

TEMAS SOBRE LA REGULACIÓN DE LA RENUNCIA EN EL PERÚ

Juan Carlos CORTÉS CARCELÉN

SUMARIO: 1. Unas palabras previas. 2. Introducción. 3. Regulación. 4. Precisiones previas. 5. La puesta a disposición como renuncia. 6. El aviso previo. 7. El despido indirecto. 8. Extinción del contrato de trabajo en el caso de la reposición. 9. Jubilación como causa de extinción. 10. La renuncia en el contrato a plazo fijo. 11. Renuncia en el periodo de prueba. 12. Renuncia incentivada. 13. A manera de conclusión.

1. UNAS PALABRAS PREVIAS

Personalmente, siempre he visto en don Lucho dos virtudes excepcionales. La primera, la búsqueda incesante del diálogo, del reconocimiento del otro y la apropiación del consenso, y, ciertamente, me hace creer que esta es posible. La segunda, la manera como se acerca a las personas y a los temas laborales, de tal forma que brinda tranquilidad y comodidad para que uno exprese sus ideas. Don Lucho ha aportado y aportará mucho al Derecho del trabajo y a la seguridad social con la revista (*Análisis Laboral*), con la generación de institucionalidad, con sus aportes doctrinales; sin embargo, tengo la ligera sospecha que su aporte fundamental es como ser humano.

2. INTRODUCCIÓN

El objetivo que nos hemos trazado es presentar reflexiones sobre la institución de la renuncia al empleo sobre la base de la regulación peruana en esta materia. Con esta finalidad, presentamos el contenido de su escueta regulación, para luego plantear diversos supuestos vinculados a la extinción de la relación de trabajo por decisión unilateral del trabajador, que generan debate.

Generalmente, la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empleador es la que causa mayor interés entre los autores; lo cual es totalmente lógico, dado el desequilibrio inicial en la relación de trabajo, la constatación de que el empleo es un bien escaso, y de las consecuencias que ocasiona el despido.

Sin embargo, la renuncia del trabajador al empleo genera, también, una serie de interrogantes y problemas que nuestra legislación no resuelve, de ahí la necesidad de alentar la discusión sobre esta materia.

3. REGULACIÓN

El artículo 16° b de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) establece que una causa de extinción del contrato de trabajo es “la renuncia o retiro voluntario del trabajador”. Asimismo, el inciso f del mismo artículo señala como causa de la extinción la jubilación.

Un primer aspecto referido a este artículo es que no se diferencia la causa que legitima o justifica la extinción, de quién está facultado para tomar la decisión de la extinción. Por ejemplo, en el caso de la jubilación encontramos que la causa que legitima o justifica la extinción es el acceso a una pensión; sin embargo, quien puede tomar la decisión de la extinción puede ser tanto el empleador como el trabajador, dependiendo de los supuestos regulados en la ley. Esta distinción es importante, además, para el caso del mal llamado despido indirecto, que trataremos más adelante, en el cual la decisión de la extinción del contrato de trabajo recae en el trabajador, pero la causa es la conducta del empleador.

Específicamente la LPCL establece en el artículo 18° lo siguiente con respecto a la renuncia:

“Artículo 18°.- En caso de renuncia o retiro voluntario, el trabajador debe dar aviso escrito con 30 días de anticipación. El

empleador puede exonerar este plazo por propia iniciativa o a pedido del trabajador; en este último caso, la solicitud se entenderá aceptada si no es rechazada por escrito dentro del tercer día”.

Complementariamente, el reglamento de la LPCL, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-96-TR, dedica dos artículos a la renuncia, que son:

“**Artículo 27°.-** La negativa del empleador a exonerar el plazo de preaviso de renuncia obliga al trabajador a laborar hasta el cumplimiento del plazo”.

“**Artículo 28°.-** La puesta a disposición del cargo aceptada por el empleador equivale a una renuncia y se encuentra comprendida dentro de los alcances del artículo 51° de la Ley [artículo 18° de la LPCL]”.

Como puede observarse, la regulación es bastante escueta y está dirigida principalmente a regular la carga que se le impone al trabajador al momento de renunciar, la cual consiste en el plazo para avisar al empleador de la decisión adoptada por el trabajador. También regula la denominada puesta a disposición del cargo.

El legislador peruano, generalmente, ha regulado esta institución bajo la presunción de que el trabajador pretende conservar el empleo, por lo que simplemente debe establecerse determinadas garantías al empleador, como es el caso del aviso previo.

4. PRECISIONES PREVIAS

4.1. Denominación

No existe una denominación única en la legislación comparada para referirse a la extinción del contrato de trabajo por voluntad del trabajador. Se le denomina “dimisión”, “desistimiento”, “retiro”, “abandono”, etc. Dependiendo del país, cada una de estas denominaciones tiene un significado distinto para expresar la institución general o una parcela de ella, por ejemplo, diferenciando la extinción incausada o aquella basada en un incumplimiento por parte del empleador.

Sobre este tema se ha señalado como mejor expresión “extinción” (resolución) por voluntad del trabajador frente a los términos “dimisión”, “despido por el trabajador” (despedirse del empleador) o “abandono”.

En el Perú hemos optado principalmente por denominarle ‘renuncia’, en cuanto expresión de la disposición del trabajador de no continuar en el empleo.

4.2. La renuncia y la libertad de trabajo

Un aspecto importante a destacar es que se establece en la regulación una mayor flexibilidad al trabajador para extinguir el contrato de trabajo. Esta situación tiene como base el respeto a la libertad de trabajo, en cuanto, no se puede obligar al trabajador a laborar de manera en contra de su voluntad.

Si se estableciera muchas trabas para poder extinguir el contrato de trabajo o se impidiera terminarlo, estaríamos ante supuestos de violación de aquel derecho constitucional.

En la Constitución peruana, la libertad de trabajo está reconocida en el inciso 15 del artículo 2º⁽¹⁾ y en el artículo 23º, último párrafo⁽²⁾; en consecuencia, la regulación infraconstitucional de la renuncia debe responder a los criterios establecidos en los artículos señalados.

Al respecto se ha señalado que “esta facultad cuenta con menos trabas que en el lado empresarial, entre otras razones, por la necesidad de salvaguardar la libertad profesional del trabajador”⁽³⁾.

En este contexto, la principal manera de expresar ese respeto a la libertad de trabajo es la de no exigir una causa habilitante al trabajador para que surta efectos legales la renuncia. Basta entonces, su sola decisión

(1) Constitución Política del Perú

“Artículo 2º.- Toda persona tiene derecho:

[...].

15. A trabajar libremente, con sujeción a la ley”.

(2) Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento.

(3) MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO, Fermín y GARCÍA MURCÍA, Joaquín, *Derecho del trabajo*, 10ª ed., Tecnos, Madrid, 1990, p. 743.

para que opere válidamente la terminación del contrato de trabajo. En consecuencia, “La dimisión [...] como causa de extinción del contrato de trabajo, puede definirse como facultad del trabajador de resolver libre y voluntariamente el contrato de trabajo, *sin necesidad de alegar causa*”⁽⁴⁾ (las cursivas son nuestras).

La falta de necesidad de una causa que justifique la terminación de la relación de trabajo es una expresión del principio protector del Derecho del trabajo y, como se ha señalado, de la libertad de trabajo.

Es por que se ha manifestado que “el carácter tuitivo que el Derecho del trabajo tiene respecto del trabajador ofrece una de sus aplicaciones: mientras que el empresario ha de basar siempre sus decisiones resolutorias en causas predeterminadas, el trabajador puede resolver el contrato de trabajo de duración indefinida sin causa alguna”⁽⁵⁾.

En esta misma línea y considerando las particularidades del contrato de trabajo, se ha manifestado: “Recoge esta causa la libre manifestación del trabajador como supuesto extintivo, lo que significa una muestra más de la especialidad del contrato de trabajo dentro de la teoría general de la contratación: es posible que la relación contractual quede finalizada por la exclusiva voluntad del trabajador. Se protege así la libertad del trabajador de quedar o no sujeto a un trabajo”⁽⁶⁾.

Reforzando estas ideas, Neves Mujica ha señalado: “Si el trabajador no quiere cumplirla, el empleador puede sancionarlo, pero no puede com- pelerlo a trabajar. Lo mismo sucedería si se hubiera establecido un plazo de duración para la relación laboral y bastante antes de su vencimiento el trabajador decidiera ponerle fin. En este caso, podría haber [sic] lugar al pago de una indemnización por responsabilidad derivada del incumplimiento contractual, pero no imposición de trabajo. La libertad de trabajo opera, pues, desde el nacimiento de la relación laboral en adelante, a lo largo de toda su vida”⁽⁷⁾.

(4) *Ibíd.*, p. 744.

(5) MONTROYA MELGAR, Alfredo, citado por BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *El despido en el Derecho laboral peruano*, ARA, Lima, 2002, p. 32.

(6) PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos y ÁLVAREZ DE LA ROSA, Manuel, *Derecho del trabajo*, 9ª ed., Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2001, p. 1027.

(7) NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho laboral*, PUCP, Lima, 2000, p. 24.

4.3. Carácter recepticio

La renuncia es un acto unilateral, que no necesita aprobación de la contraparte, pero sí que esta reciba la notificación de la decisión del trabajador.

Al respecto se ha señalado: “A estos efectos, es doctrina jurisprudencial consolidada que la dimisión se configura como declaración de voluntad de carácter recepticio. Lo cual significa, por de pronto, que para que produzca plenos efectos, y suponga la extinción del contrato de trabajo, es necesario que sea conocida por el otro contratante; si bien no es preciso que se ajuste a una declaración de voluntad formal, pues basta que la conducta seguida por el trabajador manifieste de modo indiscutido su opción de poner fin al contrato”⁽⁸⁾.

Ahora bien, algunos autores consideran que este carácter se cumple con la realización de todos los esfuerzos para que la declaración llegue al empleador. “Tratándose de una declaración recepticia de voluntad, es claro que debe llegar –o que deben hacerse todos los esfuerzos razonables que la buena fe exige para que llegue– al empresario destinatario”⁽⁹⁾.

4.4. Expresión de la voluntad del trabajador

Para que la renuncia sea válida es imprescindible que sea una declaración que surja de la voluntad del trabajador, que no sea coaccionada por el empleador. Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado señalando lo siguiente (Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 628-2001-AA/TC, del 10 de julio de 2002, Caso Elba Gabriela Rojas Huamán, Fundamento N° 4):

“Los hechos descritos en la demanda, llevados a cabo para dar cumplimiento a una disposición de la [empresa], con el mecanismo de trasladar a la recurrente en horas de la noche a una localidad distinta a la de su centro de trabajo habitual, contrastan con cualquier presunción de que el propio trabajador, haya

(8) MARTÍN VALVERDE, *et al.*, *Derecho del trabajo*, cit., p. 745.

(9) ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del trabajo*, 20ª ed., Civitas, Madrid, 2002, p. 471.

sido quien voluntariamente optó por extinguir su vínculo laboral. Por el contrario, aparece una declaración de voluntad cuyo instrumento es presentado en la mesa del funcionario indicado, pero bajo un cargo de recepción, que en este caso no existe, como tampoco aparece en dicha carta el lugar o ciudad donde se giró, actos estos que ponen de manifiesto la ventaja numérica y funcional con que ha actuado la empresa demandada para la obtención de su propósito⁽¹⁰⁾.

En este caso una serie de hechos llevan a este tribunal a señalar que la renuncia no ha sido fruto de la voluntad del trabajador, sino que ha existido una presión desmesurada por parte de los representantes del empleador. Ciertamente, no. Para que exista coacción no basta una simple presión por parte del empleador, sino que dicha presión sea totalmente desproporcionada, para lo cual deberán evaluarse las circunstancias concretas.

Refiriéndose a este tema se ha manifestado que “la expresión de libre voluntad [...], ha de ser de tal naturaleza que se deduzca la espontánea y unilateral decisión de poner fin a la relación concertada, requiriendo una actuación del trabajador que de manera expresa o tácita demuestra el deliberado propósito de dar por terminado el contrato de trabajo⁽¹¹⁾.”

La voluntad del trabajador en resolver el contrato de trabajo no es una amenaza o una exteriorización sin sustento fáctico, sino que no debe quedar duda sobre la intención. “La manifestación de voluntad de poner fin a la relación debe ser expresa, de manera tal que la simple amenaza no es capaz de configurar el despido o el retiro⁽¹²⁾.”

Se ha discutido si la sola voluntad del trabajador es insuficiente en la relación laboral con entidades públicas, en la que la renuncia tiene que ser

(10) La sentencia funda su decisión en que el Derecho del trabajo no ha dejado de ser tuitivo conforme aparecen de las prescripciones contenidas en los artículos 22 y siguientes de la Constitución (Fundamento N° 6). Resulta también interesante que en este caso se señale que los pagos hechos por la empresa deben ser regresados por la trabajadora, sin perjuicio que la demandada pueda repetir en su oportunidad con arreglo a ley para su reembolso o deducirlo de los beneficios que en el futuro correspondan a la demandante (Fundamento N° 7).

(11) PALOMEQUE LÓPEZ/ALVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, cit., p. 1027.

(12) ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, cit., p. 554.

aceptada. Desde nuestro punto de vista, no es ni debería ser necesaria una declaración de la administración, porque de lo contrario no estamos ante una renuncia, y en todo caso, si se aceptara dicha declaración de la entidad estaríamos ante un supuesto en el cual la libertad de trabajo estaría supeditada a la subjetividad de un funcionario.

4.5. Forma escrita

En el caso de la norma peruana se requiere que la renuncia se realice por escrito. Carlos Blancas al respecto señala: “Por ello, la renuncia del trabajador se configura como un acto recepticio, en cuanto se exige que el trabajador comunique al empleador su voluntad extintiva, a fin de que esta pueda surtir plenamente sus efectos.

De allí que la forma escrita resulte necesaria, y hasta indispensable, para que se haga efectiva la renuncia del trabajador; no siendo suficiente, para que esta se configure, la mera cesación material, o de hecho, de la actividad laboral, pues en tal caso lo que ocurre es el ‘abandono de trabajo’ que implica una desaparición súbita e intempestiva del lugar de trabajo”⁽¹³⁾.

La formalidad requerida por la normativa tiene como finalidad que el empleador conozca de la decisión del trabajador, pero también que el trabajador tenga una prueba de fácil comprobación de que su voluntad fue expresada y recibida por el empleador.

Se discutirá posteriormente los efectos de la renuncia verbal y aquella que se expresa de manera distinta.

5. LA PUESTA A DISPOSICIÓN COMO RENUNCIA

Como se ha señalado, la regulación específica dispone que la puesta a disposición del cargo aceptada por el empleador equivale a una renuncia. Conceptualmente hay un problema en tanto la renuncia se basa en la sola decisión del trabajador de extinguir la relación de trabajo; sin embargo, en este caso, la puesta a disposición requiere de un acto del empleador para que tenga efectos, es solo una oferta que tendrá efectos jurídicos cuando

(13) BLANCAS BUSTAMANTE, *El despido en el Derecho laboral peruano*, cit., p. 33.

esta sea aceptada. En consecuencia, no es una renuncia, sino que es una declaración en la que se señala a la otra parte la disposición de extinguir el contrato de trabajo, y que necesita de la aceptación para efectos de tener consecuencias jurídicas.

La puesta a disposición, como está regulada en el reglamento, es en realidad la extinción del contrato de trabajo por mutuo acuerdo de las partes: el trabajador que señala a través de la puesta a disposición de su cargo la voluntad de extinguir el contrato de trabajo y la voluntad del empleador que converge en que el contrato se extinga.

Lo dicho concuerda con lo señalado por Blancas, cuando indica que: “Obviamente, predomina en este criterio el hecho de que es el trabajador quien manifiesta su voluntad de dejar el cargo que desempeña, por lo que no sería congruente equiparar, en este caso, la decisión del empleador de aceptar la terminación del contrato de trabajo al despido, siendo tan solo posible asimilar la figura de la ‘puesta a disposición del cargo’ a la renuncia o, con mayor propiedad aun, al mutuo disenso”⁽¹⁴⁾.

En tanto la renuncia tiene que ser la expresión de la voluntad del trabajador y, por lo tanto, una decisión libre; la puesta a disposición tendría que demostrar la decisión del trabajador de extinguir la relación de trabajo, y no solo la de dejar el cargo, y que, además, dicha expresión sea realmente voluntad del trabajador.

Sobre este tema se han pronunciado algunas resoluciones judiciales. Por ejemplo, la Casación N° 2091-2004-Cono Norte de Lima, del 21 de noviembre de 2005, publicada en el *Peruano* el 1 de agosto de 2006, en donde se señala lo siguiente:

“**Sexto:** Que, para que la puesta a disposición del cargo aceptada por el empleador sea equivalente a una renuncia, *es imprescindible que la renuncia sea una expresión libre de voluntad del trabajador a efectos de dar por terminada la relación laboral*, por cuanto, la decisión de renunciar al puesto de trabajo directamente relacionada a la expresión de la voluntad del trabajador. **Séptimo:** Que, en el caso de autos, *el trabajador fue conminado por el empleador a poner a disposición el cargo que ostentaba*, según se ad-

(14) *Ibíd.*, p. 34.

vierte de la carta número cero sesenta-P/dos mil uno, de fecha veintiséis de julio de dos mil uno (fojas tres) cursada por el Presidente del Directorio al Gerente General para que disponga que el personal directivo de la empresa que ocupan cargos de confianza pongan sus cargos a disposición del Directorio, que motivó que el trabajador diera respuesta mediante Carta de fecha primero de agosto del mismo año, indicando que “en atención a lo solicitado en la Carta número cero sesenta-P/dos mil uno [...] comunicada en Comité de Gerentes del día miércoles primero de los corrientes, con el fin de poner a su disposición el cargo de Gerente Postal” (las cursivas son nuestras).

Del mismo modo, en la Casación N° 2115-2004-Lima, del 21 de noviembre de 2005, publicada en *el Peruano* el 2 de mayo de 2006, se señala:

“Undécimo: Aun en el supuesto negado que se pudiese reputar que el trabajador puso su cargo a disposición de la emplazada, cabe resaltar que este acto no fue producto de una expresión fiel de su voluntad interna sino que fue determinado por el requerimiento que le efectuó su empleador (sometido incluso a un término perentorio de acuerdo al contenido del instrumento de fojas [...]), que, examinado bajo el contexto que en la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un estatus particular de preeminencia, nos advierte que el ámbito de libertad e intención del actor al adoptar tal decisión se encontraba reducido”.

La Corte Suprema considera que las comunicaciones que realiza el representante del empleador a fin de que los altos funcionarios pongan a disposición su cargo, es una orden y como consecuencia se pierde la voluntariedad del trabajador de extinguir la relación de trabajo.

Sobre estas sentencias se ha señalado: “A nuestro entender el fallo [...] es totalmente acertado, pues consideramos que no puede pretenderse darles alcances distintos al precepto del artículo 28° del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, ya que ello implicaría no solo desnaturalizar los verdaderos efectos jurídicos de dicha norma, sino, también, legitimar a los empleadores o a sus representantes para que fraudu-

lentamente puedan despedir a sus trabajadores eludiendo las disposiciones legales de la materia⁽¹⁵⁾.

En consecuencia, en primer lugar, la puesta a disposición del empleador no es una renuncia, sino que podría ser considerada como acuerdo de voluntades para terminar la relación de trabajo. En segundo lugar, inclusive en este caso, es necesario que la voluntad del trabajador se exprese libremente y no sea consecuencia del ejercicio del poder que otorga la subordinación.

6. EL AVISO PREVIO

Nuestra legislación contempla como principal carga del trabajador la obligación de cumplir un plazo de treinta días anteriores a la terminación del contrato de trabajo.

Se entiende que cuando se usa el preaviso se obvie la exigencia de causa⁽¹⁶⁾.

No se discute la validez de esta obligación al trabajador. Sobre esta materia Quiñónez ha señalado: “Concluiríamos entonces, afirmando que la exigencia de un preaviso como carga sobre el trabajador que condiciona su facultad de renunciar, resulta válida siempre que, buscando evitar innecesarios perjuicios al empleador, importe un plazo razonable y la posibilidad de su exoneración⁽¹⁷⁾”.

6.1. El plazo

El objetivo de dicho plazo es que el empleador pueda buscar un reemplazo del trabajador renunciante u organizar las actividades de la empresa en función al alejamiento del trabajador.

(15) ÁVALOS JARA, Oxal Víctor “Cuando el trabajador pone su cargo a disposición por pedido de su empleador, ¿se configura una renuncia o un despido?”, en *Jurisprudencia*, N° 1, Lima, 2007, p. 382.

(16) ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, cit., p. 470.

(17) QUIÑONES INFANTE, Sergio Arturo, *La libertad de trabajo: principio y derecho fundamental en la relación laboral*, Tesis para optar el Título de Abogado, PUCP, Lima, 2004, p. 202.

El preaviso pretende “evitar extinciones intempestivas y el daño que puedan ocasionar en los legítimos intereses de aquel que desea seguir vinculado por el contrato o, simplemente, no se ha planteado la posibilidad de su extinción”⁽¹⁸⁾.

Esta carga que se le impone al trabajador afecta su libertad de trabajo, sin embargo, se considera que es una limitación temporal y razonable, a efectos de no crear un perjuicio al empleador con la decisión del trabajador de extinguir la relación de trabajo.

En consecuencia, este aviso previo no afecta los artículos constitucionales reseñados, en cuanto el derecho allí incluido cede temporalmente para no afectar otros derechos y bienes protegidos.

Se ha entendido que el plazo optado por la legislación peruana es razonable; sin embargo, si la legislación incrementara el número de días, abriría la puerta a una discusión constitucional (o si por ejemplo, a determinado grupo de trabajadores se le impusiera un número mayor de días).

Este plazo puede ser mayor siempre y cuando sea una concesión del trabajador, adoptada libremente, sin ningún tipo de coerción por parte del empleador o que responda a los intereses del trabajador. En consecuencia, la cláusula en el contrato de trabajo que establezca un plazo mayor para el preaviso será optativa para el trabajador, en cuanto en el momento correspondiente decidirá, de acuerdo a sus intereses, si brinda un plazo mayor al que está contenido en la norma. Dicha cláusula en un contrato de trabajo tendría visos de ilegalidad.

Un problema que puede plantearse es el supuesto en el cual el trabajador otorga el aviso previo, dentro del plazo establecido o con un plazo mayor, y antes de que opere el cese del trabajador, envíe una comunicación al empleador en la cual manifieste su desistimiento a renunciar. En este supuesto caben dos alternativas: la primera es que como no ha operado la renuncia, el trabajador legítimamente puede desistirse de la misma. Siendo una declaración unilateral, también puede eliminarse de la misma manera, antes de que surta sus efectos.

La segunda posición es que no es posible dejar sin efecto la renuncia sin el consentimiento del empleador, en tanto que la decisión de resolver

(18) FERNÁNDEZ LÓPEZ, María Fernanda, “Formalidades y procedimientos de la extinción del contrato de trabajo”, en *Derecho social*, N° 4, Albacete, 1998, p. 67.

el contrato tiene efectos jurídicos frente a la otra parte, aunque estos efectos no hayan culminado, ya que terminarán con el cese efectivo. La renuncia es un acto unilateral que inicia sus efectos cuando el empleador es notificado por ella, es decir, cuando recibe la comunicación del trabajador. De ahí su carácter recepticio.

Este carácter “también significa que la decisión de dimitir, desde el mismo momento en que se comunica, constituye ‘declaración de voluntad irrevocable’, que ineludiblemente conduce a la extinción del contrato de trabajo, salvo acuerdo posterior de las partes en sentido contrario. Es [una] declaración de la que el trabajador no puede retractarse, a diferencia de la decisión empresarial de despido”⁽¹⁹⁾(20).

Consideramos que la segunda posición es la más sólida (compartiendo lo señalado por la mayoría de la doctrina) por el carácter de la comunicación del trabajador y porque están en juego derechos y bienes distintos del empleador que deben ser respetados.

Obviamente, el consentimiento del empleador puede ser tácito, esto es, que no requiere de una manifestación expresa del empleador, sino que bastaría con el hecho de que el trabajador siguiera laborando después de la fecha señalada por este para el cese. Luego de otorgado ese consentimiento expreso o tácito, el empleador no puede hacer uso de la primera comunicación del trabajador para determinar que la relación ha culminado.

Al respecto se ha señalado lo siguiente: “Si de un lado la retractación no es posible sin la conformidad de las partes, de otro, la continuidad en la aceptación mutua de las prestaciones respectivas hace que el preaviso decaiga”⁽²¹⁾.

6.2. Exoneración

En el caso que el trabajador desee que la renuncia sea inmediata o que el plazo sea menor al establecido en la ley, tendrá que solicitar

(19) MARTÍN VALVERDE, *et al.*, *Derecho del trabajo*, cit., p. 745.

(20) Por nuestra parte consideramos que al igual que la renuncia, de producirse un despido, como acto unilateral, el empleador podría retractarse del mismo, pero para que tuviera efectos es necesario la voluntad expresa o tácita del trabajador. El empleador no podría por su sola voluntad revocar un despido que ya inició sus efectos.

(21) ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, cit., p. 470.

una exoneración al empleador. Este tiene la facultad de otorgar o no la exoneración.

Si se otorga la exoneración no se genera ningún problema y la fecha de cese será aquella en la que el trabajador deje de laborar. Esto es, el mismo día en que se solicitó la exoneración o hasta tres días después, plazo en el cual el empleador tiene la obligación de responder sobre la exoneración.

En el caso de que el empleador niegue la exoneración, de acuerdo con lo establecido en el reglamento, el trabajador tiene la obligación de seguir a disposición del empleador hasta la fecha establecida para el cese. Esta situación nos lleva al supuesto de la renuncia intempestiva que trataremos líneas más adelante.

De acuerdo con la normativa, el empleador puede exonerar el plazo de aviso por propia iniciativa o a pedido del trabajador. Esta última no genera mayores problemas; sin embargo, la primera sí, en cuanto frente a la decisión del empleador de exonerar caben dos posiciones. La primera señala que, una vez cursado el aviso de la renuncia, el empleador con su sola decisión puede determinar la fecha de la extinción de la relación de trabajo, es decir, el trabajador puede planificar el cese para dentro de treinta días, pero el empleador decide con su sola voluntad que sea el mismo día en que se cursó la comunicación.

La segunda posición sostiene que no basta la decisión de exonerar del plazo a iniciativa del empleador, pues no estaríamos ante la figura de la renuncia sino de un despido. En este caso, es necesaria la expresión de voluntad del trabajador de pedir que opere la exoneración y la determinación de la fecha de cese.

Nuestra posición es la segunda, ya que la legislación le da la posibilidad al trabajador de determinar la fecha de cese, lo que en la primera posición recaería en el empleador. En ambos casos, cuando la iniciativa de la exoneración parte del trabajador como cuando parte del empleador, la fecha es determinada de común acuerdo y de no existir este se aplicará la fecha señalada en el aviso.

Si bien la norma no es del todo clara y nos orienta hacia la primera interpretación, consideramos que la segunda es la que es coherente con la institución que se analiza, porque además podría causarse un perjuicio al trabajador (al no tener un ingreso en el periodo exonerado), lo que no es buscado por la normativa. En consecuencia, la norma establece que el

empleador puede tener la iniciativa, pero la fecha, en caso de exoneración, estará determinada por ambas partes.

Una solución distinta nos dice que el empleador podría resolver el contrato, pagando la remuneración correspondiente. Así, “puede también el empresario preavisado resolver por su parte sin esperar el transcurso del preaviso, en cuyo caso debe como indemnización los salarios correspondientes a este, sin que su decisión pueda considerarse como un despido”⁽²²⁾.

6.3. La renuncia intempestiva o abandono de trabajo

Podemos encontrarnos con los siguientes supuestos:

- a. El trabajador renuncia por escrito sin otorgar preaviso, declarando su voluntad de extinguir inmediatamente el contrato de trabajo.
- b. El trabajador renuncia por escrito, solicita la exoneración, no se la otorgan, y decide no volver al trabajo.
- c. El trabajador no regresa a trabajar y no señala expresamente su voluntad de renunciar.

La diferencia sustancial entre los dos primeros casos y el tercero, es que en los primeros existe una declaración expresa de la voluntad de no continuar la relación de trabajo, mientras que en el último no existe una voluntad expresa.

En nuestro país consideraríamos los tres supuestos como abandono de trabajo y, por lo tanto, susceptible de sanción mediante el despido, de acuerdo con el artículo 25°.^h de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral⁽²³⁾. Por ejemplo, se nos dice: “Obviamente, si el trabajador, pese al rechazo de su petición por el empleador, concluye de hecho sus

(22) *Ibíd*em, p. 472.

(23) Ley de Productividad y Competitividad Laboral

“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) El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos [...]”.

labores, incurrirá en abandono de trabajo, conducta que la LPCL [...] tipifica como falta grave, justificativa del despido”⁽²⁴⁾.

En consecuencia, el término de la relación laboral estaría en manos del empleador, ya que podría esperar los 30 días de preaviso, o en su defecto despedir al trabajador. Desde esta posición se podría sostener que si el empleador nunca lo despide, esa relación continuaría vigente.

Desde nuestro punto de vista, debe distinguirse claramente la renuncia intempestiva (formal o no formal) del supuesto regulado en el artículo 25º.h señalado. Pues no significa que se trate de la misma institución: el abandono de trabajo se expresa en la no asistencia del trabajador a la empresa sin la voluntad de terminar el contrato de trabajo, en cambio, en la renuncia intempestiva sí existe una expresión de voluntad en la que no se cumple el plazo establecido en la norma. No obstante, reconocemos que es posible que en el tercer supuesto señalado, el empleador por seguridad acuda a este artículo en tanto puede ser de difícil probanza determinar que el trabajador ha decidido terminar unilateralmente el contrato de trabajo.

Se ha sostenido que un trabajador no puede renunciar intempestivamente, en tanto debe cumplir con laborar durante el plazo de 30 días. En consecuencia, el trabajador, a pesar de haber expresado su voluntad de culminar el contrato de manera intempestiva, tendría que asistir a laborar, o en todo caso, el empleador debería esperar el transcurso de los tres días a efecto de despedir al trabajador, o esperar el transcurso del plazo de los 30 días a efectos de que el contrato culmine, en tanto que el empleador podría estar interesado en que transcurra ese plazo y que el trabajador esté todavía vinculado a él⁽²⁵⁾.

La irregularidad de esta situación ha sido señalada por parte de la doctrina. Así, “en el caso de la dimisión, básicamente, el preaviso fehaciente se eleva a elemento sine qua non de la regularidad del negocio extintivo, de modo que su contrario –la dimisión irregularmente efectuada, no preavisada– es constitutivo de ‘abandono’ del trabajador; un supuesto de naturaleza discutida”⁽²⁶⁾.

(24) BLANCAS BUSTAMANTE, *El despido en el Derecho laboral peruano*, cit., p. 34.

(25) Por ejemplo, si tuviera un interés económico de mantener la relación de trabajo para realizar algún cobro.

(26) FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Formalidades y procedimientos de la extinción del contrato de trabajo”, cit., p. 69.

En similar sentido se ha señalado: “En este caso (rescisión injustificada), toda vez que la decisión de separarse ha sido tomada por el trabajador, las consecuencias dependerán de que haya tenido o no derecho a renunciar a su trabajo, sin incurrir en responsabilidad. Teniendo ese derecho, la rescisión injustificada deberá equipararse a la renuncia *ad nutum*; no teniéndolo, se equipará a un abandono del empleo y deberá afrontar las consecuencias económicas respectivas”⁽²⁷⁾.

Es irregular, pero no se discute que consiste en una extinción del contrato de trabajo: “El preaviso, de todas formas, no es condición ineludible para la extinción del contrato, que puede producirse igualmente por dimisión no preavisada e incluso por dimisión tácita [...]. Pero su omisión puede generar derecho a indemnización de daños y perjuicios en favor de la parte afectada, si se acreditan perjuicios [...]; indemnización que no tiene su causa en la ruptura del contrato sino en el carácter sorpresivo de la extinción”⁽²⁸⁾.

Veamos cada uno de los casos señalados anteriormente:

En el primer caso, el trabajador decide y comunica la fecha de cese del contrato de trabajo sin respetar el otorgamiento del plazo de preaviso. Desde nuestro punto de vista, el contrato fenece en la fecha que el trabajador señala. El trabajador de manera unilateral terminó el contrato de trabajo no respetando el plazo de ley y los efectos de su acto se dan en este momento. Cuestión distinta es la responsabilidad que tiene el trabajador por dicha decisión, ya que podría responder por los daños y perjuicios causados al empleador como consecuencia de su retiro intempestivo. Esto se condice con la garantía establecida en la Constitución, que nadie puede ser obligado a trabajar sin su consentimiento.

Similar situación encontramos en el denominado despido intempestivo. El empleador tiene la obligación de seguir un procedimiento al interior de la empresa, sin embargo, puede optar por no hacerlo sin justificación, por lo que dicho despido tendrá sus efectos legales en la fecha que el empleador haya decidido la finalización del contrato de trabajo, y también deberá asumir las consecuencias de ser considerado ese despido arbitrario.

(27) DE BUEN UNNA, Carlos, “La extinción de la relación de trabajo”, en Nestor de Buen Lozano y Emilio Morgado Valenzuela (coords.), *Instituciones del Derecho del trabajo y de la seguridad social*, Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-Universidad Autónoma de México, México D.F., 1997, p. 515.

(28) MARTÍN VALVERDE, *et al.*, *Derecho del trabajo*, cit., p. 745.

Si bien hemos señalado que el plazo que establece la norma resulta razonable y que el trabajador tiene la obligación de estar a disposición del empleador durante ese periodo, el primero tiene la libertad de decidir no continuar a disposición del segundo, sometiéndose a la consecuencia de su acto.

Sobre este tema se ha señalado que “el efecto extintivo de la declaración de voluntad del trabajador, sin embargo, permanece tanto si se considera que el abandono es un negocio jurídico autónomo como si se considera que es una modalidad irregular de dimisión, precisamente, porque solo esta ‘persistencia’ funcional del desistimiento unilateral del trabajador garantiza la libertad de este como persona, primero, y como contratante, después”⁽²⁹⁾.

El trabajador de manera indubitable renuncia a la empresa y así lo comunica al empleador. Dicha relación culminó con la decisión del trabajador, no pudiendo subsistir una relación en la que la parte trabajadora se niega a estar a disposición del empleador.

En el segundo caso, el trabajador ya ha manifestado su voluntad de terminar el contrato de trabajo, y así lo ha recepcionado el empleador, solo que este se ha negado a exonerarlo del plazo correspondiente. En este supuesto, el trabajador decide terminar la relación de trabajo, a pesar de que el empleador le ha negado la exoneración. El trabajador toma la decisión de quebrar el contrato de trabajo en la fecha que él consideraba. Esa relación ya no existe, por lo que el despido que podría realizar el empleador no tiene efectos jurídicos. Por un lado, el trabajador decide la resolución unilateral del contrato, y el empleador desea que la ruptura sea trascurrido el plazo de ley. En este caso, prima la decisión del trabajador, con las consecuencias que tenga para este.

Obviamente la decisión del trabajador se tendrá que expresar no solo en la ausencia en el trabajo, sino en otros actos como se verá con ocasión del siguiente supuesto, salvo que hubiera enviado una comunicación al empleador señalando su decisión contraria a la no dación de la exoneración.

En el tercer supuesto, el trabajador resuelve el contrato de trabajo, pero no lo manifiesta de manera escrita, sino con hechos concretos. En

(29) FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Formalidades y procedimientos de la extinción del contrato de trabajo”, cit., p. 69.

este caso, la intención de terminar el contrato de trabajo estaba en el origen, pero para llegar a esa convicción debemos de contar con algunos elementos adicionales. “El abandono puede ocurrir mediante declaración expresa seguida de conducta inequívoca o solo mediante esta conducta. La conducta en cuestión es esencial; la resolución se exterioriza u ocurre ‘abandonando el trabajo’ [...], en cuanto el abandono sea revelador del propósito deliberado de dar por terminado el contrato, esto es, *de que en el ánimo del trabajador hay no una mera voluntad de incumplimiento de un deber contractual, sino la más exacta y entera de dejar de cumplir el contrato en sí mismo*”⁽³⁰⁾ (las cursivas son nuestras).

El abandono prolongado tiene como efecto ser una declaración de término del contrato de trabajo, sin que el empleador tenga que estar obligado a despedir al trabajador, sino que este ya determinó la culminación del contrato de trabajo.

“Para que exista abandono no basta con una ausencia, la jurisprudencia exige que se manifieste una voluntad del trabajador explícita que no arroje ningún tipo de duda sobre el propósito de extinguir la relación laboral [...]. Esta exigencia es trascendental, pues si existe abandono el contrato de trabajo se entiende resuelto sin necesidad de que el empresario proceda al despido, pero si no lo hay la ausencia del trabajador se configura como un incumplimiento contractual que podría justificar el despido disciplinario”⁽³¹⁾.

Complementariamente, “La ausencia del trabajo sin otra indicación no constituye abandono, en cuanto no es expresión inequívoca de la voluntad resolutoria. Puede en este caso ser una causa de despido si es reiterada y no justificada. Pero una ausencia larga sine día, y sin aviso ni justificación, crea una presunción a favor del abandono; a contrario sensu, no una ausencia breve. La presunción se torna certeza si la justificación se pide y no se obtiene”⁽³²⁾.

(30) ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, cit., p. 479.

(31) GARCÍA BLASCO, Juan, “Vocablo Abandono”, en VV.AA., *Diccionario jurídico laboral*, Comares, Granada, 1999.

(32) ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, cit., p. 478.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, son necesarios otros elementos que nos conduzcan a señalar que la intención de terminar el contrato de trabajo estaba en el origen, en tanto que la posibilidad de determinar la fecha exacta y la intención del trabajador reviste muchas dificultades. “La voluntad relevante es la que el trabajador tiene en el momento de abandonar, no la distinta que pueda tener en momento ulterior”⁽³³⁾.

Los elementos que pueden coadyuvar son diversos. “Una de las mayores dificultades que plantea el abandono es la averiguación de la voluntad real del trabajador: si en su comportamiento ha existido ánimo de ruptura o si, por el contrario, se trata tan solo de incumplimiento ocasional o transitorio. Las consecuencias de una u otra calificación son importantes para determinar las responsabilidades de cada parte del contrato; pues, si en caso de abandono se entiende que la extinción parte del trabajador, en caso contrario, las eventuales decisiones del empresario prescindiendo de los servicios del trabajador podrían ser consideradas despido. De ahí que resulte de sumo interés determinar qué hechos o conductas del trabajador pueden considerarse como abandono del trabajo o prueba irrefutable de su intención de extinguir el contrato”⁽³⁴⁾.

Algunos ejemplos de esta situación pueden ser:

- El trabajador labore en el mismo horario de trabajo en otra empresa.
- El retiro de las pertenencias personales.
- Declaraciones del trabajador que muestren ese ánimo.
- Solicitud del pago de la liquidación de beneficios sociales.
- Solicitud de la comunicación a la entidad financiera para poder retirar los fondos de la cuenta de la compensación por tiempo de servicios.

Como se ha mencionado la decisión del trabajador puede tener consecuencias, por el incumplimiento efectuado. “El abandono es una conducta antijurídica de incumplimiento que, como tal, genera una responsabilidad de indemnizar daños y perjuicios”⁽³⁵⁾.

(33) ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, cit., p. 479.

(34) MARTÍN VALVERDE, *et al.*, *Derecho del trabajo*, cit., p. 753.

(35) ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, cit., p. 481.

Ahora bien, algunos autores señalan ciertos límites referidos a la indemnización. Por ejemplos, limitados al monto que significaría para el trabajador el haber laborado para el empleador:

“Al contrario, si el trabajador extingue por su libre voluntad el contrato de trabajo sin mediar preaviso, abandonando brusca-mente el trabajo (con o sin manifestación expresa), el empresario tiene derecho a reclamar una indemnización, derivada del incumplimiento, que comprende los perjuicios causados [...] salvo pacto válido en contra, esa indemnización no será superior al plazo, convencional o acostumbrado, de preaviso que el empresario puede descontar de la liquidación de salarios devengados y no percibidos”⁽³⁶⁾.

Cabe señalar que en algunas legislaciones esta situación se encuentra tasada, que no es el caso peruano.

También se le exige una conducta para que los daños no sean mayores que los necesarios:

“Por lo demás, téngase en cuenta que el empresario ha de actuar con la diligencia ordinaria propia del acreedor de buena fe para mitigar los daños y perjuicios que se le han causado, y que estos, en los escasos supuestos ofrecidos por la práctica hoy [...] giran sobre la imposibilidad de sustitución de los servicios del trabajador por lo de otro de cualificaciones iguales o próximas”⁽³⁷⁾.

En nuestro ordenamiento no existe un parámetro para establecer la indemnización, por lo que se aplicará las reglas generales, teniendo en consideración que se trata de los perjuicios generados como consecuencia de la falta de dar el aviso previo y por el tiempo que el trabajador no laboró para el empleador (los treinta días).

⁽³⁶⁾ PALOMEQUE LÓPEZ/ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, cit., p. 1028.

⁽³⁷⁾ ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, cit., pp. 481-482.

7. EL DESPIDO INDIRECTO

El trabajador que se considera hostilizado puede accionar judicialmente para que cese la hostilidad u optar por la terminación del contrato de trabajo. En este último caso podrá demandar el pago de la indemnización por despido arbitrario⁽³⁸⁾.

Con respecto a este tema se ha señalado:

“Se está frente a un despido indirecto o autodespido, cuando el trabajador es el que se considera despedido por incumplimientos graves de su empleador u otras conductas del mismo que hacen insostenible la continuidad de la relación laboral [tales] como el no pago de salarios, su rebaja, el cambio unilateral de las condiciones esenciales de trabajo, trato discriminatorio, entre otras. Barbagelata, basándose en la jurisprudencia que investiga: ‘el animus del empleador’, distingue el despido indirecto o disimulado: en este, las actitudes del empleador demuestran que la verdadera intención del mismo es obtener la renuncia del trabajador; y situaciones objetivas de despido o despido tácito, esta no necesariamente conllevan una intención de parte del empleador de despedir”⁽³⁹⁾.

En este supuesto nos encontramos frente a una renuncia motivada por la conducta del empleador, de tal manera que como consecuencia de dicha conducta que causa un perjuicio al trabajador se le debe indemnizar. No estamos pues, ante un despido, sino ante una renuncia motivada,

(38) En otros ordenamientos la extinción solo se produce cuando sentencia judicial firme declara fundada la pretensión del trabajador, por lo que, deberá seguir prestando sus servicios durante la tramitación del proceso. Ver FERNÁNDEZ LÓPEZ, “Formalidades y procedimientos de la extinción del contrato de trabajo”, cit., p. 70. “Se exceptúan supuestos en los que se ofrecen situaciones que por sí mismas ponen de manifiesto que resulta muy difícil la continuación de la convivencia (laboral)” (VIQUEIRA PÉREZ, Carmen, “Sobre la necesidad de que el trabajador continúe en la prestación de trabajo hasta que adquiera firmeza la sentencia estimatoria de la acción resolutoria ex artículo 50º del ET”, en *Derecho Social*, N° 4, Albacete, 1998, p. 147).

(39) CASTELLS, María, “Terminación de la relación de trabajo. Seguridad del empleo. Indemnizaciones”, en *Instituto de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Facultad de Derecho de la Universidad de la República (El derecho laboral del MERCOSUR Ampliado), FCU, OIT-Cinterfor, Montevideo, 2000, p. 164.

en cuanto es la decisión unilateral del trabajador (causada por los hechos u omisiones realizados por el empleador) la que extingue el contrato de trabajo. “El contrato de trabajo se extingue por decisión del trabajador, la misma que se materializa mediante el retiro efectivo de este de sus labores habituales”⁽⁴⁰⁾.

La confusión de asimilarla a un despido proviene de la propia legislación, en tanto el artículo 30° de la LPCL señala que “son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes”, señalando a continuación las causales que el trabajador puede optar por extinguir el contrato de trabajo. De manera general, y no referido a nuestra normativa, De Buen Unna lo explica de esta manera: “La doctrina habitualmente se refiere a esta causa de extinción como ‘despido indirecto’, en tanto refleja una conducta indebida del empleador, que sin llegar a despedir al trabajador, fuerza su salida”⁽⁴¹⁾.

En consecuencia, consideramos que la normativa es errada al señalar que se trata de un acto equiparable al despido; en primer lugar, porque la solución del mismo no pasa necesariamente por la terminación de la relación de trabajo; y en segundo lugar, porque el despido es la decisión unilateral del empleador de resolver el contrato de trabajo, en cambio en este caso la decisión es del trabajador.

Se constata que el legislador confunde lo que significa la causal que legitima la resolución unilateral del contrato, de la propia decisión. La primera en este caso son actos del empleador que justifican la decisión del trabajador de resolver el contrato, pero como se ha dicho no se puede equiparar al despido. Cosa distinta es que se sancione al empleador por su ilegal acto con la misma indemnización que se le impone en el supuesto de un despido arbitrario.

Cuando el trabajador ha optado por la terminación del contrato de trabajo, dicha decisión es irrevocable, “Si la causa alegada por el trabajador como fundamento de la extinción es un incumplimiento del empresario, aunque la revisión de su decisión muestre que el incumplimiento no ha existido, o que no era grave o culpable, el ordenamiento puede reaccionar adicionando a la resolución consecuencias anormales o sanciones

(40) BLANCAS BUSTAMANTE, *El despido en el Derecho laboral peruano*, cit., p. 427.

(41) DE BUEN UNNA, Carlos, “La extinción de la relación de trabajo”, cit., p. 515.

(indemnizaciones) pero no privando al acto de su eficacia⁽⁴²⁾, ya que no se puede imponer la continuidad de la relación al trabajador.

8. EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL CASO DE LA REPOSICIÓN

El tercer párrafo del artículo 34^o de la LPCL establece que en los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda, el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización por despido arbitrario.

En este último caso, cuando el trabajador opta por el pago de la indemnización, está decidiendo unilateralmente por resolver el contrato de trabajo, es decir, estamos ante una renuncia basada en un acto ilegal del empleador (el despido que ha sido considerado nulo por la judicatura).

Esta situación se parece más al supuesto de la renuncia por actos de hostilidad que al despido arbitrario. En este caso, el juez declara la nulidad del despido por lo que la relación de trabajo ha continuado hasta el momento en que el trabajador decide terminarla.

Existen consecuencias importantes al determinar en qué momento culmina la relación de trabajo. Si culmina al momento de la ejecución de sentencia, el empleador deberá de abonar las remuneraciones devengadas y todos aquellos conceptos que le correspondan al trabajador⁽⁴³⁾.

“De hecho, entiéndase, tal variación, aunque supone la terminación del vínculo laboral, no comporta cambio alguno en la pretensión del demandante, puesto que ella sigue orientada a lograr la nulidad del despido por ser este lesivo de derechos fundamentales. Por lo que, en definitiva, aun cuando la condena a la reposición sea sustituida por un equivalente pecuniario, ello no determinará la extinción de las demás condenas que se anudan a la

(42) ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, cit., p. 470.

(43) El primer párrafo del artículo 54^o del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por el Decreto Supremo N^o 001-96-TR, señala que: “El periodo dejado de laborar por el trabajador en caso de despido nulo, será considerado como de trabajo efectivo para todos los fines, incluyendo los incrementos que por ley o convención colectiva le hubieran correspondido al trabajador, excepto para el récord vacacional”.

declaración de nulidad: el pago de las remuneraciones dejadas de percibir y el abono de los depósitos correspondientes a la compensación por tiempo de servicios”(44).

De manera complementaria se señala que: “Por ello, la opción del trabajador por la indemnización no supone admitir la eficacia del despido nulo desde la fecha en que este se produjo, porque ello sería una contradicción notoria con su calificación como ‘nulo’. En este caso, la relación laboral se tiene por concluida a partir del momento en que el trabajador manifiesta su opción de reemplazar la reposición por la indemnización, esto es, que por haberse declarado la nulidad del despido, la relación laboral se reputará vigente hasta el momento en que el trabajador opta por la indemnización, siendo el efecto de dicha opción únicamente el de sustituir una medida reparadora, de naturaleza restitutoria, –la reposición– por otra medida reparadora, de naturaleza resarcitoria, –la indemnización–, sin modificar otros efectos de la sentencia que declara nulo el despido, como el pago de las remuneraciones devengadas”(45).

9. JUBILACIÓN COMO CAUSA DE EXTINCIÓN

En el caso de la jubilación se establecen dos posibilidades, la primera es que el empleador decida el término de la relación de trabajo de manera unilateral para que el trabajador pueda acceder a una pensión de jubilación. Esto puede suceder cuando el trabajador cumpla los 65 años de edad, en el cual el empleador asume el pagar una pensión complementaria, y los 70 años de edad, cuando esta es obligatoria y automática.

La segunda es que el trabajador renuncie al empleo para acogerse a la jubilación, y por ende, contar con una pensión, ya sea del sistema privado de pensiones o del sistema público de pensiones.

En esta situación claramente nos encontramos en el supuesto en el que la jubilación es la causa que legitima la renuncia, pero quien decide la misma es el trabajador. En realidad, este supuesto no tiene mayor relevancia, porque perfectamente el trabajador podría renunciar sin establecer la

(44) ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo, *La nulidad del despido lesivo de los derechos constitucionales*, PUCP, Lima, 1999, p. 311.

(45) BLANCAS BUSTAMANTE, *El despido en el Derecho laboral peruano*, cit., p. 354.

causa de la misma y acogerse inmediatamente al régimen de pensiones al que estuviera afiliado.

Al respecto se ha señalado que “[...] la jubilación es un derecho potestativo o de ejercicio voluntario del trabajador quien, cumplidos los requisitos de edad y cotizaciones exigidos por la legislación de Seguridad Social, extingue su contrato porque libremente solicita y obtiene la pensión de jubilación”⁽⁴⁶⁾.

10. LA RENUNCIA EN EL CONTRATO A PLAZO FIJO

Se ha sostenido que en los casos de contratos sujetos a modalidad en los cuales se ha pactado un plazo determinado, el trabajador tiene la obligación de continuar laborando hasta la finalización del mismo, no pudiendo resolver el contrato antes de la fecha prevista. En buena cuenta esta posición señala que no es posible la renuncia en los contratos sujetos a modalidad. “Por lo demás, es siempre técnicamente un abandono la resolución por el trabajador *ante tempos* [sic] sin causa de un contrato de duración determinada”⁽⁴⁷⁾.

También se ha señalado que “consecuentemente, se ha negado su aplicación a los contratos de duración determinada, por diversas razones: porque en ellos el trabajador se obliga a prestar sus servicios durante un tiempo mínimo que necesariamente ha de respetar, y *porque en ese caso hay escasas posibilidades de lesión de libertades profesionales del trabajador, al estar prevista la ruptura de la relación*”⁽⁴⁸⁾ (las cursivas son nuestras).

Nuestra posición en este tema es que el derecho del trabajador de renunciar al trabajo, de acuerdo con lo establecido en la normativa, es de aplicación tanto en un contrato indefinido como en el caso del contrato a plazo determinado. En primer lugar, porque la normativa que regula la renuncia es de aplicación general, no estableciéndose una restricción de su aplicación a los contratos temporales.

En segundo lugar, como se ha manifestado, el artículo 23º de la Constitución establece que nadie puede ser obligado a trabajar sin su consenti-

(46) PALOMEQUE LÓPEZ / ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del trabajo*, cit., p. 980.

(47) ALONSO OLEA / CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, cit., p. 980.

(48) MARTÍN VALVERDE, *et al.*, *Derecho del trabajo*, cit., p. 744.

miento, y que una restricción mínima y amparada legalmente es el plazo de aviso de los 30 días. Sin embargo, por la propia naturaleza del contrato de trabajo no es posible obligar al trabajador a continuar laborando en el contrato a plazo determinado en contra de su voluntad.

En tercer lugar, el plazo de los contratos a plazo fijo, si bien aparentemente es la voluntad de las partes, en la realidad es la decisión del empleador, la que determina el tipo de contrato que se le aplicará al trabajador, en los supuestos en los que puede optar entre el contrato indefinido y el plazo determinado. Además, resultaría contradictorio que en el contrato, donde se debe proteger más al trabajador, se le limite la posibilidad de salir de él.

En cuarto lugar, de no poder renunciar en un contrato de trabajo a plazo determinado resultaría que la institución de la renuncia, legalmente ejercida, no podría ser aplicada a este caso.

En quinto lugar, la libertad de trabajo no es únicamente el que se establezca la posibilidad de ruptura del contrato de trabajo temporal, sino que significa la posibilidad del trabajador de quebrar dicho contrato en resguardo a su derecho constitucional, cualquiera fuere la duración del contrato.

En consecuencia, el trabajador podrá renunciar al trabajo aplicando las normas vigentes cuando está contratado en un contrato a plazo determinado.

Algunos autores han invocado los límites temporales a las cláusulas de permanencia, a efectos de compatibilizar la imposibilidad de renunciar con el plazo establecido en el contrato⁽⁴⁹⁾. Desde nuestro punto de vista, esto no es una solución, en cuanto igualmente se puede afectar al trabajador en su libertad de trabajo.

En lo que se refiere a los pactos de permanencia, entendemos que la situación es distinta a los contratos temporales. “Si bien en el Perú no existe regulación expresa que contemple la posibilidad de suscripción de un pacto de permanencia, lo anterior no significa que aquí la libertad de trabajo, constitucionalmente acogida, proscriba la suscripción de este tipo de acuerdos. Lo que ocurre es que, en tanto estos pactos constituyen una limitación al derecho fundamental a la libertad de trabajo, su validez estará supeditada a un examen de proporcionalidad y razonabilidad”⁽⁵⁰⁾.

(49) ALONSO OLEA/CASAS BAAMONDE, *Derecho del trabajo*, cit., p. 471.

(50) PIZARRO DÍAZ, Mónica, *La remuneración en el Perú. Análisis jurídico laboral*, Estudio Gonzales & Asociados, Lima, 2006, p. 138.

Estas cláusulas están asociadas a una inversión del empleador en la capacitación del trabajador en el que se asume el pago de la formación, y posiblemente los gastos del trabajador y la remuneración.

En el pacto de permanencia, el trabajador también podrá renunciar al contrato de trabajo, pero lo que estará en discusión será principalmente la sanción pecuniaria (cláusula penal) que se haya establecido en el contrato, referida a la inversión realizada por el empleador en la capacitación del trabajador.

11. RENUNCIA EN EL PERIODO DE PRUEBA

El objetivo del periodo de prueba es que las partes puedan evaluarse mutuamente a efectos de continuar la relación de trabajo. Evaluarán entonces, la adecuación al trabajo, el equipo de trabajo, etc.

Si bien teóricamente la evaluación es de ambas partes, en los hechos, dado que el empleo es un bien escaso, la evaluación recaerá principalmente sobre el trabajador. La norma establece claramente que al término de dicho periodo “el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario”, lo que conlleva que el empleador podrá despedir al trabajador sin que medie una causa justa señalada en la ley⁽⁵¹⁾.

De igual manera, aunque la normativa no sea explícita en este tema, el trabajador podrá resolver unilateralmente el contrato de trabajo sin estar obligado a cumplir con el plazo de los 30 días de aviso previo. En este supuesto estamos ante una renuncia intempestiva, amparada por la normativa.

12. RENUNCIA INCENTIVADA

Hablamos de la renuncia incentivada cuando el empleador otorga un beneficio a cambio de que el trabajador presente su renuncia.

Queda claro que esta situación no es propiamente una renuncia, en tanto que la contraprestación del empleador al trabajador para que el con-

⁽⁵¹⁾ Aunque consideramos que el trabajador tiene la protección de la regulación del despido nulo, en tanto en este caso se afecta un derecho fundamental especialmente protegido el que no puede ceder frente a la facultad del empleador de resolver unilateralmente el contrato de trabajo.

trato se termine le da otro carácter. Estamos en realidad ante un contrato entre el empleador y el trabajador, por lo que se asimila a la extinción por mutuo disenso.

No queremos decir que no existe voluntad del trabajador, lo cual puede suceder⁽⁵²⁾, sino que no presenta la institución de la renuncia que supone una decisión unilateral del trabajador; mientras que en estos casos existe una voluntad concordada, la del trabajador que va a recibir un beneficio por su renuncia, y la del empleador, que otorgará el beneficio para obtener la renuncia.

Así se ha señalado: “[...] la renuncia es un acto unilateral del trabajador que al expresarse voluntariamente no requiere respuesta del empleador para convalidar su eficacia legal; y al haberla formulado en los términos señalados precedentemente (acogimiento a un programa de incentivos), debe concluirse válidamente que el cese del actor se encuadra dentro de lo que en la legislación laboral se denomina mutuo disenso previsto en nuestro ordenamiento legal [...]” (Sala Laboral de Lima, Sentencia recaída en el Expediente N° 725-95-R(S), del 22 de abril de 1997, publicada en *Actualidad Laboral*, correspondiente a agosto de 1998).

Inclusive, se ha señalado que en estos casos dicha contraprestación no es una remuneración. Así, “[...] estos incentivos son otorgados como contraprestación a la renuncia del trabajador o a su participación en el mutuo disenso, de donde se deduce que los mismos no pueden ser entendidos como una contraprestación a la puesta a disposición de la fuerza de trabajo, lo que nos impide calificarlos como remuneraciones”⁽⁵³⁾.

13. A MANERA DE CONCLUSIÓN

Consideramos que la institución de la renuncia debería ser tratada de manera adecuada en nuestra legislación, no confundiéndola con otras instituciones, de tal forma que no pueda ser afectado la libertad de trabajo, o que las omisiones de la normativa ocasionen perjuicios a cualquiera de las partes, especialmente al trabajador.

(52) Obviamente descartamos los supuestos en los que exista coacción de algún tipo por parte del empleador, lo que lamentablemente ha sucedido reiteradamente en el país.

(53) PIZARRO DÍAZ, *La remuneración en el Perú. Análisis jurídico laboral*, cit., p. 142.