



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

INEFICIENCIA DE CESES COLECTIVOS EN LAS CONCESIONES DE EMPRESAS DEL ESTADO DE DERECHO PRIVADO

Bruno Celi-Luna

Piura, agosto de 2016

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Celi, B. (2016). *Ineficiencia de ceses colectivos en las concesiones de empresas del estado de derecho privado* (Tesis de pregrado en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una [licencia](#)
[Creative Commons Atribución-](#)
[NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

BRUNO RENATO MARTÍN CELI LUNA

**INEFICIENCIA DE CESES COLECTIVOS EN LAS CONCESIONES
DE EMPRESAS DEL ESTADO DE DERECHO PRIVADO**



UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el título de abogado

2016

APROBACIÓN

Tesis titulada *“Ineficiencia de ceses colectivos en las concesiones de empresas del estado de derecho privado”*, presentada por el bachiller Bruno Renato Martín Celi Luna en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por el Director Dr. José Antonio Valle Benites.

Director de Tesis

AGRADECIMIENTO

Lo logrado en el presente proyecto de investigación se lo agradezco principalmente a Dios quien me ha dado la gracia de tener una gran familia, la cual me ha impulsado a realizar y llevar a cabo la presente investigación. Del mismo modo agradezco a mis compañeros y amigos que me han brindado el ánimo perenne de seguir adelante hasta cumplir mis metas y poder ejercer con apremio mi emocionante profesión bajo la siguiente premisa:

“EL QUE NO VIVE PARA SERVIR, NO SIRVE PARA VIVIR”

MARIA TERESA DE CALCUTA

INDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO I: LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL RÉGIMEN PRIVADO	5
1.1. Flexibilidad y rigidez laboral	8
1.2. Situación actual del Perú en el régimen laboral privado.....	9
CAPITULO II: LA CONCESIÓN DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO	15
2.1. Medios de protección de los derechos laborales.....	17
CAPITULO III: EXTINCIÓN DEL VÍNCULO LABORAL EN EL RÉGIMEN LABORAL PRIVADO	19
3.1. Supuestos de extinción del vínculo laboral.....	19
3.2. Tipos de despido.	24
CAPITULO IV: EL CESE COLECTIVO COMO FORMA DE EXTINCIÓN DE VÍNCULO LABORAL	47
4.1. Por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos ...	48
4.2. Por el caso fortuito y fuerza mayor	49
4.3. Por la disolución y liquidación de la empresa	50

CAPITULO V: CASOS EMBLEMÁTICOS DE CONCESIÓN.....	51
5.1. Caso ENAPU.....	52
CAPITULO VI:LA EXTINCIÓN DE UNA SUCURSAL DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO COMO CAUSA DIRECTA DE EXTINCIÓN DEL VÍNCULO LABORAL POR CAUSAS OBJETIVAS.....	59
6.1. Implicancias legales de su aplicación- ¿Fraude?.....	62
CONCLUSIONES.....	65
BIBLIOGRAFÍA.....	67

INTRODUCCIÓN

El presente estudio está elaborado netamente desde una perspectiva del Derecho Laboral Privado, siendo el objetivo del mismo el analizar las formas de extinción del vínculo laboral establecidas tanto en la normativa laboral vigente como en el Anteproyecto de la Nueva Ley General de Trabajo, aterrizando concretamente en los supuestos de ceses colectivos los cuales desde mi punto de vista el legislador ha dejado de lado determinados supuestos que se observan frecuentemente en la realidad pero que no se encuentran regulados a nivel normativo ni mucho menos mencionados a nivel jurisprudencial.

Teniendo en cuenta lo antes mencionado, la presente investigación cuenta con dos objetivos muy claros y concretos, el primero es determinar la deficiencia normativa y jurisprudencial respecto a la extinción del vínculo laboral por ceses colectivos, específicamente en los casos de empresas del Estado de derecho privado que por ejecutar un proceso de concesión iniciado por PROINVERSION y la ANP (Autoridad Nacional de Puertos) deban cesar a todos sus trabajadores de manera efectiva sin vulnerar los derechos de los mismos pero sin entorpecer o dilatar la ejecución de la concesión ya realizada; y en segundo lugar proponer una nueva figura de cese colectivo legal y viable que no vulnere los derechos de los trabajadores, la cual pueda ser aplicable solo y exclusivamente a los trabajadores del régimen laboral privado de las empresas del Estado de derecho privado, las cuales extingan una sucursal por mandato de una ejecución de un proceso de concesión.

En el primer capítulo se expondrá de manera clara y sucinta lo que se denomina estabilidad laboral y la situación laboral actual en el Perú, ello con la finalidad de tener un panorama claro sobre los criterios normativos y jurisprudenciales que rige al estado en materia laboral, y poder así moldear la propuesta normativa compatible con nuestro ordenamiento jurídico.

En el segundo capítulo está orientado al tema de las concesiones del estado, es aquí donde explicaré brevemente la figura de la concesión y sus implicancias jurídicas en las empresas del Estado, del mismo modo advertiré cómo el Estado en virtud de su regulación paternalista y proteccionista de los derechos laborales, incorpora a las bases y contratos finales de concesión “cláusulas de protección laboral” que garantizan el respeto de los derechos laborales de los trabajadores afectados por la ejecución de determinadas concesiones a empresas del Estado de derecho privado.

En el capítulo tercero detallaré de manera clara y amplia las causales válidas de extinción del vínculo laboral reguladas en los artículos 16° y 46° del Decreto Supremo N° 003-97-TR “TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral” (en adelante LPCL), ello con la finalidad de poder observar y tener un panorama más claro sobre la razón de la presente investigación, pues efectivamente determinaremos que existe una clara deficiencia normativa referente a la desvinculación de trabajadores que laboran para empresas del Estado de derecho privado, pero que en determinados supuestos que afrontan este tipo de empresas, ninguna de las causales estudiadas y reguladas por la normativa laboral vigente y el Anteproyecto de la Nueva Ley General de Trabajo son efectivas en su aplicación.

Complementando el capítulo tercero, en el capítulo cuarto expondré las causales de extinción del vínculo laboral de manera colectiva, lo que comúnmente se llama ceses o despidos colectivos, los cuales se encuentran regulados en el artículo 46 de la LPCL vigente, y los cuales es importante estudiar pues la propuesta normativa que se planteará en esta investigación está íntimamente relacionada con los ceses colectivos.

Por otro lado y dejando un poco el tema normativa y entrando en la parte neurálgica de la presente investigación, en el capítulo quinto procederé a explicar de manera breve la forma en la cual una empresa del Estado puede incorporarse al mercado privado y competir con empresas privadas, haciendo hincapié en lo que desde mi punto de vista es uno de los casos más emblemáticos para poder sustentar mi postura en la presente investigación, pues como se desarrollará en este capítulo analizaremos el caso por el cual atravesó la empresa ENAPU (Empresa Nacional de Puertos), la cual se vio involucrada en un proceso de concesión iniciado por PROINVERSIÓN y la ANP a fin de concesionar el puerto de Paita, debiendo cesar así todos sus trabajadores a fin de ejecutar la concesión, pero ante la deficiencia normativa el presente caso terminó en los tribunales del Poder Judicial, casi logrando así interrumpir la ejecución de la concesión.

El capítulo antes mencionado, es uno de los más relevantes dentro de mi investigación, pues al dar lectura de dichos expedientes judiciales me inspiré para iniciar con el presente estudio y darme cuenta que efectivamente la normativa laboral cuenta con series vacíos e ineficiencias, sobre todo porque la misma se encuentra toda dispersa y no existe un compendio de las mismas como se pretende hacer con la Nueva Ley General de Trabajo, la cual en más de 10 años no se han podido poner de acuerdo las partes involucradas para su aprobación.

Finalmente, en el capítulo sexto cumpliré con el objetivo central de la presente investigación el cual es proponer una incorporación normativa en la LPCL, específicamente en el artículo 46° de dicho dispositivo legal, referente a una nueva causal de cese colectivo legal, viable y solamente aplicable a las empresas del Estado de derecho privado que necesiten cesar a todos sus trabajadores de manera efectiva por injerencia de la ejecución de un contrato de concesión, ello sin vulnerar la adecuada protección exigido por los artículos 23°, 24° y 27° de la Constitución del Perú.

Del mismo modo expondré las razones de por qué la exclusión a las empresas privadas propiamente dichas para aplicar la causal propuesta, pues el ordenamiento jurídico nacional está orientado a la protección de los derechos laborales de los trabajadores por lo que su extensión a las otras empresas implicaría otorgar libertad a las empresas a realizar fraudes de la norma propuesta en base a los supuestos y argumentos que se desarrollaran en el capítulo sexto.

Cerrando la presente investigación, aportaré las conclusiones de la misma, siendo breve y conciso recopilando la información relevante recogida en cada uno de los capítulos a fin de trazar mi línea de entendimiento de la norma y como me ha servido para forjar la presente investigación.

CAPITULO I: LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL RÉGIMEN PRIVADO

La estabilidad laboral debe ser entendida como la necesidad de permanencia y subsistencia del vínculo laboral entre el empleador y trabajador, salvo que se presente alguna causal valida de despido o de extinción de la relación laboral establecida en la normativa laboral vigente; por lo que se tiende a otorgar un carácter permanente a la relación de trabajo, siendo así que la estabilidad constituye un derecho para el trabajador que, por supuesto, le exige el cumplimiento de las obligaciones inmersas a la naturaleza del contrato de trabajo. No constituye un derecho del empleador porque significaría retornar a etapas superadas de trabajo forzoso.

Ahora bien, la Constitución Política del Perú¹ en sus artículo 22° y 27° establecen que toda persona tiene el derecho a un ambiente de trabajo, ello porque el trabajo es parte indispensable en el crecimiento personal y profesional de las personas de manera individual como colectiva, más aun si se tiene en cuenta que el motivo principal por el cual una persona labora, es para satisfacer y afrontar sus necesidades básicas de subsistencia (salud, educación, vivienda, alimentación y demás) las cuales son necesidades de carácter permanente, por lo que es lógico y coherente que el vínculo laboral este orientado a semejante duración. Del mismo modo la carta de la Organización de Estados Americanos², en su artículo 45° inciso b), proclama que el hombre, mediante su trabajo, tiene el derecho de alcanzar

¹ Constitución Política del Perú de 1993

² Carta de la Organización de Estados Americanos de 1948

su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica, pensamiento recogido por nuestra Constitución en su artículo 22°.

Por tal motivo, se entiende que la estabilidad laboral deriva exclusivamente del Derecho Constitucional al Trabajo, pues todo trabajador tiene derecho a mantener un vínculo laboral seguro, por lo que la pérdida de ello implica la imposibilidad de gozar el derecho antes mencionado. Del mismo modo como lo señala Blancas Bustamante³, existe una fundamentación jurídica de la estabilidad laboral, el cual es 1.- Derecho al Trabajo, 2.- Principio de continuidad y 3.- Derechos Colectivos, pues esto suma una serie de características y aristas en las cuales se sustenta la estabilidad laboral, como lo es la preferencia de los contratos indefinidos los cuales deberán ser reacios a la rescisión unilateral por parte del empleador, así como la posibilidad de suspender el vínculo laboral sin extinguirlo y por ende mantenerlo incluso en los casos de imposibilidad de realizar labores, como es el caso de las licencias por maternidad entre otros.

Aunado a lo antes mencionado, la jurisprudencia nacional emitida por el Tribunal Constitucional⁴ ha determinado que el Derecho al Trabajo se fundamenta en evitar el despido lesivo de derechos constitucionales y ordenar la reposición del trabajador a su centro de labores, es decir establecer mecanismos de protección frente a la vulneración de la estabilidad y permanencia del vínculo laboral.

Es así que, el estado deberá velar y promover que el vínculo laboral continúe en el tiempo y así evitar la preocupación del trabajador respecto a su permanencia en la empresa y el pago de su remuneración frente al vencimiento contractual, es así que Carrillo Calle Martín señala que⁵ “ *es del principio de continuidad de donde dimana el concepto de estabilidad laboral que opera en los dos extremos de la relación laboral: en la contratación (estabilidad de entrada) y en el despido (estabilidad de salida)*”, hecho que se materializa por ejemplo en la participación del

³ Carlos Blancas Bustamante, El despido en el Derecho Laboral Peruano, segunda edición, ARA Editores SRL, Perú, 2006, p. 75-84

⁴ Exp. N° 1112-98-AA/TC

⁵ Carrillo Calle Martín. La Flexibilización del contenido laboral de la Constitución. En Balance de la Reforma Laboral Peruana. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2001, pag. 77.

Estado al momento de imponer “cláusulas de protección laboral” en las bases y contratos de concesión.

La estabilidad laboral puede ser clasificada como Estabilidad absoluta o plena, que puede ser rígida y flexible, y estabilidad relativa, las mismas que son propia e impropia. Entendiéndose estabilidad absoluta o plena, como el derecho que tiene el trabajador luego de superar el periodo de prueba⁶ (03 meses de tratarse de puesto de trabajo ordinario), este no puede ser despedido por el empleador, salvo este incurra en una causal valida de despido, siendo que en caso no se logre probar dicha falta el trabajador tiene expedita su reposición en el mismo puesto de trabajo. Del mismo modo, la estabilidad relativa, se entiende como la extinción del vínculo laboral por parte del empleador, en caso no se evidencia la existencia una causa valida de despido o no se haya seguido con el procedimiento de despido correspondiente, pero la diferencia radica en que solo procede el pago de una indemnización por despido arbitrario y el juez no pueda ordenar la reposición al centro de labores.

Por tanto, según interpretación normativa, lo que debe de importar *prima facie* es el ingreso al centro de trabajo, es decir, obtener un puesto de trabajo a través de un contrato a plazo indeterminado, lo cual hoy por hoy no se da nivel normativo pues, actualmente se le otorga al empleador diversas instituciones y herramientas laborales que permiten evitar esa continuidad que necesita el trabajador, pero ello conlleva a una sobreprotección al operario tanto a nivel administrativo (Ministerio de Trabajo y SUNAFIL) como a nivel judicial; Sin embargo tal como lo señala De Ferrari la idea de estabilidad laboral deriva de una concepción jurídica que encuentra diversas aplicaciones durante la vida de la relación de trabajo para prolongar su duración, por lo que el concepto de “propiedad del empleo” tiene un contenido económico y se refiere principalmente a la seguridad a que tiene derecho el trabajador que pierde

⁶ Artículo 10 del D.S N° 003-97-TR, el cual de manera expresa señala “*El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección*”

su empleo, no siendo por tanto el principio de la estabilidad laboral del empleo sino el de la seguridad social, el fundamento de la protección del trabajador, en sus fundamentos en caso de despido.⁷

En tal sentido, al quedar clara la idea de estabilidad laboral, su importancia y su idea paternalista orientado no a intereses de los trabajadores sino por un interés social, pues desde mi punto de vista le importa al Estado que sus integrantes pertenezcan a la población económicamente activa (PEA) con la finalidad de garantizar un desarrollo colectivo del Estado en todas sus esferas sociales, es así que desde la constitución de 1979 se ha venido regulando de manera expresa lo antes mencionado, claro está que teniendo como referencia el convenio 158 de la OIT y diversas influencias internacionales, motivo por el cual hasta la fecha si bien la Constitución de 1993 no la regula de manera expresa el contenido de la estabilidad laboral, esta ha derivado su regulación y protección a dispositivos legales como lo es el Decreto Legislativo 728 y su posterior regulación mediante el Decreto Supremo 003-97-TR “TUO DE LA LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL” (en adelante LPCL), la cual regula de manera expresa una suerte de estabilidad laboral que a la fecha no queda claro si estamos frente a una estabilidad laboral absoluta o relativa.

1.1. Flexibilidad y rigidez laboral

Dentro de la estabilidad laboral encontramos la flexibilidad y rigidez laboral, las cuales deben entenderse como aquellas peculiaridades que manifiesta la estabilidad laboral, siempre que la flexibilidad laboral se entienda como aquella facilidad que tiene el empleador de extinguir el vínculo laboral de manera unilateral tal como son los casos de despido mediando causa justa o la no renovación de los contratos a plazo determinado sin que conlleve ello a la reposición del trabajador al centro de labores; caso contrario es la rigidez laboral, pues ello implica la existencia de “trabas” que tiene el empleador para extinguir el vínculo laboral, hasta el punto de exigirle a este último la necesidad de contratar a los trabajadores bajo un contrato indeterminado, sin tener en cuenta el incremento de los costos laborales que implica la contratación de un trabajador bajo esta figura jurídica, y sin ser suficiente ante una posible extinción del vínculo, fácilmente el trabajador podrá ser repuesto al

⁷ De Ferrari, Francisco, Derecho del Trabajo, vol. II, p. 170

centro de laborales, es decir, una estabilidad de entrada y de salida totalmente paternalista y sobreproteccionista.

Además de ello, existe influencia extranjera como el convenio de 158 de la OIT que recomienda al Estado establecer mecanismos de protección a los trabajadores en los casos de extinción unilateral por parte del empleador del vínculo laboral, dejando carta libre de interpretación a la idea de “adecuada protección”, pudiendo ser esta una protección restitutoria o una protección resarcitoria, dejando en el aire la idea de una “flexibilidad laboral” pues en la práctica jurídica no se observa.

Finalmente precisamos que aquellos países que se encuentran en un proceso de desarrollo económico, deberán optar por la flexibilización laboral, pues si bien formalmente se ha adoptado una política de flexibilización laboral, ésta en los últimos 20 años se ha transformado en una rigidez laboral absoluta, hecho que se ve reflejado en las trabas existentes al momento de ejecutar un contrato de concesión y extinguir de manera colectiva el vínculo laboral de los trabajadores que laboran en empresas del Estado de derecho privado.

1.2. Situación actual del Perú en el régimen laboral privado.

En los años 90, los sistemas de estabilidad laboral absoluta fueron recogidos por influencia de la Constitución de 1979. Con la promulgación de la carta magna de 1993, se modificaron los aspectos relacionados al derecho de trabajo, en especial el de la institución de la estabilidad laboral, que se cambió por la “ADECUADA PROTECCION CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO”. Esta norma constitucional fue desarrollada con la Ley de Fomento del empleo y de sus modificaciones, estableciéndose la estabilidad relativa y la flexibilización del mercado laboral Peruano.

La estabilidad laboral absoluta y rígida que primaba en nuestro modelo económico que transitaba por una enorme recesión, dificultaba la inversión privada, y por consiguiente la contratación de personal en el sector privado, pues ante la existencia de cuantiosas organizaciones sindicales y la fuerte estabilidad de salida con la cual contaban los trabajadores, estos se hacían de los puestos gerenciales del sector público, para no salir en mucho tiempo, hecho que originó el desorden laboral que hoy por hoy existe (trabajadores por servicios no personales,

728, ley de la carrera pública, etc..). Ahora bien, a partir de ello surgieron cambios sustanciales, como son la promoción de la contratación temporal mediante los contratos modales o sujetos a modalidad y la posibilidad de despedir a los trabajadores sin mediar causa justa con el simple pago de una indemnización especial, la cual hoy se conoce como indemnización por despido arbitrario, siendo esto reflejo de una estabilidad laboral relativa y flexibilidad en la contratación de trabajadores.

Aunado a lo antes mencionado, en el año 1992, a raíz de ello, se permitieron la realización de ceses colectivos masivos de trabajadores públicos sin justificación, pues la debida protección a la cual hacía alusión el convenio 158 de la OIT se interpretaba en el pago de una indemnización, hecho que se mantuvo así por una década, al amparo de lo regulado por la ley de fomento del empleo D.S 002-91-TR y el D.S 003-97-TR TUO del D.L 728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se mantuvo una regulación de flexibilidad laboral y estabilidad relativa, la cual se adecuaba mejor al modelo económico del estado, máxime si se tenía en cuenta los problemas económicos, políticos y sociales por los cuales pasaba el país.

Ahora bien, el convenio 158 de la OIT aún era frecuentemente usado por parte de los jueces del Tribunal Constitucional al momento de determinar el contenido constitucionalmente protegido del derecho al trabajo establecido en el artículo 27° de la Constitución vigente, es por tal motivo que la supuesta adecuada protección que dicho convenio recomendaba al Estado era insuficiente, es así que se plasmó el precedente vinculante jurisdiccional de reposición de trabajadores al centro de trabajo con el caso emblemático CASO TELEFONICA, contenido en el **EXP. N.º 1124-2001-AA/TC⁸, mediante la cual se**

⁸**EXP. N.º 1124-2001-AA/TC:** el cual de manera expresa en su parte considerativa lo siguiente: Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser "adecuado", se está resaltando -aunque innecesariamente- que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27° como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una "facultad de despido arbitrario" hacia el empleador. Por este motivo, cuando el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará "adecuada protección frente al despido arbitrario", debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al

determina que la adecuada protección frente al despido injustificado no basta con una protección resarcitoria (indemnización) como se encuentra regulado de manera positiva en el artículo 34° de la LCP, sino más bien hace falta una protección restitutorio (reposición), siendo así que se retoma la estabilidad absoluta y rigidez laboral, en la cual estaba orientada la constitución de 1979 y que debía de regular de manera expresa la constitución vigente

Partiendo de ello, el TC de manera reiterativa ha venido concluyendo que el Protocolo de San Salvador referente al derecho al trabajo debe de interpretarse sobre el contenido constitucional del derecho fundamental a la adecuada protección contra el despido arbitrario de la siguiente manera:

extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles.

Para el Tribunal Constitucional no se trata de emplazar el problema desde la perspectiva de la dualidad conceptual estabilidad absoluta y estabilidad relativa y, a partir de ello, inferir que al no haber consagrado la Constitución vigente -como lo hizo su predecesora de 1979- la denominada estabilidad absoluta, toda protección restitutoria ante un despido arbitrario sería absolutamente inadmisibles. Por el contrario, planteado en términos de derecho constitucional lo que interesa en el análisis es determinar si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo. Más precisamente, si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo.

Ahora bien, el segundo párrafo del artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N.º 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización "como única reparación". No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido *ad nutum* impone sólo una tutela indemnizatoria. Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio de este Tribunal, por las siguientes razones:

a) El artículo 34°, segundo párrafo, es incompatible con el derecho al trabajo porque vacía de contenido este derecho constitucional. En efecto, si, como quedó dicho, uno de los aspectos del contenido esencial del derecho al trabajo es la proscripción del despido salvo por causa justa, el artículo 34°, segundo párrafo, al habilitar el despido incausado o arbitrario al empleador, vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional.

- En su dimensión subjetiva: Garantiza a todos los trabajadores que sean protegidos frente a un acto arbitrario del empleador destinado a poner fin a la relación laboral, ya sea a través del pago de una indemnización fijada por ley o de la reposición en su puesto de labores, siendo el trabajador el que adoptará la decisión, dependiendo de la naturaleza de los derechos supuestamente vulnerados.
- En su dimensión objetiva, le impone al Estado la obligación de actuar para evitar agresiones al derecho y de dictar medidas adecuadas que garanticen la vigencia plena y real del ejercicio de las facultades que este derecho constitucional concede a sus titulares; de tal manera que ejerza una efectiva función fiscalizadora del respeto de este derecho, debiendo actuar con la mayor rapidez posible para revertir situaciones de violación sobre las que tome conocimiento.

Finalmente, concluimos que a partir del 12 de diciembre de 1991 en nuestro país la estabilidad laboral de los trabajadores del sector privado se encuentra regulado por el Decreto Ley N° 728, cuya segunda disposición transitoria determinó que los trabajadores que a la dación del D. Leg. N° 728 (08/10/1991) se encontraban trabajando bajo el régimen de la Ley 24514, salvo hubieren manifestado por escrito su voluntad de acogerse al nuevo régimen, continuarían regidos por la Ley N° 24514 en los siguientes aspectos: en materia de falta grave, determinó la inhabilitación que autorice el despido sólo podrá ser de naturaleza judicial; la condena por delito doloso debe conllevar la inasistencia al centro de trabajo por privación física de libertad, estipuló la despedida deberá cumplir el trámite previsto en la Ley N° 24514, el Juez podrá suspender el despido de acuerdo al artículo 8 de la Ley mencionada, y no podrá sustituir la reposición por el pago de indemnización, salvo a pedido del propio trabajador; determinó en materia de indemnización se le abonará lo indicado en el artículo 14° de esta misma ley, legisló en todo lo demás se le aplicará lo estipulado por el Decreto Leg. N° 728, cuyos alcances se rigen por el D.S. N° 003-97-TR “Ley de Productividad y

competitividad Labora (28/03/97), normas que a la fecha se encuentran vigentes y que desde mi humilde punto de vista es ineficiente en algunos aspectos, específicamente en lo referente a la extinción del vínculo laboral por causas objetivas, pues la propia norma no otorga salidas viables y efectivas para cesar de manera colectiva a trabajadores en determinados supuestos especiales, que al decir especiales no me refiero que se tratan de supuestos aislado, todo lo contrario son casos que en la práctica se manifiestan de manera recurrente.

CAPITULO II: LA CONCESIÓN DE LAS EMPRESAS DEL ESTADO

Existen dos procedimientos para la provisión de servicios: la directa por el Estado, a través de sus servicios públicos dependientes o centralizados e independientes o descentralizados; y la indirecta, cuya forma más conocida es la concesión y que implica la intervención del sector privado en la provisión o gestión del servicio, manteniendo en todo caso el Estado la titularidad del mismo (empresas del Estado de derecho privado). La gestión indirecta ha sido una de las figuras clave de la administración de servicios debido a que, partiendo de la premisa liberal respecto de la capacidad mercantil e industrial del Estado, venía a resolver el problema de la gestión de servicios públicos cuya explotación requería una técnica empresarial, interponiendo para ello una empresa privada. Se desdobra así, por una parte, la titularidad del servicio, que retiene en todo caso el Estado concedente; y por otra, la gestión predominantemente económica de un servicio, gestión que se entrega a un concesionario privado que es, por tanto, quien asume los riesgos económicos de la explotación resarciéndose con tarifas que se le autoriza a percibir de los usuarios.

Los procedimientos de gestión indirecta se caracteriza, en todo caso, porque el Estado sigue siendo titular del servicio y por lo tanto podrá regular - aunque compensando adecuadamente al privado - en lo no previsto en el contrato de gestión; fiscalizar el servicio; asumir la gestión directa ante determinadas circunstancias; imponer sanciones y rescatar el servicio en algún momento de las manos del gestor. Se diferenciarían entre sí por los riesgos que asume el gestor y por la forma de percibir la contraprestación económica del contrato.

En la práctica, en los servicios públicos se han utilizado varias fórmulas de gestión indirecta, pero con todo, la figura jurídica que tiene mayor trascendencia es la concesión, que nació con los servicios urbanos. Se trata de un contrato por el cual una Autoridad administrativa (el concedente) encarga a otra persona (natural o jurídica) privada (el concesionario) gestionar y hacer funcionar a su riesgo y ventura un servicio público o una gestión pública, proporcionándole ciertas ventajas y, en particular, la percepción de tarifas pagadas por los usuarios.⁹

Las concesiones en los últimos 15 años se han convertido en un importante mecanismo, llevado a cabo por PROINVERSION (Organismo especializado del estado, perteneciente al Ministerio de Economía y Finanzas) para atraer financiamiento y gestión privada a varios sectores del mundo, las carreteras abarcan un gran número de ellas en el concepto de inversión, financiación y manejo de carácter gerencial, costos incurridos por el concesionario que se recuperan mediante cobro de peaje particularmente aportes fiscales.

Procedimiento de selección: Las concesiones se otorgan a través de Licitaciones Públicas Especiales o concursos de *Proyectos Integrales* nacionales o internacionales y se formalizan con la suscripción de un contrato de naturaleza administrativa.

- El contrato de concesión otorga al Concesionario la ejecución y explotación de determinadas obras públicas de infraestructura o la prestación de *servicios públicos* por un plazo establecido, un claro ejemplo de ello son las concesiones que el Estado realiza de los puertos marítimos y fluviales existentes a lo largo del país, con la finalidad que un tercero privado los dirija y explote.
- El contrato de concesión establece los mecanismos que aseguren al Concesionario la *percepción* de los *ingresos* por tarifas, *precios*, peajes u otros *sistemas* de recuperación de las *inversiones* y el concesionario no podrá establecer exenciones a favor de otros usuarios.

⁹ E. García de Enterría y T.R. Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1984, pag. 667.

Finalmente hay que tener en cuenta es el Estado a través de ciertas instituciones sectoriales quienes toman la decisión de llevar a cabo un proceso de concesión dejando de lado la autoridad de la propia empresa del Estado de derecho privado que tiene a cargo el servicio materia de concesión, lo que implica una suerte de imposición o exigencia hacia la organización interna de una empresa del Estado.

2.1. Medios de protección de los derechos laborales.

El Estado a través de la influencia del artículo 27° de la Constitución, tiene el deber de velar por el respeto del derecho fundamental al trabajo en todos los aspectos, no solo referente a los supuestos de empresas privadas y de titularidad privada sino también en los casos de empresas del estado pero de titularidad privada que tienen a su cargo trabajadores bajo el régimen laboral privado. Ante ello es que se incluyen en los contratos finales de concesión diversas negociaciones y condiciones impuestas al concesionario a las cuales llamaremos “cláusulas de protección laboral”, que impide la vulneración del derecho al trabajo frente a la ejecución de concesiones del Estado frente a particulares.

Cabe precisar que no existe una regulación expresa en la Ley de contrataciones del Estado que faculte a este incluir cláusulas como las antes advertida, pues ello deriva de espíritu proteccionista regulado en la Carta Magna, pues si bien dentro de las funciones que la Agencia de Promoción de la Inversión Privada-PROINVERSION está la de velar por los intereses del Estado respecto a las materias referentes a la privatización y post privatización, también es cierto que dicho interés no puede implicar la transgresión de derechos fundamentales como lo es el derecho al trabajo, es por tal motivo que en el presente estudio analizaremos el caso de una empresa del estado de derecho privado como lo es ENAPU que pasó por diversas complicaciones laborales al llevar a cabo la ejecución de una concesión otorgada válidamente.

CAPITULO III: EXTINCIÓN DEL VÍNCULO LABORAL EN EL RÉGIMEN LABORAL PRIVADO

Como bien se ha mencionado en el primer capítulo del presente estudio, nuestro sistema legislativo laboral vigente descansa sobre los fundamentos de una presunta flexibilización laboral que en la práctica se ve reflejado en una rigidez laboral, donde la extinción del vínculo laboral más que un tema personal laboral, deviene desde mi punto de vista en un asunto social de interés del estado, motivo por el cual las causas de extinción del vínculo laboral, se encuentran reguladas y agrupadas de manera taxativa en la normativa laboral vigente, siendo el caso actual en el D.S. N° 003-97-TR TUO de la LPCL, norma que modifico la Ley de Fomento de Empleo (LFE), cuerpo normativo que no admite margen de interpretación tratándose de causas de extinción del vínculo laboral, pues ello implica repercusiones en la esfera personal del trabajador.

3.1. Supuestos de extinción del vínculo laboral

Ahora bien, el artículo 16° del TUO de la LPCL, regula de manera taxativa las causas de extinción del vínculo laboral, las cuales se encuentran agrupadas según la voluntad de la parte de esta relación jurídica que lo determine, siendo ellas las siguientes¹⁰:

¹⁰ Carlos Blancas Bustamante, El despido en el Derecho Laboral Peruano, segunda edición, ARA Editores SRL, Perú, 2006, p. 30-58

a. Por voluntad del Trabajador

- Renuncia o Retiro Voluntario: Esta causal es considerado como un acto libre y unilateral por parte del trabajador¹¹ de no seguir con la existencia del vínculo laboral, pero ello implica también limitaciones, pues debe de comunicar dicha decisión a su empleador con 30 días de anticipación, quedando a discrecionalidad del empleador si lo exonera de tal plazo o no, eso en virtud de la importancia de sus funciones dentro de la empresa, es por tal motivo que el empleador se encuentra obligado a responder la carta de renuncia en un plazo de 03 días hábiles, caso contrario se entenderá por aceptada, pues el trabajador no puede esperar por siempre al empleador, siendo sustento de ello el derecho fundamental a la libertad de trabajo regulado de manera expresa en el artículo 2º numeral 15 y 23 de la Constitución. Cabe precisar que la renuncia no voluntaria, la cual se origina a causa de presión y actos de hostilidad por parte del empleador¹², es catalogado como un despido indirecto, pero para su reconocimiento es necesario que se siga con un procedimiento de cese de actos de hostilidad, pues su inobservancia conlleva a que se reconozca como una renuncia voluntaria para efectos prácticos.

- Jubilación voluntaria (jubilación-derecho): Supuesto en el cual, el trabajador en la condición de jubilado bajo cualquier sistema pensionario (65 años de edad, y además de 25 años de aporte según la ONP), siendo así que al ya cumplir con los requisitos necesarios para tener el derecho de acceder a una pensión, es que ejerce su libre decisión de extinguir el vínculo laboral a efectos de seguir con el trámite de jubilación correspondiente.

¹¹ Fernando Rodríguez García y Gustavo Quispe Chávez, Extinción del Contrato de Trabajo: causales, requisitos y consecuencias, Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A., Perú, 2009, p. 41-42

¹² Fernando Rodríguez García y Gustavo Quispe Chávez, Extinción del Contrato de Trabajo: causales, requisitos y consecuencias, Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A., Perú, 2009, p. 43-44

- b. Por voluntad concurrente de ambas partes
- Mutuo Disenso.- En términos de Blancas Bustamante “es la manifestación típica de la voluntad conjunta de las dos partes del contrato de trabajo en orden a su extinción”¹³, en tal sentido, se entiende que la relación laboral se extingue de la misma forma en la cual inicio, es decir, de manera consensual¹⁴ entre el trabajador y empleador sin necesidad de fundamentar su decisión en causa alguna. Ahora bien, como todo supuesto de extinción del vínculo laboral, este debe de revestir con cierta formalidad, siendo la fundamental que dicho acuerdo debe constar expresamente por escrito tanto mediante carta (un convenio de extinción del vínculo laboral) o que se establezca en la liquidación de beneficios sociales que se entrega al trabajador, del mismo modo es necesario que las estipulaciones pactadas en el convenio no trastoquen principios laborales como el de irrenunciabilidad de derechos¹⁵.
 - Cumplimiento de los contratos sujetos a modalidad.- Como bien es sabido, la ley, específicamente la LPCL en el artículo 53º establece la facultad de los empleadores de poder contratar personal a plazo fijo mediante contratos sujetos a modalidad, en tal sentido, entendemos que los contratos suscritos de esta naturaleza tienen un periodo de vigencia, es decir, un fecha indefectible de termino y por consiguiente una fecha de extinción del vínculo laboral, siendo así que no cabría reclamo alguno por parte del trabajador por no renovarse el contrato modal, salvo que exista omisiones formales en dicha contratación, tal como puede ser el no

¹³ Carlos Blancas Bustamante, El despido en el Derecho Laboral Peruano, segunda edición, ARA Editores SRL, Perú, 2006, p. 34

¹⁴ Fiorella Tovalino Castro, El Despido: Análisis con base en criterios jurisprudenciales, primera Edición, Gaceta Jurídica S.A, 2014, P. 7

¹⁵ Fernando Rodríguez García y Gustavo Quispe Chávez, Extinción del Contrato de Trabajo: causales, requisitos y consecuencias, Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A, Perú, 2009, p. 61

contener una clausula objetiva de temporalidad valida que sustente dicha contratación.¹⁶

Del mismo modo, el contrato modal se extingue por conclusión de la obra o servicio específico para la cual fue contratado, o por cumplimiento de clausula resolutoria establecida en el contrato¹⁷

c. Por desaparición de las partes

- Por fallecimiento del trabajador.- Uno de los elementos del contrato laboral es la prestación personal y directa del servicio materia de contratación, no pudiendo ser este suplido por otra persona, tal como lo establece el artículo 05 de la LPCL; Aunado a lo antes mencionado el trabajador como ser finito se encuentra sometido a un momento en el tiempo, por tal motivo su existencia dentro de la relación laboral es imprescindible, ante ello su mera extinción agota no solo un elemento esencial del contrato de trabajo sino que se extingue de manera definitiva una de las partes de la relación laboral, siendo así insostenible su existencia, pues al no ser es posible reemplazar al trabajador ya que toda la relación jurídico laboral es única.

- Por fallecimiento del trabajador en caso este sea persona natural.- En cambio al tratarse del empleador, resulta necesario distinguir ante qué clase de empleador nos estamos refiriendo, persona natural o jurídica.

Lo usual es que el empleador sea una persona jurídica¹⁸, es decir una ficción legal con personería jurídica propia y cuya propiedad se encuentra por lo general atribuida a una pluralidad de socios o accionistas, los cuales varían según la transferencia de acciones que se lleva a cabo en el mercado

¹⁶ Fernando Rodríguez García y Gustavo Quispe Chávez, Extinción del Contrato de Trabajo: causales, requisitos y consecuencias, Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A, Perú, 2009, p. 47-60

¹⁷ Fiorella Tovalino Castro, El Despido: Análisis con base en criterios jurisprudenciales, primera Edición , Gaceta Jurídica S.A, 2014, P. 8

¹⁸ Fiorella Tovalino Castro, El Despido: Análisis con base en criterios jurisprudenciales, primera Edición , Gaceta Jurídica S.A, 2014, P. 8

de valores. Lo antes mencionado que ante la muerte de uno de los socios o accionistas que forman parte de la empresa fallece, la personería jurídica de esta última no se extingue, por tanto subsistiendo las partes que conforman una relación laboral.

- d. Jubilación obligatoria.- En este caso observamos un suceso natural dentro de nuestra sociedad el cual la calidad de jubilado del trabajador, siempre y cuando cumpla con los requisitos de ley establecidos por cada uno de los sistemas pensionarios (SSP u ONP), en tal sentido, tenemos la jubilación obligatorio potestativa y la imperativa o jubilación *ex lege* (cumpliéndose de manera automática al cumplir el trabajador 70 años de edad, esto es la jubilación obligatoria forzosa), una vez el trabajador adquiere la calidad de jubilado, el vínculo laboral no puede subsistir, argumento que ha sido ratificado por el Tribunal Constitucional mediante Casación N° 2501-2009-ICA. Ahora bien, en el presente año el mismo tribunal ha establecido que si las partes no pactan la extinción del vínculo laboral cuando el trabajador haya cumplido los 70 años de edad, se presume la existencia del vínculo laboral y por consiguiente alegar posteriormente la extinción del vínculo laboral por tema de edad (jubilación obligatoria imperativa), es considerado como despido arbitrario¹⁹.
- e. Invalidez absoluta permanente.- En caso el trabajador a casusa de un accidente de trabajo, enfermedad ocupacional o cualquiera que fuera el acto que conlleve a una invalidez absoluta permanente al trabajador, se tiene por extinguido el vínculo laboral, pues el trabajador se ve imposibilitado de realizar labores para el cual fue contratado, tal como lo establece el artículo 20° de la LCPL, ello implica que la invalidez afecte a 2/3 parte del cuerpo, siempre y cuando se acredite dicha incapacidad y además la imposibilidad de adecuar el puesto de trabajo tal como establece la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Como se puede observar cada una de estas causales (numerus clausus) de extinción del vínculo laboral son válidos y se encuentran recogidos en la normativa laboral vigente, procediendo

¹⁹ Cas. Laboral N° 1533-2012-Callao

con la resolución del contrato de trabajo de pleno derecho, pero como veremos a lo largo de la presente investigación, estas resultan insuficientes o simplemente no se adecuan (tipicidad) a determinados supuestos donde sea necesario extinguir el vínculo laboral de manera válida y efectiva.

3.2. Tipos de despido.

El despido²⁰ es un acto unilateral y recepticio que contienen la voluntad extintiva del empleador²¹, consiste en la resolución del contrato de trabajo por decisión del empleador basada en una causa justa regulada por ley, la misma que debe estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador, aunado a ello, el ordenamiento reconoce la despido efectos inmediatos, con lo cual se presume la validez del acto extintivo del empleador. En otras palabras, la demostración de causa corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido (control ex post).

Dentro de nuestra normativa, los tipos de despido se han establecido de la siguiente manera:

- a) El despido regulado por el TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral:²²
- Despido por causa justa
 - Despido arbitrario
 - Despido nulo
 - Despido Indirecto

²⁰ Arce Ortiz, Elmer, *Derecho Individual del Trabajo en el Perú, desafío y deficiencias*. Palestra, Segunda Edición Actualizada Lima 2013, p. 516

²¹ Fernando Rodríguez García y Gustavo Quispe Chávez, *Extinción del Contrato de Trabajo: causales, requisitos y consecuencias*, Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A, Perú, 2009, p. 63-64

²² Fernando Rodríguez García y Gustavo Quispe Chávez, *Extinción del Contrato de Trabajo: causales, requisitos y consecuencias*, Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A, Perú, 2009, p. 65

b) El despido establecido por el Tribunal Constitucional²³

- Despido injustificado
- Despido incausado
- Despido fraudulento

Sin embargo, el despido por causa justa es el único supuesto de despido permitido por la ley, mientras que los otros tipos normados o establecidos por el Tribunal Constitucional son los despidos prohibidos que pueden dar lugar a la indemnización o reposición por afectar los derechos constitucionales de los trabajadores.

Las causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador son²⁴:

- a) Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas del trabajador cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, le impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros.
- b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares.
- c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

Asimismo, las causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador son:

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

²³ Exp: 1124-2001-AA/TC caso TELEFONICA DEL PERU S.A

²⁴ Quispe Chávez, Gustavo y Mesinas Montero, Federico, “*El despido en la jurisprudencia judicial y constitucional*”, Dialogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima 2009, P. 17

Los supuestos de faltas graves regulados por Ley son los siguientes²⁵:

- a) El incumplimiento de las obligaciones específicas del contrato 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 grave del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial aprobado o expedido, según corresponda, por la autoridad competente.
- 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.
- c) 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.
- d) El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador. La información previamente ha debido ser calificada como reservada. 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
- e) La concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas o sustancias estupefacientes y aunque no sea reiterada cuando por la naturaleza de la función o del trabajo revista excepcional gravedad.
- f) 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

²⁵ Álvaro García Manrique, Manuel De Lama Laura, Gianfranco Bringas Diaz y Luis Enrique Quiroz Eslado; Manual sobre faltas disciplinarias laborales: falta graves que justifican el despido y otras sanciones menores, Gaceta Jurídica S.A., Primera Edición, Lima 2013, p. 67-147

que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral.

- g) 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.
- h) El abandono de trabajo por más de 3 días de trabajo consecutivos, las ausencias Las ausencias injustificadas por más de 5 días en un período de 30 días calendario o más de 15 días en un período de 180 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.
- i) El hostigamiento sexual cualquiera sea la ubicación de la víctima del hostigamiento en la estructura jerárquica del centro de trabajo

Para la configuración de este tipo de despido, deben apreciarse además los siguientes requisitos:

- a. **El trabajador debe laborar cuatro o más horas diarias.** En consecuencia, un trabajador a tiempo parcial (que labora menos de cuatro horas) no goza de protección contra el despido arbitrario por lo que el empleador podrá prescindir de sus servicios simplemente cursándole una carta de cese y pagándole sus beneficios si correspondiera.
- b. **El trabajador debe haber superado el período de prueba,** es decir, que antes que el trabajador supere dicho período puede ser despedido sin mediar razón alguna y sin ninguna consecuencia negativa para el empleador. El plazo de duración del período de prueba es de tres meses, sin embargo la ley ha establecido otros plazos adicionales para determinados supuestos, los mismos que deberán constar por escrito debidamente justificados: 06 meses para trabajadores calificados y de confianza y 01 año para los trabajadores de dirección.

- c. **La causal de despido debe encontrarse contemplada en la ley y estar debidamente justificada**, respetando de esa manera el principio de tipicidad, razonabilidad y proporcionalidad que regulan de manera íntegra el procedimiento de aplicación de medidas disciplinarias.
- d. **Cumplir con el procedimiento de despido correspondiente**, otorgándole así al trabajador las herramientas pertinentes a fin puede ejercer su derecho de defensa frente a las imputaciones realizadas en la carta de pre aviso de despido, para luego emitir la carta de despido final siempre que la justificación contenida en los descargos no sustenten la comisión de la falta materia de despido.

Ahora bien, diversos pronunciamientos del Tribunal Constitucional han establecido que el empleador puede omitir remitir la carta de pre aviso de despido solo en los casos de flagrancia frente a la comisión de faltas laborales, mas no lo libera de seguir con un procedimiento de despido ni mucho menos no respetar los principio bajo los cuales se regula la potestad sancionadora del empleador, es por ello que no se recomienda pues su probanza es sumamente complicada, y en reiteradas jurisprudencias han declarado ilegal un despido sin remitir carta de pre aviso de despido alegando falta grave flagrante.

A. Causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador²⁶:

- **Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas del trabajador cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, le impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros** (texto según la Ley N° 29973, Ley General de la Persona con Discapacidad vigente desde el 25.12.2012).

²⁶ Fernando Rodríguez García y Gustavo Quispe Chávez, Extinción del Contrato de Trabajo: causales, requisitos y consecuencias, Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A., Perú, 2009, p. 70-73

Se trata de una disminución de la facultad física, intelectual o mental del trabajador que podría equivaler a los casos de Invalidez parcial permanente, el mismo que no puede ser inferior al 50% conforme lo establece el artículo 18.2.4 del Decreto Supremo N° 003-98-SA que aprueba las Normas del Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo, cuya disposición viene siendo aplicada por el Tribunal Constitucional.

Asimismo, las deficiencias deberán ser certificadas por Essalud, Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú (hoy llamada COMEI), a solicitud del empleador. Es un requisito imprescindible para despedir al trabajador que previamente el empleador tenga en su poder el certificado expedido por alguna de las mencionadas autoridades. La negativa del trabajador a someterse a las pruebas para determinar su aptitud equivale a la aceptación del trabajador de la existencia de la causa justa. Finalmente, se excluyen de esta causal los supuestos de invalidez parcial temporal e invalidez absoluta temporal que sólo implican la suspensión del contrato de trabajo. Asimismo, se excluye la invalidez absoluta permanente que constituye una forma de extinción del contrato de trabajo diferente al despido.

- **El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares.**

Este es el caso en el que la productividad permanente del trabajador está por debajo del promedio de los demás trabajadores, es decir, el trabajador que quiere rendir más pero no puede. Para la configuración de esta causal se requiere, asimismo, que el empleador haya establecido previamente un rendimiento promedio que en condiciones normales pueda ser cumplido por el trabajador. A efectos de la verificación del rendimiento deficiente, el empleador puede solicitar la intervención de los inspectores del Ministerio de Trabajo.

Por último, a fin de despedir al trabajador por incapacidad, se le deberá conceder el plazo de 30 días para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia, vencido el cual y sin que se haya superado la deficiencia, recién podrá cursársele la comunicación escrita del despido (requisito aplicado por el Tribunal Constitucional).

- **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.

Sobre esta causal, cabe indicar que la negación del trabajador de cumplir con las obligaciones básicas de seguridad y salud, no libera al empleador de su responsabilidad de brindar seguridad y prevención en la medida que es titular de este deber, más aún cuando el trabajador sigue laborando en la empresa. El empleador sólo se libera de dicho deber cuando despide al trabajador, para lo cual cuenta entonces con la presente causal de despido.

Por otro lado, se debe tener en cuenta que sólo se puede someter a un trabajador a exámenes médicos cuando concurren simultáneamente dos requisitos: a) exista necesidad justificada; y b) el examen es pactado con anterioridad o ha sido establecido por ley.

Finalmente, debemos destacar lo estipulado por el artículo 15° del Decreto Supremo N° 004-97-SA, Reglamento de la Ley N° 26626, Plan Nacional de Lucha contra el SIDA, que señala lo siguiente:

“Artículo 15°.- La prueba de diagnóstico de VIH no debe ser requerida como condición para iniciar o mantener una relación laboral, educativa o social”.

La importancia del artículo precitado radica en que nos encontramos ante una excepción a la regla según la cual el trabajador debe someterse a todos los exámenes médicos que

el empleador disponga, para continuar con la vigencia de su vínculo laboral.

Así, el Decreto Supremo N° 004-97-SA autoriza al trabajador a no asistir a las pruebas médicas del SIDA que el empleador pudiera organizar en el centro de trabajo, sin que esto constituya una causa justa de despido.

B. Causas Justas de Despido relacionadas con la Conducta del trabajador²⁷

- **La condena penal por delito doloso.**

En este caso la causa de despido se configura por la condena del trabajador en un proceso judicial por la comisión de un delito doloso, aunque no se produzca la privación efectiva de la libertad.

La jurisprudencia señala que en estos casos se requiere que la sentencia haya quedado firme y que ésta sea imputada al trabajador inmediatamente después de conocida la sentencia, de modo que si el empleador, pese haber tomado conocimiento de que su trabajador fue condenado, permanece indiferente, es decir, sin iniciarle el procedimiento de despido, debe entenderse que ha desestimado dicha sanción.

Cabe indicar que no puede despedirse a un trabajador sólo porque exista un proceso penal abierto contra él o porque exista una sentencia que no tenga la calidad de firme.

- **La inhabilitación del trabajador.**

La inhabilitación consiste en la declaración de que alguien no puede ejercer o desempeñar un cargo así como realizar un acto, oficio o profesión.

²⁷ Fernando Rodríguez García y Gustavo Quispe Chávez, Extinción del Contrato de Trabajo: causales, requisitos y consecuencias, Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A, Perú, 2009, p. 74-80

Para el derecho laboral, es aquella impuesta al trabajador por autoridad judicial o administrativa para el ejercicio de la actividad que desempeñe en el centro de trabajo, si lo es por un período de tres meses o más. Si el plazo es menor, sólo origina la suspensión de la relación laboral.

Un supuesto que podría ser- en determinadas circunstancias- motivo de despido es de la suspensión de la licencia de conducir o inhabilitación temporal del conductor para obtener la licencia por más de tres meses.

- **La comisión de falta grave.**

La Ley define la falta grave como la infracción del trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. La gravedad es un requisito imprescindible ya que las faltas menores son sancionables con una amonestación verbal o escrita o suspensión sin goce de haber por uno o más días.

Por tanto, el trabajador incurre en falta grave si su proceder se ubica en cualquiera de los siguientes supuestos detallados en la ley:

Faltas graves:

a) **El incumplimiento de las obligaciones específicas del contrato de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral.**

Para esto el empleador debe acreditar que el trabajador debía cumplir la función u obligación específica, así como probar el incumplimiento, que puede ser por omisión o por acción. En ese sentido, las obligaciones de trabajo cuyo incumplimiento tipifica como falta grave deben ser las que determinan el contenido propio y específico de la labor que ejecuta el trabajador y no de manera genérica como conjunto de obligaciones que impone la relación de trabajo.

Un ejemplo de lo afirmado es el caso analizado en la Casación N° 1210-2005-Lambayeque, en el que un trabajador fue despedido por la falta de acción de control de personal que tenía a su cargo, al existir en el manual de organización y funciones de la institución empleadora una disposición que señalaba claramente que, entre sus funciones específicas, tenía la tarea de controlar al personal a su cargo en el cumplimiento de sus funciones y de las medidas de seguridad tanto para el área comercial como operacional, acciones de control que el trabajador no realizó oportunamente, lo que permitió algunos malos manejos en la recaudación.

b) La reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores.

Para esto el empleador debe acreditar que ha impartido órdenes al trabajador y que éste no las ha cumplido en más de una oportunidad. Como mínimo se debe probar que se han presentado dos actos de desobediencia dentro de un lapso de tiempo razonable para que se configure la reiteración en tanto se exige al empleador requerir previamente por escrito al trabajador por la comisión de falta laboral. Asimismo, se entiende que puede tratarse de desobediencia de órdenes distintas ya que sólo se exige reiterancia más no reincidencia.

La forma más adecuada de demostrar la reiterancia es a través memorándums debidamente suscritos por el trabajador en los que se haya hecho una advertencia o exhortación al trabajador que deje constancia de que se viene cometiendo una infracción, la cual de continuar se convertirá en causal de despido.

c) La reiterada paralización intempestiva de labores.

Se presenta cuando el trabajador, en pleno día de trabajo, paraliza sus labores (sea que quede en el centro de trabajo o se retire). Debe ser verificada fehacientemente con el concurso de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o en su defecto de la Policía o de la Fiscalía si fuere el caso, quienes están obligadas, bajo responsabilidad a prestar el apoyo

necesario para la constatación de estos hechos, debiendo individualizarse en el acta respectiva a los trabajadores que incurran en esta falta.

Esta causal se configura tanto en las paralizaciones individuales como colectivas. En la primera, el trabajador decide por sí solo incumplir su servicio unilateralmente, sin previo conocimiento. La segunda se produce por la paralización de varios trabajadores.

Además de la paralización intempestiva es necesario que exista la reiterancia, por lo que el empleador deberá haber requerido previamente por escrito al trabajador por la comisión de la falta laboral, para lo que deberá contar con el acta del Ministerio de Trabajo, Policial o Fiscal que acredite la primera paralización.

Cabe indicar que tras la primera paralización, el empleador puede sancionar al trabajador o trabajadores con la suspensión sin goce de haber y sólo con la segunda paralización intempestiva se puede despedir.

d) La inobservancia grave del Reglamento Interno de Trabajo aprobado o expedido, según corresponda, por la autoridad competente.

No es obligatoria la existencia de reglamento interno en una empresa salvo para las empresas que cuenten con más de 100 trabajadores. En ese sentido, si una empresa que no está obligada a tener un reglamento adopta uno, su cumplimiento se torna obligatorio siempre que se encuentre dentro de los parámetros de respeto de los derechos fundamentales y la ley. Cabe precisar que el reglamento sólo adquiere naturaleza normativa una vez que ha sido aprobado por la Autoridad Administrativa de Trabajo.

La inobservancia del reglamento interno de trabajo tipificará como falta grave sólo cuando tal incumplimiento revista gravedad, lo cual deberá ser evaluado en el caso concreto,

respetando los principios de proporcionalidad y razonabilidad.

e) **La inobservancia grave del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial (entiéndase Reglamento Interno de Seguridad y Salud en el Trabajo)**

Una empresa se encuentra obligada a tenerlo cuando tiene 20 o más trabajadores. Si bien en la norma no se establece que es obligatorio su registro, en el Ministerio de Trabajo existe un procedimiento para ello, por lo que se recomienda su registro.

Al igual que la causal anterior, la inobservancia del Reglamento de Seguridad y Salud (RISST) en el trabajo tipificará como falta grave sólo cuando tal incumplimiento revista gravedad, lo cual deberá ser evaluado en el caso concreto. Conforme lo comentamos en la causal de negativa injustificada de someterse a exámenes médicos, consideramos que el empleador sólo se liberará del deber de brindar seguridad y prevención si despide al trabajador que pone en peligro, por su imprudencia, la seguridad del establecimiento o de las personas que se encuentren en éste.

f) **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.**

La disminución del rendimiento se podrá determinar comparando el rendimiento actual del trabajador con el anterior y de dicha comparación debe deducirse que se ha producido una disminución en el rendimiento del trabajador, el mismo que debe ser de gravedad.

Para que la disminución en el rendimiento tipifique como falta se exige otro requisito: que la conducta sea deliberada, consciente y libremente decidida por el trabajador. Asimismo, se requiere que la disminución del rendimiento sea continua. No basta un menor rendimiento estacional o por

breve periodo, debe tratarse de la expresión duradera de una conducta motivada de mala intención.

Por último, puede solicitarse el servicio inspectivo del Ministerio de Trabajo para que verifique la falta en mención.

g) 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.

- **La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia**

Esta falta describe dos supuestos: a) Que el bien del empleador pase al patrimonio de un tercero por acción del trabajador o al patrimonio de éste, es decir, que no será válido el despido sustentado en la comisión de falta grave de apropiación de bienes del empleador cuando éste no logre acreditar el hecho de la apropiación ni tampoco la propiedad y preexistencia del material supuestamente sustraído; y b) que el hecho beneficie al trabajador o a un tercero.

- **La retención o utilización indebidas de bienes o servicios del empleador o bajo custodia en beneficio propio o de terceros con prescindencia de su valor**

El trabajador a quien el empleador le confía la administración de los bienes y/o conclusión de servicios, sean propios o de terceros, no puede ni debe utilizar o disponer de estos en provecho personal o de terceros, ni siquiera para un fin distinto al encomendado.

h) El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador. La información previamente ha debido ser calificada como reservada.

El elemento material de esta falta es la violación del secreto, lo que puede abarcar muchos supuestos: patentes de invención, métodos de organización técnica o procedimientos de fabricación o simplemente los informes económicos acerca de la marcha de la empresa, sobre los mercados de expansión de ésta, las materias primas utilizadas, etc.

Asimismo, existen dos formas de actuación del trabajador infractor: a) el uso de informaciones reservadas, sin revelación ni divulgación alguna; en este caso el trabajador conserva el secreto pero lo utiliza en provecho personal, traicionando con ello la confianza del empleador que lo hizo participo de él; y b) la entrega de secreto de la empresa a terceros.

i) La sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa

Al igual que la falta anteriormente descrita, se sanciona tanto el apoderamiento de dichos documentos por parte del trabajador como su utilización, siendo un elemento relevante que todo ello se dé sin el consentimiento del empleador.

j) Brindar información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja

El presente supuesto es muy amplio pues regula una serie de faltas que se encuentran incorporadas en ella pero que se centran básicamente en la violación del secreto de información de propiedad de la empresa (propiedad intelectual, el *know how*, entre otros) la cual es proporcionada a terceros, es por ello que el presente supuesto implica las presentes sub tipos²⁸:

²⁸ Fernando Rodríguez García y Gustavo Quispe Chávez, Extinción del Contrato de Trabajo: causales, requisitos y consecuencias, Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A, Perú, 2009, p. 92-94

1. **Sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa.-** Brindar a un tercero documentos que contengan información reservada y privilegiada de la empresa, la cual ha sido tomada sin el consentimiento del empleador.
2. **Entrega de Información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja.-** El presente supuesto se configura cuando el trabajador con un ánimo perverso del perjudicar al empleador suministra al trabajador información falsa.

k) La competencia desleal

Esta falta consiste en que el trabajador compita en el mercado por la misma clientela que su empleador, esto es, que el trabajador efectúa, por cuenta propia o de terceros, la misma clase de actividad que está obligado a desempeñar para su empleador; ya sea dentro de la jornada de trabajo como fuera de ésta.

Así, el simple hecho de que el trabajador de una empresa constituya otra con el mismo objeto social que la primera, al contar con información relevante del giro del negocio, ya estaría produciéndose un potencial perjuicio.

l) La concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo la influencia de drogas o sustancias estupefacientes y aunque no sea reiterada cuando por la naturaleza de la función o del trabajo revista excepcional gravedad.

No se puede despedir al trabajador que llega por primera vez en estado de embriaguez a su centro de labores, pues dicha conducta sólo podría ameritar la sanción más severa por lo que se exige para la configuración de esta falta la reiterancia.

Sin embargo, no se exige la reiterancia cuando, por la naturaleza de la función o del trabajo, el presentarse en este estado reviste excepcional gravedad porque pone en riesgo a su persona, otras personas o bienes.

La autoridad policial prestará su concurso para apoyar con la verificación de que el trabajador se encuentra en dicho estado. La negativa del trabajador a someterse a la prueba correspondiente se considerará como reconocimiento de dicho estado, lo que se hará constar en el atestado policial respectivo.

- m) 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.**

- **Actos de violencia**

Si bien un acto de violencia es de por sí grave, no se puede sancionar con el despido cualquier acto de violencia, sino sólo los que revistan gravedad teniendo en cuenta las circunstancias en los que se presenta. Por ejemplo: el agarrar por las solapas del abrigo y zarandear, el arañazo en el brazo, propinar un empujón no deben ser entendidos como actos de violencia toda vez que no tendrían la suficiente gravedad como para imponer sanción de despido.

Los actos de extrema violencia tales como toma de rehenes o de locales podrán adicionalmente ser denunciados ante la autoridad judicial competente.

- **Grave indisciplina**

Se trata de la conducta atentatoria contra el orden interno de la empresa de tal manera que su comisión altere el modo habitual de trabajo y el funcionamiento regular de la empresa. No requiere el requisito de reiterancia. Es el caso del obrero que haciendo caso omiso a la advertencia de que no se opere un cargador frontal malogrado, causa un accidente (si bien cometió este único acto de desobediencia, por su gravedad es suficiente para que proceda el despido).

- **Injuria**

La injuria es todo acto que, dirigido a una persona, perjudica su reputación o atenta contra su propia estima y que es conocido por terceros. Formalmente, puede consistir en la atribución de unos hechos, en la expresión de palabras soeces, en la ejecución de acciones de menosprecio, en una comparación denigrante, en la burla injustificada.

No toda ofensa verbal o escrita considerada como injuria en el ámbito laboral es pasible de despido, la supuesta falta siempre debe graduarse lo más estrictamente posible, es decir que sea una sanción proporcional al incumplimiento del trabajador.

- **Faltamiento de palabra verbal o escrita**

Se trata de una falta extensiva a la anterior pudiendo dirigirla a los supuestos de calumnia (la atribución falsa a otro de un delito) o la difamación (difundir ante varias personas, reunidas o separadas, una noticia que atribuye a una persona un hecho, una cualidad, una conducta que pueda perjudicar su honor o reputación).

Todos los actos descritos anteriormente pueden suceder en el centro de trabajo o fuera de éste. Los que ocurren en el centro de trabajo, cualquiera sea su motivación u origen constituyen falta grave. Los que ocurran fuera requieren derivarse directamente de la relación laboral, es decir, ser motivados por situaciones que tienen su origen en esta última.

n) **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.**

Se trata básicamente de la destrucción intencional del centro de labores o de lo que en él es necesario para la producción. No importa el valor del bien, pero sí es necesario que los bienes hayan sufrido daños.

o) El abandono de trabajo por MÁS de 3 días de trabajo consecutivos

Cuando el trabajador no se presenta a prestar servicios, tiene 3 días hábiles más el término de la distancia para sustentar a su empleador por escrito la causa de la inasistencia y acreditarla. Es por este motivo que el empleador no puede considerar como injustificada una inasistencia antes de que venza este plazo. Luego de vencido este plazo o de presentado el escrito justificante del trabajador respecto al cuarto día de inasistencia (lo que suceda primero), es que el empleador ya puede sancionar si no había motivo justificante para las ausencias.

Las ausencias injustificadas que hayan sido sancionadas con llamada de atención (amonestación) por medio escrito o con suspensión sin goce de haber, entonces éstas ya no podrán computarse para el abandono de trabajo, porque está prohibido sancionar más de una vez por los mismos hechos.

No se debe confundir este supuesto de abandono con el retiro del trabajador antes de la hora de salida. En este caso, se tratará de una impuntualidad del trabajador, pero no de abandono.

Asimismo, es importante resaltar que el abandono de trabajo también se puede presentar en las actividades de naturaleza discontinua o de temporada, cuando los trabajadores tienen perfecto conocimiento del reinicio de las labores en un momento determinado y no asisten por más de tres días consecutivos al centro de trabajo.

p) Las ausencias injustificadas por más de 5 días en un período de 30 días calendario o más de 15 días en un período de 180 días calendario, hayan sido o no sancionadas disciplinariamente en cada caso.

En este caso, igualmente se debe otorgar al trabajador el plazo indicado en el numeral anterior para que justifique cada inasistencia.

Las ausencias injustificadas por más de 3 días consecutivos, que no hayan sido sancionadas con el despido, podrán ser consideradas por el empleador en el cómputo de las ausencias injustificadas no consecutivas.

- q) **La impuntualidad reiterada, si ha sido acusada por el empleador, siempre que se hayan aplicado sanciones disciplinarias previas de amonestaciones escritas y suspensiones, de lo contrario, no se podrá despedir.**

Nos encontramos ante un supuesto de impuntualidad cuando no se abarca el conjunto de la jornada, lo que se puede producir por llegar tarde al trabajo, marcharse antes de lo debido o ausentarse injustificadamente durante la jornada. En todos estos casos se requiere la reiteración y sanciones previas.

La prueba para este supuesto está constituida por el registro de control de asistencia.

- r) **El hostigamiento sexual cualquiera sea la ubicación de la víctima del hostigamiento en la estructura jerárquica del centro de trabajo.**

Todo empleador debe tener un procedimiento interno para investigar el acoso, el mismo que puede estar contenido en una directiva o en el Reglamento Interno de Trabajo y que debe ser puesta en conocimiento de los trabajadores. Una vez concluido con este procedimiento, es que recién se inicia el procedimiento previo de despido.

El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes iniciar el procedimiento de despido. Para ello, el empleador necesita seguir los siguientes pasos:

- 1.- Debe realizar las investigaciones inmediatamente ha tomado conocimiento de la comisión de una falta.

2. Debe remitir al trabajador una carta de preaviso de despido en la que identifique la causa de despido y relate de manera concreta los hechos que la sustentan, adjuntando los medios probatorios que correspondan²⁹.

Es de tener en cuenta que si el empleador por error involuntario tipifica la conducta del trabajador en un supuesto legal diferente, no es causal de invalidez del procedimiento de despido, siempre que los hechos que den lugar a la atribución de la falta estén debidamente determinado.

Si el empleador desea, puede exonerar al trabajador de asistir al centro de trabajo mientras dure el procedimiento de despido (siempre que no se afecte la posibilidad del trabajador para defenderse). Esta exoneración debe constar en la carta de preaviso, de lo contrario el empleador no podrá evitar el ingreso para que el trabajador preste servicios. Los días que el trabajador no asista porque estaba exonerado se consideran trabajados y, como tal, deben ser pagados.

Además, en la carta de preaviso de despido, el empleador debe otorgarle al trabajador un plazo razonable no menor de 6 días naturales para que pueda defenderse de los cargos formulados por la imputación de una falta grave (el empleador puede aumentar el plazo si lo desea) y no menor de 30 días naturales para que demuestre su capacidad (tratándose de causa justa relacionada con la capacidad) o corrija su deficiencia (tratándose de causa justa relacionada con la conducta concretamente el rendimiento deficiente).

La carta de preaviso puede ser entregada directamente al trabajador en el centro de trabajo o en su domicilio, siempre que sea recibida por él personalmente, debiendo constar siempre la firma y fecha de recepción

²⁹ Manuel Gonzalo de Lama Laura, “Causas de Despido en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Gaceta Jurídica S.A, Lima 2015, p. 9-22

de puño del trabajador, porque es desde el día siguiente de la fecha de recepción que se cuenta el plazo para que el trabajador presente sus descargos. Si el envío se hace sin notario público y el trabajador se niega a recibirla y/o firmar el cargo y poner la fecha, entonces necesariamente debe enviarse vía notarial al domicilio que informó a su empleador, porque cuando un documento es entregado por notario público, entonces éste deja constancia de la entrega en el domicilio y, en este caso, no importa si el trabajador fue el que recibió la carta o fue otra persona, o si no se quiso recibir la carta o si no se encontró a nadie en el domicilio; ya que bastará con la constatación notarial que la carta se dejó en el domicilio del trabajador. En todo caso, siempre se recomienda que sea vía notarial para evitar problemas sobre el receptor y fecha de recepción, puesto que se presentan casos en los que el trabajador desconoce su firma.

- 3.- Vencido el plazo para que el trabajador presente sus descargos por escrito y en el caso que el trabajador haya presentado descargos que no desvirtúen las imputaciones o en el supuesto que no haya presentado descargos por escrito, el empleador debe remitir la carta de despido en la que se indique de modo preciso la causa del mismo y la fecha del cese, siguiendo las mismas indicaciones que para la remisión de la carta de preaviso. El empleador no podrá invocar en la carta de despido causa distinta a la imputada en la carta de preaviso de despido, salvo que haya tomado conocimiento de la comisión de otra falta cuando se encontraba en trámite el procedimiento, en este caso, el empleador debe reiniciar el procedimiento de despido.
4. La relación laboral se extingue en la fecha de recepción de la carta de despido, éste día se considera como fecha de cese (último día trabajado).

Se precisa que el empleador no está obligado a seguir este procedimiento en aquellos casos de falta grave

flagrante en los que no resulte razonable que se le otorgue al trabajador la posibilidad de defenderse, pero para ello se debe remitir inmediatamente la carta de despido y el empleador igualmente debe cumplir en la carta de despido con imputar la falta, detallar los hechos y adjuntar las pruebas de la comisión de la falta grave. Sin embargo, se recomienda que siempre se siga el procedimiento de despido.

Debe tenerse presente que el procedimiento de despido por causa justa se rige por el Principio de Inmediatez. En esa línea, el procedimiento previo de investigación de la falta debe iniciarse apenas se toma conocimiento de ésta y luego de comprobada la comisión de la falta grave se procederá a la comunicación inmediata de la sanción correspondiente, de lo contrario se entenderá que existe una condonación de la falta cometida por el trabajador y, por ende, una decisión tácita del empleador de mantener vigente la relación laboral.

C) Consecuencias jurídicas del despido que no respeta las normas:

La consecuencia jurídica de un despido no basado en causa justa o que no se ha respetado el procedimiento previo o que no se puede acreditar la comisión de la falta imputada, es el pago por parte del empleador de una indemnización al trabajador (equivalente a una remuneración y media por año laborado si se trata de un contrato indeterminado y una remuneración y media por cada mes dejado de laboral en caso de contratos a plazo fijo). La remuneración computable es la misma que las vacaciones, es decir se toma en cuenta la última remuneración percibida.

Sin embargo, tratándose de determinados despidos ilegales (despido nulo, despido fraudulento, despido incausado) un juez puede ordenar la reposición en sus labores, tal como lo ha dispuesto el Tribunal Constitucional en reiteradas jurisprudencias, siendo los casos emblemáticos el caso telefónica del Perú S.A (Exp. N° 1124-2001-AA/TC) y el caso Llanos Huasco (Exp. N° 976-2001-AA/TC).

No obstante, todo dependerá de la decisión del trabajador de optar por la reposición o por la indemnización. Para ejercer cualquiera de las

dos opciones, el trabajador debe demandar judicialmente dentro del plazo de ley.

En tal sentido, he debido de exponer de manera amplia los tipos de despido y las causas de extinción del vínculo laboral, así como las consecuencias jurídicas que acarrea el no cumplimiento de un procedimiento de despido muy estricto basado en principios por operario, que a la luz dan a conocer la existencia de una gran cantidad de barreras que dificultan extinguir el vínculo laboral de un trabajador que resulta ser un mal elemento para la empresa o que por causas objetivas puedan cesar a los trabajadores, quedando claro que existen supuestos especiales que el legislador no ha tomado en cuenta y que conlleva a la empresa a un estado de inactividad con lo cual fomenta la realización de despidos ilegales vulnerando los derechos laborales de los trabajadores.

CAPITULO IV

EL CESE COLECTIVO COMO FORMA DE EXTINCIÓN DE VÍNCULO LABORAL

El cese colectivo por causas objetivas es definido por la jurisprudencia³⁰ como la forma de extinción del vínculo laboral motivado por factores externos, y el cual tiene, entre otros propósitos, dejar sin efectos diversos puestos de trabajo que no resultan necesarios para el empleador.

A diferencia de lo que ocurre con el despido, cuyas causas han de relacionarse con la conducta o la capacidad del trabajador, las causas objetivas de terminación de la relación de trabajo no han de ser imputables ni al trabajador ni mucho menos al empleador³¹. Ejemplos de ello sería un incendio que redujo a cenizas el centro de trabajo, por tanto no ya no existen los puestos de trabajo.

Así, el cese colectivo en esencia tiene la naturaleza jurídica de despido a pesar de que nuestra LPCL tenga una visión restringida del despido y le quite esta categoría con el fin de excluirla del ámbito de protección constitucional; en tal sentido el cese colectivo debe ser catalogado como una clase de despido siempre que es una expresión unilateral de extinguir el vínculo laboral motivado por factores externos y ajenos al empleador, la cual es determinante para producir la decisión final más allá de la intervención de la autoridad administrativa de trabajo.

³⁰ Cas. N° 1058-2001-Junín. Data 40,000. G.J

³¹ Arce Ortiz, Elmer, *Derecho Individual del Trabajo en el Perú, desafío y deficiencias*. Palestra, Segunda Edición Actualizada Lima 2013, p. 557

Ahora bien, una vez que se ha configurado la causa objetiva, automáticamente se entiende suspendido o resuelto el vínculo laboral, dependiendo de cada caso o causal invocada. Es decir, al ser una causa objetiva lo lógico es que se aplique de manera inmediata, pues al ser objetiva la causa no necesita refrendo o confirmación de nadie (autoridad administrativa de trabajo). El puesto de trabajo del trabajador o trabajadores simplemente desaparecieron. A lo mucho lo que cabría es una evaluación ex post de la extinción del vínculo laboral, siendo la autoridad administrativa de trabajo el encargado de realizar dicho análisis de la causal invocada a fin de verificar la legalidad de la misma y evitar fraudes como se ha visto en reiteradas oportunidades, pero lo cierto es que el cese colectivo al tener la naturaleza de despido implicaría una extinción del vínculo laboral sin necesidad del pago de ninguna indemnización o efecto resarcitorio alguno.

Dentro de nuestro sistema normativo laboral, existen supuestos en los cuales procede el cese masivo de trabajadores. Así el artículo 46° de la LPCL señala que son causas objetivas para la terminación del vínculo laboral de manera colectiva³²: a) los motivos económicos, estructurales o análogos; b) El caso fortuito o fuerza mayor; c) Disolución o liquidación de la empresa, y la quiebra; y d) La reestructuración patrimonial.

Causas objetivas para la terminación colectiva de los contratos de trabajo:

4.1. Por motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos

- a. **Los motivos económicos:** Esta causal alude a la situación de falencia o desequilibrio económico o financiero o grave desmedro que coloca a la empresa ante la imposibilidad absoluta de seguir operando en las mismas condiciones que lo venía realizando, esto es, con el mismo número de personal y por consiguiente los costos laborales que ello implica. Cabe precisar que la causa objetiva solo hace referencia a un motivo económico mas no financiero, lo cual a

³² Fernando Rodríguez García y Gustavo Quispe Chávez, Extinción del Contrato de Trabajo: causales, requisitos y consecuencias, Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A., Perú, 2009, p. 166

criterio de Fernando Rodríguez García³³, actualmente el elemento financiero en una empresa es determinante para poder medir la proyección de la misma y por consiguiente rige las decisiones de las empresa. Cabe precisar que a la fecha existe un límite porcentual el cual es el 10% de los trabajadores registrados en planillas, limite que actualmente se encuentra en discusión con la finalidad de modificar la ley y reducir el límite de 10% a 5%, hecho que fortalecería la rigidez laboral la cual no concuerda con nuestro sistema económico de mercado.

- b. **Los motivos tecnológicos:** Se trata de cambios cualitativos de la producción o del trabajo que arroja como consecuencia un exceso laboral o impiden continuar normalmente las labores de manera parcial o total, es decir, tras los avances tecnológicos la mano de obra se vuelve obsoleta y por consiguiente ya no es requerido para un determinado proceso productivo.
- c. **Los motivos estructurales o análogos:** Esta causal hace referencia a las modificaciones de la estructura organizacional de la empresa y a la distribución y clasificación del personal para el funcionamiento eficiente de sus diferentes áreas productivas o administrativas. Esta causal también puede estar relacionada con el cambio de objeto social de la empresa.

4.2. Por el caso fortuito y fuerza mayor: Entiéndase caso fortuito o fuerza mayor, cuando el hecho invocado tiene carácter imprevisible e irresistible y que haga imposible la prosecución de las labores por un determinado tiempo. En estos casos el empleador tendrá un plazo de 90 días máximos de suspender el contrato de trabajo, con la finalidad de salvaguardar el vínculo laboral, en este plazo deberá solicitar a la autoridad administrativa de trabajo la terminación de los contratos individuales de trabajo, pasando posteriormente una inspección a fin de verificar la validez de la caso fortuito o fuerza

³³ Fernando Rodríguez García y Gustavo Quispe Chávez, Extinción del Contrato de Trabajo: causales, requisitos y consecuencias, Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A, Perú, 2009, p. 166

mayor alegado, siguiendo así con el procedimiento establecido en la norma.

4.3. Por la disolución y liquidación de la empresa: Respecto a la disolución y liquidación de la empresa, esta puede producirse por cualquiera de las causas establecidas en el artículo 407 de la Ley General de Sociedades, siendo así que no necesariamente se tratarían de causas económicas la decisión de los accionistas³⁴, pues todas las causas objetivas a las que haga referencia el presente supuesto, implica la extinción del vínculo laboral, pudiendo ser una decisión por parte del empleador (accionistas) o por decisión de un tercero, orden judicial. En tal sentido como señala BLANCAS BUSTAMANTE “el despido ad nutum, pues se reconoce a la empresa el máximo de libertad para despedir a su personal en base a un acuerdo societario, sin que medie causa económica que lo justifique.”³⁵

Como se puede observar del análisis de cada una de las formas de extinción del vínculo laboral, las causas objetivas han resultado a la fecha las más usadas pero menos aprobadas por el Ministerio de Trabajo, pues de mi corta experiencia en la práctica jurídica, puedo argumentar que es sumamente difícil pasar de manera satisfactoria por los filtros impuesto por la autoridad administrativa de trabajo, ello a raíz del criterio proteccionista del mismo, pues muchas empresas a sabiendas que la causal invocada no prosperaría, utilizaría alguna causal de despido que no se aplique al caso en concreto y se configure un despido fraudulento; concluyendo así que las causales de extinción del vínculo laboral y en específico las originadas por causas objetivas carecen de utilidad práctica en determinados supuesto, hecho que observará con mayor claridad en el caso emblemático materia de análisis y que servirá de base para establecer mi postura en el presente estudio.

³⁴ Arce Ortiz, Elmer, *Derecho Individual del Trabajo en el Perú, desafío y deficiencias*. Palestra, Segunda Edición Actualizada Lima 2013, p. 565

³⁵ Carlos Blancas Bustamante, *El despido en el Derecho Laboral Peruano*, segunda edición, ARA Editores SRL, Perú, 2006, p. 484-485.

CAPITULO V: CASOS EMBLEMÁTICOS DE CONCESIÓN

El legislador dicta normas que en muchas oportunidades no se ha tenido en cuenta la realidad peruana, sino basadas en regulaciones extranjeras que pueden adecuarse al caso peruano, pero en el presente caso observaremos como las relaciones laborales nacidas entre trabajadores y empresas del Estado de Derecho privado, carece de una regulación expresa en materia de extinción del vínculo laboral, debe quedar claro que no me estoy refiriendo al régimen laboral del sector público, sea el Decreto Legislativo 276 o el CAS Decreto Legislativo 1057, pues ello lo podríamos encontrar en las entidades estatales o empresas del Estado de titularidad pública, lo cual resulta siendo muy diferente a las empresas que el Estado crea para suplir a las necesidades que en un punto geográfico la iniciativa privada no logra cubrir.

El Estado puede intervenir en el mercado privado y competir en él, siempre y cuando la inversión privada no sea lo suficiente, por lo que el Estado únicamente puede intervenir ante la ausencia de inversión privada en el rubro respectivo, ello en virtud del Principio de Subsidiaridad, y cumpliendo con los parámetros establecidos por la norma constitucional.

En tal sentido, la Empresa Nacional de Puertos-ENAPU, es una empresa del Estado de titularidad privada identificada con RUC N° 20100003199 la cual cuenta con diversos centros laborales o establecimientos anexos ubicados en Paita, Chimbote, Callao, etc..., siendo así que su objeto social es la administración, operación, equipamiento y mantenimiento de terminales y muelles marítimos, fluviales o lacustres tal como lo establece el artículo 2° del Decreto

Legislativo 98, pudiendo así el Estado realizar subsidiariamente actividad empresarial, directa o indirecta, por razón de alto interés público o de manifiesta conveniencia nacional, ello en virtud del artículo 60° de la Constitución.

Como vemos, para que el Estado pueda crear una empresa de titularidad privada y participar en el mercado como lo hace ENAPU, queda claro que previamente la iniciativa debe pasar por un cierto análisis y comparación a nivel micro y macro del mercado junto a la situación de la inversión pública dentro de un cierto punto geográfico o sector económico, a diferencia de las empresas privadas propiamente dichas, que su creación depende netamente de la voluntad de los socios.

5.1. Caso ENAPU

ENAPU desde un inicio fue creada³⁶ como una organización público descentralizado del sector Transportes y Comunicaciones mediante Decreto Ley N° 18027, para posteriormente mediante el Decreto Legislativo 098 transformando y otorgando personería jurídica de Derecho Privado, la cual cuenta con múltiples sucursales o establecimientos a lo largo de los puertos marítimos y fluviales del país, siendo así que el puerto de Paita no era ajeno a su dirección, administración y manteniendo.

Por otro lado, en virtud del principio de Subsidiaridad, la gestión de ENAPU se encontraba condicionada a la existencia de inversión privada en la administración y mantenimiento del puerto de Paita, por lo que con fecha abril 2008 la Autoridad Nacional de Puertos (ANP) junto a PROINVERSIÓN en calidad de ente encargado de captación y promoción de la inversión privada iniciaron el proceso de adjudicación de la concesión del puerto de Paita elaborando las bases del Proyecto Integral para la Concesión del Terminal Portuario de Paita, el cual culminó en marzo 2009 con la elaboración y suscripción del contrato final otorgándole la buena pro al Consorcio Portuario Euroandino, debiendo proceder así con la extinción de centro de labores (sucursal o establecimiento) de ENAPU Paita.

³⁶ CFR <http://www.enapu.com.pe/web/contenido.php?id=1461771932>

No es ocioso precisar que las bases del Proyecto Integral para la Concesión del Terminal Portuario de Paita, contenía una “cláusula de protección laboral” la cual establece que los trabajadores que se encontraban en planilla de ENAPU pasarían de manera voluntaria a la empresa que se le otorgue la buena pro, es por ello que las bases contenía un ANEXO 14 donde se detallaba la relación de los 43 trabajadores que mantenía ENAPU en planillas, motivo por el cual PROINVERSION emitió el Oficio N° 101-2009/JP-PUE-DAT/PROINVERSION a ENAPU a fin le proporcione la lista de trabajadores ingresados a planillas.

Al momento de la suscripción del contrato final de concesión antes mencionado, los 43 trabajadores que en ese entonces conformaban parte de la planilla de ENAPU y que se encontraban regulados por el régimen laboral de la actividad privada a través del Decreto Legislativo 728, debían cesar sus funciones y sería ENAPU el encargado de proceder con la extinción del vínculo laboral de todos sus trabajadores bajo alguna de las formas establecidas en el artículo 16° del Decreto Supremo N° 003-97-TR “TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral”, así como proceder con efectuar las liquidaciones de beneficios sociales correspondientes, siempre que al ejecutarse el contrato de concesión, ENAPU Paita dejaría de existir y por consiguiente las relaciones laborales debían sufrir el mismo efecto, salvo si los trabajadores aceptaban su traslado a otras sucursales de ENAPU o ser trasladados a la planilla de la empresa concesionaria por un plazo mínimo de 24 meses (en virtud de la “cláusula de protección laboral” antes mencionada), hecho que conllevó a la negativa de la gran mayoría de los trabajadores estables que contaban con más de 15 años de servicios ininterrumpidos y que además se encontraban afiliados al Sindicato Único de Trabajadores ENAPU- SUTENAPU-, por lo que procedieron con interponer una acción de amparo contra ENAPU, PROINVERSIÓN y COSMOS S.A.C (como parte integrante del Consorcio de Terminales Portuarios Euroandinos) requiriendo de manera enfática 1.- se deje sin efecto la buena Pro de fecha 31.03.09 otorgada al Consorcio Portuario Euroandino (COSMOS S.A), 2.- Se deje sin efecto el Oficio N° 101-2009/JP-PUE-DAT/PROINVERSION de fecha 03.04.08 emitida por PROINVERSIÓN mediante la cual le informan la necesidad de cesar a los trabajadores de manera inmediata para llevar a cabo la ejecución de la concesión, y 3.- Se reconozca y garantice el Derecho constitucional al trabajo así como una adecuada protección contra el despido arbitrario; del mismo modo y de manera paralela se interpuso solicitaron una

medida cautelar a fin de impedir que el contrato final de concesión surta efectos.

En tal sentido, al interponerse la acción de amparo identificada con el Exp. N° 067-2009-PA llevado a conocimiento del Juzgado Especializado en lo Civil de Paita, los trabajadores afectados requerían la nulidad y por consiguiente la ineficacia del contrato final de concesión suscrito, argumentando una vulneración directa a su derecho constitucional al trabajo, siempre que no existe base legal que sustente una renuncia, un despido o mucho menos un cese colectivo por causal de temas económicos, estructurales y tecnológicos que pueda plantear ENAPU establecido en el artículo 46° de la LPCL, el mismo que no era aplicable por los siguientes argumentos:

- a) **Motivos Económicos.**- ENAPU no se encontraba atravesando una crisis económica que pusiera en peligro la existencia de la empresa, más bien todo lo contrario pues del periodo 2001 al 2008 ENAPU Paita venía presentado los índices más altos de productividad, hecho que se veía reflejado los indicadores de Utilidades.
- b) **Motivos estructurales.**- No existía ningún cambio en la estructura organizativa interna de ENAPU ni mucho menos una reorganización de áreas de la misma empresa.
- c) **Motivos Tecnológicos.**- ENPAU no había establecido mejores tecnologías en la empresa lo que pudiera conllevar la innecesaria existencia de vínculo laboral de cierto número de trabajadores.

Como ya se ha precisado, era imperativo que al 31.03.09 ENAPU concluyera el cese de todos sus trabajadores con la finalidad de hacer efectivo el contrato final de concesión suscrito, ante ello la empresa tenía tres opciones legales:

- 1. Negociar renuncias con cada uno de los trabajadores otorgándoles una suma graciosa o en todo caso una extinción del vínculo laboral por mutuo disenso a través de la entrega de un incentivo, lo que implicaba un gasto innecesario para el Estado Peruano (pues por el tiempo de labores de los trabajadores se les iba a aplicar el límite de 12 remuneraciones establecida en el artículo 38 de la LPCL, y si

se toma en cuenta el proyecto de la Nueva Ley General de Trabajo se aplicaría 14 remuneraciones).

2. Liquidar a sus trabajadores para que sean traspasados a la empresa EUROANDINOS, haciendo efectiva la “cláusula de protección laboral”, claro esta que esta decisión es netamente del trabajador., corriendo el riesgo que estos no la acepten, por los mismos términos de dicha cláusula.
3. No extinguir el vínculo laboral con ENAPU, y trasladar a los trabajadores a otras sucursales donde funciona la empresa, claro está que esto también debería tener la aceptación voluntaria y expresa de cada uno de los trabajadores, opción remota pues muchos de los trabajadores de ENAPU contaban con un fuerte arraigo familiar en la ciudad de Paita.

Lo cierto es que con algunos trabajadores ENAPU logró extinguir el vínculo laboral utilizando alguna de las tres opciones antes mencionadas, pero la mayoría de trabajadores y sobre todo los que se encontraban afiliados al sindicato se negaron rotundamente a extinguir el vínculo laboral o a ser trasladados a otras sucursales (Chimbote, Callao, Ilo, etc...) pues contaban con arraigo familiar en la ciudad de Piura o Paita, es por ello que manifiesto que es lamentable que en el presente caso no existía ni existe actualmente base legal contemplada en el artículo 16° de la LPCL que pueda sustentar el cese de los trabajadores que denegaban el traslado a otras sucursales o el ingreso a la planilla de la empresa concesionaria (tal como se fijó en el contrato final de concesión); como se puede observar ENAPU se encontraba en serios problemas, pues por un lado PROINVERSION requería ejecutar el contrato de concesión y ENAPU tenía la necesidad de un cese rápido y eficiente que no vulnera de manera directa el derecho constitucional al trabajo regulado en los artículos 22° y 27° de la Constitución del Perú), ello sin olvidarse del beneficio al interés general que conllevaría la ejecución pronta y efectiva de la modernización del puerto de Paita.

Frente a las demanda de amparo interpuesta y una posterior medida cautelar, ENAPU con fecha 30.04.09 procedió con contestar la demanda argumentando la inexistencia de una amenaza directa al derecho al trabajo, pues el propio juzgado mediante resolución N° 01 admite a trámite la demanda solo en el extremo de garantizar la debida protección

contra el despido arbitrario más el cuestionamiento de la validez del contrato de concesión suscrito, hecho que denota la legalidad de dicho acto jurídico sin que ello haya producido la vulneración del derecho constitucional al trabajo. Por otro lado ENAPU alega que en todo momento ha optado por el respeto del derecho al trabajo y que los trabajadores mantengan un vínculo laboral que sirva de sustento para sus familias tanto laborando en otra sucursal de ENAPU como el traslado a las planillas de la empresa concesionaria con las mismas condiciones laborales (“cláusula de protección de los derechos laborales de los trabajadores”), opciones que en su oportunidad fueron rechazadas por los trabajadores demandantes, pues hubieron casos de otros trabajadores que optaron por el traslado a otro centro de labores de la misma empresa.

Finalmente el escrito de contestación de demanda concluye argumentando la inexistencia de amenaza del derecho al trabajo de los demandantes, puesto que el presente caso versa netamente sobre la propia potestad de los trabajadores de seguir manteniendo un vínculo laboral vigente tanto en ENAPU como en la empresa concesionaria, además de ello, no ha existido a la fecha de interposición de la demanda una carta o procedimiento de renuncia, despido o mucho menos intento de cese colectivo que haya confirmado la existencia de un real amenaza a los derechos antes descritos, siempre que solo existe un proceso de concesión y una posterior adjudicación de la buena pro que reviste y cumple con los requisitos de legalidad requeridas por la normativa interna vigente al año 2008 y 2009, limitándose ENAPU netamente a cumplir con lo ordenado por PROINVERSIÓN y respetar así los acuerdos establecidos las bases del proceso de concesión y el contrato final de concesión suscrito.

Del mismo modo, en el plazo y forma de ley COSMOS S.A.C contestó la demanda argumentando que efectivamente no existía una amenaza directa a los derechos constitucionales de los trabajadores de ENAPU, puesto que su vínculo laboral se mantendría vigente al ser trasladados a otra sucursal de la misma empresa o en su defecto aceptar la oferta de trabajo por 24 meses (plazo máximo para un contrato a plazo fijo por inicio de actividades) en las planillas de COSMOS S.A, siendo así que la estabilidad laboral de los trabajadores no presentada afectación alguna, pues ella dependía netamente de la voluntad de los propios trabajadores y no de un actuar arbitrario y unilateral por parte de ENAPU.

Finalmente, el juzgado mediante resolución 33 (sentencia) declara INFUNDADA la demanda de amparo incoada por el SUTENAPU contra el contrato final de concesión, alegando que efectivamente en ningún momento ha existido una amenaza a los derechos laborales de los trabajadores, siempre que ENAPU ha otorgado salidas viables y proteccionistas a fin de no extinguir el vínculo laboral con los trabajadores (estabilidad laboral), fundamentos que han sido tomados en cuenta por la Primera Sala Especializada en lo civil de Piura al momento de emitir la Sentencia de Vista (resolución 43), mediante la cual CONFIRMA la sentencia de primera instancia en el extremo de declarar INFUNDADA LA DEMANDA.

En conclusión, el presente proceso tanto el principal como el cautelar, por poco demoran la ejecución del contrato de concesión del puerto de Paita, teniendo como resultado que muchos de los trabajadores optaran por la renuncia con incentivo, otros por el traslado a otras sucursales de ENAPU o el traslado a la empresa concesionaria, ello sin afectar sus derechos laborales y la estabilidad laboral de los mismos, pero si bien es cierto todo terminó como debió de proceder desde un inicio, lo cierto es que la regulación vigente en materia de extinción del vínculo laboral no otorga las facilidades y salidas viables para estos casos en concreto que ayuden a resolver una situación que ha sido decidida por el propio Estado en beneficio de cierto sector de la población; pero quedando pendiente una interrogante que desde mi punto de vista sigue latente ¿Era necesario pasar por todo un proceso de Garantía Constitucional (acción de amparo) para poder resolver este caso?, la respuesta es simple, a la fecha no existe una salida efectiva a nivel normativo o jurisprudencial que resuelva este tipo de situaciones, teniendo en cuenta que en el Perú ENAPU no es la única empresa del Estado de Titularidad Privada; a raíz de ello es que me motivó a realizar el presente estudio tomando en cuenta la normativa laboral vigente y el Proyecto de la Nueva Ley General de Trabajo, a fin de otorgar propuestas de regulaciones y salidas efectivas para determinados casos en concreto, que si piensan que son supuestos aislados, están muy equivocados, pues casos como el planteado suceden siempre por la gran cantidad de empresas del Estado de derecho privado que se encuentran compitiendo en el mercado nacional.

**CAPITULO VI:
LA EXTINCIÓN DE UNA SUCURSAL DE LAS
EMPRESAS DEL ESTADO COMO CAUSA DIRECTA
DE EXTINCIÓN DEL VÍNCULO LABORAL POR
CAUSAS OBJETIVAS**

Teniendo en cuenta el caso de ENAPU expuesto en el capítulo precedente, es que pregunto ¿Existe alguna causa valida y legal de extinción del vínculo laboral de manera colectiva que haya podido utilizar ENAPU?, la respuesta es muy clara, NO, pues de la revisión de la normativa laboral vigente y del Proyecto de la Nueva Ley General de Trabajo se puede verificar que ambas siguen sin regular un supuesto muy común pero poco abordado por el legislador, el cual es el cierre de una sucursal o establecimientos anexos pertenecientes a empresas del Estado de Derecho privado, pues como ya se ha estudiado a lo largo de la presente investigación, la norma actual y el proyecto de ley solo regulan como causales de cese colectivo: 1.- El caso fortuito y la fuerza mayor, 2.- Los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos, 3.- La disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra, y 4.- La restructuración patrimonial sujeta al Decreto Legislativo N° 845.

Ante ello, debo manifestar que, de las causas objetivas de ceses colectivos antes mencionadas y reguladas en la normativa laboral vigente y Proyecto de la nueva ley, solo se acerca al presente caso el punto 3, pero a continuación explicaré porque motivo ENAPU en su oportunidad no pudo aplicar esta causal:

1. La disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra.- Como ya se explicó en un capítulo del presente estudio, la presente causal está orientado a los casos de una extinción de la personería jurídica en su totalidad sea por disolución o liquidación de la misma, es decir la persona jurídica como tal deja de existir, hecho que no sucedió con ENAPU, pues como empresa no iba a desaparecer su personería jurídica, sino simplemente una parte de ella (una de su sucursales o establecimientos anexo), motivo por el cual desde mi punto de vista esta causal no resiste ni sustenta el caso que nos ocupa y esa es la razón por la cual ENAPU en su oportunidad no optó por un cese colectivo, a sabiendas de la ejecución del contrato final de concesión, pues se estaría vulnerando la estabilidad laboral de los trabajadores y por consiguiente sea considerado dicho acto como un despido fraudulento.

Ante ello, muchos se preguntarán, ¿Y el caso fortuito o fuerza mayor no es aplicable al presente caso o similares?, si bien es cierto esta causal si precisa que ante un caso fortuito o fuerza mayor que implique la desaparición total o parcial del centro del trabajo (puede entenderse como una sucursal o establecimiento anexo), lo cierto es que este presupuesto requiere que el hecho sea originado por un caso fortuito o fuerza mayor como su propio nombre lo dice, lo que implica que sea algo imprevisible, irresistible e inevitable, entonces, como se podrá observar en el caso expuesto, ENAPU y las múltiples empresas del estado de Derecho privado desde su creación mediante el principio de subsidiariedad, se sabe perfectamente que se concretaría una concesión, pues así como ocurrió en el puerto de Paita, ENAPU también es consciente que otros puertos sean marítimos o fluviales serán materia de concesión, no configurándose así el presupuesto esencial de IMPREVISIBILIDAD.

En tal sentido, y quedando clara la ineficiente normativa laboral respecto a este punto en cuestión, es que propongo una salida legal y viable, la cual es incorporar a las causas objetivas de extinción del vínculo laboral establecidas en el artículo 46° de la LPCL, una referente a la desvinculación laboral a raíz de la extinción de una sucursal o establecimiento anexo de las empresas del Estado de derecho privado, pues como es de conocimiento general, el invocar una causa objetiva de extinción del vínculo laboral implica un salida legal que no conllevaría a una indemnización por despido arbitrario o la propia reposición del trabajador al centro de labores, hecho que no vulneraría la estabilidad

laboral reconocida en los artículos 22° y 27° de la Constitución; claro está que esta causal se aplicaría como ultima *ratio* al no prosperar el acogimiento por parte de los trabajadores a las “cláusulas de protección laboral” que en todo contrato final de concesión se incorporan, ello con la finalidad de evitar procesos judiciales que puedan entorpecer o dilatar la ejecución de los contratos finales de concesión, teniendo en cuenta que la ejecución de dicho contratos beneficiaría el intereses general de la población donde se encuentre establecida una empresa del Estado de derecho privado.

En tal sentido, la propuesta normativa contará con el siguiente enunciado:

Artículo 46°.- Son causas objetivas para la terminación colectiva de los contratos de trabajo:

- a) El caso fortuito y la fuerza mayor;
- b) Los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos;
- c) La disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra;
- d) La reestructuración patrimonial sujeta al Decreto Legislativo N° 845
- e) La extinción de una sede o establecimiento anexo de una empresa del Estado de derecho privado.

Siendo responsabilidad del Ministerio de Trabajo simplemente verificar o velar por la legalidad de las bases o contratos finales de concesión, documentos que deberán ser solicitados a las instituciones que llevan a cabo dicho proceso de concesión y no a la empresa, pues esta no tiene participación alguna en este tipo de procesos, además el Ministerio de Trabajo podrá realizar con tiempo la revisión de la legalidad del proceso, analizando las bases hasta la adjudicación de la buena pro, ello con la finalidad que su intervención o fiscalización sea *ex ante* y no *ex post* a fin de ejecutar de manera inmediata el contrato final de concesión, concluyendo así con una causal válida y un procedimiento de verificación garantista y eficaz que satisfaga los intereses de ambas partes, sin la afectación de derechos reconocidos a nivel legal ni mucho menos constitucional.

6.1. Implicancias legales de su aplicación- ¿Fraude?

En la legislación laboral vigente no existe una definición expresa de fraude en asuntos laborales, siendo lo más cercano a ello lo establecido en el artículo 77° de la LPCL, el cual señala al fraude como una causal de desnaturalización del vínculo laboral, por tanto siguiendo esa línea y evitar invocar normas ajenas a la regulación laboral, debemos entender al fraude laboral como aquellas artimañas o actos ilícitos que tienen como finalidad simular un acto con apariencia de legalidad pero que en el fondo del mismo radica la mala fe del empleador, con el ánimo de vulnerar los derechos laborales de los trabajadores.

Teniendo en cuenta ello, es que la propuesta otorgada en el presente estudio, solo debe ser aplicado para los casos de las empresas del Estado de derecho privado, pues como ya lo he mencionado en reiteradas oportunidades, el Estado para ingresar al mercado y competir con los privados debe de respetar una serie de procedimiento y el principio de subsidiariedad, pues el incumplimiento o no configuración de este principio, el Estado no podría crear este tipo de empresas ni mucho menos sedes o establecimientos anexos, caso contrario que si ocurre con las empresas privadas que pueden constituir diversas sucursales o establecimientos anexos, sin necesidad de una regulación especial que fiscalice dicha constitución, es por ello que opino que así como las empresas privadas tienen la facilidad de constituir nuevas sucursales, del mismo modo tienen las facilidades para extinguirla por cualquier motivo (decisión de la junta de accionistas o directiva), caso que no ocurre con las empresas del Estado de derecho privado pues como se ha podido observar en el caso de ENAPU, la extinción de su sucursal en el puerto de Paita no se debió a una decisión unilateral de la misma, sino a instituciones ajenas como PROINVERSIÓN y la ANP, las cuales deben de seguir una serie de procedimiento que dotan de seguridad jurídica al momento de extinguir una sucursal o establecimiento anexo, el cual como ya se ha mencionado puede ser perfectamente fiscalizado por el Ministerio de Trabajo y verificar su legalidad.

En ese orden de ideas, queda clara mi postura al señalar que lo propuesto solo es aplicable a las empresas del Estado de derecho privado, no generando con ello una suerte de discriminación con las empresas privadas, pues mi propuesta tiene como sustento una serie de regulación normativa a nivel administrativo que resguarda y asegura los derechos

laborales de los trabajadores. Además, teniendo en cuenta que es el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo la autoridad administrativa competente para verificar la validez de las causas objetivas invocadas, resulta factible y completamente objetivo que dicha entidad pueda revisar los contratos y bases elaboradas por otras entidades gubernamentales que otorgan seguridad jurídica a dichos documentos, pues como ya lo he mencionado, existe una serie de procedimientos y normativa que regula las concesiones en el Perú, teniendo como resultado que el MTPE apruebe dicha causal sin la necesidad de solicitar documento alguno a las empresas del Estado de derecho privado, pues nos es decisión de esta la extinción de la sucursal o establecimiento anexo.

Finalmente, me pueden preguntar ¿No es esto discriminatoria frente a las empresas privadas?, ante ello la respuesta se resume en una frase muy conocida en el derecho “Hay que tratar igual a los iguales y desigual a los desiguales”, mencionado ello advertimos que las empresas del Estado de derecho privado si bien en apariencia o forma jurídica son similares, lo cierto es que en esencia son totalmente diferentes, empezando desde su constitución, por ello es perfectamente válida la distinción, además de tener en cuenta la mayor facilidad de fraude por parte de privados que del Estado.

CONCLUSIONES

A lo largo de la presente investigación me he ocupado de explicar y detallar la situación laboral jurídica tanto a nivel normativo como jurisprudencial por la cual atraviesa el Perú, siendo esto una regulación de rigidez laboral, del mismo modo he procedido con explicar de manera sucinta cada una de las causales válidas de extinción del vínculo laboral establecidas en los artículos 16° y 46 de la LPCL, ello con la finalidad de poder hacerles ver la ineficiencia normativa existente en materia laboral, pues existen supuestos especiales que no son nuevos, todo lo contrario datan de épocas donde se crearon la regulación laboral vigente pero que en ningún momento se ha tomado en cuenta ni siquiera a nivel jurisprudencial.

Es por tal motivo que la propuesta materia de la presente investigación radica en enfocarse en un punto específico que no es un caso aislado pero que si ha sido dejado de lado por la normativa laboral vigente, por ello es que con la finalidad de dar mayor celeridad a la economía del país sin afectar al mismo tiempo los derechos laborales de los trabajadores es que se propone crear una nueva causa valida de despido colectivo, pues la actuales no son eficaces, sobre todo refiriéndome exactamente a la causa de extinción del vínculo laboral por causas objetivas que muy rara vez por no decir en ningún caso han procedido o han sido admitidas por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, por el criterio paternalista de esta y por los reiterados intentos fraudulentos de los privados al momento de invocarlas.

Como ya se ha mencionado, esta causal propuesta no deja cabos sueltos ni vacíos legales que puedan ser usados por los empleadores para vulnerar los derechos laborales de los trabajadores, pues de manera enfática preciso que la presente propuesta solo debe ser aplicable para los casos de extinción de una sucursal o un establecimiento anexo de empresas del Estado de derecho privado, hecho que no genera ningún tipo de discriminación ni afectación al principio de igualdad.

BIBLIOGRAFÍA

Álvaro García Manrique, Manuel De Lama Laura, Gianfranco Bringas Diaz y Luis Enrique Quiroz Eslado; Manual sobre faltas disciplinarias laborales: faltas graves que justifican el despido y otras sanciones menores, Gaceta Jurídica S.A., Primera Edición, Lima 2013.

Arce Ortiz, Elmer, *Derecho Individual del Trabajo en el Perú, desafío y deficiencias*. Palestra, Segunda Edición Actualizada Lima 2013.

Carlos Blancas Bustamante, El despido en el Derecho Laboral Peruano, segunda edición, ARA Editores SRL, Perú, 2006.

Carrillo Calle Martín. La Flexibilización del contenido laboral de la Constitución. En Balance de la Reforma Laboral Peruana. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2001.

Carta de la Organización de Estados Americanos de 1948

Cas. Laboral N° 1533-2012-Callao.

Constitución Política del Perú de 1993

De Ferrari, Francisco, Derecho del Trabajo, vol. II.

Decreto Supremo 003-97-TR “TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

E. García de Enterría y T.R. Fernández, Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid, 1984.

Fernando Rodríguez García y Gustavo Quispe Chávez, Extinción del Contrato de Trabajo: causales, requisitos y consecuencias, Primera Edición, Gaceta Jurídica S.A, Perú, 2009.

Fiorella Tovalino Castro, El Despido: Análisis con base en criterios jurisprudenciales, primera Edición, Gaceta Jurídica S.A, 2014.

<http://www.enapu.com.pe/web/contenido.php?id=1461771932>

Luis Álvaro Gonzales, “Procedimiento Disciplinario Laboral”, Gaceta Jurídica S.A, Primer Edición Junio 2016, LIMA 2016.

Manuel Gonzalo de Lama Laura, “Causas de Despido en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Gaceta Jurídica S.A, Lima 2015.

Quispe Chávez, Gustavo y Mesinas Montero, Federico, “*El despido en la jurisprudencia judicial y constitucional*”, Dialogo con la Jurisprudencia, Gaceta Jurídica, Primera Edición, Lima 2009.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONTITUCIONAL PERUANO,
CONTENIDO EN EL Exp. N° 1112-98-AA/TC, DE FECHA
21.01.1999

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONTITUCIONAL PERUANO,
CONTENIDO EN EL EXPEDIENTE EXP. N.° 1124-2001-
AA/TC, DE FECHA 11.07.2002.

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONTITUCIONAL PERUANO,
CONTENIDO EN EL Exp. N° 976-2001-AA/TC, DE FECHA
13.03.2003