

La extinción de la relación de trabajo en el Anteproyecto de Ley General de Trabajo

Carlos Blancas Bustamante

Profesor Principal de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica.

Ex Ministro de Trabajo y Promoción Social y de Justicia.

En el presente artículo abordo el tema relativo a la extinción de la relación laboral en el Anteproyecto de la Ley General de Trabajo (ALGT), centrándome, en razón a los estrictos límites de espacio establecidos, únicamente en el despido, que, sin duda, alguna, es la causa más relevante y polémica de extinción y en cuyo tratamiento reside uno de los mejores aportes y de las mayores novedades del ALGT.

I. EL DESPIDO COMO CAUSA DE EXTINCIÓN DE LA RELACIÓN LABORAL

La enunciación de las causas de extinción de la relación de trabajo en el ALGT no difiere de la contenida en el artículo 16° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), salvo por algunas opciones terminológicas, a no ser por la adopción de un criterio sustancialmente distinto en cuanto se refiere a la catalogación del despido como una de dichas causas.

En efecto, a diferencia de la LPCL, que distingue entre “el despido (art.16°, g) y la “terminación de la relación laboral por causa objetiva” (art.16°, h), como dos causas diferentes (por su ámbito subjetivo y objetivo), el ALGT reconduce ambas formas de extinción de la relación laboral por “iniciativa del empleador” hacia una concepción unitaria del despido, que comprende no sólo – como tradicionalmente se ha hecho- el despido “individual” sino, asimismo, el “despido colectivo”, basado, como más adelante lo expresa el ALGT, en las “necesidades de funcionamiento de la empresa”.

Al adoptar esta opción, el ALGT recoge una moderna, y más coherente noción del despido que lo caracteriza no en función a la naturaleza de la causa que lo

motiva o al número de trabajadores que comprende, sino en razón a la voluntad determinante de la extinción, esto es, siguiendo la terminología del Convenio 158 OIT, al hecho de que ésta se produce por “iniciativa del empleador”. En este sentido, el despido puede ser, por su ámbito subjetivo, individual o colectivo y, por su ámbito objetivo (causas), fundado en la incapacidad del trabajador, o disciplinario (por falta grave de éste), o en causas objetivas, de índole económico u otras semejantes, pero el común denominador de todas estas extinciones será la decisión del empleador, toda vez que ninguna de dichas causas extingue, de modo imperativo y automático la relación laboral, sin que medie la manifestación de voluntad del empleador.

II. CAUSAS JUSTAS DE DESPIDO

El ALGT, establece de modo categórico (art. 122º) el principio de causalidad del despido al señalar que sólo puede despedirse a un trabajador cuando exista causa justificada establecida por la ley. De esta fórmula se deduce, asimismo, la reafirmación de otro principio, ya establecido de antiguo en nuestro ordenamiento laboral, como es el de “tipicidad”, es decir la exigencia de que la causa justa sea señalada por la ley y no quede al arbitrio del empleador o del juez.

Obedeciendo el criterio unificador del despido, antes mencionado, el mismo precepto indica que la causa justificada debe estar relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador o con las necesidades de funcionamiento de la empresa, fórmula ésta que abarca todos los supuestos en que la voluntad del empleador opera como elemento determinante de la extinción del vínculo laboral.

III. EL DESPIDO INDIVIDUAL

1. Por causas relativas a la capacidad del trabajador

En esta materia, no se modifica el elenco de supuestos en que procede el despido por causas relativas a la capacidad laboral del trabajador, limitándose, no obstante, a precisar mejor aquellos comprendidos en los actuales incisos a) y b) del artículo 23º LPCL. En efecto:

- 1) Respecto a la ineptitud sobreviniente, determinante para el desempeño de sus tareas, se precisa: i) que no se podrá invocar esta causa con posterioridad al

período de prueba si la ineptitud existió antes que este se cumpliera, es decir si se manifestó y fue conocida en este período, en el cual el empleador goza de amplia libertad para cesar al trabajador, lo que en otros términos significa que la ineptitud debe sobrevenir después de vencido el período de prueba, y ii) cuando el trabajador sea asignado para desempeñar funciones distintas a las habituales.

- 2) La imputación de la causa de rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares, reconoce una excepción, referida al caso en que se aplique nueva tecnología o se introduzcan modificaciones en el puesto de trabajo, condicionada, a su vez, por dos factores: i) que hayan transcurrido no menos de tres meses desde que se produjeron dichos cambios en la labor del trabajador, y ii) que en dicho período el empleador haya proporcionado al trabajador capacitación adecuada para el desempeño de la actividad que realiza.

Se persigue, de esta manera, dar al trabajador la oportunidad de capacitarse y adquirir destrezas en su labor, cuando esta experimenta cambios sustanciales, pues sería irrazonable imputarle rendimiento deficiente en una labor cualitativamente diferente a la que realizaba, sin, previamente, brindarle la preparación y el tiempo necesario para adecuarse a ella.

- 3) Respecto a la causa prevista en el inciso c) del art. 23° LPCL, la única variante consiste en agregar una mención a la “autoridad de salud” como posible fuente de las medidas profilácticas o curativas que debe cumplir el trabajador.

2. Por causas relativas a la conducta del trabajador

En términos generales, se puede afirmar que la tipificación de las faltas graves del trabajador, justificativas de su despido, no sufre cambios significativos respecto a la contenida en el artículo 25° LPCL, aunque, como veremos, hay algunas supresiones, adiciones y modificaciones en la tipificación de ciertas faltas.

- a) Destaca, en primer lugar, la supresión de la definición de falta grave que hoy figura en el párrafo inicial del artículo 25°, porque en un sistema que tipifica las faltas graves, resulta innecesaria una definición abstracta de ésta, que sólo es funcional en un sistema que deja al arbitrio del juez decidir si una conducta concreta del trabajador constituye o no falta grave. Mantener una noción abstracta de la falta, sería equivalente a incluir en el código penal una definición

general del delito, no obstante que este tipifica, concretamente, cada conducta considerada delito.¹

- b) En cuanto al incumplimiento injustificado de las obligaciones, se suprime el supuesto de hecho referente a la “paralización intempestiva de labores”, que es materia que por vincularse al ejercicio del derecho de huelga debe regularse en la parte relativa a ésta²; y, al referirse a la inobservancia del reglamento de seguridad e higiene, se elimina la palabra “industrial”, pues estos reglamentos existen en diferentes sectores.
- c) Al regular la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento, se agrega la exigencia de que el informe que demuestra la falta debe ser puesto en conocimiento del trabajador con la carta de imputación de cargos, con el objeto de garantizar su derecho de defensa.
- d) En lo referente a los actos de violencia, grave indisciplina y faltamiento de palabra, se precisa que en el caso de los representantes de los trabajadores que suscriban opiniones y pronunciamientos de las organizaciones sindicales, esta falta sólo podrá imputárseles cuando, previamente, se haya dictado sentencia firme que los condene por el delito de injuria o difamación en agravio del empleador o sus representantes. Esta adición persigue garantizar la libertad sindical, al proteger a los dirigentes sindicales frente a la represalia motivada por las declaraciones de los sindicatos, salvo cuando, un pronunciamiento judicial firme, haya establecido que tales declaraciones tienen un contenido delictivo.
- e) Se tipifica como falta grave el acoso sexual, tanto en su modalidad de chantaje, es decir cuando el acosador se vale de la autoridad que ejerce sobre la víctima, cuanto en su modalidad de hostigamiento, en caso que el acosador tenga una situación de igualdad jerárquica con la persona afectada.

3. Derecho de defensa

El ALGT conserva el procedimiento previo de imputación de cargos y defensa del trabajador, variando, en el supuesto de falta grave, el plazo para el descargo de

¹ El artículo 11° del Código Penal señala que “Son delitos y faltas las acciones u omisiones dolosas o culposas penadas por la ley”.

² La huelga “atípica” se regula en el artículo 387° del ALGT.

seis días naturales a cinco días hábiles y admitiendo la exoneración de este procedimiento únicamente cuando la naturaleza de la falta imputada haga irrazonable otorgar dicho plazo, en reemplazo del criterio de flagrancia actualmente aplicable.

Una innovación relevante, vinculada a la tutela de la libertad sindical, es la que establece que de tratarse de un dirigente sindical el empleador debe notificar, además, a la organización sindical y concederle, sin perjuicio del descargo del trabajador, una audiencia, con asistencia del interesado. Se pretende, como es obvio, reforzar los mecanismos de defensa del representante sindical y otorgar en ella participación al ente sindical.

4. La impugnación del despido injustificado

La impugnación del despido injustificado, por no acreditarse, en juicio, la causa justificada invocada por el empleador, se concreta en la interposición por el trabajador de la acción indemnizatoria, pues el ALGT mantiene la idea de dispensar, únicamente, una tutela resarcitoria, en el supuesto del despido injustificado. No se produce, en otras palabras, el temido paso o, cuando menos, apertura, hacia una tutela restitutoria, que supondría restablecer la reposición como medida reparadora del despido, sea con carácter obligatorio o como opción del trabajador, configurando un régimen de estabilidad laboral absoluta.

En esta materia, el cambio que trae el ALGT, se produce en la estructura de la indemnización, la cual se modifica con el propósito de reducir el carácter fuertemente regresivo de la actual escala indemnizatoria, que, en buena cuenta, sólo compensa los primeros 8 años de trabajo (a razón de sueldo y medio por año, con el tope de 12 sueldos), degradándose conforme la antigüedad del trabajador es mayor.³ Con ese propósito, esta escala se conserva pero sólo para los primeros 8 años de antigüedad, agregándose un segundo tramo de otros 8 años que se compensan a razón de 1 sueldo por año y, finalmente, un tercer tramo, en que la indemnización se reduce a medio sueldo por año.

El efecto es que se compensa un período de servicios mayor, que en el supuesto más extenso, es decir 24 años, otorga al trabajador una indemnización de 24 remuneraciones, en lugar de los 12 que hoy percibiría, equivalente, a media remuneración por año. Para facilitar la aplicación de la indemnización está será calculada en días y no por remuneraciones mensuales.

³ Así, por ejemplo, para un trabajador con 12 años de servicios la indemnización es equivalente a 1 sueldo por año y para un trabajador que laboró 24 años equivale a medio sueldo por año.

IV. EL DESPIDO NULO

1. La noción del despido nulo

Esta figura experimenta un cambio trascendente en el ALGT, al reemplazarse el criterio restrictivo o mutilado del despido nulo, que lo circunscribe a un reducido número de supuestos de hecho o “motivos de nulidad” relativos a la vulneración de los derechos constitucionales a la libertad sindical, la interdicción de la discriminación y la tutela judicial efectiva, por un concepto amplio o integral del mismo, en virtud del cual la nulidad recae sobre todo despido que agravia los derechos fundamentales del trabajador. De este modo, cualquier lesión a los derechos fundamentales, laborales o inespecíficos, del trabajador, dará lugar a la nulidad del despido.

Esta concepción es coincidente con la que se ha plasmado en el artículo 27° del Proyecto de Reforma de la Constitución que señala, en su párrafo final, “*Es nulo el despido que agravia derechos fundamentales reconocidos por esta Constitución*”.

De todas maneras, pero únicamente para enfatizar la especial relevancia que en la relación laboral tienen algunos de estos derechos, el ALGT, mantiene, con carácter enunciativo, una breve enumeración de motivos de nulidad del despido, similar a la actual, a la que, se agregan dos supuestos: a) impedir al trabajador ejercer su defensa en el procedimiento previo, y b) el fraude a la ley, en el caso del despido colectivo no autorizado o producido de hecho por no reanudarse las labores de la empresa al concluir el plazo de suspensión o tras haberlo ordenado la autoridad de trabajo y, finalmente, cuando el despido colectivo se produce mediante la modalidad de despidos individuales o plurales para despedir en un plazo de 12 meses a un número de trabajadores superior al diez por ciento, evadiendo el procedimiento establecido para el despido colectivo.

2. Impugnación del despido nulo

- a) La impugnación es expresa, de modo que el trabajador deberá demandar específicamente la nulidad del despido, para que el juez pueda pronunciarse al respecto. Se mantiene, de esta forma, la especificidad de una vía procesal para la nulidad del despido, distinta a la acción indemnizatoria dirigida a impugnar su carácter injustificado. A diferencia de ésta última, en la acción de nulidad el onus probandi recae sobre el trabajador, ya que en este proceso no hay inversión de la carga de la prueba, salvo cuando el motivo de nulidad invocado por el demandante sea la vulneración de la libertad sindical o el

estado de embarazo de la mujer, en los que, por excepción, se presume, *iuris tantum*, el carácter constitucionalmente lesivo del despido y, por consiguiente, se invierte la carga de la prueba, debiendo al empleador acreditar la existencia de una causa justificada que descarte la presencia de un motivo ilícito en el despido.

- b) Otro aspecto importante es la superación del esquema rígido y excluyente que actualmente conlleva la acción de nulidad, según el cual se impide al Juez calificar el despido en caso de no acreditarse su nulidad, al facultarlo para que, no obstante, pueda declarar el despido como injustificado y otorgar la indemnización, cuando, tampoco, el empleador que invocó una falta grave demuestre la existencia de ésta.
- c) EL ALGT precisa los efectos restitutorios de la sentencia que declara nulo el despido:
 - En primer lugar, como cuestión fundamental, la reposición del trabajador, pues en caso de nulidad del despido sólo corresponde otorgar la tutela restitutoria. La reposición tendrá lugar en el puesto que ocupaba al cesar, salvo imposibilidad material, que debe acreditarse ante el juez, en cuyo caso deberá ocupar otro puesto similar y de categoría no inferior, y, en cualquier caso, con reconocimiento del nivel remunerativo que tenía al cesar, incluyendo los aumentos otorgados y las condiciones de trabajo del puesto.
 - El pago de las remuneraciones devengadas, hasta su reposición efectiva.
 - El depósito de la compensación por tiempo de servicios devengada, con sus intereses.
 - El reconocimiento del tiempo de servicios no laborado para todos sus efectos, excepto el récord vacacional.

3. Medidas cautelares en relación al despido nulo

Se rodea al despido nulo de medidas cautelares como las siguientes:

- a) La suspensión del despido, que, a solicitud del trabajador el juez concederá, ordenando su reincorporación provisional, cuando aquel aporte indicios suficientes de la existencia de un motivo de nulidad, o la solicite luego de obtener sentencia de primera instancia favorable, aunque ésta sea impugnada.
- b) La asignación económica provisional, cuyo pago no procede si el despido se suspende y el trabajador se reincorpora provisionalmente a la empresa.

V. DESPIDO INDIRECTO O POR HOSTILIDAD DEL EMPLEADOR

En esta clase de despido, se mantiene el esquema tradicional pero se amplían los supuestos de hostilidad del empleador, a los siguientes casos:

- 1) La vulneración de las garantías que establece el ALGT en los supuestos de traslado, destaque o desplazamiento del trabajador a otro puesto o centro de trabajo, materia ésta que es cuidadosamente tratada en los artículos 104° a 107°.
- 2) La discriminación por participar en actividades sindicales o políticas, que constituyen supuestos muy frecuentes de trato desigual, eliminados como causas de hostilidad en las reformas desreguladoras de la década del 90.
- 3) El acoso sexual, ya sea cometido por el empleador, sus representantes o quien ejerza autoridad sobre el trabajador, o el cometido por cualquier trabajador equiparado jerárquicamente a la víctima, siempre, en este caso, que el empleador no hubiere adoptado medidas oportunas y adecuadas para impedirlo. La responsabilidad del empleador, en este supuesto, deriva del hecho de haber tolerado lo que se denomina “acoso sexual ambiental”.
- 4) Disponer o aplicar controles o registros sobre la persona del trabajador que resulten lesivos a la dignidad o intimidad de este, en armonía con las normas del ALGT relativas a la protección de la dignidad e intimidad del trabajador.
- 5) En general, el incumplimiento deliberado y reiterado por el empleador de sus obligaciones legales y convencionales, pues tales incumplimientos lesionan la buena fe de las partes contratantes.

La acción contra el acto de hostilidad, se sustancia bajo el mismo sistema actual, es decir, mediante la opción entre la demanda de cese de hostilidad, sin ruptura del contrato de trabajo, y la acción indemnizatoria, previa terminación de la relación laboral.

VI. EL DESPIDO POR NECESIDADES DE FUNCIONAMIENTO DE LA EMPRESA

En esta materia, los cambios que introduce el ALGT son significativos, pues, como antes se dijo, el tradicional cese colectivo o reducción de personal se reconduce hacia la figura de esta clase de despido determinado por la naturaleza de sus causas y no necesariamente por la cantidad de trabajadores afectados por él.

1. Las causas

Estas se enumeran como: i) las de carácter económico, técnico o estructural, ii) el caso fortuito y la fuerza mayor, iii) la reestructuración patrimonial, iv) la disolución de la empresa por insolvencia y v) la quiebra y la disolución y liquidación voluntaria o por mandato judicial.

Con todo, como es sabido, las de mayor relevancia en la vida de las empresas, son las primeras, esto es las económicas, técnicas o estructurales.

Con afán pedagógico el ALGT introduce ciertas nociones acerca del contenido de cada tipo de causa, precisando, como criterio rector, que la legitimidad del despido está condicionada a su “necesidad” para mantener la viabilidad de la empresa y su competitividad en el mercado, es decir cuando de no adoptarse esta medida se vería comprometido su futuro o no podría superarse una situación adversa presente.

2. Clases de despido

Quizás la mayor innovación en esta materia reside en la diferenciación entre el despido colectivo, que es la noción tradicionalmente asociada al despido fundado en este tipo de causas, y el despido individualizado.

a) El despido colectivo

Este despido tiene varias manifestaciones en función al tipo de causa de que se trate. Cuando esta es la de carácter económico, técnico o estructural, así como el caso fortuito y la fuerza mayor, el despido colectivo se sujeta a un procedimiento especial siempre que afecte a cinco trabajadores en empresas con hasta 50 trabajadores, o al diez por ciento en empresas entre 50 y 500 trabajadores o a más de 50 en empresas con más de 500 trabajadores. Si el despido comprende, cuando menos, a este número de trabajadores se configura como un despido autorizado, que para su materialización requiere la aprobación de la autoridad de trabajo, salvo que, en el curso del procedimiento, empleador y sindicato celebren sobre esta materia específica un convenio colectivo.

Se introducen al procedimiento administrativo para el despido colectivo cambios importantes, uno de los cuales consiste en suprimir la figura del silencio positivo que, en el procedimiento actual, desnaturaliza el carácter para-jurisdiccional del mismo, al otorgar una ventaja indebida a la parte empleadora, con evidente vulneración del principio de igualdad procesal de las partes.

En los supuestos de disolución y liquidación voluntaria o por mandato judicial, así como por insolvencia o quiebra y en la reestructuración patrimonial, se obvia este procedimiento, que se sustituye por un plazo de preaviso.

b) El despido individualizado

Despido individualizado es el que afecta a un trabajador o a varios, siempre que el número de estos no exceda el umbral legal a partir del cual debe considerarse un despido colectivo. En este supuesto la decisión extintiva del empleador no requiere una autorización previa de la autoridad de trabajo ni de un acuerdo con el sindicato o los trabajadores afectados, pudiendo ejecutarse en forma unilateral, directa e inmediata, lo que no obvia la exigencia formal de comunicación escrita y señalamiento de la causa del despido. Este despido sólo procede cuando las causas del mismo sean de índole económico, técnico o estructural o cuando medie el caso fortuito o la fuerza mayor.

De este modo, se reconduce la figura del despido individual por motivos económicos o, en general, de aquel vinculado a las necesidades de funcionamiento de la empresa, del campo del despido arbitrario (por incausado) indemnizado, conforme al artículo 34° LPCL,⁴ al campo del despido causal, reconociendo su legitimidad, siempre que la existencia que le sirve de fundamento sea real y pueda demostrarse.

Y es que, en contrapartida, al reconocimiento al empleador de una facultad de despido directa e inmediata, el ALGT, somete dicha decisión –como en cualquier otro despido individual– al control judicial que tendrá lugar ante la impugnación del despido por el trabajador y cuyo objeto será establecer si la causa invocada tiene una existencia real y suficiente para justificar la extinción de la relación laboral.

3. El pago de indemnización

Un rasgo relevante del sistema propuesto para los despidos por motivos económicos y similares, consiste en el pago de una indemnización, sean colectivos o

⁴ Este artículo de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral ha sido inaplicado y declarado inconstitucional por la Sentencia del Tribunal Constitucional del 11 de Julio de 2002, Expediente N° 1124-2001-AA/TC, habiéndose reiterado este criterio en la Sentencia TC del 13 de Marzo del 2003, Expediente N° 976-2001-AA/TC, por lo que la realización de despidos al amparo de esta norma ha quedado, virtualmente, impedida.

individualizados, salvo cuando las causas de éstos sean la reestructuración patrimonial y la disolución por insolvencia o quiebra. La indemnización se abona con arreglo a una escala propia, de estructura similar a la que corresponde al despido injustificado pero cuyo monto es un tercio menor a ésta.⁵ El fundamento es que si bien en esta clase de despido no existe un incumplimiento del empleador, por tratarse de causas objetivas, tampoco existe responsabilidad imputable al trabajador, sea relativa a su capacidad o a su conducta, que es el supuesto en que se le niega dicha compensación. Como excepción, el ALGT admite, que el empleador pueda reducir hasta el 50% la indemnización, si alega grave desmedro económico.

Ahora bien, si el empleador incumple con abonar la indemnización al cese del trabajador, o no demuestra en juicio el grave desmedro alegado para reducirla a la mitad o la existencia de la causa invocada en caso de despido individualizado, el despido resulta equiparado al despido injustificado y el juez ordenará que el empleador pague la indemnización que corresponde a éste, con deducción de las sumas que hubiere cancelado. No obstante, el despido también puede ser declarado nulo si concurre algún supuesto de lesión a los derechos fundamentales. Con estas previsiones, se evita que el empleador recurra, artificialmente, al despido económico para abaratar el costo del despido.

⁵ Equivale a 30 días por año por los primeros 8 años, 20 días por año por los segundos ocho años y 10 días por año por el tramo final de 8 años adicionales..