4.1. 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

(111) «Las ausencias del trabajador durante los días de huelga, declarada legal, constituyeron el ejercicio regular de un derecho» (Casación 03-97-Lima).

(112) MONEREO, José Luis y María MORENO. *Op. cit.*; p. 265.

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 inconducta del trabajador quiebra automáticamente la mutua confianza que debería haber existido entre las partes laborales⁽¹¹³⁾. En tales casos, la carta de despido se remitirá sin requisito previo de por medio. Sobre este tema, resulta interesante citar lo resuelto por la magistratura (Casación 780-2005-LIMA): «Es evidente que, en el Derecho, la regla de excepción prima sobre toda regla general, sin embargo, en este caso su aplicabilidad, por tener un matiz restrictivo a un derecho fundamental (derecho de defensa), debe ser visto y analizado en forma restrictiva

por tanto el término flagrante está ligado a la concepción «que se está ejecutando actualmente»⁽¹¹⁴⁾.

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⁽¹¹⁵⁾.

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,

(113) ARCE ORTIZ, Elmer. *Op. cit.*; p. 540.

(114) En este mismo sentido: «La flagrancia (...) supone la comisión de una falta grave laboral que es constatada en el acto mismo de su realización, frente a la cual no resulta razonable la concesión del derecho de defensa, por su evidencia» (Casación 915-99-AYACUCHO).

(115) Así, ORTIZ describe que «no es necesaria «una descripción minuciosa de las conductas sancionables», sino que es «suficiente con la indicación clara y concreta de las mismas» (...), bastando con incluir «los detalles de la conducta imputada que resultan indispensables para su cabal identificación en cuanto a su naturaleza y acaecimiento» y que proporcionen al trabajador «un conocimiento claro, cabal e inequívoco de los hechos que se le imputan para que, comprendiendo, sin dudas racionales el alcance de aquéllas pueda impugnar la decisión empresarial». ORTIZ, Carmen. *Op. cit.*; p. 203.

Jorge Toyama Miyagusuku

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⁽¹¹⁶⁾.

3.3.4.2. 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⁽¹¹⁷⁾, la aparición de una nueva falta laboral⁽¹¹⁸⁾, la necesidad de identificar al autor de la falta⁽¹¹⁹⁾, el volumen de la empresa⁽¹²⁰⁾, la implementación de auditorías⁽¹²¹⁾ y en general valorada en cada caso concreto bajo las reglas de la «prudencia»⁽¹²²⁾.

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

- (116) «La Sala Superior considera que la empresa cumplió con el debido procedimiento respecto al despido, cursar la carta de pre-aviso de despido en la que se ha indicado el tipo legal de la falta laboral grave y el detalle de la falta cometida, que se ha otorgado al trabajador el previo plazo para el descargo previsto por ley, cursando luego la carta de despido, sancionando la falta grave cometida, es decir, se ha cumplido con las formalidades del despido que establecen las disposiciones legales, ergo, no habrá despido arbitrario, además de haberse acreditado y/demostrado ampliamente la causa justa de despido por falta grave» (Casación 1280-2006 TACNA).
- (117) «La verificación de la emisión de alguna constancia de cancelación de los recibos telefónicos dio como resultado que el agente proceda a cancelar el importe indebidamente retenido» (Casación 1177-97).
- (118) «Si iniciado el trámite previo del despido, el empleador hubiera tomado conocimiento de alguna otra falta grave en la que pudo incurrir el trabajador y que no fuera materia de la imputación, en la carta de preaviso, podrá reiniciar el trámite, a efecto de que el trabajador tenga expedito su derecho de defensa» (Casación 586-97 JUNÍN).
- (119) «El principio de inmediatez (...) resguarda la identificación y responsabilidad del autor de la infracción, por lo que se cuenta a partir del agotamiento de la investigación respectiva, si no es constatada con flagrancia evidente» (Casación 0140-98 TACNA). En igual sentido: «El plazo de inmediatez en caso de falta de un trabajador no puede ser opuesto al empleador sino desde el momento en que se han conocido los hechos y se ha tenido indicios o conocido la intervención del trabajador en los mismos» (Casación 1676-98-HUAURA).
- (120) «(...) la ley no somete de manera imperativa al empleador al plazo de seis días para la comunicación del despido, puesto que entre éste y la fecha de descargo debe mediar un plazo prudencial que está directamente relacionado con la naturaleza burocrática y organización administrativa del empleador, así como la complejidad de la falta grave imputada» (Casación 552-2000 HUANUCO). En la misma línea: «No existe quebrantamiento de este principio, cuando el Juez detalla los diversos pasos que se ejecutaron jerárquicamente en el procedimiento preliminar de una entidad empleadora» (Casación 1839-2000 AREQUIPA).
- (121) «Si la empleadora efectúa sus investigaciones mediante auditorías, las cuales por la naturaleza de la labor requieren de informes y peritajes que traen consigo una razonable demora en la investigación, no se viola el principio de inmediatez» (Casación 708-2002 SAN MARTÍN).
- (122) «La inmediatez no se encuentra determinada por un plazo cierto, sino que debe ser observada prudencialmente por el juzgador. En tal sentido, el plazo de inmediatez se sujeta al análisis del caso concreto» (Casación 882-99 HUANUCO).

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»⁽¹²³⁾.

Tenemos entonces que la implementación de un procedimiento investigatorio 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⁽¹²⁴⁾.

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.

Resumiendo lo anotado hasta aquí tenemos entonces:

REQUISITOS PARA EL DESPIDO	
Causalidad	Relacionada a la capacidad del trabajador (facultades físicas, rendimiento, negativa a someterse a exámenes médicos) y la conducta (falta grave, condena penal por delito doloso e inhabilitación del trabajador).
Procedimiento	Debe realizarse la imputación previa y posibilitarse el derecho de defensa anterior al despido
Límites	Inmediatez y razonabilidad.

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, 2) la acción por nulidad de despido y, 3) la acción por terminación del contrato de trabajo por acto de hostilidad.

(123) Casación 150-2005 PIURA.

(124) Sobre los plazos se ha señalado que «el transcurrir de menos de 30 días desde cuando la emplazada toma conocimiento de las irregularidades y faltas imputadas al accionante hasta que se le cursa la carta de imputación de cargos al demandante, resulta un plazo que no peca de aproporcional o irrazonable» (Casación 677-2006-LA LIBERTAD). Por el contrario, un plazo de año y medio sí vulnera el principio de inmediatez: «Que, la falta debe ser sancionada tan pronto es conocida pues si el empleador inicia el procedimiento previo al despido después de un año y medio en que se generaron los hechos imputados, la supuesta falta grave pierde su entidad extintiva» (Casación 915-2001-LA LIBERTAD); en la misma línea pero con un plazo mucho mayor se ha indicado que «Se encuentra acreditado que se ha transgredido el principio de inmediatez (...) ya que desde la supuesta comisión de la falta grave, mencionada en el fundamento precedente, hasta la fecha en que se le comunica su despido, esto es, el veintisiete de marzo de dos mil, transcurrió un tiempo prolongado –más de siete años- lo que implica la condonación, haciendo inviable el despido posterior» (Expediente 264-2001-AA/TC).

Jorge Toyama Miyagusuku

El 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⁽¹²⁵⁾⁽¹²⁶⁾ 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⁽¹²⁷⁾. El tope de tal indemnización será el monto de doce (12) remuneraciones.

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.

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.

(125) De acuerdo al Pleno Jurisdiccional Laboral del año 1999 el plazo se cuenta por días hábiles y no por días calendarios. Asimismo hay que atender a los casos que la norma reglamentaria ha estimado que tal plazo se suspende cuando el trabajador esté fuera de territorio nacional e impedido de ingresar a él, por falta de funcionamiento del Poder Judicial o por situaciones de caso fortuito o fuerza mayor impidan su funcionamiento.

(126) Si, de otro lado, se verifica un despido de hecho, el plazo de caducidad se computará a partir de la fecha en que el empleador se niegue injustificadamente permitir el ingreso del trabajador al centro de labores situación que deberá ser constatada por la autoridad de trabajo o la policía, o cualquier otro instrumento probatorio.

(127) Esto si el trabajador tiene un vínculo laboral de carácter indeterminado más si el trabajador despedido arbitrariamente está sujeto a un contrato sujeto a modalidad, la indemnización se calculará de acuerdo a los meses dejados de laborar. En ambos casos el tope indemnizatorio será el mismo.