

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



El debido proceso en el procedimiento de despido. Un
análisis normativo y jurisprudencial

Tesis para obtener el grado académico de Magíster en Derecho con
mención en Derecho de la Empresa que presenta:

John Freddy Gonzalez Flores

Asesor:

Jorge Luis Toyama Miyagusuku

Lima, 2020



*A mis padres,
a mi esposa,
a mis hermanos y
a mi pequeño Vicente*

RESUMEN

Antes de proceder con el despido, el empleador debe iniciar un procedimiento con la finalidad de otorgar al trabajador la oportunidad de ejercer su defensa contra la imputación de cargos. Dicha acción formalmente constituye una acusación; sin embargo, tal como se encuentra regulado el procedimiento previo, no otorga garantía suficiente cuando el empleador no cumple con precisar los cargos ni tipificar debidamente el hecho, o no ofrece pruebas respetando las formalidades. Ante ello, consideramos necesario analizar si es posible aplicar y exigir el debido proceso, que, como sabemos, es un derecho fundamental orientado a proteger la dignidad de toda persona sometida a proceso. Siendo nuestro objeto de estudio el procedimiento previo al despido, hemos recurrido al método análisis – síntesis, mediante este, en primer lugar, hemos observado por separado los aspectos, requisitos, etapas y sujetos que intervienen. Luego, hemos integrado dichos elementos para tener un nuevo y amplio conocimiento. De ello, podemos decir que se trata de un procedimiento donde intervienen solo particulares, no participa la autoridad pública y el empleador ejerce doble función: acusa y decide. Sobre esto, hemos determinado las características, facultades, derechos y deberes de cada sujeto. A partir de nuestra investigación, concluimos que el debido proceso resulta aplicable y exigible por tres razones: por el efecto horizontal de los derechos fundamentales, para evitar abusos por la doble función del empleador y para generar equilibrio entre las partes, desigualdad que no solo deriva de la propia relación laboral sino del mismo procedimiento, por ser impropio. Consideramos que el debido proceso correctamente aplicado puede generar un despido justificado. Con ello, se puede aligerar la carga procesal a nivel judicial por impugnación de despidos.

ÍNDICE

Resumen	1
Índice	2
Introducción	5
CAPÍTULO I: EL DEBIDO PROCESO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO	11
1.1 Aspectos generales del debido proceso	11
1.2 El debido proceso aplicable en la relación <i>inter privados</i>	16
1.3 Contenido del debido proceso: ¿derecho fundamental o derecho de la función jurisdiccional?	19
1.3.1 Evolución del debido proceso	20
1.3.2 El debido proceso es un derecho fundamental.....	23
1.4 Derechos que comprende el debido proceso.....	24
1.5 El debido proceso considerado un derecho inespecífico	30
1.5.1 Concepto de derecho inespecífico	32
1.5.2 Naturaleza jurídica de los derechos inespecíficos	33
1.5.3 Condición de ciudadano – trabajador	34
1.6 Los procesos y procedimientos regulados en nuestro ordenamiento jurídico	35
1.7 Traslado del debido proceso al procedimiento previo al despido.....	36
1.7.1 Observancia del debido proceso sustantivo y del debido proceso formal	38
1.8 El procedimiento previo al despido	39
1.8.1 Antecedentes.....	39
1.8.2 Características del procedimiento previo al despido.....	42
CAPÍTULO II: EL DEBIDO PROCESO: GARANTÍA DEL TRABAJADOR EN EL PROCEDIMIENTO PREVIO AL DESPIDO	45

2.1	Derecho de defensa: el descargo es una manifestación del debido proceso	45
2.1.1	La flagrancia como excepción del derecho de defensa	47
2.2	Derechos del trabajador en el procedimiento previo	48
2.2.1	Presunción de inocencia	48
2.2.2	Imputación de cargos por escrito	51
2.2.3	Descripción precisa y minuciosa de los hechos (tipificación de la falta)	53
2.2.4	Acceso a los medios probatorios	60
2.2.5	Principio <i>ne bis in idem</i>	64
2.2.6	¿Se puede iniciar el procedimiento previo durante la suspensión perfecta o imperfecta de la relación laboral?	70
2.2.7	Plazo para el descargo	71
2.2.8	Las deficiencias en las citas legales invocadas en la carta de descargo, ¿la invalidan?	78
2.2.9	Contar con una asesoría	79
2.2.10	Solicitar audiencia al empleador	82
2.2.11	El trabajador que incurre en un delito doloso: ¿tiene derecho a la apertura del procedimiento previo al despido?	83
2.2.12	Derecho a una sanción razonable y proporcional	87
2.3	Deberes del trabajador en el procedimiento previo	91
2.3.1	Actuar con buena fe	91
2.3.2	Ejercer su descargo de manera diligente en el plazo otorgado	93
2.3.3	Formalidad del descargo	94
2.3.4	Ofrecer los medios probatorios con su descargo	95
CAPÍTULO III: EL DEBIDO PROCESO: GARANTÍA DEL EMPLEADOR EN EL PROCEDIMIENTO PREVIO AL DESPIDO.....		98

3.1	Marco general: el debido proceso como derecho fundamental del empleador.....	98
3.1.1	Titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas	99

3.1.2 El empleador, como parte del procedimiento previo al despido, tiene derecho al debido proceso	103
3.2 Facultades del empleador en el procedimiento previo al despido	103
3.2.1 Facultad de sancionar.....	104
3.2.2 Facultad discrecional: iniciar o no el procedimiento previo.....	105
3.2.3 Facultad de instaurar procedimientos especiales de despido.....	106
3.2.4 Libertad de empresa	110
3.2.5 Exoneración de asistencia durante el trámite del procedimiento	113
3.2.6 Reiniciar el trámite del procedimiento previo por la comisión de otra falta grave.....	116
3.2.7 Exoneración del procedimiento previo: flagrancia.....	117
3.3 Deberes del empleador en el procedimiento previo al despido	121
3.3.1 Respetar el derecho de defensa del trabajador.....	121
3.3.2 Entrega de la carta de imputación de cargos	123
3.3.3 Comprobación objetiva de la falta grave.....	124
3.3.4 Observancia del principio de inmediatez	130
3.3.5 Fin del procedimiento previo.....	134
Conclusiones	136
Referencias.....	139
Abreviaturas	145

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de investigación tiene como origen un caso que conocimos durante nuestro desempeño profesional. Un trabajador fue despedido pero el empleador no cumplió con imputar los hechos de manera clara y precisa, sino que hizo una descripción genérica de estos y ofreció como prueba un documento en idioma inglés sin la respectiva traducción. Tampoco cumplió con el principio de tipicidad, no estableció la relación de causalidad entre los presuntos hechos y el tipo descrito en la ley como falta grave.

Las deficiencias descritas fueron el sustento necesario para motivarnos a realizar un análisis sobre el procedimiento previo regulado en el artículo 31 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en adelante LPCL, exigencia que debe cumplir el empleador antes de extinguir la relación laboral mediante el despido. Mientras profundizábamos en el tema, buscando conceptos, normas aplicables, opinión de los especialistas y criterios judiciales, nos hacíamos las siguientes preguntas: ¿Cuál es la finalidad del procedimiento previo al despido? ¿Es un simple formalismo que debe cumplir el empleador para dar apariencia de legalidad al despido o se justifica su apertura? ¿Es aplicable el debido proceso en el procedimiento previo al despido? Si lo fuese, ¿cuáles son los derechos y deberes tanto del trabajador como del empleador durante el trámite? ¿En el ofrecimiento de pruebas se debe observar formalidades?

Durante nuestra investigación, encontramos una regulación insuficiente, escasa literatura jurídica sobre el tema y una jurisprudencia no sistematizada. De hecho, no encontramos un libro que aborde exclusivamente al debido proceso dentro del proceso de despido. Ni la LPCL ni su reglamento regulan con precisión el trámite del referido procedimiento. Por ejemplo, no determinan cómo debe ser el contenido de la carta de imputación de cargos, no establecen como deber del empleador ofrecer las pruebas conjuntamente con dicha carta ni las formalidades que debe observar en su ofrecimiento.

Es oportuno indicar que el 04 de noviembre de 2019, mediante Resolución Ministerial N° 263-2019-TR, se publicó el proyecto del nuevo reglamento de la LPCL, entre las novedades encontramos que la falta de tipicidad en la carta de imputación provocará la invalidez del despido,

con lo que estamos de acuerdo; no obstante, a la fecha de culminación del presente trabajo no se ha promulgado.

En cuanto a la jurisprudencia, debemos resaltar que el Tribunal Constitucional ha venido fijando criterios jurisprudenciales para un mejor entendimiento y aplicación de los derechos fundamentales. Uno de estos criterios es la vigencia del principio de irradiación de los derechos fundamentales, que establece la aplicación de tales derechos, entre ellos el debido proceso, no solo en los procesos judiciales, sino también en los procedimientos administrativos y en aquellos que se desarrollan en el ámbito privado. Por esto, la aplicación del debido proceso resulta exigible en cualquier proceso o procedimiento como garantía de la persona sometida a proceso; sin embargo, no se dio de manera inmediata y nos atrevemos a decir que todavía se encuentra en progreso.

Es de resaltar que a gracias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y a la vigencia de la Nueva Ley Procesal de Trabajo, el Poder Judicial también viene fijando criterios jurisprudenciales que sirven de guía para una mejor interpretación y aplicación de las normas laborales, y en favor de la predictibilidad.

Durante nuestra investigación hemos revisado diversas resoluciones emitidas por las autoridades judiciales y constitucionales. Esto nos ha permitido reforzar nuestra hipótesis de trabajo. En la práctica, durante el desarrollo del procedimiento previo al despido, no se observa ni aplica el debido proceso; en muchos casos, es solo un formalismo que se cumple. Inclusive, hemos podido advertir que muchos empleadores desconocen el contenido del debido proceso y que se trata de un derecho fundamental.

De manera breve, vamos a describir los hechos ocurridos alrededor del mencionado caso que dio origen a la presente investigación. Un empleador tomó la decisión de despedir a un trabajador. Para ello, le remitió la carta de imputación de cargos sin precisar los hechos y, como supuesto medio probatorio, adjuntó la impresión de una presentación en Power Point (PPT) en idioma inglés.

Al revisar la carta, nos dimos cuenta que el empleador pretendió imputar hechos, entre otros, referidos a la falta grave descrita en el literal a) del artículo 25 de la LPCL: “incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral”. Sin embargo, no cumplió con precisar los hechos. Para describir lo ocurrido usó las siguientes frases: “(...) *ciertas irregularidades que venían ocurriendo en el área de ventas*”, “(...) *algunos clientes habrían adquirido ciertos productos*”, “(...) *no fueron entregados a los supuestos compradores*”¹.

Para nosotros, dicha imputación tenía una descripción genérica y ambigua. No se precisó las presuntas irregularidades, tampoco los nombres de los clientes o compradores que habrían adquirido los productos, ni de qué productos se trataba. Además, se indicó que el documento adjunto en idioma inglés era un informe derivado de un procedimiento de auditoría interna; no obstante, no se consignó el nombre ni la firma del autor y tampoco se adjuntó la traducción oficial.

Ante ello, nos preguntamos: ¿Cómo puede defenderse un trabajador ante imputaciones por hechos genéricos, imprecisos y un medio probatorio que no resulta idóneo y que no cumple con la formalidad? Estas interrogantes fueron la base para luego ampliar nuestro cuestionamiento con las preguntas expuestas líneas arriba.

Al momento de formular los descargos, el trabajador objetó dichas imprecisiones y la ausencia de formalidad en el medio probatorio; sin embargo, el empleador dejó de lado esos argumentos y procedió con el despido.

Esto nos llevó a concluir que en la práctica el procedimiento previo no es garantía suficiente para el trabajador, pues no se cumple con su finalidad: otorgar al trabajador la oportunidad para que ejerza su derecho de defensa.

Algunos podrían decir que el trabajador tiene la vía judicial para impugnar el despido. Efectivamente, tiene esa última posibilidad. Sin embargo, lo hará ya en calidad de trabajador

¹ Cita textual de la carta de imputación de cargos contenida en el Expediente N° 535-2014 que se tramitó ante el Tercer Juzgado de Trabajo Permanente de Lima.

despedido, afectado por un despido y disminuido económicamente, sufrimiento que también será compartido con la familia, quizás, por un despido injusto y sin saber el real motivo de la sanción.

El presente trabajo de investigación tiene como objetivo encontrar las respuestas a las preguntas planteadas. Para ello, hemos desarrollado tres capítulos.

En el primer capítulo, analizaremos el derecho al debido proceso como un derecho fundamental, su irradiación en la relación *interprivatos* y los derechos o elementos que comprende esta garantía constitucional. La doctrina laboral lo considera un derecho inespecífico. Analizaremos este concepto, su naturaleza jurídica y las razones para que sea considerado en tal sentido. También, veremos que este procedimiento previo es inusual en nuestro ordenamiento jurídico, pues solo intervienen particulares: empleador y trabajador, donde al primero le corresponde la doble función de acusar y decidir. Asimismo, desarrollaremos la aplicación del debido proceso en el procedimiento previo al despido, conoceremos sus antecedentes y fijaremos sus características.

En el segundo capítulo analizaremos que el debido proceso resulta ser una garantía del trabajador en el procedimiento previo al despido. De este modo, conoceremos qué derechos puede reclamar durante el trámite de dicho procedimiento. Así, veremos que goza de la presunción de inocencia. La acusación debe ser por escrito respetando el principio de tipicidad, sustentada en pruebas, se debe otorgar un plazo para formular los descargos y, si procede la sanción, se debe observar los principios de razonabilidad y proporcionalidad, entre otros derechos. Por otro lado, así como el trabajador tiene derechos, también tiene que observar y cumplir sus deberes, tales como actuar bajo el principio de la buena fe, evitar conductas obstruccionistas o dilatorias, realizar sus descargos por escrito y dentro del plazo otorgado, y ofrecer pruebas a fin de contradecir las del empleador.

En el tercer capítulo, consideramos que, siendo el empleador un sujeto de derecho, es necesario demostrar que el debido proceso también le asiste como garantía de respeto a sus derechos. Analizaremos si los empleadores, bajo la forma de personas jurídicas, pueden ser titulares de derechos fundamentales. Conoceremos las facultades que le asisten a los empleadores

durante el procedimiento previo al despido, como las de sancionar; exonerar de la asistencia al trabajador; en caso de flagrancia, exonerar el procedimiento previo; la facultad discrecional para sancionar; instaurar procedimientos especiales pero que otorguen mayores derechos al trabajador; entre otras. Además, veremos los deberes que debe cumplir el empleador, como el respeto al derecho de defensa del trabajador, comprobar de manera objetiva la causa justa del despido y observar el principio de inmediatez.

Al final compartiremos las conclusiones a las que arribamos luego de la investigación realizada.

Para desarrollar nuestra investigación usamos el método análisis – síntesis, el que nos ha permitido estudiar en forma individual a los sujetos que intervienen y las etapas del procedimiento previo al despido. Hemos descompuesto sus elementos a fin de estudiar por separado el rol que le asigna la ley al empleador y al trabajador para conocer las facultades, derechos y deberes de cada uno. Hemos podido conocer que, antes de enviar la carta de imputación de cargos, el empleador debe investigar y acopiar las pruebas; no puede hacerlo durante su desarrollo. También conocimos que este procedimiento tiene características propias, no hay otro similar en nuestro ordenamiento jurídico, solo intervienen particulares, no participa la autoridad de trabajo y el empleador asume doble función: acusa y decide.

Luego de haber descompuesto y estudiado los elementos del mencionado procedimiento, usando el método de síntesis, los hemos integrado para tener una nueva y mejor noción del objeto de nuestro estudio, lo que nos ha permitido determinar que el debido proceso sí resulta aplicable y exigible para hacer posible un equilibrio entre empleador y trabajador dada la desigualdad que genera la propia relación laboral y las características del procedimiento.

Esperamos que nuestro trabajo constituya un pequeño aporte para un mejor conocimiento del procedimiento previo al despido. Además, deseamos que sea útil para que tanto empleador como trabajador conozcan y comprendan que el debido proceso es un derecho fundamental que debe ser observado y aplicado durante su trámite.

La presente investigación no hubiera sido posible sin el valioso apoyo y la contribución del profesor Jorge Toyama Miyagusuku, a quien agradezco por el tiempo dedicado a la revisión de los avances del trabajo y por sus apreciados comentarios y sugerencias. Muy agradecido.

Lima, noviembre 2020



CAPÍTULO I:

EL DEBIDO PROCESO EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

1.1 Aspectos generales del debido proceso

El debido proceso es un derecho fundamental que ha adquirido mayor notoriedad en los últimos años. Por ello, a fin de entenderlo, es necesario conocer su concepto, contenido y aplicación. Antes, el debido proceso solo era observado y aplicado en los procesos judiciales. Estaba limitado al ámbito jurisdiccional, era impensable trasladarlo a otro escenario. Actualmente, el debido proceso también se aplica en los procedimientos administrativos y, sobre todo, en aquellos procedimientos que se desarrollan en la esfera privada. Según Pablo Marshall, “el efecto que genera los derechos fundamentales en las relaciones jurídicas entre los particulares es horizontal, y en las relaciones jurídicas entre el Estado y los particulares es vertical” (2010).

El debido proceso obtiene importancia, porque constituye una vía para solucionar los conflictos que se generen entre el Estado y los particulares o entre particulares. Además, hace posible un equilibrio entre las partes que intervienen en un proceso. No se puede hablar de una solución sin haber observado tal derecho fundamental durante el desarrollo del proceso.

La Constitución reconoce el derecho al debido proceso en forma expresa en el numeral 3 del artículo 139, que regula los Principios y Derechos de la Función Jurisdiccional, norma que se ubica en el Capítulo VIII referido al Poder Judicial, que a su vez se encuentra dentro del Título IV denominado De la Estructura del Estado. La Constitución anterior no lo reguló en forma expresa, pero el artículo 233 mencionaba diversas manifestaciones del debido proceso como la independencia de la administración de justicia, motivación escrita de las resoluciones, instancia plural, etc.

Dentro de los derechos fundamentales, la doctrina considera el derecho al debido proceso como el de mayor trascendencia, ya que, a través de él, se canaliza el ejercicio de los otros derechos. Además, “constituye una contención al abuso de poder” (Espinosa-Saldaña, 2004, p.58). Sobre lo último, Abraham García presenta una similar opinión al señalar que “el derecho a un

debido proceso extiende su aplicación a todo escenario en el que se ejerza autoridad o poder” (2009, p.779).

Ambos autores nos explican que el debido proceso resulta aplicable frente al ejercicio del poder, que en algunas circunstancias conduce al abuso. A fin de evitar ello, toda persona debe contar con un proceso donde pueda ejercer su defensa, formulando sus descargos y ofreciendo las pruebas que considere necesarias.

El escenario principal previsto por nuestra Constitución para el ejercicio del derecho de defensa en debida forma es el Poder Judicial, órgano encargado de administrar justicia. En las sociedades modernas, se encarga a dicho poder la solución de los conflictos, el que deberá otorgar garantías suficientes de que su actuación será regular e imparcial. A fin de aceptar su decisión, la misma deberá ser razonable. Estas garantías son las manifestaciones del debido proceso. Veamos algunas: independencia de la autoridad judicial, donde nada ni nadie debe ejercer influencia sobre la decisión de los jueces. Precisamente, en su independencia e imparcialidad radica la confianza que todo ciudadano debe tener a este órgano. Sin embargo, no solo debe ser imparcial, sino que la decisión que adopte el Poder Judicial deberá tener las suficientes razones jurídicas y fácticas para convencer a las partes sometidas a su autoridad de que lo resuelto ha sido razonable. Esto se conoce como la debida motivación de las resoluciones judiciales.

Pero si una de las partes no estuviera convencida o satisfecha con lo resuelto, el debido proceso otorga la posibilidad de recurrir a un órgano superior, lo que se conoce como doble instancia. Esto permite impugnar o cuestionar una decisión no favorable para que sea revisada. Con la sentencia de segunda instancia, el conflicto quedará resuelto y se obtendrá paz social² siempre y cuando se haya respetado el debido proceso.

El profesor Reynaldo Bustamante señala que:

² La paz social en justicia es una finalidad abstracta del proceso, de acuerdo al artículo III del Título Preliminar del Código Procesal Civil.

(...) el proceso justo o debido proceso, es un derecho fundamental de carácter instrumental que se encuentra conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento, o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho (incluyendo el Estado) que pretenda hacer uso abusivo de éstos (2001, p.251).

Solo es posible la aplicación del derecho al debido proceso, valga la redundancia, dentro de un proceso para la protección de la libertad y los demás derechos, si no, como lo dice líneas arriba Reynaldo Bustamante, no tendría sentido frente al abuso de poder.

Por otro lado, es preciso mencionar que el debido proceso como derecho fundamental se encuentra regulado en nuestra Constitución, pero hay otros derechos que no lo están, los que no pueden ser desconocidos, así lo declara el artículo 3 de nuestra Constitución, que regula los derechos fundamentales no enumerados o no escritos:

Artículo 3º.- La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre, o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno.

De acuerdo a la citada norma, nuestra Constitución no solo reconoce como derechos fundamentales los que se mencionan en el Capítulo I del Título I, sino también otros que se describen en los demás Capítulos y Títulos de la misma carta magna y los que no se encuentran regulados en forma expresa, siempre que se funden en la dignidad humana.

Según Gerardo Eto Cruz, “la Constitución no solo reconoce los derechos fundamentales explícitos, sino también aquellos que no se encuentran enumerados, en tanto derivan de principios supremos como la dignidad humana. Por tanto, merecen ser tutelados” (citado en Carpio, p.504). Al respecto, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado de la siguiente manera:

Es bien conocido que en un sinfín de oportunidades, la realidad supera la imaginación. Por ello, y para que los textos constitucionales y, en particular, aquellos nuevos derechos directamente vinculados con el principio de dignidad no sean desmerecidos en su condición de auténticos derechos fundamentales como consecuencia de la existencia de nuevas necesidades o situaciones, de avances científicos, tecnológicos, culturales o sociales, las constituciones suelen habilitar una cláusula de "desarrollo de los derechos fundamentales", cuyo propósito no solo es prestarle el reconocimiento como derechos de la más alta consideración, sino incluso, dotarlos de las mismas garantías de aquellos que sí lo tienen expresamente. Ese es el propósito que cumple, por cierto, el artículo 3° de nuestra Constitución³.

Entonces, no solo encontramos derechos fundamentales dentro de la Constitución sino también fuera de ella, pero ¿cómo los ubicamos? Al respecto Edgar Carpio señala que “nuestra Constitución ha derivado en los jueces constitucionales la labor de identificarlos a fin de incorporarlos al listado, teniendo en cuenta los actuales requerimientos de la existencia humana” (2015, p.504). Sobre el particular, cito la siguiente sentencia del Tribunal Constitucional:

Consecuentemente, el catálogo de los derechos fundamentales incorporados en la Constitución, se complementa con aquel constituido por los derechos innominados, cuyo reconocimiento corre por cuenta de los jueces y, en especial, en su calidad de supremo interprete de la Constitución, por este Colegiado.⁴

Podemos decir que hay derechos fundamentales nominados e innominados, ambos tienen el mismo valor, no pueden ser desconocidos. Si alguien pretendiera cuestionar la validez de un derecho fundamental innominado, el afectado tendrá que recurrir a un juez constitucional para su reconocimiento explícito como protector de la dignidad humana.

Como sabemos el debido proceso abarca otros derechos, que pueden ser nominados o innominados, si se trata uno de este último grupo no podrá ser desconocido por la autoridad que

³ STC N° 895-2001-AA/TC-Lambayeque, f.j. 5

⁴ STC N° 3052-2009-PA/TC-Callao, f.j. 6

ejerce poder, de ocurrir ello, resulta aplicable el citado artículo 3, norma que reconoce los derechos fundamentales innominados, por tanto, tutelados por nuestra carta magna. En resumen, podemos decir que no cabe como argumento válido la inaplicación del debido proceso por un derecho no escrito.

Del mismo modo, el debido proceso también se encuentra regulado en normas supranacionales, aunque no de manera precisa, pero sí se mencionan los elementos que lo conforman. Así, tenemos que el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, conocido también como Pacto de San José, los denomina garantías judiciales. Citaremos algunas:

- a) Derecho a ser oído dentro de un plazo razonable por un juez competente, independiente e imparcial
- b) Derecho a la presunción de inocencia
- c) Derecho a la comunicación previa de la acusación
- d) Derecho a contar con un traductor o intérprete
- e) Derecho a un tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa
- f) Derecho a contar con un defensor de su elección
- g) Derecho a la defensa
- h) Derecho a no declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, etc.

Estos derechos o garantías judiciales, como lo llama el referido Convenio, son parte del debido proceso. Así también lo considera la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la sentencia⁵ emitida dentro del Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua, en cuyo fundamento 74 señala que el artículo 8 del Convenio consagra los lineamientos del debido proceso legal⁶ y su aplicación en cualquier proceso.

Al haber sido incorporado en el referido Convenio, el debido proceso es considerado un derecho humano. Víctor Rodríguez Rescia señala que “el debido proceso es el derecho humano que más transgreden los Estados y es común que sus órganos judiciales incurran en responsabilidad

⁵ <http://www.corteidh.or.cr/tablas/fichas/genielacayo.pdf>

⁶ Dicha Corte también lo denomina “derecho de defensa procesal”

al no respetarlo” (s.f., p.1296). Este autor reconoce que el debido proceso es un derecho humano, pero a su vez nos brinda una información poco grata. Refiere que es el derecho más violentado por los Estados, inclusive por sus entes encargados de administrar justicia. Esto nos debe llevar a una reflexión, si verdaderamente los Estados han tomado conciencia sobre el valor del debido proceso y si lo consideran un derecho humano. Si la respuesta fuera afirmativa, entonces, tendrían que respetarlo y aplicarlo, pero la cruda realidad nos enseña que no lo hacen.

De lo expuesto, los operadores del Derecho tenemos mucho por hacer; primero, informando y explicando que el debido proceso es un derecho humano y, segundo, que es un derecho destinado a proteger la dignidad humana de toda persona sometida a un proceso. Si logramos informar y explicar que el debido proceso es un derecho humano, esto permitirá que toda persona lo reclame ante una autoridad y en cualquier etapa del proceso. A su vez, constituirá un aviso a la autoridad. En caso de no respetar la dignidad humana, su intervención será considerada como un acto abusivo.

1.2 El debido proceso aplicable en la relación *inter privados*

La regulación del debido proceso en nuestra actual Constitución, durante mucho tiempo, ha generado la idea equivocada de que este derecho solo era aplicable en los procesos judiciales. Así lo comenta Eloy Espinosa-Saldaña “(...) tal como se encuentra descrito y regulado el debido proceso en nuestra Constitución se podría entender que es aplicable solo en sede judicial, sin embargo, una jurisprudencia tuitiva se encargó de extender su aplicación extrajudicial” (2004, p.65).

En efecto, la jurisprudencia, en especial la emitida por el Tribunal Constitucional, se ha encargado de interpretar la citada norma constitucional, al señalar que el derecho al debido proceso tiene un efecto horizontal, es decir, no solo se aplica en los procesos judiciales, sino también en los procedimientos administrativos y en aquellos que se inicien en el ámbito privado.

Sobre la extensión del debido proceso, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que:

[...] desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que en cada caso o respecto de cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc.⁷

Como vemos, la jurisprudencia constitucional aclaró que el debido proceso no es exclusivo del ámbito judicial.

El fundamento jurídico de la decisión adoptada por el Tribunal Constitucional lo encontramos en el artículo 38 de nuestra Constitución, que nos impone como deber a todos los peruanos respetar, cumplir y defender la Carta Magna. Este precepto nos exige aplicar las normas constitucionales en nuestras relaciones públicas y privadas que a diario sostenemos, con el único objeto de respetar la dignidad de la persona. Sin embargo, esto generalmente no ocurre, lo que trae consigo el abuso.

Nuestra Constitución regula en el numeral 3 del artículo 139 “La observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional”. Sobre estos dos derechos, el Tribunal Constitucional los ha conceptualizado de la siguiente manera:

(...) la tutela judicial efectiva es tanto el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción, el derecho al debido proceso significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos.⁸

De acuerdo a nuestra Constitución y al Tribunal Constitucional, el derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional efectiva son derechos autónomos. Sin embargo, nosotros

⁷ STC N° 10034-2005-AA/TC, f.8

⁸ STC N° 9727-2005-HC, f.j.7

consideramos que el derecho a la tutela jurisdiccional es parte del debido proceso, ya que este abarca todos los derechos que se generan dentro de un proceso desde que se inicia hasta su culminación.

Ante la afectación de sus derechos, una persona tiene la facultad de recurrir ante un órgano que administre justicia en búsqueda de protección y solución al conflicto. La intervención de esta entidad necesariamente debe ser efectiva a través de un proceso, en el cual, además del afectado, tendrá que participar el denunciado, pues, como consecuencia del principio de imparcialidad, el que juzga debe escuchar a ambas partes.

Ahora bien, el acceso a la tutela efectiva de derechos exige el cumplimiento de requisitos a fin de generar veracidad: el denunciante tendrá que invocar hechos con la mayor claridad y precisión posible; además, deberá sustentarlos con medios probatorios. Esta regla exige cumplir con el debido proceso, caso contrario, estaríamos hablando de un abuso del derecho al haber formulado una denuncia sin sustento.

Consideramos que la búsqueda de tutela de derechos demanda desde un inicio actuar con veracidad o buena fe, que es una exigencia del debido proceso. Necesariamente, la tutela debe hacerse efectiva a través de un proceso, el cual contiene reglas. La sola acción de solicitar protección de los derechos, exige a la persona dar cumplimiento a las reglas del debido proceso. Por esta razón, consideramos que la tutela jurisdiccional es parte del debido proceso. En otras palabras, cualquier persona, al momento de ejercer su derecho de tutela jurisdiccional efectiva, primero, deberá observar las reglas que impone el debido proceso, en nuestra opinión es un derecho anterior y abarca todos los derechos que podemos ejercer dentro de un proceso desde el inicio hasta el fin.

Del mismo modo, en la doctrina encontramos a algunos autores que consideran a tales derechos con contenido semejante. Aníbal Quiroga los considera casi sinónimos, al señalar que “el debido proceso legal es una garantía de la tutela judicial efectiva, lo que permitirá cumplir con la finalidad del proceso judicial” (2014, p.57). En el mismo sentido encontramos a María Cristina Chiabra Valer:

(...) como derechos fundamentales, veremos que ambos tienen no sólo la misma finalidad, sino que encierran conceptos similares que llevarán siempre a un mismo camino: la protección de los derechos de las partes que desean iniciar un proceso y que dentro de este buscan la solución de un conflicto de manera justa (2010, p.70).

El debido proceso es considerado por la doctrina como un derecho continente. Así nos explica el profesor Reynaldo Bustamante: “(...) el reconocimiento del derecho fundamental a un proceso justo o debido proceso hace innecesario reconocer el derecho a una tutela jurisdiccional efectiva, por la sencilla razón de que los elementos de esta última están comprendidos dentro del primero” (2001, p.186). A su vez, Luis Castillo sostiene que: “(...) la constitucional fórmula lingüística que recoge por separado la expresión “debido proceso” y la expresión “tutela jurisdiccional”, debería ser entendida como alusiva a una misma realidad: el derecho humano al debido proceso” (2013, p.60). Además, este autor también sostiene que: “(...) el contenido del debido proceso está compuesto por la facultad de acceder a los órganos administradores de justicia, el conjunto de garantías procesales y materiales que contiene el proceso y la ejecución eficaz y oportuna de lo resuelto” (2013, p.65).

En conclusión, como el debido proceso se encuentra regulado en nuestra Constitución, debe ser observado y aplicado por todos en todo proceso o procedimiento, sea que se lleve a cabo en el ámbito público o privado. Además, debemos considerar el derecho a la tutela procesal como parte del debido proceso.

1.3 Contenido del debido proceso: ¿derecho fundamental o derecho de la función jurisdiccional?

Antes, quisiéramos tener en claro el concepto de derecho fundamental. Mucho se dice al respecto, pero no sabemos su contenido. Es oportuno citar lo que señala la doctrina: “Son el conjunto de derechos y libertades que, por ser inherentes al ser humano, se encuentran reconocidos en el ordenamiento jurídico constitucional y positivo. Son, así, los derechos humanos positivizados en la Constitución” (Rubio, Eguiguren & Bernales, 2013, p.19). Para Luis Castillo: “los derechos

fundamentales o constitucionales son lo mismo, tienen igual reconocimiento y protección constitucional” (2005a, p.67). Nosotros podemos agregar que los derechos fundamentales, derechos constitucionales, derechos humanos o derechos de la persona en realidad tienen el mismo alcance; su única finalidad es proteger la dignidad de la persona.

1.3.1 Evolución del debido proceso

Durante mucho tiempo, se consideró al debido proceso como exclusivo de la función jurisdiccional. Su aplicación solo se restringía a los procesos judiciales. Era casi imposible aceptarlo en los procedimientos administrativos o en los que se instaurasen en el ámbito privado. Recién con la dación de la Ley 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General⁹, se reconoció en forma expresa el Principio del Debido Procedimiento. Así consta en el Título Preliminar, por lo que, a partir de entonces, resultó exigible en los procedimientos administrativos. En cambio, en los procedimientos privados resultó aplicable y exigible desde que el Tribunal Constitucional comenzó a fijar como doctrina jurisprudencial¹⁰ la irradiación de los derechos fundamentales o también conocida como eficacia horizontal de los derechos fundamentales, conceptos expuestos por el Tribunal Constitucional Federal Alemán en su famosa Sentencia de Lüth del 15 de enero de 1958 (Barrero, 2012, p.233). Es decir, los derechos fundamentales, dentro de ellos el debido proceso, también se debían aplicar en el ámbito privado, efecto *inter privatos*; con esto, no solo se buscaba reconocer los derechos de la persona, sino también la protección frente al abuso de otro particular.

En su concepción primigenia, los derechos fundamentales estaban destinados a evitar el abuso del poder que ostentaba el Estado, pero con el devenir también se reconoció que los particulares cometían abusos entre sí, lo que por supuesto, había que proscribir y erradicar. A través de algunas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, podemos conocer los abusos que se dan entre particulares. De manera ilustrativa citamos algunos ejemplos:

⁹ Publicada el 11 de abril de 2001. Posteriormente, mediante Decreto Supremo N° 006-2017-JUS, publicado el 20 de marzo de 2017, se aprobó el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General.

¹⁰ Citamos algunas: STC N° 1124-2001-AA/TC f.j.6; STC N° 2279-2003-AA/TC f.j.1, 2 y 3.

- a) Un club privado, sin respetar el derecho de defensa de un asociado, lo expulsó y pretendió desconocer la aplicación del derecho al debido proceso argumentando que las normas procesales no eran aplicables en el procedimiento disciplinario llevado a cabo. Según ellos, no se trataba de un proceso judicial. El Tribunal Constitucional señaló que dicho argumento no resulta válido, ya que las garantías del debido proceso resultan aplicables en cualquier procedimiento disciplinario privado.¹¹
- b) Una sociedad mercantil estableció en su estatuto social, como causal de exclusión de un socio, la presentación de cualquier demanda contra la sociedad ante el Poder Judicial, es decir, si un accionista ejercía su derecho de tutela procesal podía ser expulsado. El Tribunal Constitucional consideró que la norma estatutaria resultaba desproporcionada, porque condiciona arbitrariamente el ejercicio del derecho fundamental a la tutela jurisdiccional efectiva¹².
- c) Un club privado, de acuerdo a su estatuto, impidió que dos personas se asocien como hijos; invocaron como justificación que el padre se encuentra suspendido en sus derechos como asociado. Esto, según el Tribunal, constituye un acto desproporcionado, por cuanto el estatuto exige de manera arbitraria también suspender a los miembros de la familia, con lo cual se afecta el principio de proporcionalidad. Además, en el mismo estatuto hay normas que reconocen la posibilidad de una suspensión individual. Por último, pese a dicha suspensión, seguían cobrando la cuota ordinaria mensual¹³.

Como vemos, en el ámbito privado, algunas organizaciones o grupos de poder afectan la dignidad de las personas, por lo que resulta necesario regular el debido proceso como efecto *inter privatos* o eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Al respecto, es necesario tener presente la siguiente sentencia dada por el Tribunal Constitucional:

(...) el Estado social y democrático de Derecho implica que los derechos fundamentales adquieren plena eficacia vertical -frente a los poderes del Estado y horizontal -frente a los particulares-. Ello excluye la posibilidad de que existan actos de los poderes públicos y privados que estén desvinculados de la eficacia jurídica de los derechos fundamentales,

¹¹ STC N° 67-1993-AA/TC.

¹² STC N° 189-2010-PA/TC, f.j. 8

¹³ STC N° 474-2016-PA/TC, f.j. 11, 12, 13 y 14.

toda vez que éstos no sólo son derechos subjetivos de las personas sino también instituciones objetivas que concretizan determinados valores constitucionales -justicia, igualdad, pluralismo, democracia, entre otros- recogidos, ya sea de manera tácita o expresa, en nuestro ordenamiento constitucional¹⁴.

En el campo laboral, también se producen algunos abusos, más incluso en el procedimiento de despido, lo que es materia de nuestra investigación. Por tanto, a lo largo del presente trabajo, iremos citando casos y analizándolos.

Por otro parte, en la doctrina encontramos criterios discrepantes con la aplicación del derecho al debido proceso en los procedimientos privados como el procedimiento de despido. Así tenemos la opinión del profesor Luis Vinatea:

(...), no compartimos la posición del Tribunal Constitucional respecto de considerar que en el procedimiento de despido las infracciones al procedimiento implican violación al debido proceso en cualquiera de sus modalidades y menos aún que dichas infracciones importen violación al derecho a la tutela judicial efectiva. Ambos derechos son de corte netamente procesal y al no estar ubicados constitucionalmente en el capítulo de derechos de la persona, nos parecen difícilmente oponibles en el procedimiento de despido (2004, p.121).

En su criterio, no resulta aplicable el debido proceso dentro del procedimiento previo al despido y no puede ser considerado como un derecho de la persona por su ubicación en la Constitución. Discrepamos con lo dicho, consideramos que la ubicación de un derecho en nuestra Carta Magna no determina su condición de derecho de la persona o derecho fundamental. Lo que determina ello es si el derecho en cuestión se funda en defensa de la dignidad de la persona. Al respecto, coincidimos con Luis Castillo al señalar que “la dignidad es la fuente de la obligatoriedad de los derechos humanos” (2013, p.57).

¹⁴ STC N° 10087-2005-PA/TC, f.j. 3

Tampoco coincidimos con el otro criterio de Luis Vinatea, citado líneas arriba, al considerar que el debido proceso no resulta oponible en el procedimiento de despido. Nosotros consideramos que sí lo es por el efecto horizontal de los derechos fundamentales. El derecho de defensa, como parte del debido proceso, debe ser observado y respetado por cualquier órgano que pretenda sancionar a una persona. No hacerlo implicará una afectación a la dignidad humana. A través de dicho procedimiento el empleador busca sancionar al trabajador, por tanto, debe otorgarle toda la garantía para que pueda participar formulando sus descargos y aportando pruebas. Estas expresiones no son más que los elementos del debido proceso, en consecuencia, consideramos que resulta incuestionable su aplicación.

1.3.2 El debido proceso es un derecho fundamental

Como hemos señalado, durante mucho tiempo, se consideró que el debido proceso solo era aplicable contra los actos arbitrarios del Estado; sin embargo, ahora se acepta que tal derecho también se aplica en los procedimientos privados. Por tanto, el efecto que genera el debido proceso en los procesos o procedimientos públicos debe ser el mismo en los privados, por lo que consideramos posible su exigencia y aplicación.

El Tribunal Constitucional señala lo siguiente:

(...) que el debido proceso -y los derechos que lo conforman, p. e. el derecho de defensa- resultan aplicables al interior de la actividad institucional de cualquier persona jurídica, máxime si ha previsto la posibilidad de imponer una sanción tan grave como la expulsión. En tal sentido, si el emplazado consideraba que el actor cometió alguna falta, debieron comunicarle, previamente y por escrito, los cargos imputados, acompañando el correspondiente sustento probatorio, y otorgarle un plazo prudencial a efectos de que - mediante la expresión de los descargos correspondientes- pueda ejercer cabalmente su legítimo derecho de defensa¹⁵.

¹⁵ STC N° 1167-2012-PA/TC, f.j. 4.3.1

Además, no olvidemos que el procedimiento de despido se estableció con la única finalidad de respetar el derecho de defensa del trabajador. Siendo este derecho parte del debido proceso, debe ser aplicado. César Puntriano resalta que “la razón de ser de un procedimiento para el despido es garantizar el derecho de defensa del trabajador” (citado en: “El despido debe ser colofón de un proceso con garantías”, Diario Oficial El Peruano, 2016, p.15).

Por su parte, el profesor Reynaldo Bustamante expresa razones suficientes para considerar al debido proceso como derecho fundamental:

(...) la supremacía de la dignidad del ser humano, el valor superior de la justicia y la necesidad de asegurar la supervivencia justa y pacífica de la comunidad humana fundamentan la calidad de derecho fundamental del proceso justo –o debido proceso- y justifican su reconocimiento por el derecho positivo, convirtiéndolo en uno de los elementos más trascendentes y esenciales del ordenamiento jurídico político (2001, p.236).

En resumen, podemos decir que el debido proceso es un derecho fundamental porque protege la dignidad de toda persona que se encuentra inmersa en un proceso o procedimiento sin importar si se ventila en el ámbito público o privado.

1.4 Derechos que comprende el debido proceso

El Tribunal Constitucional señala que el debido proceso:

(...) es un derecho —por así decirlo— continente (derecho de estructura compleja o compuesta), puesto que comprende, a su vez, otros diversos derechos fundamentales. A este respecto, se ha afirmado que, entre otros aspectos "(...) su contenido constitucionalmente protegido comprende una serie de garantías, formales y materiales, de muy distinta naturaleza, que en conjunto garantizan que el procedimiento o proceso en el cual se encuentre inmerso una persona, se realice y concluya con el necesario respeto y protección de todos los derechos que en él puedan encontrarse comprendidos¹⁶.

¹⁶ STC N° 1858-2014-AA, f.j. 2.1.2

Por su parte, la Corte Suprema define el debido proceso como:

(...) un derecho complejo, desde que está conformado por un conjunto de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos perezcan ante la ausencia o insuficiencia de un proceso o procedimiento o se vean afectados por cualquier sujeto de derecho –incluyendo el Estado– que pretenda hacer uso abusivo de éstos¹⁷.

El Tribunal Constitucional agrega que:

(...) las garantías y los derechos fundamentales que conforman el debido proceso van a delimitar el ejercicio de la función jurisdiccional, los que deberán ser respetados a fin de aceptar la constitucionalidad del proceso. En caso de afectación a cualquiera de sus elementos, traerá como consecuencia la lesión del debido proceso”¹⁸.

Dicho Tribunal reconoce que el debido proceso es un derecho complejo, por tanto, no es tan sencillo entenderlo. Para aproximarnos a ello, será necesario conocer su contenido, cómo se conforma. Este derecho fundamental tiene los siguientes elementos, que han sido reconocidos por el referido Tribunal¹⁹:

- a) Derecho de libre acceso al órgano jurisdiccional²⁰
- b) Derecho a un juez natural, imparcial e independiente²¹
- c) Derecho a la defensa. Como el derecho de defensa será citado en forma recurrente durante el desarrollo de la presente investigación, consideramos necesario tener en cuenta la definición que establece el Tribunal Constitucional:

(...), el derecho de defensa protege el derecho a no quedar en estado de indefensión en cualquier etapa del proceso judicial o del procedimiento administrativo sancionatorio. Este

¹⁷ Casación Laboral N° 15001-2018-Cusco, f.j. 6.

¹⁸ STC N° 8332-2013-PA/TC, f.j. 6

¹⁹ La Corte Suprema a través de la Casación Laboral N° 3776-2015-La Libertad también ha reconocido los elementos del debido proceso.

²⁰ STC N° 189-2010, f.j.7

²¹ STC N° 4944-2011/AA, f.j.13

estado de indefensión no solo es evidente cuando, pese a atribuírsele la comisión de un acto u omisión antijurídico, se le sanciona a un justiciable o a un particular sin permitirle ser oído o formular sus descargos, con las debidas garantías, sino también a lo largo de todas las etapas del proceso y frente a cualquier tipo de articulaciones que se puedan promover²²

- d) Derecho al procedimiento pre establecido²³
- e) Principio Ne bis in ídem²⁴
- f) Derecho a la prueba²⁵
- g) Derecho a la motivación de las resoluciones judiciales²⁶
- h) Derecho de acceso a los medios impugnatorios²⁷
- i) Derecho a la pluralidad de instancias²⁸
- j) Derecho a contar con una asesoría y patrocinio durante el tiempo que dure el proceso²⁹
- k) Derecho a un plazo razonable³⁰
- l) Derecho a no revivir procesos fenecidos³¹
- m) Derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales³²
- n) El Control Difuso. El Tribunal Constitucional considera que también es parte del debido proceso al señalar que “todo proceso debe ser resuelto conforme a normas de indubitable constitucionalidad, no podría ser considerado como debido proceso aquel que se ha resuelto bajo normas inconstitucionales”³³.

La doctrina incluye otros elementos, según Arturo Hoyos (1996) y Samuel Abad (1978) (citado en Bustamante Alarcón, 2000, p.305):

- a) Derecho a la publicidad del proceso

²² STC N° 090-2004-AA/TC, f.j.27

²³ STC N° 9727-2005-HC/TC, f.j.7

²⁴ STC N° 2050-2002-AA/TC, f.j.18

²⁵ STC N° 6712-2005-HC/TC, f.j.15

²⁶ STC N° 1858-2014-AA, f.j.2.2

²⁷ STC N° 5194-2005-PA/TC, f.j.2

²⁸ STC N° 5194-2005-PA/TC, f.j.4

²⁹ STC N° 1425-2008-PHC/TC, f.j.2,3,4,5

³⁰ STC N° 1014-2011-PH/TC f.j.3 y STC N° 2915-2004-HC/TC f.j.5

³¹ Casación Laboral N° 15001-2018-Cusco, f.j. 6.

³² STC N° 6464-2013-PA/Tc, f.j.7

³³ STC N° 145-1999-AA/TC, f.j.3

- b) Derecho a ser informado sin demora, en forma detallada y en un idioma que comprenda la persona, de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra
- c) Derecho a que se asegure la eficacia o ejecución de las decisiones que se emitan o que hayan sido emitidas, y a que se dicten las medidas necesarias para que éstas se cumplan
- d) Derecho a que las decisiones se emitan en un plazo razonable y a que el proceso se desarrolle sin dilaciones indebidas
- e) Derecho a que las decisiones que se emitan sean objetiva y materialmente justas

Por nuestra parte, consideramos que se deben incluir los siguientes elementos del debido proceso:

- a) Derecho a una debida tipicidad: Como sabemos, la tipicidad es una institución del derecho penal. Según Felipe Villavicencio: “es un proceso que verifica si la conducta realizada por el infractor coincide con la descripción prohibitiva de la ley” (2006, p.295). En la jurisprudencia laboral se ha reconocido que, “para definir la falta grave, se sigue la técnica del derecho penal mediante la tipificación por el texto legal”³⁴. En materia laboral, en ocasiones, el empleador remite la carta de imputación de cargos pero con una descripción genérica e imprecisa de los hechos, lo que lesiona el derecho que proponemos a una debida tipicidad; esta omisión ha sido advertida en reiterada jurisprudencia. Citaremos algunas resoluciones a modo de ejemplo:
 - i. En un caso, la Corte Suprema señaló que se incurre en generalidad e imprecisión pues no se demostró la falsificación de la carta del 04.05.2011 ni quiénes revelaron tal ilícito, tampoco la existencia de una queja contra la demandante, ni quiénes habrían presentado tal queja. Por tanto, los hechos son inexistentes³⁵;
 - ii. En otro, se señaló que en la tipificación efectuada por la empresa no se acredita un supuesto objetivo que permita inferir la comisión de la falta grave³⁶
 - iii. El Tribunal Constitucional también señaló que el principio de tipicidad exige que los hechos tipificados como infracciones deban ser establecidos en forma expresa e inequívoca; en un caso, analizaron que la empresa solo citó la norma que consideró

³⁴ Casación Laboral N° 12126-2016-Lima, f.j.8

³⁵ Casación laboral N° 7145-2014-Arequipa, f.j.8 y 9.

³⁶ Casación Laboral N° 7394-2015-Arequipa, f.j.18

pertinente, sin establecer la relación de causalidad entre las características del tipo normativo con la conducta supuestamente infractora³⁷.

Como vemos, el derecho a una debida tipicidad no es observado por algunos empleadores al momento de la imputación de cargos, que constituye una acusación; por tanto, debe ser expresa, precisa e inequívoca, como lo señala la jurisprudencia; por esto, consideramos que este derecho también debe ser parte del debido proceso.

Por otro lado, en el régimen laboral público sobre el principio de tipicidad, el Tribunal del Servicio Civil ha establecido como precedente administrativo de observancia obligatoria el siguiente criterio:

(...), los órganos competentes en el procedimiento disciplinario deben describir de manera suficientemente clara y precisa, tanto al momento de iniciar un procedimiento administrativo disciplinario como al momento de resolver la imposición de una sanción, cuál es la falta prevista en la Ley que es objeto de imputación (y cuando fuere el caso, precisar la disposición reglamentaria que la complementa), cuál es la conducta atribuida al imputado que configura la falta que se le imputa, cuáles son los hechos que con base en el principio de causalidad configuran la conducta pasible de sanción; indicando además de manera precisa, clara y expresa cuáles son las normas o disposiciones, vigentes en el momento en que se produjo la falta, que sirven de fundamento jurídico para la imputación³⁸.

Entonces, de acuerdo al criterio establecido por el Tribunal SERVIR, el principio de tipicidad es exigible al inicio del procedimiento sancionador y al momento de imponer la sanción, con lo que se constituye en un elemento fundamental del debido proceso. Estamos plenamente de acuerdo con dicho criterio. En el caso del régimen laboral privado, este principio debe observarse al momento de imputar los cargos, y en caso hubiera responsabilidad del trabajador, para determinar la sanción que le corresponde.

En consecuencia, cuando se pretenda sancionar a una persona con el despido, consideramos necesario incluir, como elemento del debido proceso, el derecho a una debida tipicidad. Es primordial que la persona sometida a un procedimiento sancionador reciba la imputación

³⁷ STC N° 150-2000-AA/TC, f.j.5

³⁸ Resolución de Sala Plena N° 001-2019-SERVIR/TSC, f.j.22

de cargos en forma expresa, precisa y detallada, a fin de conocer los hechos descritos como falta, lo que le va a permitir ejercer de mejor manera su defensa.

b) Derecho a recibir las pruebas con la imputación de cargos (acusación): Toda persona acusada de la comisión de una infracción debe tener el derecho a conocer inmediatamente las pruebas que sustenten tal acusación. En contrapartida, el acusador debe tener el deber de enviar las pruebas de cargo, caso contrario, se estaría afectando el derecho de defensa. ¿Cómo nos defendemos de una acusación si no conocemos las pruebas que la sustenta? Este derecho resulta trascendente, sobre todo en el procedimiento de despido, pues algunos empleadores remiten la carta de imputación de cargos sin el sustento probatorio, lo que impide al trabajador defenderse adecuadamente. Veamos algunos casos relacionados a este tema:

- i. El Tribunal Constitucional resolvió en un caso que la empresa no cumplió con adjuntar las pruebas con la carta de imputación de cargos ni con la de despido. Resulta cuestionable que recién lo haya hecho con la contestación de la demanda. Incluso, le impidió el ingreso al centro de trabajo, antes de ser despedido, actos que limitaron al trabajador el ejercicio de su derecho de defensa³⁹
- ii. La Corte Suprema también se ha pronunciado al señalar que se ha transgredido el derecho de defensa del trabajador al negarle el acceso al informe de auditoría que sirvió que sustento a la carta de imputación de cargos. Además, le prohibieron el ingreso al centro de trabajo⁴⁰.

Como se puede apreciar, el acceso a las pruebas resulta fundamental para conocer el sustento de la acusación, lo que daría oportunidad para contradecirlas o negarlas. Las pruebas deben ser puestas en conocimiento de la persona imputada de manera inmediata. No se puede ocultar ni postergar su entrega. Caso contrario, se afecta el derecho de defensa, pues no se tendrá oportunidad para contradecirlas ni ofrecer contraprueba.

En consecuencia, el debido proceso está conformado por otros derechos fundamentales, conocidos como elementos, los que van a permitir al trabajador, o a cualquier persona sometida a

³⁹ STC N° 1058-2004-AA/TC, f.j.9, 10 y 12.

⁴⁰ Casación Laboral N° 2224-2005-Lima, f.j.5

proceso, ejercer su defensa con mejor conocimiento de los hechos, que sea resuelto dentro de un plazo razonable y que la decisión final sea razonada. Para ello, se debe dar cumplimiento a dicha garantía.

1.5 El debido proceso considerado un derecho inespecífico

Como lo hemos venido analizando, el debido proceso es un derecho fundamental. Por tanto, debe ser aplicado en resguardo de la persona y su dignidad. Sabemos que el trabajador se encuentra subordinado al empleador; sin embargo, ello no limita su condición de persona. La doctrina moderna ha venido desarrollando el concepto de derechos inespecíficos para explicarnos que, dentro de la relación laboral, no solo se deben aplicar los derechos laborales, conocidos como específicos, sino también los inespecíficos; es decir, aquellos que derivan de la condición humana del trabajador.

Nosotros consideramos que el debido proceso es un derecho inespecífico, según lo regula el tercer párrafo del artículo 23 de nuestra Constitución, cuyo tenor es: “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”. Al respecto, el Tribunal Constitucional, teniendo en cuenta esta norma, señala que: “Es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador, en todo momento: al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral”.⁴¹

Un derecho inespecífico debe tener como finalidad la protección de la dignidad del trabajador. Por las características propias de la relación laboral, el trabajador se encuentra subordinado a las órdenes del empleador. Por tanto, está expuesto a un potencial abuso o desconocimiento de sus derechos fundamentales. Frente a ello, surge el derecho inespecífico. Valdés Dal Ré sostiene que:

El poder empresarial que se apoya en la subordinación del trabajador por el contrato de trabajo puede llegar a convertirse en un peligro para el ejercicio de las libertades del

⁴¹ STC N° 1124-2001-AA/TC, f.j. 7

trabajador, por ello la Constitución como norma fundamental y la legislación laboral van dirigidas especialmente a controlar dicho poder (citado en Pasco, 2012, p. 21)

El debido proceso, como derecho inespecífico, resguarda la dignidad del trabajador sometido a un procedimiento. En otras palabras, este derecho limita el poder del empleador y evita la práctica del algún abuso durante el trámite.

El debido proceso no puede ser un derecho específico, ya que este tiene como finalidad proteger los derechos laborales que derivan del contrato de trabajo. En cambio, los derechos inespecíficos cautelan los derechos que le son propios a toda persona o ciudadano, los que no derivan de un contrato, son derechos inherentes al ser humano y se encuentran materializados en nuestra Constitución.

Sobre los derechos inespecíficos, Manuel Carlos Palomeque señala que: “Son derechos atribuidos con carácter general a los ciudadanos, que son ejercidos en el seno de una relación jurídica laboral por ciudadanos que, al propio tiempo, son trabajadores (...)” (2009, p.115). Los derechos laborales o específicos no tienen como función la defensa de la dignidad del trabajador, sino aquellos derechos que derivan de la relación jurídica laboral. Estos pueden ser de naturaleza económica como el pago de remuneraciones, pago de utilidades, etc. y otros con contenido no económico como el descanso semanal, vacaciones, descanso por maternidad, jornada laboral, etc. Sobre estos derechos, Mario Pasco señala que: “Todos ellos corresponden a los trabajadores (y solo a ellos) en su calidad de tales, vale decir por ser trabajadores” (Pasco, 2012, p.13).

En conclusión, decimos que el debido proceso es un derecho inespecífico, pues, tiene como finalidad la protección de la dignidad de una persona (en este caso el trabajador) sometido a un proceso y su reconocimiento no deriva del contrato de trabajo, sino de nuestra Constitución. Siendo el debido proceso un derecho inespecífico resulta necesario conocer este concepto a mayor amplitud, a fin de entender la efectiva aplicación del debido proceso en la relación laboral, sobre todo al momento de imponer al trabajador la máxima sanción, el despido.

1.5.1 Concepto de derecho inespecífico

La teoría de los derechos inespecíficos fue desarrollada por el profesor español Manuel Carlos Palomeque López, quien los define de la siguiente manera:

(...) derechos laborales inespecíficos, que son derechos que no son específicamente del trabajador, que son del ciudadano, pero que son ejercidos por el trabajador - ciudadano en el seno de la relación laboral. Porque el trabajador, en el seno de la relación laboral, no deja en la puerta de la fábrica o en la puerta de la oficina sus derechos de ciudadano, los ejerce dentro también: la libertad de expresión, el derecho a la libertad de información, derechos de igualdad, no son derechos específicamente laborales pero que si son ejercidos por el trabajador en el seno de la relación laboral se convierten en derechos laborales (Soluciones Laborales, 2017, p.14).

El profesor Palomeque hace una división entre los derechos específicos, que son los propiamente laborales como el derecho a la remuneración, a las vacaciones, a la jornada de 08 horas, etc., con los derechos que él los denomina inespecíficos, que son los derechos de la persona pero que tienen incidencia en la relación laboral. Para Jorge Toyama, “esta clasificación es correcta, pues, en caso de conflicto entre los derechos inespecíficos con la libertad de empresa, este debería resolverse bajo las reglas del Derecho Constitucional” (Toyama, 2012, p.147).

Dentro de una relación laboral, coexisten derechos específicos e inespecíficos. Los primeros nacen del contrato de trabajo. En cambio, los segundos derivan de la condición de persona del trabajador. Como sabemos, en una relación laboral el trabajador ofrece su fuerza de trabajo al empleador, se somete a su voluntad, lo que se conoce como subordinación, pero este sometimiento de ninguna manera debe hacer perder la condición de persona al trabajador. Este sometimiento se encuentra protegido por los derechos fundamentales a fin de evitar abusos por parte del empleador.

Tradicionalmente, se consideraba que los derechos específicos se debían ejercer solo en la relación laboral y los derechos inespecíficos, en la relación con el Estado. Este criterio se basaba

en dos factores: “la teoría clásica consideraba que los derechos fundamentales eran derechos públicos subjetivos que se ejercían solo frente al Estado y, como la relación laboral tenía el carácter privado no se podía invocar la aplicación de los derechos fundamentales” (Blancas, 2013a, p.13).

Este criterio ha sido ya superado en mérito al Principio de Irradiación de los Derechos Fundamentales o eficacia horizontal o *inter privatos*⁴², que es un aporte de la jurisprudencia; posteriormente, como ya lo dijimos, la doctrina los ha clasificado en derechos específicos e inespecíficos, ambos, como dice Carlos Blancas, “deben ser observados y aplicados por el empleador en la relación laboral” (2013a, p.107).

1.5.2 Naturaleza jurídica de los derechos inespecíficos

Los derechos inespecíficos tienen naturaleza constitucional, pues se encuentran reconocidos en el tercer párrafo del artículo 23 de nuestra actual Constitución, donde de forma literal dice: “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”. Esta norma tuvo como antecedente el artículo 42 de la Constitución de 1979, que a la letra decía: “En toda relación laboral queda prohibida cualquier condición que impida el ejercicio de los derechos constitucionales de los trabajadores o que desconozca o rebaje su dignidad”. En buena cuenta, ambas normas reconocen la vigencia de los derechos fundamentales en toda relación laboral y que esta debe respetar la dignidad de la persona del trabajador.

El Tribunal Constitucional ha señalado que constituye responsabilidad del Estado lo siguiente: asegurar que ninguna relación laboral limite el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador⁴³. Entonces, la Constitución no solo establece la vigencia de los derechos fundamentales dentro de la relación laboral y el respeto de la dignidad del trabajador, sino que también exige al Estado velar por que esto se cumpla. La doctrina ha denominado al reconocimiento de los derechos fundamentales como el proceso de constitucionalización del Derecho Laboral, “el que se genera por la aplicación de los derechos

⁴² STC N° 2868-2007-PA/TC-Lima f.j. 6,7,8 y 9; o STC N° 6079-2009-PA/TC-Lima f.j. 2,3,4,5 y 6; o STC N° 1843-2009-PA/TC-La Libertad f.j. 7

⁴³ STC N° 008-2005-PI/TC, f.j.19.

fundamentales en la relación laboral” (Sanguinetti, 2003, p.221). En toda relación laboral el empleador debe respetar los derechos fundamentales del trabajador a fin de poner un límite a su poder.

1.5.3 Condición de ciudadano – trabajador

El jurista español Carlos Palomeque, cuando define los derechos inespecíficos, pone énfasis a la condición de ciudadano - trabajador, señala que “los derechos inespecíficos son derechos del ciudadano - trabajador que ejerce como trabajador – ciudadano” (2009, p.115). Igual concepto expone Juan Sagardoy (2005, p.12). Con este énfasis lo que se busca es dejar en claro que, en la relación laboral, si bien interviene una sola persona, lo hace bajo una doble condición: ciudadano y trabajador. En la doctrina se hace mención a ello para diferenciar la titularidad de los derechos específicos e inespecíficos al momento de su aplicación y exigencia.

Como sabemos, ciudadano es aquella persona que adquiere derechos y obligaciones por ser miembro de un Estado y este, a su vez, asume el deber de protegerlo para que alcance su desarrollo integral. Sobre la protección del ciudadano, el filósofo Gonzalo Gamio Gehri señala lo siguiente:

La ciudadanía como condición pone énfasis en las formas de protección del individuo que los Estados deben observar rigurosamente, con el fin de que éste pueda encontrar –al interior de espacios sociales libres de violencia y coacción ilegítimas- sus propias formas de realización. (2009, p.176)

Por otro lado, trabajador es la condición que adquiere una persona con la celebración de un contrato de trabajo, mediante el cual se obliga a entregar su fuerza laboral al servicio del empleador. A su vez, dicho contrato constituye fuente de sus derechos y obligaciones. La relación que nace entre ambos subsistirá mientras se encuentre vigente dicho contrato. Carlos Palomeque, al citar dos sentencias del Tribunal Constitucional Español⁴⁴, señala que “la celebración de un

⁴⁴ SSTC 15/2004 y 56/2008.

contrato de trabajo no implica en modo alguno la privación para una de las partes, el trabajador, de los derechos que la Constitución le reconoce como ciudadano” (2009, p.115).

En conclusión, los derechos fundamentales o inespecíficos serán exigibles por el ciudadano - trabajador. En cambio, los derechos laborales o específicos serán exigibles por el trabajador – ciudadano. Esta dualidad se mantendrá durante la vigencia del contrato de trabajo.

1.6 Los procesos y procedimientos regulados en nuestro ordenamiento jurídico

El artículo 31 de la LPCL regula el procedimiento previo al despido, mediante el cual se exige al empleador concederle al trabajador la oportunidad para que pueda defenderse de una imputación que podría conllevar su despido. El Estado, a través de la referida norma, impone a dos particulares, empleador y trabajador, a seguir dicho procedimiento antes de que se decida dar por terminada la relación laboral. En este procedimiento, el empleador tiene dos funciones: acusa y decide; es decir, hace de acusador y también toma la decisión de imponer o no la sanción de despido. Lo que decida el empleador se resuelve en una sola instancia, no está permitido ningún recurso impugnatorio en sede administrativa. Si el trabajador no está acuerdo con lo decidido por su empleador tendrá que acudir al Poder Judicial en vía de acción.

Mario Pasco señala que “el vínculo laboral demuestra la existencia de dos partes abiertamente desiguales” (2004, p.26). A fin de equilibrar esta situación y otorgar al trabajador una oportunidad de defensa, el Estado impone este procedimiento. Lo hace en mérito al Principio Tuitivo, con el que se busca proteger al trabajador y limitar el poder del empleador. Américo Plá sostiene que “el fundamento del Principio Protector o Tuitivo es nivelar desigualdades” (Citado en Pasco, 1994, p.152).

Cuando los particulares constituyen asociaciones, sindicatos, fundaciones o sociedades mercantiles, tienen la facultad de regular procedimientos sancionadores en los respectivos estatutos para la resolución de sus conflictos internos. Sin embargo, deberán observar derechos fundamentales como el debido proceso. Si el conflicto trasciende la esfera privada y necesita la intervención de un tercero con suficiente autoridad para resolverlo, el Estado regula procesos o

procedimientos como vías regulares a seguir, tales como los judiciales, constitucionales, arbitrales o administrativos, en los cuales la decisión necesariamente recaerá en un tercero: juez, árbitro o autoridad administrativa. Los procedimientos administrativos seguidos ante el Estado tienen una estructura propia que permite la pluralidad de instancias y, en muchas ocasiones, los órganos resolutores son colegiados.

En nuestro ordenamiento jurídico, no encontramos un procedimiento similar como el que estamos analizando, el que deben seguir tanto empleador como trabajador a fin de sancionar con el despido alguna inconducta derivada de la relación laboral. Todos los procesos o procedimientos regulados por el Estado o por los particulares deben tener una semejanza: el respeto al debido proceso.

1.7 Traslado del debido proceso al procedimiento previo al despido

En mérito a los Principios Tuitivo e Irradiación de los Derechos Fundamentales, es válido decir que el debido proceso debe ser aplicado en el procedimiento previo al despido, que, como sabemos, se inicia para sancionar al trabajador con el despido por alguna causa justa relacionada con su capacidad o conducta. Dicho procedimiento, como ya se dijo, tiene como finalidad respetar el derecho de defensa del trabajador, es decir, al menos conocer sus descargos frente al hecho imputado. Conocer sus descargos implica, primero, saber cómo ocurrieron los hechos para advertir el grado de participación y, segundo, acceder a los medios probatorios que ofrezca el trabajador en su defensa. Esto le permitirá al empleador tomar una decisión adecuada a ley, lo que se considera razonable.

Muchas veces en la práctica se advierte que dicho procedimiento constituye un simple formalismo legal que se debe cumplir sin importar el debido proceso, y si el trabajador considera que lesionaron algún derecho, podrá impugnarlo en la vía judicial, pero lo hará ya en su condición de trabajador despedido y, quizás, sin saber el real motivo de su despido, pues no tuvo acceso a las pruebas de cargo. Por ello, consideramos de suma importancia la observancia del debido proceso por parte del empleador a fin de no afectar la persona del trabajador. El profesor Marcial Rubio

señala que “el debido proceso debe ser aplicado de manera especial en los procedimientos de sanción tanto en el sector público como privado” (2013, p. 321).

El Tribunal Constitucional también considera que los procedimientos administrativos disciplinarios que inicie la Administración, en ejercicio de su potestad sancionadora, debe guardar un irrestricto respeto del derecho al debido proceso⁴⁵. Al respecto el Tribunal SERVIR ha venido emitiendo resoluciones administrativas cuestionando la inobservancia del debido procedimiento administrativo, que constituye una proyección del derecho al debido proceso en sede administrativa⁴⁶. Veamos algunas:

- a) En un caso, declaró nulas las resoluciones que dieron mérito al inicio del procedimiento administrativo disciplinario por haberse vulnerado el debido procedimiento, pues no cumplieron con imputar al administrado en forma clara, precisa y detallada los hechos que configurarían las faltas en las que habría incurrido, lo que le ha impedido ejercer su derecho de defensa⁴⁷.
- b) En otro, también declaró la nulidad de un oficio y de una resolución que impone al administrado una sanción de suspensión de 30 días sin goce de remuneraciones, por haberse vulnerado el principio de tipicidad, debida motivación y el derecho de defensa. Con esto, se ha afectado el derecho al debido procedimiento. En el expediente no se aprecia que previa a la imposición de la sanción se le haya imputado, de manera formal, las faltas y los hechos que presuntamente hubiera cometido para que pueda ejercer su derecho de defensa, la entidad solo corrió traslado de la denuncia para que en un plazo de 10 días hábiles formule sus descargos, sin precisar los hechos ni las faltas que se le imputan⁴⁸.

Dicho Tribunal ha establecido el siguiente precedente administrativo de observancia obligatoria, a fin de aplicar el principio del debido procedimiento administrativo en el ámbito de los procesos administrativos disciplinarios dentro del régimen laboral público:

⁴⁵ STC N° 1003-1998-AA/TC, f.j.9

⁴⁶ Resolución de Sala Plena N° 001-2012-SERVIR/TSC, f.j. 6

⁴⁷ Resolución N° 179-2018-SERVIR/TSC-Primera Sala, f.j. 30 y 32.

⁴⁸ Resolución N° 01264-2018-SERVIR/TSC-Segunda Sala, f.j. 31 y 32

(...), se debe concluir que todo procedimiento disciplinario tiene como presupuesto de validez la comunicación escrita de los cargos imputados a un administrado por parte de su entidad empleadora, con la necesaria descripción de los hechos que se le imputan y la mención exacta de las normas que presuntamente ha vulnerado con su actuación, así como la oportunidad de presentación de descargos dentro de un plazo razonable y de forma previa a la aplicación de la sanción⁴⁹.

Como lo reconoce la doctrina y la jurisprudencia, el debido proceso y su proyección el debido procedimiento administrativo deben ser observados en los procedimientos sancionadores que se inicien tanto en el ámbito privado como público antes de extinguir la relación laboral mediante el despido. Resultan aplicables en mérito al efecto irradiador de los derechos fundamentales y al principio protector o tuitivo.

1.7.1 Observancia del debido proceso sustantivo y del debido proceso formal

La doctrina señala que el debido proceso tiene dos dimensiones:

a. Debido proceso sustantivo

“Las decisiones que adopten aquellos que tienen el poder de sancionar deben ser justas, deben respetar la dignidad de la persona y los derechos fundamentales” (Quiroga, 2014, p.308). Esta dimensión se encuentra relacionada con el Principio de Razonabilidad que impide la arbitrariedad en el uso del poder sancionador.

Nosotros consideramos que el Principio de Razonabilidad debe ser aplicado en el procedimiento previo al despido. Si el empleador, al momento de sancionar al trabajador toma la decisión de despedirlo y observa este principio, el mismo será considerado justificado. En cambio, si lo omite habrá incurrido en una arbitrariedad. El ejercicio del poder sancionador que la ley le reconoce al empleador no es ilimitado; debe ser empleado de manera razonable.

⁴⁹ Resolución de Sala Plena N° 001-2012-SERVIR/TSC, f.j. 24

Este principio le exige al empleador, primero, velar por el respeto irrestricto de la dignidad del trabajador, y segundo, otorgar todos los mecanismos que se encuentre a su alcance para que el trabajador pueda defenderse. Solo así diremos que actuó con justicia.

b. Debido proceso formal

“Es el conjunto de derechos esenciales que se deben observar dentro de un proceso o procedimiento a fin de no afectar a la persona sometida a una investigación que busca sancionarla” (Quiroga, 2014, p.311). Los derechos esenciales son aquellos que el Tribunal Constitucional ha denominado elementos del debido proceso, los cuales hemos citado líneas arriba. Esta dimensión tiene relación con el aspecto puramente procesal. Por tanto, su observancia debe estar enmarcada desde que se inicia el procedimiento hasta su conclusión.

También consideramos que esta dimensión debe ser aplicada dentro del procedimiento de despido. En mérito a ello, el trabajador estará en posibilidades de conocer los cargos imputados; es decir, los hechos descritos de manera detallada y precisa que configurarían la falta grave y, por supuesto, tener acceso a los medios probatorios que sustenten tal acusación para que pueda ejercer en debida forma su defensa.

Haciendo un paralelo, los mismos derechos procesales mínimos que se otorga a una persona sometida a un proceso penal deben ser observados y otorgados, en lo que corresponda, al trabajador sometido a un procedimiento de despido, pues en ambos se hace necesaria una investigación para determinar si cabe la imposición de una sanción. Estos derechos deberían ser, al menos, una precisa imputación de cargos (acusación) y la entrega de los medios probatorios que la sustenten.

1.8 El procedimiento previo al despido

1.8.1 Antecedentes

Mediante Ley N° 24514, se reguló, por primera vez en el país, el procedimiento previo al despido y el derecho de defensa. Esto sucedió como consecuencia de la influencia del Convenio N° 158⁵⁰ de la OIT – “Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador”, en adelante Convenio N° 158 OIT, el mismo que hasta la fecha no ha sido ratificado por el Perú, pero tiene la calidad de recomendación. Es citado por la doctrina nacional y aplicado por el Poder Judicial⁵¹ y el Tribunal Constitucional⁵².

La Ley N° 24514 se publicó el 05 de junio de 1986, cuando era Ministro de Trabajo el doctor Carlos Blancas Bustamante durante el primer gobierno del señor Alan García Pérez. El artículo 7 del Convenio N° 158 OIT inspiró en su redacción al artículo 6 de la citada ley. Consideramos acertada la influencia y observancia de dicha norma internacional en nuestro ordenamiento jurídico pese a su falta de ratificación.

Anteriormente, estuvo vigente el Decreto Ley N° 22126⁵³, que no establecía ningún procedimiento previo al despido. Solo si el trabajador consideraba que la causa de despido era injustificada podía recurrir a la Autoridad Administrativa de Trabajo (vía administrativa) para solicitar la reposición o al Fuero Privativo de Trabajo (vía judicial) para solicitar una indemnización. En ambos casos, procedía si el empleador no podía probar la causa del despido, sin embargo, eran procesos posteriores al despido.

El Decreto Legislativo N° 728 – Ley de Fomento del Empleo⁵⁴ derogó la Ley N° 24514. Posteriormente, este decreto fue desintegrado⁵⁵ en dos textos normativos denominados Ley de Formación y Promoción Laboral y Ley de Productividad y Competividad Laboral. Esta última norma nos interesa para efectos de este trabajo, la misma que se encuentra regulada en el Decreto Supremo N° 003-97-TR que aprobó el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 –

⁵⁰ Adoptado en Ginebra el 22 de junio de 1982 y vigente desde el 23 de noviembre de 1985.

⁵¹ Ha sido aplicado por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema en la Casación N° 2359-2012-Lima (f.j.11) y por Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en la Casación Laboral N° 1603-2015-JUNÍN, f.j.9.

⁵² Véase el Voto Singular del Magistrado Sardón de Taboada, f.j.13, emitido dentro de la sentencia recaída en el Expediente N° 1764-2014-PA/TC-PUNO.

⁵³ Publicado el 21 de marzo de 1978.

⁵⁴ Publicado el 12 de noviembre de 1991

⁵⁵ La separación se dispuso mediante Decreto Legislativo N° 855 publicado el 04 de octubre de 1996.

Ley de Productividad y Competividad Laboral, en adelante LPCL, en cuyo artículo 31 se encuentra normado el procedimiento previo al despido.

Carlos Blancas señala que “el procedimiento, previsto en el artículo 31 de la LPCL, tiene fundamento directo en el artículo 7 del Convenio N° 158 OIT”. Agrega que “está inspirado en el principio fundamental del derecho de defensa”, cita el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones, “Protección contra el Despido Injustificado”. Conferencia Internacional del Trabajo 82ª Reunión 1995 OIT-Ginebra-Suiza (2013b, p.282).

Si revisamos el primer párrafo del artículo 31 de la LPCL, podemos apreciar la influencia del Convenio N° 158 OIT. No se puede despedir a un trabajador sin otorgarle el derecho de defensa. Para cumplir con ello, la LPCL ha establecido un procedimiento previo en cuyo trámite el empleador debe remitir por escrito una carta de imputación de cargos relacionados con la conducta o capacidad del trabajador y, para absolverla, debe concederle un plazo no menor de 06 días naturales.

Sin embargo, la redacción del citado artículo 31 es insuficiente. No señala la forma o el contenido del documento que se debe enviar, tampoco si debe sustentarse jurídicamente. Además, no se advierte si se deben adjuntar los medios probatorios que acrediten tales hechos. Dicha norma no precisa cómo debe ser la exposición de los hechos que sustenten la imputación de cargos. Entendemos que es una norma procesal, sin embargo, su desarrollo tampoco lo encontramos en el reglamento, Decreto Supremo N° 001-96-TR.

Por otro lado, el artículo 22 de la LCPL señala que para que proceda el despido justificado el empleador debe invocar una causa relacionada con la conducta o la capacidad del trabajador, la misma que debe ser comprobada. Agrega que la demostración de dicha causa debe hacerla el empleador en el proceso judicial que interponga el trabajador a fin de cuestionar el despido.

En virtud a esta última norma, en la práctica algunos empleadores señalan que no están obligados a probar la causa del despido en el procedimiento previo, sino recién dentro del proceso

judicial⁵⁶. La adopción de este criterio nos hace pensar, e incluso dudar, tal como se encuentra regulada, si efectivamente el procedimiento previo garantiza el derecho de defensa del trabajador en concordancia con el Convenio N° 158 OIT. El Poder Judicial y Tribunal Constitucional han venido pronunciándose haciendo prevalecer el derecho de defensa del trabajador y la finalidad del referido procedimiento.

1.8.2 Características del procedimiento previo al despido

El procedimiento previo al despido se ha instaurado para otorgar al trabajador la oportunidad de realizar sus descargos frente al empleador en forma directa e inmediata, sin intervención de terceros. Este procedimiento, a decir de Luis Valderrama, “se convierte en un límite que otorga equilibrio al poder entre trabajador y empleador” (2014, p.5).

En nuestra opinión, este procedimiento tiene las siguientes características:

a. Es unilateral

Siempre se inicia por acción directa del empleador. Pero antes de iniciarlo, el empleador deberá investigar por su propia cuenta si el hecho constituye causa justa para el despido, determinará si se encuentra tipificado como falta grave, tendrá que acopiar y valorar los medios probatorios correspondientes. Verificado ello, recién el empleador dará inicio al procedimiento, comunicando por escrito al trabajador sobre el hecho determinado y los medios probatorios que lo sustenten.

El empleador no podrá reunir los medios probatorios de cargo una vez iniciado el procedimiento. Interpretando de manera adecuada el artículo 31 de la LPCL, entendemos que para acusar previamente tiene que reunir los medios probatorios a fin de sustentar la carta de imputación de cargos, pues sin ellos no estarían acreditados los hechos.

b. Debe ser por escrito

⁵⁶ Casación N° 2224-2005-Lima (fundamentos 4, 5, 6, 10 y 11).

No cabe la oralidad en este procedimiento. Tanto la imputación de cargos como los descargos deben realizarse por escrito, lo que consideramos correcto para una mejor defensa del trabajador. La ley no establece ninguna formalidad, pero en la práctica, para dar mayor certeza sobre su entrega y recepción, se utiliza la vía notarial. Encontrándonos en plena era tecnológica, nos preguntamos si sería válida la entrega de la carta de imputación de cargos vía correo electrónico o por el aplicativo Whatsapp. Consideramos que sí sería válida, siempre que el empleador acredite el envío al correo electrónico o al número de Whatsapp previamente declarado por el trabajador como parte de sus datos personales o que le fue asignado por el empleador. Necesariamente se deberá acreditar la constancia de entrega electrónica. El trabajador también podrá usar la misma vía para realizar sus descargos. Como sustento jurídico de nuestro argumento citamos los artículos 141 y 141-A del Código Civil, que permiten la manifestación de voluntad a través de medios electrónicos.

c. Es sumario

Este procedimiento es breve. No debe prolongarse en el tiempo a fin de no afectar el principio de inmediatez. El artículo 31 de la LPCL señala que el empleador debe otorgar al trabajador un plazo no menor de 06 días naturales para su descargo. Con el descargo o no, el empleador deberá proceder con la sanción o absolución. No se fija un plazo, pero consideramos que la resolución debe ser inmediata, no debe haber demora. En caso contrario, podría considerarse como un perdón al trabajador.

d. Tiene una finalidad genérica: permitir la defensa del trabajador

Este procedimiento tiene como finalidad genérica otorgar al trabajador la oportunidad de defenderse de los cargos imputados. Este procedimiento no tendría sentido sin la intervención del trabajador para formular sus descargos. El empleador deberá otorgar garantía suficiente al trabajador para que ejerza su derecho de defensa. El Convenio N° 158 OIT, que sirvió de fuente inspiradora a nuestro legislador, estableció como norma que, en causas relacionadas con la conducta o capacidad del trabajador, no podrá ser despedido sin antes haberle otorgado la posibilidad de ejercer su defensa.

- e. Tiene una finalidad específica: comprobación objetiva de la causa justa de despido

Consideramos que este procedimiento tiene una finalidad específica: comprobar de manera objetiva la existencia de la causa justa. El primer párrafo del artículo 22 de la LPCL señala que la causa justa invocada por el empleador tiene que estar debidamente comprobada. En este extremo, queremos advertir que la norma no dice probada sino comprobada⁵⁷; es decir, el empleador dentro del procedimiento previo no tiene que buscar la probanza de la falta, sino comprobar su veracidad. Como lo dijimos anteriormente, el empleador, antes de iniciar este procedimiento, deberá realizar una investigación preliminar por su propia cuenta a fin de recaudar los medios probatorios. Por eso, decimos que iniciado el procedimiento no podrá buscar pruebas de cargo, sino deberá comprobar los hechos y, para ello, resulta necesario el descargo del trabajador.

- f. Es impropio

Lo usual en todo procedimiento sancionador es que una tercera persona resuelva el proceso y con suficiente autoridad imponga o no la sanción que corresponda a fin de otorgar garantía de imparcialidad. Sin embargo, en el procedimiento previo al despido las funciones de acusar y decidir recaen en el empleador. Un solo sujeto acopia las pruebas en forma preliminar, define la causa justa de despido, tipifica el hecho, da inicio al procedimiento e impone la sanción. Por esta particularidad, Reynaldo Bustamante lo considera “impropio” (2000, p.304).

En resumen, este procedimiento tiene su propia particularidad, en nuestro ordenamiento jurídico no hay otro con similares características, solo intervienen el empleador y trabajador, se inicia y concluye por decisión del empleador, no interviene otro sujeto para acusar ni sancionar. No participa la autoridad pública. Ante ello, consideramos que la garantía del derecho de defensa del trabajador debe ser respetada con mayor razón a fin de no dejar duda de que la decisión que se adopte será razonable.

⁵⁷ De acuerdo a la Real Academia Española (www.rae.es) comprobar significa “confirmar la veracidad o exactitud de algo”.

CAPÍTULO II:

EL DEBIDO PROCESO: GARANTÍA DEL TRABAJADOR EN EL PROCEDIMIENTO PREVIO AL DESPIDO

En el capítulo anterior, hemos visto que el debido proceso es un derecho fundamental que debe ser observado dentro del procedimiento de despido. Sin embargo, consideramos necesario saber cómo se aplica. Para ello, desde la perspectiva del trabajador, conoceremos los derechos y deberes que le corresponden durante el trámite del referido procedimiento.

En el presente capítulo, analizaremos los derechos y deberes del trabajador que forman parte del debido proceso, los cuales deben ser observados y respetados por el empleador y también por el mismo trabajador. Así, se genera una reciprocidad entre las partes por ser el contrato de trabajo sinalagmático y conmutativo. Previamente, conoceremos el contenido del derecho al descargo que le asiste al trabajador en ejercicio de su derecho de defensa a fin de cuestionar los cargos imputados.

2.1 Derecho de defensa: el descargo es una manifestación del debido proceso

Como lo hemos señalado, una de las características del procedimiento previo al despido es que tiene como finalidad genérica permitir la defensa del trabajador. Por tanto, consideramos que el descargo que pueda realizar el trabajador en ejercicio de tal derecho no es más que una clara manifestación del debido proceso. El descargo es la puesta en práctica del derecho de defensa. Es la mejor forma de cuestionar o contradecir la acusación del empleador.

El descargo es una manifestación del debido proceso en su dimensión procesal y constituye la máxima expresión del derecho de defensa. Jorge Toyama señala que mediante “el derecho de descargo el trabajador realiza su propia defensa antes de que pueda ser sancionado” (2015, p. 500). Por su parte, el Tribunal Constitucional señala que mediante el descargo el trabajador hará uso de su derecho en la mejor forma que le convenga⁵⁸.

⁵⁸ STC N° 3631-2012-PA/TC – Moquegua, f.j. 4.3.3

Entonces, el descargo es una expresión del derecho de defensa y la mejor forma de contradecir, pero, para que el trabajador pueda ejecutarlo, necesita que el empleador le otorgue facilidades y garantías necesarias. Sin embargo, esto no siempre ocurre, por lo que se le impide el pleno ejercicio de tal derecho. Veamos algunos casos:

1. Constituye un acto obstruccionista por parte del empleador no permitir el ingreso a la oficina para que el trabajador pueda acceder a la computadora asignada a fin de reunir la información necesaria, lo que le impidió presentar su descargo sustentado. Así lo resolvió la Corte Suprema⁵⁹.
2. El empleador ocultó al trabajador los medios probatorios durante el procedimiento previo. Recién fueron presentados con la contestación de la demanda; es decir, dentro del proceso judicial. Además, obtuvo tales medios probatorios en clara vulneración de la reserva de comunicaciones y la garantía de judicialidad⁶⁰.

Nos queda claro que, para que el trabajador ejerza su derecho al descargo, el empleador no puede impedirlo bajo ninguna forma ni argumento. En caso contrario, estaría afectando el debido proceso.

Por otro lado, algunos empleadores no le dan la debida importancia al derecho de defensa del trabajador, pues consideran que, en caso de no estar de acuerdo con el despido, podrá impugnarlo judicialmente. Por tal razón, remiten la carta de imputación de cargos sin ofrecer los medios probatorios que sustenten los hechos atribuidos como faltas. Evidentemente, esto perjudica al trabajador, ya que no podrá contradecirlos; es decir, no podrá ejercer su derecho al descargo de manera adecuada.

En la casuística,⁶¹ encontramos un singular criterio adoptado por un empleador a fin de justificar el despido. Alegó que en ningún extremo del artículo 31 de la LPCL le obliga a entregar al trabajador los medios probatorios de la falta imputada. Solo está obligado a la narración de los hechos para tipificar la falta imputada y, en todo caso, la ley solo le obliga a probar la causa del

⁵⁹ Casación Laboral N° 604-2014-Lima, f.j. 6.

⁶⁰ STC N° 1058-2004-AA/TC, f.j. 10, 22.

⁶¹ Casación Laboral N° 2224-2005-Lima, f.j. 4, 5, 10 y 11.

despido dentro del proceso judicial. Como sustento jurídico de este criterio, dicho empleador invocó el último párrafo del artículo 22 de la LPCL, norma que exige probar la causa del despido recién en sede judicial, claro está, en caso el trabajador decida impugnarlo. También adujo que durante la tramitación del procedimiento previo no hay exigencia legal para probar el hecho imputado y si el trabajador no se encuentra conforme con el despido podrá impugnarlo judicialmente, momento en el cual recién presentará los medios probatorios correspondientes.

Entonces, nos encontramos ante un problema. Por un lado, se establece que la finalidad del procedimiento previo es otorgarle al trabajador la posibilidad de defenderse a través del descargo y, por otro lado, algunos empleadores alegan que no se encuentran obligados a probar el hecho imputado dentro del procedimiento previo, sino recién dentro del proceso judicial que decida iniciar el mismo trabajador para cuestionar su despido. La Sala Suprema resolvió que este criterio resulta lesivo al derecho de defensa como elemento del debido proceso. No se deben limitar los mecanismos de defensa para que el trabajador pueda realizar sus descargos.

En resumen, el empleador no puede argumentar un supuesto control judicial posterior para limitar el derecho de defensa del trabajador. Debe cumplir con ofrecer los medios probatorios con la carta de imputación de cargos dentro del procedimiento y no fuera. Esto es para un efectivo ejercicio del derecho al descargo. No debemos olvidar que este procedimiento se instauró para conceder al trabajador la oportunidad de ejercer su defensa, lo que nosotros hemos considerado que constituye su finalidad genérica, y la comprobación objetiva de la causa justa de despido como su finalidad específica.

2.1.1 La flagrancia como excepción del derecho de defensa

El artículo 31 de la LPCL reconoce al empleador la facultad de despedir al trabajador sin otorgarle la posibilidad de ejercer su derecho de defensa, siempre y cuando el hecho que configure falta grave sea conocido en flagrancia. Como sabemos, flagrancia es un vocablo muy usado en la rama del Derecho Penal. En materia laboral, la Corte Suprema ha fijado el siguiente concepto:

El término flagrante está ligado a la concepción «**Que se está ejecutando actualmente**», pensar diferente implicaría que a criterio subjetivo de los empleadores, estos podrían cesar a sus trabajadores sin otorgarles el derecho de defensa cuando supongan que la falta grave es tan clara que no necesita de pruebas. De existir alguna duda sobre el alcance y contenido de esta norma de naturaleza laboral, se deberá estar a la interpretación que sea más favorable al trabajador, en aplicación del Principio Protector, bajo su regla del In dubio pro operario⁶² (énfasis es nuestro).

Como hemos venido señalando, el respeto al derecho de defensa del trabajador es la finalidad genérica del procedimiento. Por tanto, el empleador debe tener un especial cuidado al momento de tomar la decisión de negarle el ejercicio de tal derecho, que equivale a la exoneración del procedimiento, en caso advierta flagrancia en la comisión de la falta grave, ya que podría incurrir en arbitrariedad.

Agrega la citada jurisprudencia que, en caso de duda, el empleador deberá decidir observando el Principio In Dubio pro Operario. Nosotros cuestionamos este criterio, ya que no estamos frente a una norma jurídica, sino ante un hecho que debe ser valorado como flagrante o no. Como sabemos, dicho principio solo se aplica ante la duda que cause la interpretación de una norma jurídica, no de un hecho. Consideramos en caso de duda sobre un hecho, el empleador deberá preferir el derecho de defensa del trabajador. Este tema de la flagrancia lo ampliaremos en el siguiente capítulo cuando veamos el sub capítulo Exoneración del procedimiento como facultad del empleador.

2.2 Derechos del trabajador en el procedimiento de despido

Analizaremos los derechos que le corresponde al trabajador dentro del procedimiento de despido, los que deben ser respetados por el empleador de manera efectiva:

2.2.1 Presunción de inocencia

⁶² Casación N° 780-2005-Lima, f.j. 6

La presunción de inocencia se encuentra consagrada en el literal e) del numeral 24 del artículo 2 de nuestra Constitución, cuyo tenor literal es: “Toda persona es considerada inocente mientras no se haya declarado judicialmente su responsabilidad”. También se encuentra reconocida en el numeral 8.2 del artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En mérito a ello, se ha reconocido que la presunción de inocencia es un derecho fundamental y que el fundamento de dicha presunción se halla en el principio-derecho dignidad humana y en el principio *pro hómine*. Así lo señala el Tribunal Constitucional⁶³.

En la casuística, hemos encontrado que algunos empleadores no aplican el principio de presunción de inocencia en el procedimiento de despido. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha señalado:

(...) dicho principio se debe aplicar también en los procedimientos disciplinarios sancionatorios, a fin de garantizar la imposición de una sanción solo cuando se demuestre, con pruebas idóneas, responsabilidad en la comisión de la infracción. La sanción no se debe aplicar en base a una presunción de culpabilidad⁶⁴.

Coincidimos con dicho criterio. El procedimiento sancionador busca demostrar la responsabilidad del trabajador en la comisión de una falta, y mientras el empleador no lo demuestre, el trabajador se encuentra bajo el manto protector del principio bajo análisis, esto a fin de evitar daño a su dignidad y que sea sometido a un cuestionamiento anticipado tanto por el mismo empleador como por sus compañeros de trabajo.

Ni el Convenio N° 158 OIT, ni la LPCL, ni su reglamento regulan la aplicación de este principio en el procedimiento de despido; sin embargo, como bien lo señala el Tribunal Constitucional en la sentencia citada líneas arriba, en este tipo de procedimientos sancionadores sí resulta aplicable no solo por ser un derecho fundamental, sino también por ser un elemento del debido proceso, ya que el empleador se encuentra obligado a probar la culpabilidad del trabajador

⁶³ STC N° 1768-2009-AA/TC, f.j. 4.

⁶⁴ STC N° 5104-2008-PA/TC, f.j. 9.

y, mientras ello no ocurra, el trabajador debe ser considerado inocente o carente de responsabilidad sobre los hechos imputados.

El derecho a la presunción de inocencia es una presunción iuris tantum; es decir, cabe prueba en contrario a fin de acreditar la responsabilidad del trabajador. La carga de la prueba en este procedimiento especial recae, como se viene señalando, en el empleador. A fin de graficar la transgresión a este derecho fundamental, citaremos algunos casos:

1. Un empleador separó en forma definitiva del centro de trabajo a un trabajador señalando que lo hacía “hasta resultas de las acciones judiciales iniciadas”. De acuerdo a lo expuesto, el empleador evidenció que no tuvo certeza sobre la responsabilidad por los hechos imputados, no determinó el grado de responsabilidad, menos aún lo acreditó con medios probatorios. El Tribunal Constitucional ordenó la reposición del trabajador, entre otros fundamentos, por haberse infringido flagrantemente su derecho a la presunción de inocencia⁶⁵. Consideramos que el empleador no puede despedir o retirar del centro de trabajo al trabajador por un hecho sobre el cual no tiene certeza de su ocurrencia. Debe estar convencido, probado y comprobado de que ese hecho realmente sucedió.
2. En otro caso, la empresa denunció a un trabajador por supuesta sustracción de siete bolsas de azúcar, bajo la modalidad de robo sistemático. Incluso la policía fue hasta su domicilio para conducirlo a la comisaría. Como consecuencia de esta denuncia, fue despedido. Sin embargo, el Fiscal Penal determinó que el trabajador no incurrió en los hechos delictivos. El Tribunal Constitucional ordenó la reposición del trabajador por haberse afectado su derecho a la presunción de inocencia y, en forma conexa, su derecho al trabajo⁶⁶. Estimamos que el empleador no puede despedir al trabajador por una simple denuncia, tiene el deber de investigar y averiguar la ocurrencia del hecho y el grado de responsabilidad de los autores.

⁶⁵ STC N° 795-98-AA/TC, f.j.3.

⁶⁶ STC N° 673-99-AA/TC, f.j.3, 4

Como vemos, este derecho protege al trabajador de cualquier arbitrariedad. No puede despedirse a un trabajador si no media una comprobación objetiva sobre los hechos imputados y la certeza en la responsabilidad. No cabe una apreciación subjetiva del empleador. El empleador se encuentra obligado a realizar una investigación interna, a fin de verificar los hechos y reunir los medios probatorios, los que le servirán como sustento para la imputación de cargos. Es su deber probar y demostrar la culpabilidad, mientras tanto, el trabajador es considerado inocente del hecho imputado.

2.2.2 Imputación de cargos por escrito

Nuestra Constitución reconoce el derecho fundamental de todo acusado o detenido de que se le informe por escrito el motivo de su acusación o detención debidamente fundamentado. Así lo señalan los numerales 5, 14 y 15 del artículo 139. El Convenio N° 158 OIT en su artículo 7 no estableció ninguna formalidad para que el trabajador ejerza su derecho de defensa frente a los cargos imputados. Así también lo señaló la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (CEACR) en su Informe de 1995, en adelante Informe CEACR, donde concluye que el referido Convenio “no indica explícitamente la forma en que deberá ejercerse esta defensa ni la forma en que deberían presentarse los cargos” (OIT, p.71).

Sin embargo, debemos decir que el artículo 31 de LPCL ha tenido mejor desarrollo normativo que su norma inspiradora, estableció un procedimiento formal previo al despido y señala que la imputación de cargos debe ser por escrito y se le concede al trabajador un plazo no menor de 06 días naturales para su descargo. Consideramos acertados estos aportes del legislador peruano, pues, con ellos, el trabajador encuentra un espacio determinado para que pueda defenderse, donde pueda materializar el ejercicio de tal derecho y se establece una forma adecuada por escrito. Es preciso tener en cuenta que, con la entrega de la carta de imputación de cargos al trabajador, bajo acuse de recibo, se da inicio efectivo al procedimiento, así lo señala el Tribunal Constitucional⁶⁷. Germán Serkovic señala que “la carta de imputación de cargos tiene naturaleza recepticia, causa efecto desde que es entregada al trabajador” (2018a, p.13).

⁶⁷ STC N° 6681-2013-PA/TC, f.j. 31.

Sobre este extremo, hemos encontrado en la casuística que algunos empleadores consideran que con la puesta a disposición de dicha carta en el oficio notarial se da inicio al procedimiento, lo cual no es correcto. Veamos lo que ocurrió en un caso que fue resuelto por la Tercera Sala Superior Laboral Permanente de Lima: una trabajadora fue impedida de ingresar a su centro de trabajo el viernes 31 de octubre de 2014. El empleador adujo que se le había iniciado el trámite de despido y le informó a la trabajadora que debía esperar una carta notarial y dar respuesta. Dicha carta, que contenía la imputación de cargos, recién fue dejada en su domicilio el lunes 03 de noviembre de 2014. De manera errada, el empleador consideró que con la sola puesta de la carta de imputación en la notaría se daba inicio al procedimiento. Por ello, no respetó el derecho de defensa y procedió con el despido. La trabajadora lo impugnó judicialmente. Durante el desarrollo del proceso, el empleador adujo que el día que no le permitió el ingreso a la trabajadora se le entregó una copia simple de la carta, pero sin cargo. Evidentemente, este argumento fue rechazado por improbad, pues no se cumplió con la exigencia formal de dar inicio al procedimiento. Se declaró fundada la demanda por despido incausado y se ordenó la reposición de la trabajadora. La sentencia fue confirmada⁶⁸.

En otro caso⁶⁹, se fijó como criterio jurisprudencial que, al no haberse acreditado la fecha de recepción de la carta de despido, se incumplió con el trámite del procedimiento tal como lo exigen los artículos 31 y 32 de la LPCL. Consideramos que el empleador se encuentra en el deber de probar la fecha de entrega, con acuse de recibo, tanto de la carta de imputación de cargos como de la carta de despido.

En el Informe CEACR se señala que “la posibilidad de defenderse implica que los cargos imputados deben ser puestos en conocimiento del trabajador antes de la terminación de la relación de trabajo”⁷⁰ (OIT, p.71). El artículo 43 del Reglamento de la LPCL⁷¹ señala que la carta de imputación de cargos debe ser entregada en el último domicilio del trabajador que tenga registrado el empleador o en el centro de trabajo bajo cargo.

⁶⁸ Sentencia de la Tercera Sala Laboral Permanente de Lima del 25/04/2018 dentro del Expediente N° 33193-2014, f.j. 3.4, 3.5 y 3.6

⁶⁹ Casación Laboral N° 4618-2016-Lima, f.j. 15.

⁷⁰ De acuerdo al artículo 3 del Convenio N° 158 las expresiones “terminación” y “terminación de la relación de trabajo” significan terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador.

⁷¹ Decreto Supremo N° 001-96-TR.

Nuestra legislación ha establecido un procedimiento previo al despido. El mismo debe ser por escrito y se otorga al trabajador un plazo no menor de 6 días naturales para sus descargos. Como lo hemos señalado, ha tenido un mejor desarrollo normativo que el Convenio N° 158 OIT, lo que resulta acertado a fin de favorecer la defensa del trabajador. En opinión del autor argentino, Arturo S. Bronstein, “el procedimiento previo establecido por el Perú es único y tiene como finalidad averiguar la causa del despido, pero otorgándole al trabajador la oportunidad para defenderse” (1990, p.275).

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha señalado que, “dentro del procedimiento previo al despido, se debe probar la comisión de la falta, lo que permitirá al investigado ejercer su defensa”⁷². No coincidimos con este criterio. Líneas arriba, hemos sostenido que el procedimiento previo tiene como finalidad específica comprobar, no probar, la existencia de la falta, ya que antes de dar inicio a dicho procedimiento, el empleador, en una investigación interna previa, debe acopiar los medios probatorios que acrediten la comisión de la falta.

Entonces, queda claro que la imputación de cargos debe ser por escrito, su entrega debe ser bajo acuse de recibo y con la recepción de la carta por parte del trabajador se da inicio al procedimiento de despido.

2.2.3 Descripción precisa y minuciosa de los hechos (tipificación de la falta)

La LPCL no establece cómo debe realizarse la descripción de los hechos imputados como falta. Sin embargo, el artículo 44 del Reglamento de la LPCL señala lo siguiente: “El error en la cita legal, de las comunicaciones señaladas en el artículo anterior, no invalida las mismas, siempre que los hechos que den lugar a la atribución de la falta estén debidamente determinados”. (subrayado es nuestro).

Sobre el error en las citas legales nos pronunciaremos más adelante. Por ahora, nos interesa la parte que regula la norma sobre los hechos atribuidos como falta deben ser determinados. Según

⁷² STC N° 1489-2004 AA/TC f.j.7

el diccionario de la Real Academia Española⁷³, una de las acepciones de la palabra “determinar” es: “señalar o indicar algo con claridad y exactitud”. En consecuencia, el citado reglamento exige al empleador remitir la carta de imputación de cargos indicando los hechos que constituyen falta grave de manera clara y exacta.

Dicha norma tiene como sustento constitucional el literal d) del numeral 24 del artículo 2, que a la letra dice: “Nadie será procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley de manera expresa e inequívoca, como infracción punible ni sancionado con pena no prevista en la ley”. El Convenio N° 158 OIT ni la Recomendación N° 166⁷⁴ no dicen nada al respecto. En el Informe CEACR sí encontramos una precisión, “los cargos que se imputen y comuniquen al trabajador deben ser sin ambigüedad, lo que debe permitir una defensa real” (OIT. p. 71).

Por nuestra parte, consideramos que la carta de imputación de cargos, al contener una acusación que atribuye una causa de despido relacionada con la capacidad o conducta del trabajador, debe incluir una descripción precisa, minuciosa y exacta de los hechos a fin de evitar ambigüedades, como lo sugiere el Informe CEACR. No debe contener una descripción mínima de los hechos. Por el contrario, debe ser lo más descriptiva posible y todo lo minuciosa que se requiera, pues otorgarle al empleador la posibilidad de que su carta no sea rigurosa en cuanto a dicha descripción es concederle la posibilidad de incurrir en una generalidad y ambigüedad, en clara afectación del debido proceso. Debe ser lo más detallado posible para permitir el ejercicio pleno del derecho de defensa.

Un sector de la doctrina considera que no es necesaria una descripción minuciosa de las faltas, así lo expone Carmen Ortiz (citado en Toyama 2009, p.151). Nosotros consideramos que la carta de imputación de cargos sí debe cumplir con dicha exigencia a fin de que el trabajador conozca al detalle la acusación. En igual sentido opina Germán Serkovic: “(...) el documento

⁷³ <http://www.rae.es/>

⁷⁴ Un Convenio de la OIT es una norma internacional cuya eficacia interna en cada país está condicionada al acto de ratificación del Convenio por la autoridad competente del Estado. Es un “tratado colectivo”. Las Recomendaciones son “textos orientativos que sin eficacia vinculante pueden operar como criterios interpretativos o aclaratorios de los convenios” (Montoya 2013, p.199)

deberá mencionar con el mayor detalle posible la descripción de los hechos atribuidos al trabajador que constituyan falta grave” (2018b, p.13).

Muchas veces encontramos, en las cartas de imputación de cargo, narración de hechos genéricos sin precisar la falta y simples citas legales que no constituyen determinación de los hechos. Veamos la siguiente casuística:

1. Como supuesta falta grave, en la carta de imputación de cargos, se estableció el incumplimiento de sus obligaciones por parte de una trabajadora. Según se refirió, no cumplió con brindar información y entregar los documentos que la SUNAT requería, lo que causó perjuicio al empleador. Sin embargo, dicho requerimiento fue recibido por el área de contabilidad general y no por operaciones financieras, donde laboraba la trabajadora. Durante el proceso de amparo, se llegó a demostrar que era obligación del área de contabilidad atender los requerimientos de la SUNAT⁷⁵. El Tribunal Constitucional ordenó la reposición por inexistencia de los hechos. En el caso citado, el empleador desconocía las funciones de la trabajadora como responsable del área de operaciones financieras, lo que conllevó a la imputación de un hecho impreciso e inexistente. No era su responsabilidad absolver los requerimientos de la Administración Tributaria, sino del área de contabilidad, negligencia inexcusable por parte del empleador. Consideramos que lo resuelto por el Tribunal resulta justo y adecuado a derecho.
2. Otro empleador, en la carta de imputación de cargos, señaló que varios de sus trabajadores incurrieron en la supuesta falta grave de injuria y ofensa de palabra escrita por haberse difundido en el diario La República una publicación con el título “Despedidos reclaman pago de sus sueldos al Banco de la Nación”⁷⁶. En este caso, el empleador no precisó en qué consistió la injuria y la ofensa de palabra solo invocó la norma legal sobre falta grave. No explicó con exactitud los hechos considerados falta grave.
3. En otro caso, como supuesta falta grave se argumentó una “disminución de la productividad”. Sin embargo, la falta tipificada en el literal b) del artículo 25 de la LPCL⁷⁷ es “La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen

⁷⁵ STC N° 2158-2006-PA/TC f.j. 3 y 6

⁷⁶ STC N° 150-2000-AA/TC f.j. 5 y 6.

⁷⁷ En la sentencia se cita a la anterior norma el TUO de la Ley de Fomento del Empleo.

o de la calidad de producción (...)”⁷⁸. En este caso, el empleador tampoco precisó en qué consistió dicha falta, solo invocó la norma legal. No explicó con exactitud los hechos que habrían generado la supuesta “disminución de la productividad”.

4. En una carta de imputación de cargos se señaló que una docente incurrió en las siguientes faltas: i) Haber presentado su carta de descargo, con documentos supuestamente falsos y adulterados, utilizando a las madres de familia para fabricar una prueba ilícita; ii) Haber involucrado a los alumnos y a los padres de familia, a quienes comentó que la quieren botar del colegio, generando un ambiente de inseguridad; iii) Haber afectado la imagen del colegio, desplazándose descalza con los zapatos en la mano y hablando por celular dentro del colegio en presencia de los padres; iv) Se tiene informes y quejas de compañeras y colegas, quienes refieren que se niega a cumplir con sus obligaciones, propiciando un clima inconveniente para las labores educativas. La Sala Suprema resolvió, sobre la primera falta, que el documento supuestamente falso fue suscrito por las madres con posterioridad a la fecha que se consigna en ella. El empleador se enteró de ello por “revelación de las madres”; sin embargo, no precisó el nombre de quienes revelaron tal hecho. Sobre las demás imputaciones se incurre en generalidad e imprecisión, pues no se detalla el tipo de informe o queja en contra de la docente, no se indica quienes la presentan y, sobre la caminata descalza no se ofrece prueba; se ofrece un video, pero en él no se aprecia la falta⁷⁹. Esta sentencia reitera que el empleador debe precisar los hechos, indicando nombres, fechas, lugares y demás aspectos que permitan identificar lo ocurrido y, por supuesto, ofrecer medios probatorios idóneos.
5. Mediante carta notarial de imputación de cargos del 31 de octubre de 2014⁸⁰, un empleador atribuyó a una trabajadora dos supuestas faltas graves: 1) una casi nula productividad y 2) reiteradas faltas injustificadas por más de 05 días en un período de 30 días. Sobre la primera, hizo referencia a un presunto estudio de productividad que, según refiere, determinó que la productividad de la trabajadora es mucho menor al 50% de la

⁷⁸ STC N° 1112-98-AA/TC f.j. 4 y 5

⁷⁹ Casación Laboral N° 7145-2014-Arequipa f.j. 7 y 8

⁸⁰ Revisar la carta que consta a fojas 05 del Expediente N° 33193-2014 que se tramitó ante el Noveno Juzgado de Trabajo Permanente de Lima. Si bien el Juzgado no se pronunció sobre estas faltas porque consideró que el despido fue incausado al no haberse dado inicio formal al procedimiento previo, sin embargo, consideramos oportuno citar dicha carta como sustento de nuestra tesis. Sobre la sentencia debemos decir que se ordenó la reposición de la trabajadora por despido incausado, la misma fue confirmada.

productividad comparado con las Asistentes Administrativas de otras áreas. Sin embargo, no precisó el método aplicado para determinar ese porcentaje. Tampoco identificó los nombres de las trabajadoras con las cuales hizo tal comparación y no adjuntó el referido estudio como medio probatorio. Sobre la segunda falta, señaló que, durante el mes de octubre de 2014, la trabajadora habría totalizado más de 05 días no consecutivos de ausencias injustificadas. Sin embargo, no precisó las fechas de las supuestas inasistencias. Como vemos, el empleador no fue minucioso ni preciso en la imputación de cargos.

6. Mediante carta de imputación de cargos del 19 de noviembre de 2013⁸¹, se señaló que un trabajador incurrió en 04 supuestas faltas graves. Para efectos de nuestra investigación, nos vamos a referir solo a la primera imputación. El empleador señaló que el trabajador habría incurrido en supuestas irregularidades en el área de ventas de la empresa. Estas se encuentran detalladas en un documento en idioma inglés denominado *HPE Finance Overview*, que lo adjuntaron sin la respectiva traducción oficial. Se imputaron los siguientes hechos: “algunos clientes” habrían adquirido “ciertos productos” de la empresa por un valor de US \$ 540,000, y estos no fueron entregados a los “supuestos compradores”. Agrega que se verificó que “ciertos productos” venían siendo facturados sin una orden de compra por parte de los “supuestos adquirentes”. Los “supuestos compradores” indicaron que nunca solicitaron ni mucho menos compraron “ciertos productos”. Esto ocasionó que en “ciertas circunstancias” se exija a “ciertos clientes” el pago de los productos supuestamente adquiridos cuando en realidad no los habían comprado. En este caso, para ser más gráficos, hemos cumplido con transcribir de manera literal las citas entre comillas a fin de demostrar la imprecisión e inexactitud de la falta. El empleador no cumplió con identificar a los clientes o compradores, brindar las características de los productos ni precisar las circunstancias en las que habrían ocurrido los hechos. Como se ve, existe una vaga e imprecisa cita de los hechos. Con buen criterio, la Cuarta Sala Superior Laboral Permanente de Lima rechazó esta falta bajo el siguiente argumento:

⁸¹ Revisar la carta que consta a fojas 20 del Expediente N° 535-2014 que se tramitó ante el Tercer Juzgado de Trabajo Permanente de Lima. La falta grave bajo análisis fue rechazada por la Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima, consideramos oportuno citar dicha carta como sustento de nuestra tesis.

Tanto más, si la emplazada en la referida carta, menciona que: “(...) *sin perjuicio que algunos clientes habrían adquirido ciertos productos por US \$ 540,000.-, éstos no fueron entregados a los supuestos compradores (...)*”; evidenciándose de ello que la demandada no tuvo la debida diligencia de imputar de forma clara, concreta y objetiva la falta grave que acusa al actor, muy por el contrario atino a señalar de manera genérica, vaga, basados en supuestos y carente de objetividad las aseveraciones que realiza respecto a esta causal. Siendo ello así, se llega a la conclusión la manera de proceder de la demandada atenta contra la presunción de inocencia del actor, por cuanto no se determinado (sic) de manera clara, precisa y objetiva la falta que se acusa al actor, más aún si, ni el despido ni el motivo se deduce o se presume, pues tiene que ser probado de conformidad a lo estipulado en el artículo 37 del D.S. N° 003-97-TR motivo por el cual se estima los agravios respecto a esta imputación⁸².

En buena cuenta, la carta de imputación de cargo es una acusación. Por ende, el empleador debe precisar, o como dice el artículo 44 del Reglamento de la LPCL, determinar los hechos considerados como causa justa de despido.

El Tribunal Constitucional señala que “conforme al artículo 2, numeral 24, literal “d” de nuestra Constitución Política, el principio de tipicidad impone que los hechos (actos u omisiones) tipificados como infracciones punibles deben ser establecidos en forma expresa e inequívoca (...)”⁸³. Coincidimos con dicho Tribunal, la imputación de cargos no puede ser tácita ni sujeta a presunción, debe ser expresa; tampoco cabe equivocación en la precisión de los hechos. El mismo Tribunal también ha señalado que constituye un supuesto para considerar como despido fraudulento cuando se le atribuye el trabajador una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad⁸⁴.

⁸² Sentencia del 17 de noviembre de 2017 recaída dentro del Expediente N° 535-2014, f.j. 39

⁸³ STC N° 150-2000-AA/TC, f.j. 5

⁸⁴ STC N° 976-2001-AA/TC-Huánuco, f.j.15, literal C

Entonces, constituye un deber del empleador, al momento de imputar los cargos, observar el principio de tipicidad que le exige determinar los hechos en forma expresa e inequívoca. Su inobservancia puede generar un despido fraudulento. Veamos otra casuística:

1. En la carta de imputación de cargos, se atribuyó al trabajador no haber asistido a laborar 03 días consecutivos: 2, 3 y 4 de julio de 2013, se sustenta la falta en el literal h) del artículo 25 de la LPCL. En la carta de despido, como motivo del cese, se consignó lo siguiente: “haber inasistido en forma injustificada a su centro de trabajo los días 2, 3 y 4 de julio de 2013, lo cual constituye abandono de trabajo”. La Sala Suprema señala que el literal h) del artículo 25 de la LPCL prevé 2 supuestos diferenciados: abandono de trabajo e inasistencias injustificadas. Argumenta diciendo que el empleador no ha diferenciado la existencia de dichos supuestos, llegando a confundir ambas figuras jurídicas disciplinarias. Dicha norma dispone que para el abandono de trabajo debe concurrir más de 03 días consecutivos y, para las ausencias injustificadas, más de 05 días en un período de 30 días calendario, supuestos que no se cumplen. Al haberse confundido dos supuestos jurídicos distintos, y al no haberse acreditado que el mismo supere los 03 días que exige la norma, no hay falta. Por ende, no hay causal de despido. La Sala Suprema resolvió señalando que se ha vulnerado el principio de tipicidad y se ha incurrido en un despido fraudulento. No se ha tipificado debidamente la falta cometida. Declaró fundada la demanda y ordenó la reposición del trabajador⁸⁵.

Estamos de acuerdo con lo resuelto por la Sala Suprema. El empleador no puede incurrir en error al momento de tipificar la falta cometida. La consecuencia sería adversa a sus intereses, cabe la posibilidad de que el despido sea declarado fraudulento y se ordene la reposición del trabajador. De lo revisado, nos resulta claro que la carta de imputación de cargos de ninguna manera puede ser genérica, vaga ni imprecisa. Por el contrario, debe ser exacta, precisa y minuciosa en resguardo del debido proceso. Solo de esta forma el trabajador puede defenderse de los cargos imputados.

Sin embargo, es posible que pueda darse el siguiente supuesto: pese a la falta de precisión de los hechos en la carta de imputación, el trabajador decide ejercer plenamente su derecho de

⁸⁵ Casación N° 2228-2016-Lima, f.j. 12, 14, 15 y 16.

defensa y cumple con absolver los cargos imputados. De ocurrir ello, nos preguntamos: ¿qué sucede con el procedimiento de despido, puede ser declarado nulo?

El principio de convalidación⁸⁶ nos puede ayudar con la respuesta. Primero, el trabajador, pese a que tuvo la oportunidad de cuestionar la ausencia de formalidad de la carta, decide absolver los cargos. Entendemos que hay una convalidación tácita. Segundo, a pesar de la carencia formal, con la respuesta del trabajador la carta cumplió su finalidad.

Consideramos que el referido procedimiento no puede ser declarado nulo por haber sido convalidado por el mismo trabajador. Para evitar un perjuicio a su derecho, recomendamos al trabajador evaluar de manera adecuada si la carta de imputación de cargos le permite o no ejercer plenamente su defensa. Es aconsejable contar con una asesoría profesional a fin de adoptar la decisión correcta.

2.2.4 Acceso a los medios probatorios

Es derecho del trabajador conocer los medios probatorios que sustenten la imputación de cargos. Así podrá defenderse mejor. Como lo hemos señalado en el primer capítulo, el derecho a la prueba también forma parte del debido proceso, por lo que resulta indispensable para todo sujeto sometido a un procedimiento sancionador conocer las pruebas de cargo. Reynaldo Bustamante señala:

(...) en todo proceso o procedimiento resulta aplicable el principio de contradicción. En mérito a ello, para la validez de la prueba producida, esta debe ser conocida por la otra parte a fin de cuestionarla o contradecirla presentando sus pruebas de descargo o ejerciendo el derecho a contraprobar (2001b, p.264).

Pero para conocer los medios probatorios, el empleador deberá cumplir con su entrega. En caso contrario, resultará difícil cuestionarlos o presentar contrapruebas. En la LPCL y su

⁸⁶ No es un principio del derecho laboral sino del derecho procesal civil y se encuentra regulado en el Artículo 172 Código Procesal Civil.

reglamento, no encontramos norma expresa que establezca como deber del empleador ofrecer o adjuntar los medios probatorios con la carta de imputación de cargos. Si bien el artículo 37 de la LPCL y el artículo 32 del reglamento regulan que la carga de prueba corresponde al empleador a fin de demostrar la causa del despido, no se precisa si los medios probatorios deben ser ofrecidos con la referida carta o dentro del proceso judicial, ya que el último párrafo del artículo 22 de la misma ley señala que el empleador deberá probar la causa del despido, pero recién dentro del proceso judicial que el trabajador entable a fin de impugnar su despido.

Consideramos que el legislador estableció este deber pensando más en el proceso judicial y no tanto en el procedimiento previo al despido, pues no reguló el ofrecimiento de las pruebas en esta etapa. Haciendo un paralelo, cuando uno postula una demanda civil, el numeral 10 del artículo 424 del Código Procesal Civil exige la presentación de los medios probatorios conjuntamente con la referida demanda. Esto es correcto, pues con ello, desde un inicio, la parte demandada toma conocimiento de los medios probatorios que sustentan la pretensión, lo que le permitirá ejercer su derecho de defensa en debida forma.

En el procedimiento previo al despido, no existe norma parecida que exija al empleador ofrecer los medios probatorios con la carta de imputación de cargos. Sin embargo, la jurisprudencia se ha encargado de suplir este vacío. Al respecto, es necesario tener en cuenta la conclusión a la que arriba Oxal Ávalos: “La jurisprudencia se convierte, entonces, en un aliado y en un compañero inseparable en el devenir de los procedimientos de despido” (2015 p. 275).

Veamos algunos casos en los cuales se ha resuelto declarando la invalidez del despido por no respetar el derecho a la prueba del trabajador:

1. Un trabajador fue despedido supuestamente por haber utilizado su computadora en horario de trabajo para enviar material pornográfico, con lo que habría demostrado falta de capacidad e idoneidad para el desempeño del cargo e inobservancia del reglamento interno de trabajo. Iniciado el procedimiento de despido, el empleador no le permitió el ingreso al centro de trabajo. Según el Tribunal Constitucional, en las cartas de imputación de cargos y despido, el empleador no precisó la forma como determinó la falta grave ni ofreció

pruebas concretas, lo que le impidió al trabajador ejercer su derecho de defensa. Además, señaló que resulta grave que los medios probatorios hayan sido puestos en conocimiento del demandante recién con la contestación de la presente demanda. Le ocultó las pruebas, pese a que las mismas fueron obtenidas 03 días antes de remitir la carta de imputación de cargos. Dicho tribunal consideró inconstitucional el procedimiento de despido por afectación a los derechos fundamentales del trabajador y ordenó su reposición⁸⁷.

2. En otro caso, el empleador alegó que el hecho de que no haya entregado al trabajador el informe de auditoría no implica que se haya vulnerado su derecho de defensa, pues, según su criterio, en ningún supuesto legal se obliga al empleador a entregar documentación sustentatoria con la carta de imputación de cargos, ya que la ley solo obliga a probar la causa del despido en el proceso judicial laboral que el trabajador inicie. La Sala Suprema señaló que el empleador no debe limitar los mecanismos de defensa a fin de que el trabajador pueda realizar su descargo. Lo contrario es afectar su derecho de defensa, lo que es evidente en el presente caso. Dicha Sala declaró infundado el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de vista que confirmó la sentencia apelada, la misma que ordenó el pago de la indemnización por despido arbitrario, entre otros conceptos⁸⁸.
3. En este caso, el empleador en su carta de imputación de cargos, atribuyó a la trabajadora la falta grave de haber “difamado e injuriado a altos directivos de la empresa” y se limitó a citar la norma legal que consideró pertinente. No identificó los hechos que configuren la falta, tampoco ofreció medios probatorios. La ausencia de sustento probatorio afectó el derecho de defensa de la trabajadora, le impidió una defensa eficaz y no pudo evitar una sanción injusta. El Tribunal Constitucional ordenó la reposición de la trabajadora por haberse afectado un derecho fundamental, lo que resulta inconstitucional⁸⁹.

Pese a la ausencia de norma expresa, creemos que el empleador tiene el deber de ofrecer los medios probatorios que sustenten la imputación de cargos con la respectiva carta. En caso contrario, consideramos que afecta el debido proceso, pues lesiona el derecho a la defensa. Los medios probatorios resultan ser el sustento de toda acusación. Impedir su acceso resta de contenido al derecho de defensa.

⁸⁷ STC N° 1058-2004-AA/TC, f.j. 9, 10.

⁸⁸ Casación N° 2224-2005-Lima, f.j. 4,10 y 11.

⁸⁹ STC N° 555-1999-AA/TC, f.j.5.

El último párrafo del artículo 22 de la LPCL señala que el deber de probar la causa del despido le corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera iniciar a fin de impugnar su despido. Como hemos visto líneas arriba en la segunda casuística⁹⁰, algunos empleadores realizan una interpretación literal de la citada norma y consideran que su deber de probanza del despido recién será en sede judicial, lo que no es correcto, pues, de acuerdo al debido proceso, el derecho de defensa es una garantía que debe observar el empleador también dentro del procedimiento previo.

Por nuestra parte, consideramos que la única forma de hacerse efectivo es con el ofrecimiento de las pruebas a fin de que el trabajador pueda realizar sus descargos. Entender que el empleador solo debe probar la causa del despido en sede judicial es limitar el derecho de defensa del trabajador dentro del procedimiento previo, lo que resulta lesivo por ser un derecho fundamental. En consecuencia, se debe interpretar la citada norma como el deber que tiene el empleador de probar la causa del despido, tanto en el procedimiento previo como en el proceso judicial que se inicie a fin de realizar un control efectivo del despido.

a. Revisar y obtener las pruebas en el centro de trabajo

El acceso a las pruebas no debe ser limitado. Si el trabajador solicita la revisión de las pruebas que se encuentran en el centro de trabajo, consideramos que el empleador no debe tener ninguna objeción en impedir su ingreso para brindarle las facilidades que requiera a fin de revisar y obtener las pruebas que considere necesarias para su defensa.

Si el trabajador se encuentra exonerado de asistir, ello no constituye un impedimento para que solicite el acceso a las pruebas que se encuentren en el centro de trabajo. El Tribunal Constitucional ha señalado que constituye una de las características del derecho a la prueba: “(...) [La] Constitucionalidad de la actividad probatoria, la cual implica la proscripción de actos que

⁹⁰ Casación N° 2224-2005-Lima, f.j. 4,10 y 11.

violen el contenido esencial de los derechos fundamentales o transgresiones al orden jurídico en la obtención, recepción y valoración de la prueba”⁹¹.

En conclusión, el derecho a la prueba constituye un derecho fundamental que no puede ser lesionado durante el procedimiento de despido, forma parte esencial del debido proceso; así el trabajador conocerá el sustento probatorio de la imputación de cargos y tendrá la oportunidad de contradecirlo ofreciendo sus propios medios probatorios. El Tribunal Constitucional señala que este derecho debe ser respetado durante la producción y conservación de las pruebas; en el ofrecimiento, traslado a la otra parte y actuación, y durante su valoración, que implica un análisis razonado de los elementos probatorios ofrecidos por ambas partes.

2.2.5 Principio *ne bis in idem*

Este principio no se encuentra reconocido en forma expresa en nuestra Constitución, pese a ello, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

El derecho a no ser enjuiciado dos veces por el mismo hecho, esto es el principio del *ne bis in idem* "procesal", está implícito en el derecho al debido proceso reconocido por el artículo 139°, inciso 3) de la Constitución. Esta condición de contenido implícito de un derecho expreso, se debe a que, de acuerdo con la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos y libertades fundamentales se aplican e interpretan conforme a los tratados sobre derechos humanos en los que el Estado Peruano sea parte. Y el derecho al debido proceso se encuentra reconocido en el artículo 8.4° de la Convención Americana de Derechos Humanos, a tenor del cual: "(...) Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las garantías mínimas: El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos".⁹²

Por su parte, Emma Canchari señala que “dicho principio, según la jurisprudencia y un sector mayoritario de la doctrina, lo encuentran implícito en los principios procesales de legalidad,

⁹¹ STC N° 1014-2007-PHC, f.j. 12

⁹² STC N° 2050-2002-AA/TC, f.j.18

debido proceso y proporcionalidad, otorgándole rango constitucional” (2009, p.186). Este principio tampoco se encuentra regulado en el Convenio N° 158 OIT, en la LPCL ni en su reglamento, pero, siendo un elemento del debido proceso, consideramos que resulta aplicable en el procedimiento previo al despido. Así también lo entiende Manuel De Lama al considerar que el citado “principio encuentra campo de actuación en dicho procedimiento al derivarse directamente de la garantía del debido proceso que le corresponde a toda persona como derecho fundamental” (2015, p.16).

Sobre este Principio *ne bis in idem* el Tribunal Constitucional⁹³ nos explica que tiene doble configuración, que es necesario conocerla para un mejor entendimiento:

- a) SUSTANTIVA: parte del enunciado “nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho”. Su aplicación impide que una persona sea sancionada dos o más veces por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento. Este último requisito está referido a la lesión de un mismo bien jurídico o un mismo interés protegido. Tiene conexión con los principios de legalidad y proporcionalidad.
- b) PROCESAL: significa que “nadie puede ser juzgado dos veces por los mismos hechos”. Un mismo hecho no puede ser objeto de dos procesos distintos. Se impide la dualidad de procesos.

Veamos cómo esta doble configuración, que describe el referido Tribunal, se plasma en la realidad:

- 1) Antes de proceder con el despido, una empresa impuso al trabajador una medida disciplinaria de suspensión sin goce de haberes. Posteriormente, la empresa, mediante carta, dejó sin efecto dicha medida. Pese a que esta sanción fue cumplida, la empresa le impuso otra sanción, el despido. La Sala Suprema declaró arbitrario el despido y ordenó el pago de la indemnización de acuerdo a ley, señalando que al trabajador no se le podía volver a sancionar por los mismos hechos. El despido fue declarado arbitrario y se ordenó

⁹³ STC N° 2050-2002-AA/TC, f.j.19

el pago de la indemnización de acuerdo a ley⁹⁴. Esta jurisprudencia tiene relación con el aspecto sustantivo del principio bajo análisis.

2) Mediante carta, se imputó falta grave al trabajador por haber presentado un comprobante de pago por alojamiento, presuntamente adulterado, a fin de sustentar gastos mayores a los reales. El trabajador realizó sus descargos adjuntando una carta del administrador del hotel. El empleador aceptó sus descargos con lo que desvirtuó las imputaciones. El trabajador reinició sus labores. Luego de 06 meses, el empleador le remite otra carta de imputación de cargos señalando que el referido comprobante sí estaba adulterado y que la carta ofrecida con sus descargos era falsa en contenido y firma. El trabajador nuevamente realizó su descargo, solicitando una pericia. El empleador desestima la pericia y procede con el despido. A través de un proceso de amparo, el Tribunal Constitucional ordena la reposición por haberse vulnerado el principio *ne bis in ídem*, ya que en el primer proceso investigatorio fue absuelto. Luego se inició otro por los mismos hechos y se le despidió⁹⁵. Esta jurisprudencia resulta un claro ejemplo del aspecto procesal. No pueden abrirse dos procedimientos por un mismo hecho, peor aún si en el primero fue absuelto.

Pese a que nuestra Constitución no reconoce el principio *ne bis in ídem* de manera explícita, consideramos que se trata de un derecho fundamental no escrito, en tal sentido ha sido reconocido por los jueces constitucionales, es un elemento del debido proceso, por tanto, debe ser aplicado en sus aspectos sustantivo y procesal en el procedimiento de despido como garantía del trabajador.

a. Casos especiales: abandono de trabajo e impuntualidad reiterada

El literal h) del artículo 25 de la LPCL establece como faltas graves las siguientes conductas:

El abandono de trabajo por más de tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por más de cinco días en un período de treinta días calendario o más de quince días en un período de ciento ochenta días calendario, hayan sido o no sancionadas disciplinariamente

⁹⁴ Casación N° 1499-2000-Lima, f.j. 8, 9.

⁹⁵ STC N° 9752-2006-AA/TC, f.j. 2, 4, 5 y 8.

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.

Según la Corte Suprema⁹⁶, esta norma regula 2 supuestos: abandono de trabajo y la impuntualidad reiterada. Analizaremos si las sanciones a estas faltas afectan el principio *ne bis in idem*. Veamos el abandono de trabajo, la norma señala que el trabajador incurrirá en esta falta cuando se ausente de manera injustificada por más de 03 días consecutivos o por más de 05 días en un período de 30 días calendario o por más de 15 días en un período de 180 días, hayan sido previamente sancionadas o no. En los dos últimos supuestos, la norma hace referencia a ausencias intermitentes dentro de un período determinado.

Planteamos el siguiente caso hipotético para un mejor examen: un empleador cumple con sancionar al trabajador por sus ausencias injustificadas intermitentes dentro de un período de 30 días calendario. Primero, por dos días de inasistencia le amonesta por escrito. Luego, el trabajador persiste con su conducta, no asiste por 03 días, recibe una suspensión de 01 día. Aun así, no concurre a laborar 02 días más. Con esto sobrepasa el límite de 05 días de inasistencias injustificadas dentro de un período de 30 días calendario. El empleador procede a despedirlo por su reiterada inasistencia injustificada, pues constituye falta grave. El trabajador alega que se afectó el principio *ne bis in idem*. Refiere que no pueden sancionarlo dos veces por los mismos hechos, anteriormente, fue amonestado y suspendido, ahora, despedido por sus inasistencias injustificadas.

Consideramos que el argumento del trabajador carece de sustento por las siguientes razones:

- Carlos Blancas señala que “esta falta requiere dos requisitos para su configuración: la reiteración y la ausencia de justificación por las inasistencias al trabajo”. El mismo autor agrega que se entiende por reiteración como la “habitualidad o continuidad en la dejación o abandono de la prestación del servicio convenido” (2013b, p.264).

⁹⁶ Casación N° 13768-2016-Lambayeque, f.j. 15

- Esa reiteración, sancionada o no, si sobrepasa los límites, recién será considerada como falta grave que justifique el despido. Las ausencias anteriores son consideradas faltas leves.
- Lo que la ley sanciona es la reiteración y el poco apego al cumplimiento de sus deberes o, como dice el Tribunal Constitucional: “(...) lo que denota que el trabajador tiene una conducta tendiente a incumplir el contrato de trabajo por sí mismo”⁹⁷.
- Así, si fue sancionado antes del despido, no puede argumentar doble sanción por los mismos hechos, consideramos que las sanciones de amonestación y suspensión fueron impuestas por faltas no graves, buscaron corregir la conducta del trabajador y advertir las consecuencias en caso de persistir. La tercera sanción, el despido, se impone por la reiterada conducta que sobrepasó el límite de 05 días intermitentes convirtiéndola en falta grave. Para nosotros, el despido se impone por el continuo desprecio al cumplimiento de sus deberes, lo que agravó su situación. Es evidente que las sanciones previas no surtieron el efecto deseado: corregir la conducta del trabajador.
- No se trata de los mismos hechos, ya que el despido se impone por haber incurrido en inasistencia injustificada reiterada. Los días de inasistencia se acumulan. Sancionadas o no, son computables para imponer el despido por falta grave. Así lo señala el artículo 38 del Reglamento de la LPCL; es evidente que no se trata de los mismos días, son diferentes y acumulativos.
- En consecuencia, consideramos que el despido no afectó el principio *ne bis in idem* en su aspecto sustantivo.

Ahora, analicemos la impuntualidad reiterada, para proceder con el despido por la comisión de esta falta, la ley exige previamente se ponga en conocimiento del trabajador el incumplimiento reiterado del horario de trabajo, al mismo tiempo, proceder con la imposición de sanciones como amonestación y suspensión de labores. Consideramos que con esto el empleador emite mensajes de advertencia. Al respecto Jorge Toyama señala que: “En este caso no solo se requiere que las tardanzas sean continuas sino que también se exige al empleador que las haya acusado y sancionado mediante amonestaciones escritas o suspensiones” (2015, p. 534).

⁹⁷ STC N° 9423-2005-PA/TC f.j.6

Al igual que el supuesto anterior, lo que sanciona la ley es la reiteración en la conducta del trabajador. No se puede invocar una afectación al principio *ne bis in idem*, pues, como ya dijimos, lo que se sanciona es la conducta reiterada. Se trata de una falta continua. Es cometida en días sucesivos, los que previamente han sido sancionados con amonestación y suspensión, pero que sirven de antecedente para aplicar el despido. Al respecto, Carlos Blancas señala lo siguiente:

(...) En efecto, las faltas graves resultantes de la reiteración de faltas leves (resistencia a las órdenes, disminución del rendimiento, impuntualidad, etc.) suponen que éstas hayan sido previamente sancionadas, pues si no lo fueron, ello equivale a su condonación tácita, lo que quiere decir que el empleador no las reputó como infracción. (2013b, p.308)

Para dicho autor, la reiteración de una conducta conlleva, primero, la aplicación de sanciones por faltas leves; segundo, la acumulación de estas va a generar faltas graves. La Corte Suprema, sobre la impuntualidad reiterada, ha dejado sentado el siguiente criterio jurisprudencial⁹⁸:

El Tribunal Constitucional mediante la sentencia emitida en el Expediente N° 00414-2013-PA/TC, ha precisado que las tardanzas reiteradas configuran un despido, cuando dichas tardanzas fueron, previamente, objeto de constantes sanciones las cuales no ocasionaron ningún cambio de conducta en el trabajador, quien reiteró en su conducta; en ese sentido, advertimos que el Supremo Interprete Constitucional ha identificado dos elementos que configuran este supuesto, a saber: las tardanzas en reiteradas oportunidades y las sanciones previas de amonestación y suspensión de labores, precisando además que la reiteración ocasiona un gran perjuicio a la empresa puesto que produce una disminución de labores y por ende menos productividad, no permitiendo así cumplir con los objetivos establecidos dentro de las labores de los trabajadores y de las metas establecidas en la empresa, pero dichas tardanzas deben ser objeto de sanción previa puesto que de no ser sancionadas, no podría configurarse un despido, debido a que el trabajador podría dar por entendido de que dicha tardanza fue consentida por el empleador, no ocasionando así una falta grave,

⁹⁸ Casación Laboral N° 13768-2016-Lambayeque f.j. 15.

proceder que además se encuentra vinculado con la razonabilidad o proporcionalidad en la sanción impuesta.

En resumen, la inasistencia injustificada se diferencia de la impuntualidad reiterada en que esta requiere necesariamente ser acusada y sancionada. En cambio, aquella no requiere sanción previa, pero en ambas se sanciona con el despido por la reiteración en la conducta, lo que determina la gravedad de la falta.

Entonces, resulta claro que el principio *ne bis in idem* constituye un límite a la facultad sancionadora del empleador y, pese a su falta de reconocimiento expreso en nuestra Constitución, es considerado como un elemento del debido proceso, por lo que su aplicación en el procedimiento previo al despido resulta incuestionable.

2.2.6 ¿Se puede iniciar el procedimiento previo durante la suspensión perfecta o imperfecta de la relación laboral?

Consideramos que la suspensión del contrato de trabajo, sea perfecta o imperfecta, impide al empleador ejercer su facultad sancionadora, no podrá iniciar el procedimiento de despido mientras se encuentre vigente la causal que originó dicha suspensión. Sin embargo, puede hacer uso de su potestad investigadora sobre algún hecho que considere irregular relacionada con la conducta o capacidad cuya conclusión recién podrá comunicar al trabajador cuando se reincorpore al centro de trabajo.

Como sabemos, este procedimiento tiene un plazo para el descargo. En caso de iniciarse dicho procedimiento durante la suspensión del contrato de trabajo, el trabajador no podrá absolver los cargos en el plazo fijado, quizás, por encontrarse de vacaciones fuera de su domicilio o por estar internado en algún centro hospitalario, peor aún, si tuviera que reunir medios probatorios que se encuentren en el centro de trabajo, como acceder a ellos al estar impedido físicamente.

Consideramos que en estos casos extremos el trabajador estaría en total indefensión, con lo cual se lesiona el derecho a un debido proceso, el mismo que busca una decisión razonable del

empleador, no solo al momento de sancionar, sino también, como lo consideramos, al inicio del procedimiento previo. Eso también se deduce de lo resuelto por la Sala Suprema al considerar que el trabajador presentó un certificado médico con descanso, donde operaba la suspensión imperfecta del contrato de trabajo. Pese a ello, el trabajador procedió con la absolucón de la carta de imputación de cargos dentro del plazo señalado, con lo aceptó de manera tácita continuar con el procedimiento iniciado⁹⁹.

En este caso, correspondía al trabajador rechazar el inicio del procedimiento previo al despido y la carta de imputación de cargos, y comunicar al empleador en forma expresa que se encontraba con descanso médico, por lo que no podía absolver la referida carta. Con esto, el empleador hubiera tenido que postergar el inicio del procedimiento y envío de la referida carta hasta la reincorporación del trabajador al centro de trabajo, esto en estricta observancia del debido proceso.

La Corte Suprema reconoce que no hay norma alguna que prohíba despedir a un trabajador cuando se encuentre gozando del descanso vacacional, siempre que este se someta voluntariamente al procedimiento, ejerciendo su derecho de defensa¹⁰⁰.

En consecuencia, nos queda claro que no hay norma que impida al empleador iniciar el procedimiento previo al despido durante la suspensión perfecta o imperfecta de la relación laboral. Sin embargo, la Corte Suprema deja a criterio del trabajador rechazar o aceptar el inicio de dicho procedimiento, sea de manera expresa o tácita; es decir, queda en potestad del trabajador continuar o no con el referido procedimiento, rechazándolo en forma expresa o dando respuesta a la carta de imputación de cargos, de proceder así, constituirá una aceptación tácita de someterse al referido procedimiento.

2.2.7 Plazo para el descargo

⁹⁹ Casación N° 14818-2016-Lima, f.j. 8

¹⁰⁰ Casación N° 023-2002-Lima, f.j. 2,10

El primer párrafo del artículo 31 de la LPCL otorga al trabajador un plazo razonable no menor de 06 días naturales para que pueda realizar sus descargos frente a la carta de imputación. Entendemos que el plazo que señala la ley que es el mínimo. El empleador, dentro de su criterio discrecional, puede otorgar un plazo mayor, pero no menor a los 06 días naturales. La ley señala un plazo razonable no menor de 06 días naturales. Por tanto, un plazo menor a este no está permitido. Hacerlo es afectar el debido proceso¹⁰¹. La ley no dice un plazo máximo de 06 días, ni de 06 días, ni dentro de 06 días, sino no menor de 06 días naturales. El Tribunal Constitucional considera que el derecho a un plazo razonable es propiamente una manifestación implícita del derecho al debido proceso¹⁰².

En la casuística, hemos encontrado que algunos empleadores, yendo en contra de la norma, otorgan plazos diminutos. Veamos el siguiente caso: el Tribunal Constitucional ordenó la reposición del trabajador al haberse afectado el debido proceso y el derecho al trabajo, entre otros, por haberse otorgado 24 horas para que efectúe su descargo¹⁰³. Consideramos que este plazo es lesivo al derecho de defensa.

Por otro lado, César González dice que: “(...) el trabajador cuenta con un plazo máximo de 06 días para efectuar su descargo, pero no es un plazo de 06 días” (2005, p.19). Discrepamos de este autor. No es un plazo máximo. La ley es clara. Es un plazo mínimo, pero coincidimos en el último extremo, cuando señala que no se trata de un plazo de 06 días. En efecto, no es de 06 días, sino mínimo 06 días naturales para el descargo.

a. ¿Días hábiles o inhábiles?

La citada norma señala que para realizar sus descargos el trabajador tiene un plazo no menor de 06 días naturales. Para entender el concepto de días naturales, nos remitiremos al artículo 183 del Código Civil, el mismo indica que el plazo se computa de acuerdo al calendario gregoriano. Cristhian Northcote nos dice que “en este calendario se consideran los 365 días del año, salvo en los años bisiestos, divididos en doce meses de 30 o 31 días, con excepción del mes de febrero que

¹⁰¹ STC N° 2300-2006-PA/TC, f.j. 4

¹⁰² STC N° 1014-2011-PH/TC f.j. 3 y STC N° 2915-2004-HC/TC f.j. 5

¹⁰³ STC N° 2300-2006-PA/TC, f.j. 2

contiene 28 o 29 días” (2009, p.VII-1). Al decirse “días naturales”, debemos entender que se trata de los días del calendario gregoriano; es decir, todos los días de lunes a domingo, desde el 01 de enero hasta el 31 de diciembre, sin exclusiones.

El numeral 1 del artículo 183 del citado código establece que el plazo señalado por días se considera por días naturales, salvo que la ley establezca que se haga por días hábiles. Se entiende por días hábiles aquellos que son dedicados a laborar por la gran mayoría de trabajadores, se excluyen los días sábados, domingos y los feriados, porque son considerados como inhábiles. Hay que hacer una precisión: en los días considerados inhábiles, existe una minoría que labora. Por tanto, en la actualidad resulta cuestionable la distinción que se hace entre días hábiles e inhábiles basada solo en la consideración de días laborables para un grupo trabajadores.

Retomando nuestro tema, cuando el primer párrafo del artículo 31 de la LPCL nos dice que el plazo no debe ser menor de 06 días naturales, debemos entender que es un plazo que comprende los días hábiles e inhábiles, pues no hay norma que señale lo contrario.

Nosotros cuestionamos este plazo. La norma debió considerar solo días hábiles, ya que en los días inhábiles el trabajador no tendrá oportunidad de acceder a los medios probatorios que se encuentren bajo custodia de terceros (por ejemplo, registros públicos, notarías) e incluso del mismo empleador, debido a que no atenderán su pedido por ser día inhábil, con lo que se recorta su derecho de defensa. En el caso de que el último día del plazo concedido para la presentación del descargo sea inhábil, se deberá aplicar la regla fijada en el numeral 5 del artículo 183 del Código Civil, que prorroga el plazo hasta el primer día hábil siguiente.

El trabajador tiene la posibilidad de solicitar una ampliación del plazo. En este caso, quedará a criterio del empleador otorgarlo o no. Nosotros consideramos que sería mejor que la ley establezca que se trata de días hábiles. Con eso evitaríamos que la ampliación quede sujeta a la sola decisión del empleador, quien podría adoptar una decisión arbitraria, negándola.

Haciendo un paralelo, es oportuno citar el tercer acuerdo adoptado por la Corte Suprema en el II Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral¹⁰⁴ al establecer que el plazo de caducidad para impugnar un despido, fijado en el artículo 36 de la LPCL, debe ser considerado como días hábiles, pese a que la norma señala que dicha acción caduca a los 30 días naturales de la separación del trabajador. Consideramos que se adoptó esta posición teniendo en cuenta el plazo razonable, que es un elemento del debido proceso, ya que, como sabemos, el Poder Judicial no atiende en días inhábiles, lo que reduce el tiempo efectivo a fin de presentar la demanda. Esto fue advertido por la Corte Suprema como una afectación al derecho del trabajador. Estimamos que se debe aplicar el mismo criterio en cuanto al plazo para formular los descargos, solo se deben considerar los días hábiles. Es una tarea pendiente para nuestros legisladores o magistrados a fin de que se regularice esta situación a través de una ley o un criterio jurisprudencial.

b. Ampliación del plazo

El artículo 41 del reglamento de la LPCL señala que el empleador puede ampliar el plazo mínimo. Para cumplir con ello, consideramos que será suficiente que el empleador fije un término más allá del plazo mínimo de 06 días naturales. Por ejemplo, puede fijar un plazo con término final de 10 días naturales, con lo cual se habrá ampliado el plazo.

Consideramos que, cuando el artículo 31 de la LPCL fija un plazo mínimo de 06 días naturales, en realidad está señalando un término inicial y, cuando el empleador decida ampliar dicho plazo, no hará más que determinar un término final.

Para entender la distinción entre plazo y término citamos a Fernando Vidal Ramírez, quien nos explica que “ambos conceptos son diferentes, pese a que algunos lo consideran sinónimos, término es el día inicial y final del plazo” (2016, p.495). Aníbal Torres complementa diciendo que: “El plazo transcurre entre un término inicial y un término final. Se denomina término a los extremos (inicial o final) del plazo. El término es el momento (o fecha) en que comienzan o concluyen los efectos del acto” (2007, p.549).

¹⁰⁴ Publicado en el diario El Peruano el 4 de julio de 2014 en una separata especial. Este acuerdo consta en el punto 3.2 del Tema 03.

Entonces, nos queda claro que, cuando el empleador decida ampliar el plazo para el descargo, lo que debe hacer es fijar un término final, ya que el inicial está fijado por ley. Veamos esto con un ejemplo: el empleador le otorga un plazo de 10 días naturales para que el trabajador presente sus descargos. Como ya tenemos un plazo mínimo fijado por ley, el empleador solo ha fijado el plazo máximo o término final, en este caso, 10 días.

El empleador no puede otorgar un plazo menor a 06 días naturales. Hacerlo es lesivo al derecho de defensa. De acuerdo a la facultad reconocida en el referido reglamento, el empleador puede ampliar el plazo mínimo, pero en realidad no sería una ampliación de este plazo, sino la fijación de un plazo máximo, lo que a su vez implicará que en su carta de imputación de cargos fije el término final para el descargo.

Ahora, si el trabajador solicita ampliación del plazo debe sustentarlo. Siendo así, consideramos que el empleador no tendría motivo para negarlo. Consideramos sustentado el pedido de ampliación cuando el trabajador enferme o sufra un accidente durante el plazo concedido para formular sus descargos. Otro caso sería cuando se encuentren incluidos días por un feriado largo (Semana Santa, feriados puente, etc.). Estos hechos impedirían al trabajador ejercer su defensa, estaría limitado. En el caso de enfermedad o accidente, el trabajador tendría que evaluar si solicita ampliación o suspensión del procedimiento atendiendo al tiempo que va a necesitar para su total recuperación.

c. ¿Se puede renunciar al plazo mínimo otorgado para el descargo?

De acuerdo al artículo 31 de la LPCL, el empleador se encuentra en el deber de otorgar al trabajador un plazo mínimo de 06 días calendarios para su descargo, hacer lo contrario es afectar su derecho de defensa. Un plazo menor al mínimo es lesivo al debido proceso. Por tanto, resultará viciado el procedimiento previo y sin efecto el despido.

Los principios constitucionales de irrenunciabilidad de los derechos laborales y de protección (tuitivo) al trabajador, regulados en los numerales 2 y 3 del artículo 26 de nuestra

Constitución, impiden al trabajador formular renuncia al plazo mínimo para el descargo. No cabe renuncia, pues tal derecho nace de una ley taxativa que es de orden público y que protege al trabajador. Es de advertir que la ley no señala un plazo con término final sino un plazo mínimo, es decir, con término inicial.

Por otro lado, otorgar un plazo diminuto, menor al mínimo, afecta el derecho de defensa, máxime si se tiene en cuenta que se trata de un plazo en días calendarios y no hábiles, así tenemos, si un trabajador recibiera la carta de imputación de cargos el día viernes con un plazo diminuto de 03 días, desde el día siguiente ya se está computando tal plazo, en la práctica solo tendría el día lunes para realizar alguna gestión adicional y presentar su descargo, lo que resulta perjudicial.

Hemos visto el supuesto en que el empleador pretende imponer un plazo diminuto. Ahora, veamos si es posible la celebración de un convenio entre empleador y trabajador a fin de pactar un plazo menor al mínimo. Al respecto, decimos que no cabe dicho pacto en contrario. Como ya lo dijimos no es posible la renuncia. A fin de demostrar la afectación, ingresemos al siguiente supuesto: ambos pactan un plazo de 03 días para absolver los cargos. El trabajador cumple con presentar sus descargos en el plazo convenido. Al cuarto día el empleador le remite la carta de despido, pero el trabajador se da cuenta que omitió presentar un medio probatorio y que no argumentó de mejor manera su descargo por falta de asesoría. Al sexto día presenta una ampliación de sus descargos, lo que no es aceptado por el empleador señalando que ya fue despedido.

Es evidente que este pacto resulta lesivo; sin embargo, el empleador tratará de hacerlo valer. Surge entonces un conflicto que tendrá que ser dilucidado por el Poder Judicial, el que consideramos deberá resolver teniendo en cuenta los derechos fundamentales afectados: al trabajo y al debido proceso. El Tribunal Constitucional ha señalado que:

“La irrenunciabilidad de los derechos laborales proviene y se sujeta al ámbito de las normas taxativas que, por tales, son de orden público y con vocación tuitiva a la parte más débil de la relación laboral. Es conveniente consignar que una norma jurídica puede contener dentro de su texto, partes taxativas y dispositivas”.¹⁰⁵

¹⁰⁵ STC N° 008-2005-PI/TC, f.j. 24.

Por su lado, Javier Neves señala lo siguiente: “(...), el principio de irrenunciabilidad de derechos es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del titular de un derecho recaigan sobre derechos originados en normas imperativas y sanciona con la invalidez la trasgresión de esta regla”. (2012, p.131)

Entonces, el empleador no puede imponer un plazo menor al mínimo fijado por ley. Tampoco cabe renuncia del trabajador, en este caso, manifestada tal vez mediante la celebración de un convenio. Al respecto, también es necesario tener en cuenta el artículo V del Título Preliminar del Código Civil, esta norma señala que es nulo el acto jurídico contrario a las normas taxativas, lo que refuerza nuestra posición.

Por último, si el trabajador recibiera una carta de imputación de cargos con un plazo diminuto (menor al mínimo) para absolverla, consideramos que debe denunciar esta afectación ante el mismo empleador y exigirle el cumplimiento del plazo señalado por ley. Obviamente, no se encuentra obligado a formular sus descargos mientras no se corrija esta deficiencia; sin embargo, si decide hacerlo, consideramos que estaría convalidando esta irregularidad.

d. Plazo para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia

El artículo 31 de la LPCL señala un plazo de 30 días naturales para que el trabajador demuestre su capacidad o corrija su deficiencia. En este caso, consideramos que la ley no señala un plazo mínimo, sino un plazo de 30 días naturales, dentro de los cuales el trabajador deberá demostrar su idoneidad para el servicio. Si este plazo resultara insuficiente, el trabajador puede solicitar su ampliación, precisando el motivo y ofreciendo la prueba correspondiente.

Oxal Ávalos coincide en que “el plazo es de 30 días naturales” (2010, p.455). Sin embargo, Carlos Blancas incurre en un error al considerar que “(...) el plazo tendrá una duración mínima de 30 días naturales dentro del cual el trabajador debe demostrar su capacidad o corregir su deficiencia” (2013b, p.283). Esto no es correcto, pues la ley no describe que se trate de un plazo mínimo. En este extremo, solo queremos precisar que la ley no fija que dicho plazo sea mínimo.

Consideramos que si el empleador otorga un plazo menor a los 30 días sería inválido por afectar el derecho del trabajador, pero, si otorga un plazo mayor, le favorece. En la jurisprudencia¹⁰⁶, encontramos que el plazo fijado es de 30 días naturales. No se hace referencia a un mínimo. También se señala que para la aplicación de la LPCL debe tenerse en cuenta el orden establecido: primero, aplicar el artículo 31 otorgando al trabajador 30 días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia y si vencido dicho plazo, no supera su deficiencia, recién se podrá aplicar el artículo 32, comunicando por escrito el despido. En el caso que analizamos, se sostuvo en la sentencia que el propio reglamento de evaluación de personal del empleador establecía que, en los casos de cese, debía seguirse las normas de la LPCL, lo que no se cumplió. Por ello, se consideró que hubo afectación al debido proceso y el despido resultó arbitrario.

2.2.8 Las deficiencias en las citas legales invocadas en la carta de descargo, ¿la invalidan?

El artículo 44 del reglamento de la LPCL señala que, cuando el empleador incurra en error al sustentar jurídicamente las cartas de imputación de cargos o de despido, no las invalida. En nuestra opinión, el empleador debe precisar los fundamentos de derecho, ya que se encuentra obligado a cumplir con el principio de tipicidad. Esto exige invocar la norma que describa el hecho cometido como falta grave, sin embargo, como señala el citado artículo, la ausencia del fundamento jurídico no invalida el procedimiento de despido. No estamos de acuerdo con esta regulación, la carta de imputación de cargos al ser una acusación debe tener sustento fáctico y jurídico. El empleador debe establecer la relación de causalidad entre la presunta inconducta del trabajador y el tipo descrito como falta grave. Este incumplimiento afecta el debido proceso y no permite al trabajador ejercer su defensa.

En adición, consideramos que esta norma también resulta aplicable al trabajador cuando incurra en el mismo error de omitir el fundamento jurídico en su carta de descargo. No obstante, también consideramos que en esta etapa no resulta relevante el sustento jurídico de la referida

¹⁰⁶ Casación N° 875-2001-Lima, f.j. 8

carta, sino la fundamentación fáctica. La exposición de hechos resulta determinante a fin de contradecir los cargos imputados.

El trabajador debe centrar su defensa en los fundamentos de hecho, los que deben ir sustentados con medios probatorios idóneos. El sustento jurídico no debe ser el centro de atención del trabajador sino el fáctico. No olvidemos que, de acuerdo a las características que proponemos, la finalidad genérica del procedimiento previo al despido es la defensa del trabajador, la misma debe enfocarse principalmente en contradecir los hechos imputados (descargo).

Durante el desarrollo del presente trabajo se pre-publicó¹⁰⁷ el proyecto del decreto supremo que aprueba el reglamento de la LPCL. El artículo 40 señala que el error en la cita legal en las cartas de imputación de cargos y de despido invalida el procedimiento previo al despido. Este nuevo criterio jurídico refuerza nuestra posición, teniendo en cuenta que la imputación de cargos es una acusación debe cumplir con el principio de tipicidad. Esperemos su promulgación.

2.2.9 Contar con una asesoría

Nuestra Constitución reconoce este derecho en el numeral 14 del artículo 139. Toda persona puede contar con un asesor desde el inicio de un proceso o desde su detención. El Tribunal Constitucional reconoce que el derecho a contar con una asesoría es parte del debido proceso. Se encuentra relacionado con el derecho de defensa, el que se menciona en forma expresa en el numeral 14 del artículo 139 de nuestra Constitución¹⁰⁸.

El numeral 9 de la II Norma de Aplicación General de la Recomendación N° 166 señala que todo trabajador debería tener derecho a contar con la asistencia de otra persona cuando, de conformidad con el artículo 7 del Convenio N° 158 OIT, se defiende de cargos acerca de su conducta o capacidad que puedan llevar a la terminación de su relación de trabajo. La Convención Americana de Derechos Humanos también reconoce este derecho en el literal d) del numeral 2 del artículo 8.

¹⁰⁷ Mediante Resolución Ministerial N° 263-2019-TR publicada el 04 de noviembre de 2019.

¹⁰⁸ STC N° 1425-2008-PHC/TC, f.j. 2,3,4,5

Desde del ámbito legal, el segundo párrafo del artículo 6 de la derogada Ley N° 24514 reconoció en forma expresa que, para ejercer su defensa, durante el procedimiento previo, el trabajador podía ser asesorado por un representante del sindicato o un abogado. Posteriormente, con la dación del Decreto Legislativo N° 728 – Ley de Fomento del Empleo, se derogó la mencionada ley y no se incluyó este derecho. Sin embargo, consideramos que todo trabajador tiene derecho a contar con una asesoría durante el referido procedimiento, porque es parte del debido proceso y se encuentra reconocido en forma expresa en nuestra Constitución, tal como lo refiere el Tribunal Constitucional. Pese a ello, en la práctica se desconoce tal derecho. Citamos el siguiente caso: Mediante carta de imputación de cargos del 19 de noviembre de 2013¹⁰⁹, un empleador imputó al trabajador por, entre otras faltas, haber incurrido en supuestas irregularidades en el área de ventas de la empresa, para lo cual ofreció un documento en inglés denominado *HPE Finance Overview*, pero no se adjuntó la respectiva traducción oficial. Durante el procedimiento previo, se solicitó la traducción del referido documento. El empleador adujo que, como el trabajador tenía conocimiento del idioma inglés, no era necesario. El mismo argumento lo usó durante el proceso judicial. La Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima resolvió que haber adjuntado dicho documento sin la traducción oficial no afectaba el derecho de defensa del trabajador, porque está comprobado que el actor tiene conocimiento del idioma inglés. Además, dicho documento fue expuesto al trabajador en una reunión anterior en presencia de los demás directivos¹¹⁰. Al respecto, tenemos los siguientes cuestionamientos:

- 1) Consideramos que no estaba en debate si el trabajador conocía o no el idioma inglés, sino si se respetó el derecho de defensa. El derecho bajo análisis, como hemos visto, permite asesorarse durante el procedimiento de despido, pero al haberse remitido el documento en inglés sin la traducción oficial, limitó el derecho del trabajador al tratarse de un documento técnico como un informe de auditoría. En nuestro concepto, correspondía una traducción oficial practicada por el mismo empleador para que no solo sea revisada por el trabajador

¹⁰⁹ Revisar la carta que consta a fojas 20 del Expediente N° 535-2014 que se tramitó ante el Tercer Juzgado de Trabajo Permanente de Lima. La falta grave bajo análisis fue rechazada por la Cuarta Sala Laboral Permanente de Lima, la misma suerte corrieron otras dos. Consideramos oportuno citar dicha carta como sustento de nuestra tesis.

¹¹⁰ Sentencia del 17 de noviembre de 2017 recaída dentro del Expediente N° 535-2014, f.j. 19,20 y 21

sino también por su asesor. No bastaba una simple traducción practicada por el trabajador. Esto con el fin de evitar incongruencias o divergencias entre las partes. El debido proceso exige otorgar al trabajador todas las facilidades y garantías para el pleno ejercicio del derecho de defensa.

- 2) Además, no olvidemos que el artículo 241 del Código Procesal Civil exige que todo documento ofrecido como medio probatorio en idioma extranjero debe llevar su traducción oficial. Incluso, advierte que en caso de incumplimiento no será admitido. Consideramos que esta norma resulta aplicable dentro del procedimiento previo por ser parte del derecho a la prueba, elemento del debido proceso. La referida Sala Laboral debió tener en cuenta esta norma para resolver con mejor criterio.
- 3) Aceptemos por un momento el argumento de la referida Sala, que el trabajador conoce el idioma inglés. Si esto es así, este hecho no habilita al empleador a incumplir su deber de respetar los derechos fundamentales del trabajador. Nos preguntamos: ¿Por qué la carta de imputación de cargos se envió en idioma castellano y el referido documento *HPE Finance Overview* en inglés? Si el empleador quería hacer valer su argumento de que el trabajador conoce dicho idioma, debió enviar todos los documentos en inglés para ser coherentes. Consideramos que no hay argumento válido que sostenga el envío de dicho documento en idioma extranjero sin la traducción oficial, pues, el empleador tiene el deber de otorgar garantías suficientes para que el trabajador se defienda. Además, téngase en cuenta que de acuerdo al artículo 48 de nuestra Constitución, el idioma oficial en nuestro país es el castellano, norma que tampoco tuvo en cuenta la referida Sala Laboral.
- 4) Otro argumento que sostiene la Sala Superior es que dicho documento habría sido expuesto al trabajador en una reunión anterior en presencia de los demás directivos. Consideramos que lo señalado no se condice con el debido proceso, ya que, como lo venimos sosteniendo, el trabajador debe acceder a los medios probatorios con la carta de imputación de cargos, es decir, desde el inicio del procedimiento. No se puede aceptar como argumento que se entregó el documento al trabajador en una reunión anterior al inicio del procedimiento, esto en estricta observancia del debido proceso, más aún si no hay constancia de tal entrega. Haciendo un paralelo con el proceso civil, es como si un demandante alegase que entregó los medios probatorios al demandado antes de iniciar el proceso judicial, lo que resulta irregular y lesivo, peor aún si no hay cómo acreditarlo. El debido proceso exige otorgar

todas las garantías necesarias al trabajador para que se defienda de las imputaciones. Pero, vayamos más allá, especulemos por un momento que se le entregó el documento y el trabajador lo acepta. Sin embargo, habría que tener en cuenta las circunstancias en las que le fue entregado. Distinto es el efecto que genera una entrega bajo expresa imputación de falta grave, a una simple entrega sin expresión de causa. Evidentemente, no hay forma de saber cómo ocurrió ello, lo que sí podemos determinar es que esta situación irregular afecta al trabajador. Por tal motivo, a fin de evitar indefensión, la ley ha fijado el procedimiento previo como un espacio formal donde el empleador debe imputar los cargos y ofrecer los medios probatorios, hacerlo en otras circunstancias consideramos que lesiona el derecho de defensa y no puede ser aceptado como argumento válido para legitimar un procedimiento irregular.

Contar con una asesoría durante el procedimiento previo al despido permitirá al trabajador tomar una mejor decisión en el ejercicio de su derecho de defensa. No se puede limitar tal derecho, como el caso expuesto líneas arriba. El Poder Judicial debe administrar justicia observando si el empleador cumplió con otorgar todas las garantías del debido proceso al trabajador; esa es su función.

2.2.10 Solicitar audiencia al empleador

El Informe CEACR contempla la posibilidad de que el empleador conceda al trabajador una audiencia¹¹¹ antes de dar por terminada la relación laboral. Además, señala que el artículo 7 del Convenio N° 158 OIT busca que “la decisión de terminación vaya precedida de un diálogo y reflexión entre las partes” (OIT, p.72).

Nada impide al trabajador solicitar una audiencia al empleador para que en ese acto otorgue sus descargos, momento oportuno quizás para realizar preguntas y repreguntas que puedan otorgar mayores elementos de juicio y un mejor conocimiento de los hechos al empleador, pues muchas veces no resulta posible trasladar en un documento escrito lo que uno quiere decir, menos aún

¹¹¹ Dicho Informe usa el vocablo “entrevista”, sin embargo, nosotros lo entendemos como una audiencia, ya que éste refleja un acto más protocolar donde pueden intervenir terceras personas como los asesores, además del empleador y trabajador.

transmitir emociones. Consideramos que no habría mejor forma que una audiencia para conocer al detalle lo ocurrido. Incluso, en este acto, podrían participar asesores legales, contables o de otra especialidad a fin de explicar de manera más técnica los hechos ocurridos. En caso de darse, necesariamente tendría que extenderse un acta con exposición de lo ocurrido en la audiencia, sobre todo consignando de manera fiel la declaración del trabajador.

La LPCL no lo permite, pero tampoco lo prohíbe. Consideramos que constituye un derecho del trabajador solicitar dicha audiencia. Siendo facultad del empleador aceptar o no dicho pedido, consideramos que su negativa no genera ninguna sanción.

2.2.11 El trabajador que incurre en un delito doloso: ¿tiene derecho a la apertura del procedimiento previo al despido?

El literal b) del artículo 24 de la LPCL establece como causa justa de despido relacionada con la conducta del trabajador la condena penal por delito doloso. Nos queda claro que esta causa se encuentra relacionada con la conducta del trabajador, lo que vamos a tener presente para un argumento posterior.

El artículo 27 de la misma ley precisa que se invocará esta causa cuando concurren estos dos requisitos:

- a) Cuando quede firme la sentencia condenatoria; es decir, por haber consentido la sentencia o agotado la pluralidad de instancias.
- b) Cuando la sentencia condenatoria haya sido conocida por el empleador, salvo que haya conocido el hecho punible antes de contratar al trabajador.

Analicemos. Para que proceda el despido por esta causa, el empleador necesariamente debe conocer que la sentencia condenatoria haya adquirido la calidad de cosa juzgada, pero, si conoció la comisión del delito (hecho punible) antes de contratar al trabajador, ya no podría despedirlo si posteriormente resulta sentenciado por tal delito. Esto se interpreta de la parte final de la citada norma, donde consta un impedimento, no procede el despido si el empleador tomó conocimiento del hecho punible antes de contratarlo. Felipe Villavicencio nos explica que “una conducta, para

ser considerada hecho punible debe ser analizada bajo la teoría del delito” (2006, p.223). Es decir, para que un hecho punible sea considerado delito debe reunir ciertos requisitos como el dolo y la tipificación.

Sobre esta causal, el Tribunal Constitucional ha emitido una cuestionable sentencia¹¹², señalando que no procede iniciar el procedimiento previo por dicha causa de despido. Veamos sus argumentos:

- 1) Señala que el artículo 31 de la LCPL no resulta aplicable, ya que el trabajador ejerció su derecho de defensa y presentó sus descargos dentro del proceso penal, donde se determinó su responsabilidad.
- 2) Bajo esa consideración, agrega que el nuevo procedimiento de despido sería una formalidad sin utilidad práctica.
- 3) También señala que el procedimiento previo solo es posible por la comisión de falta grave.

Discrepamos de dichos argumentos por las siguientes razones:

- 1) Consideramos que sí resulta aplicable el artículo 31 de la LPCL. Por ende, el empleador debe abrir el procedimiento previo por esta causa. Reiteramos que este procedimiento tiene como finalidad genérica permitir la defensa del trabajador, pero enfocada a contradecir las imputaciones derivadas por el incumplimiento de obligaciones laborales. Creemos que el Tribunal se equivoca al sostener que el trabajador ejerció su derecho de defensa dentro del proceso penal; sin embargo, no advierte que lo hizo por imputaciones penales y no por las de carácter laboral. Por estas últimas, el trabajador debe ejercer su defensa dentro del procedimiento previo, no fuera.
- 2) El procedimiento previo no resulta inútil. Por el contrario, permitirá al empleador conocer la verdad de los hechos y al trabajador defenderse en las siguientes situaciones:
 - Conocer la fecha precisa sobre la toma de conocimiento de la sentencia condenatoria o de la comisión del hecho punible por parte del empleador resulta de suma importancia por dos razones. Primero, para verificar si se respetó el principio de

¹¹² STC N° 5412-2002-AA/TC, f.j. 4

inmediatez. Al respecto, el Tribunal Constitucional señala que el empleador no puede imputar dicha causal en cualquier momento. Debe hacerlo observando dicho principio¹¹³. Segundo, si el hecho punible fue conocido antes de la contratación del trabajador, el despido resulta improcedente por el impedimento regulado en el artículo 27 de la LPCL, tal como lo hemos explicado líneas arriba.

- Conocer la vía mediante la cual el empleador tomó conocimiento de la sentencia condenatoria resulta necesario a fin de evitar imputaciones con documentos falsos. Con la intervención del trabajador podría evitarse esta posible irregularidad, pues se le otorga la oportunidad de cuestionarlos. En un caso, la Corte Suprema consideró razonable el despido al señalar que el empleador remitió la carta de imputación de cargos luego de haber obtenido copias certificadas de la sentencia penal¹¹⁴. Consideramos que en este caso el empleador actuó con la debida diligencia, ya que tomó conocimiento extraoficialmente, pero, para mayor certeza, solicitó dichas copias, por lo que el despido fue aceptado.
- Evitar ser despedido de manera injusta por tratarse, quizás, de un caso de homonimia.
- Cabe la posibilidad de que el trabajador recién tome conocimiento de la sentencia penal, porque no fue debidamente notificado dentro del proceso penal, con lo que habría sido sentenciado en indefensión.

Como vemos, hay razones suficientes para considerar que dicho procedimiento previo nunca resulta inútil. Por el contrario, resulta de imperiosa necesidad a fin de no afectar el debido proceso, sobre todo, la dignidad del trabajador.

- 3) Por último, el mencionado Tribunal señala que el procedimiento previo solo puede ser aperturado por la comisión de falta grave. Resulta cuestionable este argumento. El artículo 31 de la LPCL no limita la apertura del procedimiento previo solo a las conductas imputadas como faltas graves. Esta norma señala que el empleador deberá aperturar tal procedimiento por causa relacionada con la conducta o capacidad del trabajador y de acuerdo al artículo 24 de la LPCL, la condena penal por delito doloso resulta ser una causa justa de despido relacionada con la conducta del trabajador. Consideramos que el argumento expuesto por el mencionado Tribunal afecta las siguientes normas:

¹¹³ STC N° 5412-2005-AA/TC, f.j. 6

¹¹⁴ Casación Laboral N° 1377-2017-Lima, f.j. 7

- El numeral 10 del artículo 139 de nuestra Constitución, el principio de no ser sancionado sin previo proceso.
- El artículo 7 del Convenio N° 158 OIT señala que no puede despedirse a un trabajador por motivos relacionados con su conducta sin la apertura de un procedimiento previo para que ejerza su defensa.
- Inspirada en esta norma, el segundo párrafo del artículo 22 de la LPCL señala que el despido justificado solo debe estar relacionado en la capacidad o conducta del trabajador.
- El artículo 24 de la LPCL añade que son causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador las siguientes:
 - a) La comisión de falta grave;
 - b) La condena penal por delito doloso;
 - c) La inhabilitación del trabajador.

Como vemos, el ordenamiento jurídico favorece la apertura del procedimiento previo por la causal bajo análisis. Por ello, no entendemos el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional que atenta el debido proceso. Al respecto, Elmer Huamán también considera que “el artículo 31 de la LPCL resulta perfectamente aplicable. Por tanto, debe darse inicio al procedimiento previo” (2017, p.33).

Por otro lado, Manuel de Lama advierte que “el Tribunal Constitucional incurre en error, ya que el único supuesto que permite al empleador exonerarlo del procedimiento previo es la flagrancia por falta grave, además, pretende crear, mediante jurisprudencia una nueva excepción, con lo que estaría modificando la ley” (2015, p.27). Coincidimos con este autor. La única excepción que impide al empleador aperturar el procedimiento previo es la flagrancia. Por tanto, crear una nueva excepción mediante jurisprudencia es afectar el debido proceso.

Por extensión, también consideramos que, cuando un trabajador ha sido inhabilitado judicial o administrativamente para el ejercicio de la actividad que desarrolla en su centro de trabajo por un período de 03 meses o más, tal como lo regula el literal c) del artículo 24 y el artículo

28 de la LPCL, el empleador deberá dar inicio al procedimiento previo en resguardo del derecho de defensa. Para estos casos invocamos los mismos argumentos expuestos líneas arriba, en los que resulte aplicable.

2.2.12 Derecho a una sanción razonable y proporcional

Los principios de razonabilidad y proporcionalidad se encuentran reconocidos en el último párrafo del artículo 200 de nuestra Constitución. Constituye un derecho del trabajador que la sanción a imponerse sea justa y adecuada a ley. Teniendo en cuenta ello, la Corte Suprema ha establecido el siguiente criterio:

La potestad disciplinaria del empleador es una facultad discrecional, por ello el resultado de una sanción en el procedimiento de despido no solo debe ser consecuencia de que se respeten las garantías formales propias de un procedimiento disciplinario, sino además debe ser acorde con los principios de razonabilidad y proporcionalidad¹¹⁵.

No solo basta que el empleador respete las garantías del procedimiento, sino que también debe observar los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Nosotros consideramos que estos principios deben ser aplicados desde el inicio del procedimiento y, con mayor dedicación, al momento de tomar la decisión de imponer una sanción.

El Tribunal Constitucional expone el siguiente concepto sobre el principio de razonabilidad:

La razonabilidad es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho. Se expresa como un mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias¹¹⁶.

¹¹⁵ Casación N° 8554-2016 Moquegua. Sumilla

¹¹⁶ STC N° 535-2009-PA/TC, f.j. 16

Además, sostiene que para que una decisión sea razonable, cuando menos, se debe tener en cuenta los siguientes criterios¹¹⁷:

- a) Adecuada aplicación e interpretación de las normas que conforman nuestro ordenamiento jurídico al caso concreto.
- b) Comprensión objetiva y razonable de los hechos en relación directa con los actores.
- c) En caso de imponerse una sanción, debe ser la más idónea y de menor afectación posible a los derechos de los responsables.

Por otro lado, sobre el principio de proporcionalidad, Luis Gonzales señala que:

Este principio -que se encuentra vinculado al de razonabilidad- exige una relación directamente proporcional entre la conducta del trabajador y la medida disciplinaria tomada. Ello permitirá que la sanción a imponer sea equivalente al grado de inconducta o falta cometida por el trabajador (2017, p.56).

El Tribunal Constitucional señala que este principio se encuentra estructurado en 03 sub principios: i) idoneidad o de adecuación, ii) necesidad y iii) proporcionalidad en sentido estricto¹¹⁸. Estos sub principios son definidos por Luis Gonzales de la siguiente manera:

- i. “Idoneidad o de adecuación: está referido a la legitimidad de la medida adoptada, entendiéndose por ello la equidad respecto a la sanción impuesta.
- ii. Necesidad: está orientado a determinar si la imposición de la falta (sic)¹¹⁹ resulta indispensable para la atención de la inconducta o incumplimiento cometido por el trabajador.
- iii. Proporcionalidad en sentido estricto: está destinado a identificar que la sanción a imponerse sea lo más justa posible en función de la inconducta o falta cometida por el trabajador” (2017, pp.56, 57).

¹¹⁷ STC N° 2192-2004-AA/TC, f.j. 20

¹¹⁸ STC N° 535-2009-AA/TC, f.j. 14

¹¹⁹ Consideramos que debió decirse sanción, pues la falta no se impone al trabajador sino la sanción.

En ese mismo sentido, la Corte Suprema, a fin de aplicar una sanción, ha definido los lineamientos que debe seguir el empleador para determinar si alguna conducta del trabajador es falta grave, teniendo en cuenta que solo este tipo de faltas son sancionables con el despido, mas no las intermedias ni las leves. Al momento de valorar la falta y la sanción, se deberá tener cuenta lo siguiente¹²⁰:

- a) Antigüedad del trabajador.
- b) Si tuvo sanciones anteriores.
- c) Características del incumplimiento imputado al trabajador, tales como:
 - Existencia o no de advertencias previas.
 - Habitual tolerancia de ciertas conductas.
 - Reiterancia en el incumplimiento.
 - Circunstancias personales del trabajador en el momento del incumplimiento.
- d) Consecuencias del incumplimiento, tales como:
 - Repercusiones económicas del incumplimiento. Al respecto es oportuno citar la opinión de Luis Acevedo “(...) también debe tenerse en cuenta para valorar la gravedad de una falta del trabajador, es (sic) el daño que este haya causado al empleador con su conducta de incumplimiento” (citado en “Fijan pautas para valorar la gravedad de las faltas laborales”, Diario Oficial El Peruano, 2017, p.12).
 - Si el incumplimiento ha sido público o no.

Por su parte, Luis Castillo-Córdova nos explica que “el principio de proporcionalidad sirve para establecer en cada caso concreto si una medida, una orden o una conducta se apega o no a las exigencias del valor justicia”. Agrega que “solo los tratos dignos son justos y los tratos injustos atentan contra la dignidad humana” (2005b, p.7).

Consideramos que el empleador al momento de iniciar el procedimiento o de imponer la sanción de despido, la más grave que puede sufrir un trabajador, debe observar los referidos

¹²⁰ Casación Laboral N° 7394-2015-Arequipa, f.j. 15

principios para que su decisión sea aceptada por el trabajador como justa, sin afectar su dignidad. En caso contrario, será materia de cuestionamiento.

Veamos la aplicación de estos principios en los hechos:

- 1) Dos trabajadores fueron repuestos en su centro de trabajo por no haberse respetado el principio de proporcionalidad. Se procedió con la sanción de destitución sustentándose en normas genéricas, por pretender trasladar la carga de la prueba de las infracciones a los trabajadores y por no haberse cumplido con determinar la responsabilidad de los mismos¹²¹.
- 2) En otro caso, la Sala Suprema consideró que la sanción de despido impuesta al trabajador se encontraba dentro de los criterios establecidos por los principios de razonabilidad y proporcionalidad. Las faltas imputadas habían sido debidamente acreditadas. Se le imputó al trabajador incumplimiento de sus obligaciones: utilizar el vehículo de la empresa para provecho propio, conducir sin la respectiva licencia, haber generado un accidente de tránsito con daños personales y materiales, entre otras faltas. Además, el trabajador reconoció que anteriormente también había usado el vehículo para su provecho dentro de la jornada laboral¹²².
- 3) En otro, un trabajador fue despedido por haber incurrido en presunta falta grave (haber quebrantado la buena fe laboral). Fue acusado de haber mentido a su superior a fin de justificar la demora en la atención a los empleados de una empresa cliente. El trabajador señaló que los empleados de la referida empresa solicitaron dos copas de vino, pero que en la factura se consigne dos postres, a lo que se negó. Sin embargo, su empleador revisó la comanda y factura, constató que la versión del trabajador no habría sido real. Dentro del proceso de amparo, el Tribunal Constitucional señaló que el despido afectó el debido proceso sustantivo al contravenir los principios de razonabilidad y proporcionalidad, pues no se tuvo en cuenta los artículos 112 y 114 del Reglamento Interno de Trabajo, que a la letra dicen:

¹²¹ STC N° 2192-2004-AA/TC, f.j. 7,13 y 21.

¹²² Casación N° 8554-2016-Moquegua, f.j. 18 y 19

- Artículo 112: [...] las faltas que cometiera el trabajador, dan lugar a las medidas disciplinarias que pueden ir desde una amonestación verbal hasta un despido, según sea la gravedad de la falta cometida y de acuerdo a ley.
- Artículo 114: Al imponer las sanciones disciplinarias, la empresa tendrá en cuenta las circunstancias y los antecedentes de los trabajadores siempre con equidad, buena fe [...]. Teniendo en cuenta ella, dicho Tribunal ordenó su reposición por considerar que el despido resultó desproporcionado e irrazonable, pues los hechos imputados, en modo alguno justificaban el despido, por ser la sanción más grave. El empleador no demostró que el trabajador tenga antecedentes disciplinarios, razón por la que el despido no fue el más adecuado e idóneo¹²³.

Entonces, antes de proceder con el despido, el empleador deberá valorar los hechos considerados como falta grave, el grado de participación del trabajador, sus antecedentes, las normas aplicables y, sobre todo, los medios probatorios que demuestren la existencia o no de la inconducta a fin de tomar una decisión razonada. Además, deberá valorar si la sanción de despido, siendo la más extrema, guarda proporción con la falta cometida.

2.3 Deberes del trabajador en el procedimiento previo

2.3.1 Actuar con buena fe

El trabajador no solo debe actuar con buena fe durante la prestación de sus servicios, sino también cuando se encuentre sometido al procedimiento previo. Constituye un deber decir la verdad al momento de formular sus descargos durante dicho procedimiento. La Sala Suprema señala que la buena fe supone actuar y conducirse con lealtad, probidad y corrección¹²⁴.

Elmer Arce señala que “el deber de buena fe es bidireccional, es decir, debe ser acatado y respetado por el trabajador y empleador” (2008, p.497). El deber de buena fe nos exige actuar siempre con honestidad y veracidad y, como señala Julissa Vitteri, “es aplicable en la formación,

¹²³ STC N° 2267-2009-PA/TC-Cusco, f.j. 5,6

¹²⁴ Casación N° 199-2004-Puno, f.j. 3

desarrollo y culminación del contrato de trabajo” (2018, p.182). La buena fe es definida por la Sala Suprema de la siguiente manera:

Asimismo, la buena fe laboral implícitamente contempla la relación de confianza que debe existir entre el trabajador y el empleador, pues ambos esperan que se cumplan con las obligaciones que emanan del contrato de trabajo y, en tal línea, el empleador asume que el trabajador cumplirá cabalmente con sus funciones¹²⁵.

En mérito a la buena fe, tanto empleador como trabajador confían en que cada uno cumplirá con sus respectivas obligaciones derivadas del contrato de trabajo. Se quiebra la buena fe cuando una de las partes incumple sus obligaciones, lo que generará, en caso el trabajador sea responsable, una sanción que puede ser hasta el despido, y en caso sea el empleador, la imposición de una sanción por SUNAFIL y eventualmente acciones judiciales en su contra.

El trabajador debe actuar con buena fe durante el desarrollo del procedimiento, especialmente, al momento de hacer sus descargos debiendo ceñirse a la verdad de los hechos y no ocultar pruebas.

a. Evitar conductas obstruccionistas o dilatorias

El trabajador debe actuar con total transparencia, evitando obstruir y dilatar el procedimiento, pretendiendo beneficiarse posteriormente con una presunta afectación al principio de inmediatez. Al respecto el Tribunal Constitucional ha establecido el siguiente criterio:

(...) Para determinar la razonabilidad del plazo de esta etapa, debe valorarse si el trabajador tuvo una conducta diligente al momento de presentar su carta de descargo, o si, por el contrario, tuvo comportamientos obstruccionistas o dilatorios, como por ejemplo, presentar solicitudes de prórrogas sucesivas para presentar la carta de descargo¹²⁶.

¹²⁵ Casación Laboral N° 7855-2017-Callao, f.j. 6

¹²⁶ STC N° 543-2007-AA/TC, f.j. 4.b, 6.b quinto párrafo (Fundamento de voto del magistrado Mesía Ramírez).

En este caso, el trabajador solicitó ampliación del plazo para su descargo, lo que es válido. Sin embargo, el Tribunal consideró que dicha ampliación no puede ser considerada como afectación al principio de inmediatez, pues el propio trabajador originó que dicho plazo se extienda.

La Sala Suprema ha señalado que también constituye conducta obstruccionista por parte del trabajador negarse, o su familia, a recibir las cartas notariales o cualquier comunicación que remita el empleador. Dicha Sala ha dejado sentado el siguiente criterio:

(...) sostener que el aludido diligenciamiento de la carta notarial y los intentos de comunicación antes anotados practicados por la empleadora, no acreditan en el caso concreto el conocimiento de los hechos señalados en la carta notarial, importa incentivar conductas obstruccionistas por parte del trabajador y/o su entorno cercano, en desmedro de la correcta actividad de los funcionarios competentes (Notario Público), de la conducta leal que se espera de todos los ciudadanos y, sobre todo, de la buena fe laboral que debe rodear en todo momento al vínculo que une a empleador y trabajador, lo que esta Sala Suprema no puede admitir¹²⁷.

El trabajador no puede cuestionar el trámite del procedimiento de despido invocando causales por hecho propio. No está permitida la conducta obstruccionista, pues afecta la buena fe laboral.

2.3.2 Ejercer su descargo de manera diligente en el plazo otorgado

El trabajador debe ser sumamente diligente, no serlo implicaría perjudicarse a sí mismo, al momento de preparar sus descargos debe aprovechar al máximo el plazo otorgado. Ser diligente también implica que debe buscar apoyo y asesoría de un profesional que sepa guiarlo a fin de ejercer de mejor manera su defensa. En caso que el empleador le otorgue un plazo menor al mínimo, consideramos que es deber del trabajador denunciarlo en la carta de descargo y luego cuestionarlo, de ser el caso, por la vía judicial.

¹²⁷ Casación Laboral N° 7855-2017-Callao f.j. 10.2, 10.6

2.3.3 Formalidad del descargo

El trabajador debe realizar su descargo dejando en clara evidencia que lo realizó en el lugar y tiempo oportuno, para evitar cuestionamientos, cuidando de que conste el sello de recepción en el cargo respectivo.

a. Por escrito

Como la ley exige que la carta de imputación de cargos sea por escrito, el descargo también debe ser por escrito y cuidando de que cada hecho imputado como falta grave sea absuelto de la manera más clara y precisa posible. No se debe omitir ningún extremo. Hacerlo implicaría que el empleador lo tome como aceptado. Consideramos que no se debe guardar silencio sobre ningún cargo imputado.

Como ya lo dijimos, encontrándonos en plena era tecnológica, consideramos que resulta válida la entrega de la carta de imputación de cargos vía correo electrónico o por el aplicativo Whatsapp. El trabajador también puede hacer su descargo por la misma vía. En ambos casos, se deberá acreditar la constancia de entrega electrónica a fin de acreditar la recepción. Como sustento jurídico de nuestro argumento, citamos los artículos 141 y 141-A del Código Civil, que permiten la manifestación de voluntad a través de medios electrónicos.

b. ¿Puede ser oral?

Puede ser oral solo en el supuesto de que el trabajador no pueda suscribir el documento debido a algún impedimento físico o en caso el descargo se haya llevado a cabo en una audiencia. En estos casos, consideramos que puede ejercer su derecho personalmente ante el empleador, quien deberá levantar un acta, consignar la huella digital del trabajador y tener la presencia de algún testigo a elección del trabajador en caso no pueda firmar. En el acta debe constar lugar, fecha y hora del acto, las personas que intervienen en dicha audiencia, los descargos del trabajador, los medios probatorios que ofrece, cualquier otra actuación que sea necesaria incluir y la firma de

todos los participantes. El empleador deberá entregar una copia certificada del acta al trabajador como constancia de su descargo.

2.3.4 Ofrecer los medios probatorios con su descargo

La mejor manera de ejercer su derecho de defensa es ofreciendo los medios probatorios que sustenten su descargo. Consideramos que el trabajador debe ser muy diligente al momento de ofrecerlos, velando por la formalidad a fin de que no sean cuestionados por alguna deficiencia. Así como el trabajador tiene el derecho a recibir los medios probatorios con la carta de imputación de cargos, consideramos, que el empleador también tiene el mismo derecho de obtener con la carta de descargos los medios probatorios que la sustenten. De esta manera, el empleador podrá resolver con mejores elementos de juicio si procede o no con la sanción de despido. En este extremo, consideramos que el trabajador también debe respetar el derecho al debido proceso que le asiste al empleador. El debido proceso exige a las partes inmersas en un proceso actuar bajo el principio de la buena fe, siempre respetando el derecho del otro y dando cumplimiento a sus deberes.

a. Deber de ofrecerlos dentro del procedimiento previo

Tanto el empleador como el trabajador deben ofrecer sus pruebas dentro del procedimiento previo. Consideramos que es el mejor momento. Con dicho ofrecimiento, el trabajador tendrá la mejor oportunidad para formular sus descargos y el empleador la posibilidad de valorar mejor los hechos para una adecuada decisión al momento de imponer sanción o proceder con la absolución. El trabajador debe observar las mismas formalidades reguladas en el Código Procesal Civil en el ofrecimiento de los medios probatorios.

b. Los ofrece recién en el proceso judicial, ¿deben ser admitidos?

Nos preguntamos, ¿qué sucede si el empleador o el trabajador no ofrecen sus respectivos medios probatorios en el procedimiento previo, sino recién los presentan en la etapa judicial?, ¿deben ser admitidos o rechazados? Al respecto tenemos las siguientes posiciones:

- i. Deben ser rechazados, pues la etapa para ofrecerlos es dentro del procedimiento de despido. Refuerza esta posición el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional:

Especialmente grave ha sido, por el contrario, que los consabidos elementos supuestamente probatorios hayan sido recién puestos en conocimiento del demandante con la contestación de la presente demanda, en la que, por otra parte, también se da cuenta, por vez primera, del procedimiento seguido para su obtención¹²⁸.

Dicho Tribunal considera grave que el empleador no haya cumplido con ofrecer los medios probatorios con la carta de imputación de cargos y que recién lo haga con la contestación de la demanda. Coincidimos con lo resuelto, sin recurrir al proceso judicial o constitucional, la ley ha establecido una estación procesal idónea para que tanto empleador como trabajador ofrezcan sus respectivas pruebas. No hacerlo implica desidia y grave afectación al debido proceso, lo que debe ser sancionado por el juez con el rechazo de sus pruebas por ser extemporáneas.

- ii. Deben ser admitidos, siempre que se demuestre que estuvo impedido de presentarlos dentro del referido procedimiento por alguna causa justificada.
- iii. Se deben admitir solo los medios probatorios que refuercen la causa del despido o la impugnación del mismo, mas no las que resulten fundamentales. Es decir, si el empleador o trabajador cumplieron con ofrecer sus respectivas pruebas dentro del procedimiento de despido, sustentando cada uno su argumento, pueden presentar pruebas adicionales en la etapa judicial, siempre que fortalezcan aquellas. No deberán admitirse aquellas que resulten fundamentales, entendiéndose por estas, las que eran esenciales para sustentar la imputación de cargos, o en caso del trabajador sus descargos, pero que no fueron ofrecidas en el respectivo procedimiento. En este caso, podemos decir que se habría actuado de mala fe, lo que debe ser sancionado con el rechazo.

Por seguridad jurídica, consideramos que los medios probatorios ofrecidos recién en la etapa judicial no deben ser admitidos, salvo que el empleador o trabajador tuvieran excusa razonable que justifique el incumplimiento por no haberlos presentado durante el procedimiento

¹²⁸ STC N° 1058-2004-AA/TC f.j. 10

de despido. Creemos que con ello se ordenaría mejor este procedimiento, sobre todo, fomentaríamos entre las partes el respeto y aplicación del debido proceso.



CAPÍTULO III:

EL DEBIDO PROCESO: GARANTÍA DEL EMPLEADOR EN EL PROCEDIMIENTO PREVIO AL DESPIDO

El debido proceso no solo es una garantía del trabajador. También lo es para el empleador, pues, al igual que el trabajador, es un sujeto de derecho. Siempre se ha discutido si las personas jurídicas pueden ser titulares de derechos fundamentales. Como sabemos, la gran mayoría de los empleadores adopta dicha personalidad. Por tanto, es preciso conocer si pueden reclamar la titularidad de tales derechos.

3.1 Marco general: el debido proceso como derecho fundamental del empleador

De acuerdo al análisis que venimos realizando, nos queda claro que el debido proceso también es un derecho fundamental del empleador. Por tanto, puede reclamar al trabajador el respeto a sus derechos. Si un empleador interviene en un proceso o procedimiento, consideramos que también es titular del derecho al debido proceso. Ahora bien, si el empleador es persona natural, creemos que no habría ningún cuestionamiento para el ejercicio de tal derecho, pero, si es persona jurídica, surgen las siguientes interrogantes: ¿puede ser titular de derechos fundamentales?, ¿podrá ejercerlos?

Veamos lo que señala Jaime Zavala: “el empleador, al igual que el trabajador, goza de derechos fundamentales, aunque con diferente extensión si es persona natural o persona jurídica”. Agrega: “los empleadores también son ciudadanos con derechos, por tanto, titulares de derechos fundamentales” (2017a, p.2). Por su parte, Carlos Blancas considera que cuando “el empleador ejerce el poder de dirección, en realidad lo hace en mérito a la titularidad de su derecho fundamental a la libertad de empresa, con lo que obtiene legitimidad para aplicar dicho poder” (2013, p.101).

Entonces, el empleador, sea persona natural o jurídica, es titular de derechos fundamentales. Jaime Zavala le reconoce algunos derechos, tales como:

(...) el derecho a la libertad de contratación, el derecho a la propiedad, el derecho a la igualdad y no discriminación, la libertad de expresión, la libertad de información y el derecho al honor, a la buena reputación, y a la intimidad personal (2017a, p.3).

Nosotros podemos decir que el empleador, bajo la forma de una persona jurídica, también es titular del derecho fundamental al debido proceso, con lo que se encuentra garantizado, al menos, el derecho de defensa durante su intervención en cualquier proceso o procedimiento. Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido el siguiente criterio:

(...) el derecho al debido proceso es aplicable no solo a los procesos judiciales, sino también a los procedimientos instaurados en sede administrativa e incluso entre particulares. Supone el cumplimiento de todas las garantías, requisitos y normas de orden público que deben observar las instancias procesales de todos los procedimientos, sean judiciales, administrativos o sean conflictos entre privados, a fin de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto que pueda afectarlos¹²⁹. (el subrayado es nuestro)

Este criterio jurisprudencial nos explica que cualquier persona, incluso en los conflictos privados, puede ejercer su derecho al debido proceso a fin de defenderse. No hay restricción para que el empleador pueda ser titular del mencionado derecho. Por otro lado, dicho Tribunal también señala que “las personas jurídicas pueden ser titulares, entre otros, del derecho al debido proceso”¹³⁰.

En consecuencia, un empleador investido como persona jurídica puede también ejercer su derecho al debido proceso sin cuestionamiento, pero, ¿qué pasa con los demás derechos fundamentales?, ¿puede asumir la titularidad? Luego del análisis correspondiente, encontraremos las respuestas líneas abajo.

3.1.1 Titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas

¹²⁹ STC N° 3860-2013-AA, f.j. 7

¹³⁰ STC N° 1881-2008-AA, f.j. 4

El artículo 3 de la derogada Constitución Política de 1979 reguló lo siguiente: “Los derechos fundamentales rigen también para las personas jurídicas peruanas, en cuanto les son aplicables”. Nuestra actual Constitución no tiene una norma parecida; sin embargo, el Tribunal Constitucional interpreta de manera válida el numeral 17 del artículo 2 de la Carta Magna:

(...) reconoce en forma implícita la titularidad de los derechos fundamentales por las personas jurídicas de derecho privado, ya que permite participar a la persona humana en forma individual o asociada en la vida política, económica, social y cultural de la nación¹³¹.

Posteriormente, el mismo Tribunal señaló que “el reconocimiento y tutela de las personas jurídicas es un derecho fundamental no enumerado”. Adoptó este criterio sustentado en “los principios de Estado democrático de derecho y dignidad de la persona humana”¹³². Dicho Tribunal incorpora “el reconocimiento y tutela de las personas jurídicas dentro del listado de derechos fundamentales en mérito al artículo 3 de la Constitución”, norma que permite una lista abierta, lo que consideramos válido y necesario, ya que la vida moderna y la dinámica social generan nuevos derechos fundamentales.

Ricardo Beaumont nos explica: “Los derechos fundamentales de la persona jurídica, son la consecuencia o derivación de la voluntad original de la persona humana” (2012, p.121). Además, este autor considera “incongruente que la persona humana tenga derechos fundamentales para intervenir en forma agrupada en la vida económica y social; sin embargo, al hacerlo bajo la estructura de una persona jurídica se pretenda desconocer sus derechos fundamentales” (2012, p.121). Coincidimos con este autor. Consideramos que, en materia de derechos fundamentales, la persona jurídica resulta ser una prolongación de la persona humana.

El Tribunal Constitucional reconoce que las personas jurídicas son titulares de derechos fundamentales. Sin embargo, también señala que no pueden gozar de los mismos atributos, facultades y libertades que la persona humana; solo aquellos que son compatibles con la naturaleza o características de cada grupo de personas. En ese sentido, el Juez Constitucional deberá evaluar

¹³¹ STC N° 905-2001-AA, f.j. 5

¹³² STC N° 4972-2006-AA, f.j. 11

cada caso. Concluye señalando que los derechos fundamentales no son de ejercicio automático por las personas jurídicas¹³³.

A decir de dicho Tribunal, los derechos fundamentales son innatos a la persona humana, los que no pueden ser atribuidos a la persona jurídica en su totalidad, que por su condición de ente ficticio ve limitado el reconocimiento de tales derechos. Las personas jurídicas no pueden ser titulares de todos los derechos fundamentales. A manera de ejemplo podemos decir lo siguiente: en un caso, el Tribunal Constitucional resolvió que la libertad de tránsito no puede ser derecho fundamental de las personas jurídicas¹³⁴.

Ángel Gómez nos explica que “las personas jurídicas constituyen un medio que tienen las personas humanas para obtener algunos objetivos, los que no podrían conseguirlo, o tendrían dificultades para hacerlo, de manera individual y para ello buscan agruparse” (2002, p.95).

Entonces, encontrándose las personas físicas detrás de las jurídicas, no cabe desconocer los derechos fundamentales de las últimas. Por otro lado, el Tribunal señala que “el status jurídico de las personas jurídicas de derecho privado es distinto a las de derecho público, por lo que estas últimas de manera excepcional podrán ejercer algunos derechos fundamentales”¹³⁵. Entendemos que el Tribunal hace una clara precisión, las personas jurídicas de derecho privado pueden asumir mayores derechos fundamentales que las de derecho público. Esto es por la evidente relación de estas últimas con el Estado, el que no puede ser titular de derechos fundamentales.

El Tribunal Constitucional, de manera enunciativa, reconoce los siguientes derechos fundamentales a las personas jurídicas¹³⁶:

- a) El derecho a la igualdad ante la ley
- b) Las libertades de información, opinión, expresión y difusión del pensamiento
- c) El derecho a fundar medios de comunicación

¹³³ STC N° 4972-2006-AA, f.j. 13

¹³⁴ STC N° 1881-2008-AA, f.j. 5

¹³⁵ STC N° 4037-2008-AA, f.j. 1 – Fundamento del voto del Magistrado César Landa Arroyo.

¹³⁶ STC N° 4972-2006-AA, f.j. 14

- d) El derecho de acceso a la información pública
- e) El derecho al secreto bancario y la reserva tributaria
- f) El derecho a la autodeterminación informativa
- g) El derecho a la buena reputación
- h) La libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica
- i) La inviolabilidad de domicilio
- j) El secreto e inviolabilidad de las comunicaciones y documentos privados
- k) La libertad de residencia
- l) El derecho de reunión
- m) El derecho de asociación
- n) La libertad de contratación
- o) La libertad de trabajo
- p) El derecho de propiedad
- q) El derecho a la participación en la vida de la nación
- r) El derecho de petición
- s) El derecho a la nacionalidad
- t) El derecho a la inafectación de todo impuesto que afecte bienes, actividades o servicios propios en el caso de las universidades, institutos superiores y demás centros educativos
- u) La libertad de iniciativa privada
- v) La libertad de empresa, comercio e industria
- w) La libre competencia
- x) La prohibición de confiscatoriedad tributaria
- y) El derecho al debido proceso y a la tutela jurisdiccional

Dando respuesta a las interrogantes planteadas al inicio de este subtema, podemos decir que una persona jurídica sí puede ser titular de derechos fundamentales, pero, por ser un ente abstracto, la titularidad no recae sobre todos los derechos, solo sobre algunos. Sobre aquellos derechos que sí aplican, la persona jurídica los puede ejercer sin ningún cuestionamiento, no hay limitación.

3.1.2 El empleador, como parte del procedimiento previo al despido, tiene derecho al debido proceso

En el procedimiento previo al despido, el empleador tiene doble función: acusar y decidir, lo que constituye una característica impropia de acuerdo a nuestra propuesta descrita en el primer capítulo; sin embargo, esta dualidad no le impide ejercer y reclamar su derecho al debido proceso. El artículo 31 de la LPCL y el artículo 7 del Convenio 158 OIT reconocen esta doble función y señalan que antes de despedir al trabajador, el empleador debe dar inicio al procedimiento otorgándole la oportunidad de ejercer su defensa frente a los cargos imputados. Ninguna de las citadas normas desplaza alguna de dichas funciones a favor de un tercero. Entonces, el que acusa y decide la sanción es el empleador; sin embargo, esta condición especial no le impide reclamar al trabajador respeto y observancia de su derecho al debido proceso, cuya titularidad no puede ser cuestionada.

En consecuencia, podemos decir que, durante el trámite del procedimiento de despido, tanto empleador como trabajador deben observar y respetar el derecho al debido proceso que cada uno alcanza como titular. En caso el empleador adopte la forma de una persona jurídica, esta condición no constituye impedimento para reclamar tal derecho.

3.2 Facultades del empleador en el procedimiento previo al despido

De manera genérica, podemos decir que las facultades del empleador derivan de la libertad de empresa. Así también lo señala Guillermo Boza al sostener lo siguiente:

El desarrollo de toda actividad empresarial exige que la misma se encuentre organizada o dirigida por alguien. Para asegurar el éxito en la gestión de dicha actividad, el empresario se encuentra dotado de un conjunto de facultades o poderes, con la finalidad de impartir órdenes e instrucciones y de asegurar su cumplimiento. Estas facultades tienen sustento en las libertades económicas consagradas constitucionalmente, en particular, en la libertad de empresa recogida en el artículo 59 de la Carta Fundamental (2011, p.128).

Por su lado, Jorge Toyama nos explica que “el artículo 9 de la LPCL señala que el poder de dirección, que la ley reconoce al empleador, conlleva las siguientes facultades: de dirección, fiscalización y sanción” (2008 p.216). Entonces, desde el punto de vista del derecho laboral el empleador para dirigir su organización a los fines que busca puede ejercer las facultades mencionadas, pero, para efectos del presente trabajo de investigación, nos interesa solo la facultad de sanción, que según el artículo 33 de la LPCL puede ejercerlo de manera discrecional.

3.2.1 Facultad de sancionar

Sobre esta facultad Francisco Gómez señala lo siguiente: “(...) el poder disciplinario o facultad de sancionar sería una mera ilusión cuando el empleador ejerza su facultad de organización y dirección de la empresa, es decir, sin esta facultad no podría obtener sus objetivos” (2007, p.328). El primer párrafo del artículo 9 de la LPCL reconoce al empleador la facultad de sancionar disciplinariamente al trabajador en caso de infracción o incumplimiento de sus obligaciones laborales, la misma que debe realizarse dentro de los límites de la razonabilidad. La jurisprudencia¹³⁷ se ha encargado de adicionar también el principio de proporcionalidad. Luis Valderrama señala que: “(...) la sanción tiene dos finalidades: i) reprimir la conducta infractora a fin de compensar el daño inferido; y, ii) prevenir la comisión de otras conductas similares” (2016, p.357).

Entonces, lo que busca el empleador al imponer una sanción no solo es castigar al trabajador infractor, sino también evitar que otros incurran en inconductas y, para ello, recurre a la sanción como ejemplo. Las inconductas de los trabajadores deben ser actos excepcionales e infrecuentes. Debemos tener en cuenta que la función del empleador no es dedicarse en exclusiva a sancionar trabajadores, sino a desarrollar sus actividades empresariales. Entendemos que el ejercicio de la función sancionadora debe ser extraordinaria y, a su vez, es distractora de las labores cotidianas, por lo que considerar a la sanción como acto disuasivo para que otros no incurran en lo mismo resulta válido.

¹³⁷ Casación Laboral N° 2028-2011-Lima y Casación N° 8554-2016-Moquegua.

Luis Valderrama también señala que la LPCL no establece una escala de sanciones, pues no toda infracción debe ser sancionada con el despido. Sin embargo, señala que “la doctrina ha considerado las siguientes sanciones: i) amonestación verbal; ii) amonestación escrita; iii) suspensión; y, iv) despido” (2016, p. 358). De ello, se desprende que las dos primeras están destinadas para las infracciones leves; la tercera, para las intermedias y el despido para las graves. Al respecto la Corte Suprema ha determinado que: “El despido es una sanción extrema, por lo que debe existir correspondencia entre la infracción, la prueba y el grado de sanción, debido a que la facultad disciplinaria del empleador debe encuadrarse en los principios de razonabilidad y proporcionalidad”¹³⁸.

El empleador no solo debe verificar la existencia de la falta con medios probatorios idóneos, sino también determinar su gravedad a fin de imponer la sanción de despido, que resulta ser la más extrema. A su vez, el ejercicio de esta facultad sancionadora está regido por los principios de razonabilidad y proporcionalidad.

3.2.2 Facultad discrecional: iniciar o no el procedimiento previo

En principio, reiteramos que la facultad de sancionar es discrecional, tal como lo reconoce el artículo 33 de la LPCL, al señalar que el empleador, de acuerdo a su criterio, podrá remitir¹³⁹ u olvidar la falta. Según Francisco Gómez, “constituye acto discrecional del empleador determinar la existencia de una falta laboral, pero decide no sancionarla. En este caso, opta por el perdón u olvido” (2007, p. 336-337). El numeral 10 de las Normas de Aplicación General de la Recomendación 166 del Convenio 158 OIT explica que si el empleador, dentro de un plazo razonable, no termina la relación laboral por alguna falta cometida por el trabajador, se considerará que ha renunciado a su derecho.

En realidad, esta renuncia debemos entenderla como el ejercicio pleno de la facultad discrecional del empleador de no sancionar la falta. Coincidimos con Tulio Obregón¹⁴⁰ cuando

¹³⁸ Casación N° 2028-2011-Lima, f.j.10

¹³⁹ De acuerdo a la Real Academia Española, **Remitir** significa: perdonar, alzar la pena, eximir o liberar de una obligación. <http://www.rae.es>

¹⁴⁰ Dicho autor adopta esta posición al analizar la STC N° 543-2007-PA/TC.

señala que “el empleador condonó u olvidó la falta grave cuando transcurre un tiempo prolongado desde que conoce la infracción pero decide no iniciar el procedimiento previo” (2009, p.VI-3). Nosotros podemos agregar que, cuando el empleador decide no iniciar el procedimiento previo al despido, no hace más que ejercer su facultad discrecional. Esto resulta válido, pues deriva de su propia voluntad manifestada en forma tácita al dejar pasar el plazo razonable que exige el principio de inmediatez.

3.2.3 Facultad de instaurar procedimientos especiales de despido

En inicio, debemos indicar que los trabajadores contratados bajo las normas del régimen laboral privado tienen un procedimiento previo ya regulado por el artículo 31 de la LPCL, norma que, como hemos visto, tiene como finalidad genérica conceder al trabajador el pleno ejercicio de su defensa. Sin embargo, a través de la jurisprudencia hemos podido evidenciar que se permite al empleador iniciar un procedimiento especial, al margen del procedimiento legal. Para justificar ello, se tiene como sustento el reconocimiento al empleador de su libertad de organización, que deriva del derecho a la libertad de empresa¹⁴¹, pero, se establece como condición el respeto al derecho de defensa del trabajador o se otorgue mayores garantías al trabajador para su defensa, todo dentro del respeto al debido proceso. Al respecto veamos cómo se pronunció el Tribunal Constitucional:

- i. El trabajador alegó que fue despedido bajo las normas del régimen laboral público, cuando él pertenece al régimen privado. El Tribunal refiere que el procedimiento se realizó bajo las normas del “Manual de Proceso Investigatorio de Faltas o Incapacidad de la Empresa Municipal de Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de San Martín S.A.”, que es de alcance y cumplimiento para todo el personal sin importar el régimen de contratación. Este documento contiene mayores garantías procesales para el trabajador, a saber: se otorga un plazo de 10 días para el descargo, se establece una etapa de impugnación (vía recursos de reconsideración y apelación), se regula las faltas y sanciones en diferentes grados y crea un órgano independiente denominado Comisión Permanente conformado por 03 integrantes y 02 suplentes que investigará las faltas. El Tribunal rechazó la demanda por

¹⁴¹ STC N° 3860-2013-PA/TC, f.j. 17

considerar que el trabajador no actuó con indefensión. Por el contrario, se respetó el debido proceso, ya que el referido manual le otorgaba mayores garantías para su defensa¹⁴².

- ii. El trabajador alegó que no se le remitió la carta de imputación de cargos, con lo que se habría violado su derecho de defensa. Sin embargo, el Tribunal refiere que el empleador nombró una Comisión Investigadora que emitió un Informe Final, donde consta la declaración del trabajador, con lo que tuvo la posibilidad de ejercer su defensa. Incluso aceptó la responsabilidad de los hechos imputados. Se declaró infundada la demanda por no haberse acreditado la afectación al derecho de defensa¹⁴³.
- iii. Algunos docentes de una universidad alegaron que fueron despedidos sin respetar las normas del Estatuto y el Reglamento de Docentes. Fueron sometidos al procedimiento de despido regulado por la LPCL. En efecto, las normas internas fijaban que el Tribunal de Honor era competente para investigar y sancionar en primera instancia las faltas cometidas por los docentes. El Tribunal Constitucional señaló que, en mérito al principio de especialidad de las normas, a los docentes se les debió aplicar el procedimiento fijado en las normas estatutarias y reglamentarias, lo que no se hizo, con lo que se afectó el debido proceso y el derecho al trabajo¹⁴⁴.
 - a. Procedimiento especial para investigar y sancionar el hostigamiento sexual

Mediante Ley N° 27942 se reguló la prevención y sanción del hostigamiento sexual, se estableció un procedimiento especial a fin de investigar la comisión de esta falta grave. Es preciso mencionar que, mediante Ley N° 29430¹⁴⁵, se incorporó el hostigamiento sexual dentro de la lista de faltas graves fijadas en el artículo 25 de la LPCL. El numeral 8.3 del artículo 8 de la Ley N° 27942 establece si el hostigador es un trabajador del régimen laboral privado, según la gravedad, puede ser sancionado con amonestación, suspensión o despido. El reglamento¹⁴⁶ de la Ley N° 27942 establece un procedimiento especial a fin de investigar y sancionar el hostigamiento sexual en el centro de trabajo del régimen laboral privado. Este procedimiento tiene las siguientes reglas:

¹⁴² STC N° 3860-2013-AA/TC, f.j. 10,12,13,14,15,16,17

¹⁴³ STC N° 201-2011-PA/TC, f.j. 7,8

¹⁴⁴ STC N° 922-2011-PA/TC, f.j. 6,7,8

¹⁴⁵ Publicada el 08 de noviembre de 2009, agregó el literal i) del artículo 25 de la LPCL con el siguiente contenido: Son faltas graves: i) El hostigamiento sexual cometido por los representantes del empleador o quien ejerza autoridad sobre el trabajador, así como el cometido por un trabajador cualquiera sea la ubicación de la víctima del hostigamiento en la estructura jerárquica del centro de trabajo.

¹⁴⁶ Aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-2019-MIMP publicado el 22 de julio de 2019.

- 1) El procedimiento de investigación y sanción del hostigamiento sexual se inicia a pedido de parte o de un tercero, o de oficio cuando el empleador conoce los hechos.
- 2) La denuncia puede ser presentada de forma verbal o escrita ante la Oficina de Recursos Humanos o la que haga sus veces. Si el empleador toma conocimiento del hecho, debe poner en conocimiento de dicha oficina dentro del plazo de 01 día hábil.
- 3) La Oficina de Recursos Humanos, dentro del plazo de 01 día, pone a disposición de la víctima los canales de atención médica y psicológica.
- 4) Asimismo, dentro del plazo de 03 días hábiles de presentada la denuncia, deberá dictar y adoptar medidas de protección como la rotación o suspensión del presunto hostigador, entre otras.
- 5) Dentro del plazo de 06 días hábiles de recibida la denuncia, deberá comunicar al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo la recepción de la misma o del inicio de oficio de una investigación por hostigamiento sexual e informar las medidas de protección adoptadas.
- 6) También deberá, dentro del plazo de 01 día hábil de recibida la denuncia, poner en conocimiento del Comité de Intervención frente al Hostigamiento Sexual para que inicie la investigación.
- 7) Dicho Comité, dentro del plazo de 15 días calendario de recibida la denuncia, deberá emitir un informe¹⁴⁷. Dentro de este plazo, deberá otorgar al denunciado un plazo para que pueda formular sus descargos. El plazo lo deberá fijar cada empleador teniendo en cuenta las normas aplicables. La norma no lo precisa.
- 8) Dicho informe debe ser puesto en conocimiento de la Oficina de Recursos Humanos dentro del plazo de 01 día hábil.
- 9) Dentro del plazo de 10 días calendario de recibido el informe, la mencionada Oficina emite una “decisión”¹⁴⁸, pero antes, dentro del referido plazo, deberá correr traslado del informe al denunciado y a la víctima para que formulen sus alegatos. Para ello, les fijará un plazo, la norma no lo precisa. Elmer Huamán se pregunta: ¿qué debemos entender por decisión?

¹⁴⁷ De acuerdo al numeral 19.3 del artículo 19 del D.S. N° 014-2019-MIMP dicho informe deberá tener como contenido mínimo: a) Descripción de los hechos, b) valoración de los medios probatorios, c) propuesta de sanción o de archivamiento debidamente motivada y d) recomendación de medidas adicionales para evitar nuevos casos de hostigamiento.

¹⁴⁸ Así lo establece el numeral 29.6 del artículo 29 del Decreto Supremo N° 014-2019-MIMP – Reglamento de la Ley N° 27942

Para ello plantea 03 respuestas excluyentes: 1) Absolución del denunciado, 2) Imposición de una sanción que puede ser amonestación, suspensión o despido, o 3) Propuesta de una sanción y el inicio del procedimiento disciplinario. Dicho autor se inclina por la primera o la segunda, según sea (2019, p.5). Nosotros consideramos que la decisión que adopte la Oficina de Recursos Humanos deberá ser entendida bajo los conceptos de absolución en caso de irresponsabilidad, pero, en caso de culpabilidad, si los hechos no revisten mayor gravedad, el Informe deberá contener la imposición de sanción de amonestación o suspensión, según corresponda. Distinto será si la indicada Oficina determina hechos graves que hagan insostenible la relación laboral. En este supuesto, el referido Informe deberá proponer el despido como sanción y el inicio del procedimiento previo, de conformidad con el artículo 31 de la LPCL. Arribamos a esta conclusión teniendo en cuenta que el procedimiento previo es el escenario natural para que el trabajador se defienda frente a un posible despido y, en concordancia con la propuesta que exponemos en el presente trabajo, que dicho procedimiento tiene dos finalidades: genérica y específica. La primera permite la defensa del trabajador y la segunda, comprobar de manera objetiva la falta.

- 10) Lo que decida la Oficina de Recursos Humanos se comunica al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo dentro del plazo de 06 días hábiles de su emisión.

Como vemos, para este tipo de faltas graves, la norma ha fijado un procedimiento especial con reglas poco claras, pues no fija plazos para los descargos y alegatos. Tampoco precisa las consecuencias de la decisión que adopte la Oficina de Recursos Humanos, tal como lo hemos visto líneas arriba. Esta imprecisión en la norma conlleva a observar y aplicar la garantía del debido proceso. Al respecto, el reglamento de la Ley N° 27942 fija que el procedimiento especial para los casos de hostigamiento sexual se sustenta, entre otros, en el principio del debido procedimiento, que es la proyección administrativa del debido proceso, y lo define así:

Los/as participantes en los procedimientos iniciados al amparo de la presente norma, gozan de todos los derechos y garantías inherentes al debido procedimiento, que comprende, el derecho a exponer sus argumentos, a ofrecer y producir pruebas, a obtener una decisión

motivada y fundada en derecho en un plazo razonable y todos aquellos atributos derivados de su contenido esencial¹⁴⁹.

Entonces, ante cualquier deficiencia o vacío de este procedimiento especial, el empleador debe observar el debido procedimiento, aplicando sus elementos, a fin de garantizar la intervención de las partes sometidas a investigación.

b. Procedimiento en caso de falsa denuncia por hostigamiento sexual.

La décima primera Disposición Final y Complementaria de la Ley N° 27942 señala si la denuncia o demanda por hostigamiento sexual se declara infundada, el empleador puede “resolver” justificadamente el contrato de trabajo celebrado con la presunta víctima. De manera genérica, la norma nos señala que se puede “resolver justificadamente el contrato de trabajo”; sin embargo, no precisa la forma ni la causa de extinción que se debe invocar, teniendo en cuenta que el artículo 16 de la LPCL señala en forma taxativa las causas extintivas de la relación laboral. Un contrato laboral se extingue por causas expresas, no por simple voluntad del empleador. Consideramos que, en mérito a esta disposición final y complementaria, el empleador deberá hacer uso de su facultad discrecional al momento de sancionar, podrá imponer amonestación, suspensión y hasta el despido. Si considera que procede la exclusión del trabajador, deberá dar inicio al procedimiento previo establecido en el artículo 31 de la LPCL e invocar como causa justa relacionada con la conducta: haber actuado de manera maliciosa en su denuncia, tal como lo establece esta norma, que en la práctica ha delineado una nueva falta grave: haber actuado de mala fe en las denuncias por hostigamiento sexual.

3.2.4 Libertad de empresa

La libertad de empresa se encuentra reconocida en el artículo 59 de nuestra Constitución. Permite al titular de una empresa actuar con autonomía en el desarrollo de su actividad empresarial. El Tribunal Constitucional lo define como “la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios para satisfacer la

¹⁴⁹ Así consta en el literal g) del artículo 4 del D.S. N° 014-2019-MIMP.

demanda de los consumidores o usuarios”¹⁵⁰. La libertad de empresa es un derecho fundamental, así lo reconocen Baldo Kresalja (2007, p.35) y Carlos Blancas (2013, p.101). Por su lado, el Tribunal Constitucional señala que:

“(…) la libertad de empresa se erige como derecho fundamental que garantiza a todas las personas a participar en la vida económica de la Nación, y que el poder público no sólo debe respetar, sino que además debe orientar, estimular y promover, conforme lo señalan los artículos 58° y 59° de la Constitución”.¹⁵¹

Entonces, la libertad de empresa es un derecho fundamental del empresario, el que le permite, a través de su empresa, obtener sus propios ingresos y ser parte de la economía nacional. El Estado debe respetar tal derecho y ser un promotor en la creación de empresas.

Ahora bien, esta libertad del empleador no es absoluta, como lo explica Alfredo Montoya, “(…) por ejemplo, cuando un empresario ejerza su poder de dirección sobre sus trabajadores, que constituye una manifestación de dicha libertad, tendrá como límite los derechos fundamentales del trabajador, los que evitarán el abuso de tal libertad” (2011, p. 34).

Baldo Kresalja nos explica que “la libertad de empresa tiene 04 aspectos esenciales” (2004, p.540). Estos han sido recogidos por el Tribunal Constitucional¹⁵², a saber:

- La libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado.
- La libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros.
- La libertad de competencia.

¹⁵⁰ STC N° 008-2003-AI/TC f.j. 26, literal d).

¹⁵¹ STC N° 1405-2010-PA/TC, f.j. 13.

¹⁵² STC N° 3330-2004-AA/TC f.j. 13.

- La libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno.

Para efectos de esta investigación, solo tomaremos en cuenta la libertad de organización, tiene que ver con la facultad de contratar personal. La libertad de empresa permite al titular de este derecho actuar con autonomía en la organización de su empresa y para el desarrollo de las actividades empresariales necesitará el apoyo de terceros. El personal que contrate ejercerá sus labores bajo subordinación. Consecuencia de ello, el empresario pasará a denominarse empleador y los sujetos subordinados, trabajadores.

Como vemos, en ejercicio del derecho a la libertad de empresa, el empresario genera el nacimiento de la relación laboral con la contratación de personal, lo que permitirá que personas ajenas, bajo dependencia, coadyuven en la realización del objeto empresarial. Con la celebración de los contratos de trabajo, ambas partes asumirán derechos y obligaciones de naturaleza laboral, los que deberán observar y cumplir mientras se encuentre vigente el vínculo. El empleador ejercerá su poder de dirección sobre los trabajadores teniendo, como límite, los derechos fundamentales de los mismos. A su vez, los trabajadores deberán cumplir sus funciones dentro del marco establecido por el empleador y también deberán respetar los derechos fundamentales del empleador. Al respecto Jaime Zavala señala lo siguiente:

Los empresarios también gozan de derechos fundamentales, como a la buena imagen y reputación de la empresa y sus funcionarios, que puede ser dañada por alguna falsa información que divulgue el trabajador en el ejercicio abusivo de su derecho a la libertad de expresión (2017b, p.2).

En efecto, un trabajador no puede dañar la buena imagen de su empleador con declaraciones falsas. Si no, veamos lo que ocurrió a un trabajador, quien declaró al Diario Correo que su empleador estaría inmerso en hechos irregulares, lo que no cumplió con probar. Con esto, perjudicó la imagen y buena reputación de la empresa, de acuerdo al criterio adoptado por el

Tribunal Constitucional, por lo que declaró procedente el despido¹⁵³. Entonces, el trabajador también se encuentra obligado a respetar los derechos fundamentales de su empleador, con mayor razón durante el trámite del procedimiento de despido. Este procedimiento lo inicia el empleador en virtud de su poder de dirección, el mismo que constituye, como lo venimos señalando, una manifestación de su derecho a la libertad de empresa. El poder de dirección se encuentra reconocido en el artículo 9 de la LPCL, el mismo que le otorga facultades al empleador para normar las labores, dictar órdenes para el cumplimiento de las funciones y sancionar las inconductas o incumplimientos, siempre observando el principio de razonabilidad. Jorge Toyama explica que “este poder es irrenunciable, aceptar lo contrario implicaría la desnaturalización de la relación laboral” (2009, p.122). El empleador no puede renunciar a esta facultad, si lo hace, generaría inconductas que luego podrían volverse incontrolables.

3.2.5 Exoneración de asistencia durante el trámite del procedimiento

El segundo párrafo del artículo 31 de la LPCL reconoce al empleador la facultad de exonerar al trabajador de asistir al centro de trabajo por causa relacionada con su conducta mientras dure el trámite del procedimiento previo. Dicha norma también señala que, de ninguna manera, esta exoneración puede perjudicarlo en su derecho de percibir sus remuneraciones y demás beneficios que le puedan corresponder. Los días de inasistencia por exoneración serán considerados como efectivamente laborados y plenamente justificados. Tampoco deberá afectar su derecho a la defensa. En ejercicio de este derecho, el trabajador podrá solicitar el ingreso al centro de trabajo a fin de recabar algún medio probatorio que le favorezca. El empleador no podrá impedir su ingreso. En caso contrario, será considerado como una afectación a tal derecho.

La exoneración de inasistencia debe constar por escrito, dice la ley. Se establece esta formalidad. Pero surge un problema: ¿hasta cuándo el trabajador se encuentra exonerado de asistir al centro de trabajo? La LPCL no dice nada al respecto. La Corte Suprema trató de resolver el problema, pero, a nuestro juicio, lo hizo de manera parcial. Ha realizado una interpretación del segundo párrafo del artículo 31 de la LPCL bajo los siguientes criterios¹⁵⁴:

¹⁵³ STC N° 3884-2010-PA/TC, f.j. 10

¹⁵⁴ Casación N° 11355-2014-Lima, f.j. 9

- a) Si el empleador opta por exonerar al trabajador de su obligación de asistir al centro de trabajo, sin establecer un término para su reincorporación, se tomará como plazo máximo el otorgado en la carta de imputación de cargos, el mismo que no será menor a 06 días naturales.
- b) Si se prorroga el plazo para la presentación de descargos, automáticamente se prorrogará la exoneración al trabajador para no asistir a su centro laboral con obligación del empleador de abonarle las remuneraciones y demás derechos que le correspondan por dicho período, debiendo concluir esta segunda prórroga con la correspondiente carta de absolución o de despido, según sea el caso.
- c) En ningún caso, el plazo para la presentación de descargos excederá un plazo razonable conforme a la naturaleza de la falta imputada.

Estamos de acuerdo con los dos últimos criterios vertidos por la Sala Suprema, mas no con el primero, por las siguientes razones:

- 1) La Sala Suprema señala si no se fijó plazo para la reincorporación del trabajador, se deberá entender que es el plazo máximo otorgado en la carta de imputación de cargos para que presente sus descargos, el que no debe ser menor a 06 días naturales.
- 2) Con este criterio, la Sala Suprema pretende decirnos que una vez presentado sus descargos dentro del plazo máximo fijado en la carta de imputación de cargos, el trabajador podrá reincorporarse a su centro de trabajo.
- 3) Consideramos esto incorrecto, pues el trabajador no puede reincorporarse, primero, sin autorización por escrito del empleador y, segundo, sin conocer el resultado del procedimiento. No podemos suponer al vencimiento del plazo máximo para presentar los descargos el trabajador debe apersonarse a su centro de trabajo.
- 4) Se debe tener en cuenta que, con la carta de imputación de cargos, se inicia el procedimiento y, con la carta de despido o de absolución de cargos, según fuere, se pone fin. El trabajador no puede buscar su reincorporación en pleno trámite del procedimiento sin saber el resultado.

- 5) Precisamente, en el caso sometido a conocimiento de la Sala Suprema y que dio origen a la sentencia bajo comentario, el trabajador se presentó a su centro de trabajo al vencimiento del plazo adicional otorgado para sus descargos; sin embargo, le negaron el ingreso, lo que el trabajador consideró como un despido incausado. Sobre este extremo dicha Sala resolvió así:¹⁵⁵ “(...), pues el demandante sabía que se encontraba con el vínculo laboral suspendido al encontrarse en trámite el procedimiento de despido, **no debiendo asistir a su centro de labores en tanto no se le comunicara su principal (...)**”. (énfasis es nuestro).
- 6) Llama la atención que la Sala Suprema resuelva en este sentido y, luego, al momento de intentar una interpretación del artículo 31 de la LPCL, señale otro, como lo hemos visto líneas arriba.

Por nuestra parte, estimamos que la reincorporación del trabajador debe darse bajo estas consideraciones:

- i. El segundo párrafo del artículo 31 de la LPCL señala que la exoneración debe ser por escrito, la ley fija una formalidad. Consideramos que se debería observar la misma formalidad para solicitar la reincorporación del trabajador.
- ii. Desde nuestro punto de vista, no cabe suponer la reincorporación del trabajador al vencimiento del plazo máximo para sus descargos. El trabajador no puede exponerse a un maltrato o rechazo al tratar de ingresar sin autorización del empleador.
- iii. El trabajador no podrá reincorporarse sino hasta la finalización del procedimiento. En este caso, el empleador deberá comunicarle por escrito la absolución de los cargos y requerirle su inmediata reincorporación o, caso contrario, comunicarle su despido.
- iv. Si el empleador no se pronuncia sobre el fondo dentro de un plazo razonable, el trabajador deberá solicitar por escrito el levantamiento de la exoneración para que pueda asistir y mientras no haya pronunciamiento expreso, el trabajador no se encuentra obligado a asistir. Consideramos que debe primar la formalidad escrita.
- v. El empleador no solo debe observar el principio de inmediatez para sancionar al trabajador, sino también para dar por finalizado el procedimiento de despido. No puede mantenerse una dilación innecesaria.

¹⁵⁵ Casación N° 11355-2014-Lima, f.j. 10

- vi. La demora en su reincorporación no puede ser imputable al trabajador, menos aún puede ser considerado como abandono de trabajo, pues, mientras el empleador no levante por escrito la exoneración de asistir, el trabajador no puede apersonarse al centro de trabajo.

Consideramos que la exoneración de asistir al centro de trabajo debe ser por todo el lapso de tiempo que dure el trámite del procedimiento de despido. Como sabemos, este se inicia con la remisión de la carta de imputación de cargos y concluye con la carta de despido o la carta absoluta. El requerimiento para la reincorporación del trabajador al centro de trabajo debe ser comunicada por escrito, no podemos presumir que al vencimiento del plazo para presentar los descargos se da un regreso automático.

3.2.6 Reiniciar el trámite del procedimiento previo por la comisión de otra falta grave

El empleador se encuentra facultado a reiniciar el procedimiento previo cuando tome conocimiento de la comisión de otra falta grave que no fue imputada en la carta remitida al trabajador. Así lo reconoce el último párrafo del artículo 32 de la LPCL. Entendemos que esta facultad solo podrá ejercerla mientras se encuentre en trámite el procedimiento, obviamente, antes de que finalice. Jorge Toyama precisa que “luego de enviada la carta de imputación de cargos, si el empleador verifica otra falta grave cometida por el trabajador, deberá iniciar el trámite nuevamente enviando otra carta imputando la última falta” (2015, p.537). En cuanto al plazo para el reinicio, podemos decir que el empleador tendrá vigente esta facultad entre la remisión de la primera carta de imputación de cargos y el envío de la carta de despido. Vencido este plazo, ya no podrá reiniciar el trámite pues el vínculo laboral se habrá extinguido por despido sustentado en la primera imputación. Habiéndose extinguido el vínculo laboral, tanto trabajador como empleador cesaron en sus derechos y obligaciones.

El mismo párrafo de la citada norma, con justa razón, señala que el empleador no podrá sustentar el despido por causa distinta a la mencionada en la carta de imputación de cargos. Es decir, así descubra otras faltas graves posterior a la imputación, ya no podrá alegarlas como sustento del despido, ya que solo le está permitido acusarlas en la carta de imputación, mas no en la de despido.

Por otro lado, el trabajador tendrá que dar respuesta a las dos cartas de imputación, no podrá presumir que la segunda deja sin efecto la primera, y el plazo para absolverlas será la que señale la última carta, con lo que el plazo se amplía.

Francisco Gómez considera que “el reinicio del trámite implica un nuevo trámite, independiente del ya iniciado y quizás concluido” (2016, p. 831). Discrepamos de dicha posición. La norma establece el reinicio del trámite, es decir, para nosotros es la continuación del procedimiento suspendido. No se trata de un nuevo procedimiento, menos aún, de que sea independiente del primero; es el mismo, pero que fue suspendido para ampliar los cargos y luego se reinicia. Ahora, si seguimos la línea de dicho autor, pongámonos en el siguiente supuesto: el primer procedimiento concluyó con la remisión de la carta de despido. Posterior a ello, el empleador descubre otros hechos y decide enviar una nueva carta de imputación de cargos.

En nuestro concepto, esta segunda no tendría sentido, pues el trabajador ya fue despedido, el contrato de trabajo concluyó con dicho acto, ya no hay vínculo laboral. De conformidad con el literal g) del artículo 16 de la LPCL, el contrato de trabajo se extingue con el despido. No cabe un doble despido, por tal razón, consideramos que se trata del mismo procedimiento que fue suspendido por la segunda carta de imputación de cargos, pero que luego se reinicia.

3.2.7 Exoneración del procedimiento previo: flagrancia

Esta facultad se encuentra descrita en el primer párrafo del artículo 31 de la LPCL, que reconoce al empleador la posibilidad de despedir al trabajador sin llevar a cabo el procedimiento previo, siempre que la falta grave sea conocida en flagrancia. En materia laboral, la jurisprudencia¹⁵⁶ ha definido a la flagrancia como el acto “que se está ejecutando actualmente”. Para que un hecho sea considerado como falta grave flagrante, debe estar desarrollándose en presencia del empleador, en ese instante. Esto le otorga la posibilidad, de manera excepcional, de exonerar del procedimiento previo y proceder con el despido de manera inmediata.

¹⁵⁶ Casación N° 780-2005-Lima, f.j. 6

Coincidimos con María Quispe al señalar que “el despido con exoneración del procedimiento previo resulta ser un acto excepcionalísimo porque podría afectar derechos fundamentales” (2015, p. VI-5). A nuestro entender, se refiere a los derechos al trabajo y de defensa. El Tribunal Constitucional ha señalado que la exoneración del procedimiento previo, en aplicación del artículo 31 de la LPCL, será viable cuando concurren dos requisitos¹⁵⁷:

1) La falta grave sea efectivamente flagrante. Atendiendo al concepto de flagrancia fijado por la jurisprudencia mencionada líneas arriba, debemos entender que el hecho considerado como falta grave debe estar ejecutándose en el mismo momento en que el empleador lo está observando para que sea considerado como flagrante. No puede ser un acto anterior ni posterior, debe ser en ese momento. Veamos la casuística: un empleador no probó que la falta grave sea flagrante toda vez que la carta de despido tiene como fecha 22 de setiembre de 2009, mientras de acuerdo a un Informe del 07 de setiembre del mismo año, elaborado por el propio empleador, se señala que los hechos habrían ocurrido entre el 05 y 07 de setiembre, por lo que no resulta que sea flagrante. Siendo así, se debió dar inicio al procedimiento previo remitiendo la carta de imputación de cargos, lo que no se hizo, con lo que se violó el debido proceso y el derecho de defensa del trabajador¹⁵⁸.

Entonces, para que sea aceptado el despido con exoneración del procedimiento previo, el empleador deberá probar que la falta grave se cometió en flagrancia, caso contrario, será considerado como un despido que afectó el debido proceso.

2) Que la falta revista tal gravedad que haga irrazonable la posibilidad de concederle el derecho de defensa al trabajador. La falta no solo debe ser flagrante, sino también grave. Constatada la gravedad y la flagrancia de la falta, el empleador se encuentra autorizado para no iniciar el procedimiento previo, con lo que constituye la única excepción reconocida por ley para privarle al trabajador de su derecho de defensa.

El artículo 25 de la LPCL señala que falta grave es la infracción cometida por el trabajador respecto al incumplimiento de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Luis Valderrama ratifica que “las faltas

¹⁵⁷ STC N° 764-2011-PA/TC, f.j. 6

¹⁵⁸ STC N° 764-2011-PA/TC f.j. 7.

que hagan irrazonable la subsistencia de la relación laboral son calificadas como graves” (2016, p.182). La Corte Suprema ha establecido la siguiente definición:

El artículo 25 del Decreto Supremo N° 003-97-TR define a la falta grave como la infracción del trabajador a los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que hagan irrazonable la subsistencia de la relación, sin mencionar que ésta tenga o no contenido doloso, pues de otro modo no podría sancionarse adecuadamente la conducta que sin tener contenido ilícito puede tener la envergadura suficiente para quebrantar la disciplina, armonía y orden indispensables en todo centro de trabajo¹⁵⁹.

Entonces, para que una conducta configure como falta grave no es necesario el requisito del dolo. La misma Corte Suprema agrega lo siguiente:

La falta grave es aquella infracción cometida por el trabajador contra los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal intensidad que haga irrazonable la continuidad de la relación laboral, producida por acto doloso o culposo del trabajador; sin embargo, su configuración debe fundarse en elementos objetivos¹⁶⁰.

De ello podemos inferir que la falta grave puede derivar de un acto doloso o culposo, pero al momento de calificar la infracción no debe primar ello, sino las pruebas (elementos objetivos). Carlos Blancas nos explica que “la falta grave se genera por un acto concreto o por una conducta reiterada, lo que daña la relación laboral hasta convertirla en intolerable” (2013, p.195). Entonces, la falta grave puede derivar de un solo hecho realizado por el trabajador o de una conducta repetida, sin mostrar voluntad de cambio, que fracciona la relación laboral.

Evidentemente, el empleador deberá prestar especial atención en la comisión de los hechos a fin de tomar una decisión razonada, iniciar o no dicho procedimiento, teniendo en cuenta que

¹⁵⁹ Casación N° 1622-2000-Arequipa f.j. 2

¹⁶⁰ Casación N° 10757-2016-Del Santa – Sumilla.

puede afectar derechos fundamentales del trabajador y que su decisión estará sujeta a un control judicial posterior. Veamos la casuística: un trabajador fue despedido por falta grave flagrante al haber agredido en estado etílico a su jefe. El trabajador reconoció los hechos. La Sala de Derecho Constitucional de Chiclayo consideró que se cumplió con acreditar los hechos imputados al haberse determinado en lugar y fecha cierta. Por tanto, el despido se dio por un hecho flagrante y no se han afectado derechos constitucionales¹⁶¹. En este caso, la conducta del trabajador no solo fue flagrante, sino grave, pues ingresó ebrio al centro de trabajo y, peor aún, golpeó a su superior. Consideramos que su despido fue razonable y proporcional.

El principio de proporcionalidad exige que la sanción impuesta tenga correspondencia con la gravedad de la falta cometida. En el caso citado líneas arriba, el trabajador fue despedido no solo por flagrancia, sino por la gravedad de los hechos. Golpeó a su superior en estado etílico, lo que fue valorado por el órgano judicial que aceptó la procedencia del despido sin derecho a un procedimiento previo, lo que estuvo justificado por la flagrancia y la gravedad. Podemos agregar que hubo correspondencia entre la falta cometida y la sanción impuesta; es decir, se aplicó la sanción del despido teniendo en cuenta la proporcionalidad. Sobre este principio citamos la siguiente sentencia¹⁶²:

Ahora bien, la determinación de la gravedad dependerá de cada supuesto de despido previsto en la norma legal antes citada, pero en suma el hecho sustentatorio de un despido debe ser de tal gravedad que no permita la continuación del contrato de trabajo y que resulte imperativa la extinción del mismo, por ello conviene tener en cuenta que *“(…) ha de graduarse lo más estrictamente posible la conducta incumplidora del trabajador, de modo que el despido, que es la sanción más importante y de mayor intensidad, sea una sanción proporcional al incumplimiento del trabajador”*¹⁶³.

En consecuencia, podemos decir que el principio de proporcionalidad establece que el despido, como máxima sanción, estará siempre en relación directa con la gravedad de la falta. En

¹⁶¹ Expediente N° 4053-2008, f.j. 7, 8 y 9.

¹⁶² Casación N° 10575-2016-Del Santa, f.j. 6

¹⁶³ El párrafo entrecomillado invocado en la referida jurisprudencia corresponde a JUAN GORELLI HERNÁNDEZ. Citado por QUISPE CHÁVEZ, Gustavo y MESINAS MONTERO, Federico. En “El Despido en la jurisprudencia judicial y constitucional”. Gaceta Jurídica S.A. Primera Edición. Enero 2009. p. 23

sentido contrario, una falta leve no puede generar un despido, siempre que no sea reiterada. En este supuesto, se castiga la persistencia en la conducta. Por otro lado, como hemos visto, la LPCL exonera al empleador de dar inicio al procedimiento de despido cuando la falta cometida es flagrante y grave, consideramos, que esta es la única excepción en los demás casos deberá iniciarlo.

a. Caso especial: ¿qué sucede si el trabajador reconoce la falta grave?

Si el trabajador acepta la comisión de la falta grave, estimamos que la declaración del trabajador debe ser fehaciente y sincera. Sin embargo, este reconocimiento de ninguna manera exonera al empleador de dar inicio oportuno al procedimiento previo. En caso contrario, podría considerarse como un perdón. Además, con su declaración, el trabajador podría encubrir a otro. Consideramos necesaria la apertura de dicho procedimiento a fin de conocer la verdad de los hechos. La evidencia de la infracción tampoco exonera al empleador de dar por extinguida la relación laboral mediante el despido sin procedimiento, pues, en caso de fiscalización laboral, tendrá que acreditar la forma y causa de la extinción. El despido como una forma de extinguir la relación laboral se encuentra regulado en el literal g) del artículo 16 de la LPCL y para su ejecución se exige el inicio del procedimiento previo o la exoneración, pero solo en caso de flagrancia.

3.3 Deberes del empleador en el procedimiento previo al despido

3.3.1 Respetar el derecho de defensa del trabajador

Consideramos este deber como el de mayor relevancia que el empleador debe observar dentro del procedimiento de despido. Este respeto coincide con la finalidad genérica que hemos determinado como una de las características de este procedimiento, el mismo que no tendría sentido sin la observancia del derecho de defensa. Como lo hemos visto, el derecho de defensa es un derecho fundamental que permite al trabajador formular sus descargos frente a la imputación de hechos determinados como falta grave, y el mejor escenario para ejercerlo es dentro del procedimiento, por tal motivo no debe ser limitado, menos, negado.

El empleador debe otorgar todas las garantías al trabajador para que pueda ejercer tal derecho. No debe ser un respeto aparente, sino real. Así, dentro del argumento que venimos

exponiendo en el presente trabajo, podemos decir que no cabe la remisión de la carta de imputación de cargos sin medios probatorios. Tampoco cabe impedir el ingreso al trabajador al centro de trabajo para el acopio de pruebas que le favorezcan. Lo contrario implicará que el empleador actuó en apariencia, lo que genera indefensión.

El empleador, al permitir el ejercicio del derecho de defensa, también está respetando el derecho de trabajo, otro derecho fundamental que, según el Tribunal Constitucional, “implica dos aspectos: el acceso a un puesto de trabajo y el derecho a no ser despedido sino por causa justa, entendiéndose como la prohibición de despedir salvo por causa justa”¹⁶⁴. De acuerdo al segundo aspecto, entendemos que el despido para que sea considerado justo o adecuado a ley, el empleador necesariamente debe respetar el derecho de defensa. En caso contrario, será considerado como injustificado, lo que nuestra Constitución prohíbe a través del artículo 27.

En la casuística, encontramos un claro ejemplo de inobservancia del derecho bajo análisis, un empleador remitió cartas de imputación de cargos sin el sustento probatorio, peor aún, sin precisar los hechos considerados como faltas, lo que no permitió a los trabajadores realizar sus descargos¹⁶⁵. El Tribunal Constitucional consideró que no se respetó el derecho de defensa de los trabajadores. En consecuencia, declaró fundada la demanda de amparo y ordenó la reposición de los trabajadores afectados.

Oxal Ávalos nos refiere que “el Tribunal Constitucional ha desarrollado una extensa jurisprudencia relacionada al procedimiento de despido y la extinción del contrato de trabajo, resaltando que el empleador procedió con afectación al debido proceso, derecho de defensa y al derecho de trabajo” (2017, p.311). Como vemos, los derechos al debido proceso, de defensa y al trabajo son los más afectados al momento de despedir a un trabajador. Por tal motivo, destacamos que el respeto al derecho de defensa debe ser la máxima garantía que el empleador otorgue al trabajador a fin de no incurrir en arbitrariedad. Sobre el derecho de defensa, el Tribunal Constitucional ha fijado lo siguiente:

¹⁶⁴ STC N° 07903-2013-PA/TC, f.j. 3.3.1

¹⁶⁵ STC N° 150-2000-AA/TC, f.j. 6

La observancia y respeto del derecho de defensa es consustancial a la idea de un debido proceso, propio de una democracia constitucional que tiene en el respeto de la dignidad humana al primero de sus valores. Por su propia naturaleza, el derecho de defensa es un derecho que atraviesa transversalmente a todo el proceso judicial, cualquiera sea su materia.

La posibilidad de su ejercicio presupone, en lo que aquí interesa, que quienes participan en un proceso judicial para la determinación de sus derechos y obligaciones jurídicas tengan conocimiento, previo y oportuno, de los diferentes actos procesales que los pudieran afectar, a fin de que tengan la oportunidad de ejercer, según la etapa procesal de que se trate, los derechos procesales que correspondan (v.g. interponer medios impugnatorios)¹⁶⁶.

Entonces, como bien lo refiere dicho Tribunal, el respeto al derecho de defensa impedirá que una persona quede en estado de indefensión en cualquier etapa de un proceso, no solo judicial, lo que permitirá el ejercicio efectivo de tal derecho y la plena observancia del debido proceso, con lo que cualquier decisión que se adopte será considerada como razonable y válida.

3.3.2 Entrega de la carta de imputación de cargos

El artículo 43 del Reglamento de la LPCL señala que el empleador debe entregar la carta de imputación de cargos en el último domicilio consignado por el trabajador en el registro de datos personales, bajo custodia del empleador; también es posible la entrega en el mismo centro de trabajo. En ambos casos, debe hacerse bajo cargo; es decir, acreditar la constancia de entrega. Con la entrega de la referida carta, se da inicio al procedimiento previo. Por tal motivo, consideramos que este acto es formal, cuya inobservancia determinará la indefensión del trabajador. Como lo venimos sosteniendo, consideramos válida la entrega de dicha carta por vía electrónica, pero será necesario acreditar el correo electrónico registrado del trabajador y la respectiva constancia de recepción. Los artículos 141 y 141-A del Código Civil permiten la manifestación de voluntad a través de medios electrónicos.

¹⁶⁶ STC N° 5871-2005-PA/TC, f.j. 13

3.3.3 Comprobación objetiva de la falta grave

El artículo 26 de la LPCL señala que la falta grave se configura por su comprobación objetiva en el procedimiento laboral, con prescindencia de las connotaciones de carácter penal o civil que tales hechos pudieran revestir, pero, ¿qué debemos entender por comprobación objetiva? La comprobación objetiva exige al empleador determinar la responsabilidad del trabajador mediante pruebas idóneas. Debe enfocar su investigación en verificar la existencia de la falta grave en base a pruebas. La objetividad de la falta grave se define por las pruebas que el empleador debe reunir a fin de sustentar la imputación de cargos. Así también lo señala la siguiente sentencia:

La falta grave es aquella infracción cometida por el trabajador contra los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal intensidad que haga irrazonable la continuidad de la relación laboral, producida por acto doloso o culposo del trabajador; sin embargo, su configuración debe fundarse en elementos objetivos¹⁶⁷.

Otro criterio judicial añade lo siguiente: “(...), es pertinente señalar que si bien los empleadores tienen la facultad para despedir al trabajador por haberse configurado una falta grave, dicha infracción debe estar respaldada con pruebas suficientes, (...)”¹⁶⁸. El empleador debe buscar la certeza de que esa falta grave efectivamente ocurrió, ya que previa a la remisión de la carta de imputación de cargos, de manera unilateral, se encuentra obligado a realizar una investigación preliminar de los hechos. Consideramos necesario volver a invocar el criterio adoptado por la Corte Suprema¹⁶⁹ sobre los lineamientos que el empleador debe tener presente al momento de comprobar de manera efectiva la falta grave, como los aspectos personales del trabajador, tipicidad del hecho y otros que detallamos líneas arriba. Nosotros podemos añadir estos:

- a) Determinar la magnitud de la falta, si efectivamente es grave.
- b) El reconocimiento de la falta y el propósito de enmienda por parte del trabajador.
- c) Se deberán tener en cuenta el cargo ocupado, la experiencia adquirida y las funciones que desarrollaba el trabajador al momento de la comisión de la falta grave.

¹⁶⁷ Casación N° 10757-2016-Del Santa – Sumilla.

¹⁶⁸ Casación Laboral N° 7855-2017-Callao, f.j. 8

¹⁶⁹ Casación Laboral N° 7394-2015-Arequipa, f.j. 15

Y como bien señala la Corte Suprema en la sentencia citada anteriormente, valorados estos elementos, se podrá determinar la gravedad y si corresponde o no el despido por causa justa. Veamos la aplicación de estos criterios en la casuística:

- i. Un trabajador solicitó reposición ante el Tribunal Constitucional. Consideró que su despido fue una sanción desproporcionada en relación con las faltas cometidas. Dicho Tribunal declaró infundada la demanda al sostener que el trabajador cuenta con antecedentes disciplinarios al haber sido amonestado por hechos similares. Sin embargo, no corrigió su mala conducta laboral¹⁷⁰. En este caso, procedió el despido porque el empleador tuvo en cuenta los antecedentes: la conducta reiterada del trabajador, las sanciones impuestas y por adolecer de autocorrección.
- ii. La Sala Suprema declaró nula la sentencia de vista que a su vez revocó la sentencia de primera instancia, la misma que declaró fundada la demanda sobre indemnización por despido arbitrario. Dicha Sala consideró que no todo incumplimiento laboral supone falta grave, en tanto que el literal a) del artículo 25 de la LPCL exige como elemento típico que la inconducta revista gravedad, lo que no se apreció en el hecho imputado. También se menciona que el perjuicio económico es relativo. Además, de acuerdo a las normas internas de la empresa demandada, la falta imputada era pasible de suspensión y no despido. Se consideró que la sanción fue excesiva y desproporcionada¹⁷¹. Para resolver, la Sala tuvo en cuenta la ausencia de gravedad en la inconducta imputada y la inexistencia de un perjuicio económico.

Por último, determinar la responsabilidad penal o civil del trabajador como consecuencia de la falta grave no es relevante a fin de aplicar la sanción de despido. Las mencionadas responsabilidades son excluyentes con aquella que debe asumir el trabajador por el incumplimiento de sus obligaciones laborales. Sin embargo, como excepción nos preguntamos: ¿Qué sucede si un trabajador fue despedido por la comisión de un delito? Al respecto Carlos Blancas sostiene “si a un trabajador se le imputa como falta grave la comisión de un delito, su

¹⁷⁰ STC N° 606-2010-PA/TC f.j. 1,2,5 y 6.

¹⁷¹ Casación laboral N° 419-2014-Ayacucho, f.j. 6.

despido no procede si en la vía judicial determinaron que no es responsable del hecho delictivo” (2013b, p.296). Dicho autor ampara su criterio en una sentencia del Tribunal Constitucional¹⁷², al resolver que el despido por un presunto robo de 06 bolsas de azúcar transgredió los derechos del trabajador, ya que el Fiscal Penal no encontró responsabilidad penal. Coincidimos con dicho autor, si el órgano especializado determina ausencia de responsabilidad penal, en consecuencia, queda sin efecto la presunta causa justa de despido con lo que el trabajador queda facultado a demandar su reposición o el pago de la indemnización por el despido injustificado.

a. ¿Indicios o pruebas?

El empleador debe determinar la existencia de la causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador en base a pruebas, no en meras sospechas o indicios. En la carta de imputación de cargos, el empleador debe sustentar su acusación con pruebas. El artículo 37 de la LPCL exige al empleador la probanza de la causa del despido. No cabe la presunción ni deducción, sino la prueba. En igual sentido, se pronuncia el artículo 32 del Reglamento de la LPCL – Decreto Supremo N° 001-96-TR al imponer la carga de la prueba. Los indicios caben en la investigación preliminar que el empleador, de manera unilateral, debe realizar antes de imputar cargos al trabajador.

Manuel De Lama, al comentar la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 640-2004-AA/TC, resalta “la necesidad de realizar las investigaciones previas antes de proceder con la imputación de cargos” (2015, p.10). Coincidimos con dicho autor. El empleador debe realizar investigaciones previas para determinar la existencia de la falta grave y para obtener las pruebas de su ocurrencia. En esta etapa preliminar, sí caben los indicios, los que ayudarán en la consecución de los medios probatorios que respaldarán al empleador en la imputación de cargos.

Antes de seguir, consideramos necesario conocer el concepto de indicio, el artículo 276 del Código Procesal Civil lo define de la siguiente manera: “El acto, circunstancia o signo suficientemente acreditados a través de los medios probatorios, adquieren significación en su

¹⁷² STC N° 111-1996-AA/TC f.j. 1

conjunto cuando conducen al juez a la certeza en torno a un hecho desconocido relacionado con la controversia”. Marianella Ledesma sobre este concepto nos explica:

Indicio es el rastro, vestigio, huella, circunstancia debidamente acreditada, susceptible de llevar por la inferencia, al conocimiento de otro hecho desconocido.

El indicio constituye una prueba indirecta de la cual el juez puede sacar conclusiones útiles para la demostración de los hechos. Es punto de partida para establecer una presunción. Es una prueba crítica o lógica o indirecta (2011, p. 602).

De los conceptos señalados, podemos concluir que el empleador no podrá imputar cargos al trabajador sobre la base de indicios, ya que no son pruebas sino presunciones o sospechas, las que de ninguna manera pueden sustentar una acusación. Tampoco podrá dar inicio al procedimiento previo basado solo en indicios. Estos serán útiles al empleador en la etapa preliminar. Alberto Hinostroza nos dice que:

Los indicios no constituyen medios de prueba sino sus sucedáneos porque no son elementos o instrumentos que puedan aportar las partes al proceso o ser incorporados a él por el magistrado, destinados a suministrar las razones o motivos que forman la convicción del juzgador (1998, p.264).

Siguiendo la línea de dicho autor, también consideramos que los indicios no son pruebas, son meras sospechas que deben guiar al empleador para la obtención de las pruebas. La carga de la prueba no le permite imputar cargos basado solo en indicios.

b. Formalidad en el ofrecimiento de pruebas documentales

Consideramos necesario que el empleador debe observar ciertas reglas cuando ofrezca documentos como sustento de los cargos imputados. Si se trata de documentos escritos de origen público o privado, en caso de no remitir originales, deberá remitir copias certificadas a fin de generar certeza del hecho que quiere demostrar. Esta regla la encontramos en los artículos 235 y 236 del Código Procesal Civil. Si el empleador sustenta su imputación en informes, estos se

presumen auténticos y tendrán la calidad de declaración jurada, así lo regula el artículo 239 del citado código. Siendo así, consideramos que en el informe debe constar el nombre completo, firma y sello, para conocer el cargo o especialidad del autor. En caso de documentos en idioma extranjero, necesariamente deberá adjuntar la traducción oficial, tal como lo exige el artículo 241 del mismo código. Alberto Hinostroza nos explica la aplicación de esta norma en el proceso civil:

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico, pueden presentarse al proceso documentos redactados en idioma distinto al castellano, siempre y cuando se acompañe, bajo sanción de inadmisibilidad en caso de no hacerlo el sujeto procesal que los ofrece, la respectiva traducción oficial o pericial (2010, p.88).

Este autor nos explica que todo documento en idioma extranjero, que se ofrezca como medio probatorio dentro de un proceso, debe necesariamente llevar su respectiva traducción oficial, bajo sanción de ser rechazado. Ahora bien, algunos podrán cuestionar la aplicación de estas normas en el procedimiento previo al despido. Sin embargo, el mismo Código Procesal Civil, en su primera disposición complementaria y final, permite la aplicación supletoria de sus normas en cualquier proceso, siempre que sea compatible con su naturaleza. En este extremo, consideramos que sí es compatible.

Sobre la aplicación supletoria de las normas el Tribunal Constitucional ha establecido el siguiente criterio:

La aplicación supletoria de las normas previstas en otros códigos procesales (en este caso, en el Código Procesal Civil) no opera automáticamente y en todos los casos como se pretende en el pedido planteado. Su procedencia sólo se dispensa en aquellos supuestos en que existe algún vacío en la normativa procesal aplicable y en la medida que dicha aplicación no desnaturalice los objetivos de tutela de los procesos constitucionales¹⁷³.

Dicho Tribunal establece que la aplicación supletoria solo se hará efectiva cuando exista un vacío en la norma procesal aplicable. Los artículos 31 y 32 de la LPCL que regulan el

¹⁷³ Auto del Tribunal Constitucional emitida en el Expediente N° 3700-2013-PA/TC, f.j. 5,b

procedimiento previo al despido exhiben muchos vacíos que deben ser suplidos por las normas del código procesal civil. No olvidemos que las normas del citado código forman parte del ordenamiento jurídico, el que opera de manera sistemática. Sobre este tema, citamos la siguiente sentencia del Tribunal Constitucional:

El ordenamiento jurídico implica un conjunto de normas vigentes vistas en su ordenación formal y en su unidad de sentido.

(...)

El ordenamiento conlleva la existencia de una normatividad sistémica, pues el derecho es una totalidad es decir, un conjunto de normas entre las cuales existe tanto una unidad como una disposición determinada. Por ende, se le puede conceptualizar como el conjunto o unión de normas dispuestas y ordenadas con respecto a una norma fundamental y relacionadas coherentemente entre sí¹⁷⁴.

El orden sistémico, que implica unidad de nuestras normas jurídicas, permite la aplicación supletoria en caso de vacíos o deficiencias de la ley. También consideramos oportuno citar lo que regula el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil: “Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”. Consideramos que el empleador se encuentra en la posibilidad de observar esta norma, cierto, no juzga, pero sí decide sobre la imposición del despido para lo cual deberá tener en cuenta las normas aplicables de nuestro ordenamiento jurídico como garantía del debido proceso.

Como hemos visto, el empleador dentro del procedimiento previo al despido, cumple dos funciones: acusa y decide. Por tal razón, al momento de resolver, si advierte algún vacío o deficiencia de la ley, deberá aplicar las normas supletorias. A fin de que los documentos ofrecidos con la imputación de cargos produzcan eficacia, el empleador deberá observar las reglas procesales que hemos señalado líneas arriba. Situación similar deberá ocurrir cuando se ofrezcan otros medios probatorios como la visualización de videos, escucha de audios, declaración de testigos o alguna pericia, consideramos que también se deben observar las normas del Código Procesal Civil.

¹⁷⁴ Sentencia del Pleno Jurisdiccional del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 047-2004-AI/TC f.j. 47

c. Deber adicional de acreditar el dolo (*animus nocendi*) del trabajador

El literal g) del artículo 25 de la LPCL tipifica la siguiente conducta: “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”. Para que esta falta se configure, se requiere no la culpa, sino el dolo: intención de dañar los bienes del empleador, lo que Carlos Blancas “denomina *animus nocendi*, este elemento subjetivo lo diferencia de la negligencia o impericia del trabajador, que también causan daño” (2013b, p. 263). En este tipo de falta encontramos un deber adicional del empleador y, como lo señala la Corte Suprema en una sentencia¹⁷⁵, no solo deberá probar la existencia de la falta grave, sino también deberá probar el daño y la intención de generar tal daño. Entonces, el empleador, en su carta de imputación de cargos, deberá acreditar con medio probatorio suficiente la existencia de la falta, la intencionalidad (dolo) de causar el daño y el daño mismo.

3.3.4 Observancia del principio de inmediatez

En la decisión de iniciar el procedimiento previo al despido y en la comunicación del despido, en caso decida por esta sanción, el empleador deberá observar el principio de inmediatez. Así lo señala la parte final del artículo 31 de la LPCL. Este principio exige al empleador actuar en forma inmediata, sin exageración de tiempo en la toma de decisión para investigar el hecho que considera falta grave y luego, para sancionar al trabajador. El empleador debe actuar enseguida a la toma de conocimiento del hecho infractor, la desidia puede ser perjudicial para sus intereses. César Puntriano nos explica que “este principio exige observar un plazo razonable entre el conocimiento de la falta, que incluye la investigación, y la sanción, de no proceder así, la falta será considerada como perdonada” (2017, p.6).

Por su parte, Gherman Canelo señala que “el empleador legitimará el ejercicio de su facultad sancionadora si observa el principio de inmediatez, el mismo que se hace tangible al destinar un plazo razonable para iniciar el procedimiento disciplinario y sancionar la falta” (2018,

¹⁷⁵ Casación Laboral N° 6047-2016-Lima, f.j. 9

p.100). Este mismo autor nos señala que el plazo razonable no se debe medir por un período de tiempo, sino por las circunstancias propias que se presentan en cada caso y, para ello, es necesario tener en cuenta algunos criterios razonables como:

- 1) La complejidad de la falta laboral imputada
- 2) La dificultad en la actuación de medios de prueba (peritajes)
- 3) Situaciones de fuerza mayor (huelgas, paralizaciones)
- 4) Actuación del trabajador investigado en el proceso investigatorio (conductas dilatorias, como solicitudes de abstención)
- 5) Disponibilidad de tiempo del órgano que investiga (licencia de uno de sus miembros) (2008, p. 101)

La Recomendación N° 166 de la OIT, en su numeral 10, señala que si el empleador no adopta ninguna medida desde que tomó conocimiento de la falta, se debería entender que ha renunciado a su facultad sancionadora. El Informe CEACR establece el siguiente criterio:

Este informe también considera si el plazo entre el conocimiento de la falta y el despido es excesivamente prolongado. Puede tomarse como prueba de que la falta no era muy grave como para despedir, o de que el real motivo del despido no era la falta (OIT, p.77).

Coincidimos con dicho Informe. El empleador no puede permitir que transcurra el tiempo sin actuar, su desidia puede ir en contra. En un control judicial, se deberá valorar la conducta del empleador para determinar si el despido fue realizado dentro de un plazo razonable. Por su lado, el Tribunal Constitucional¹⁷⁶ ha establecido que este principio tiene dos etapas definidas¹⁷⁷:

- 1) El proceso de cognición, que estaría conformado por todos los hechos que ocurren después de la comisión de la falta por el trabajador, lo que significa, primero, tomar conocimiento (de la falta) a raíz de una acción propia, a través de los órganos que dispone la empresa o a

¹⁷⁶ STC N° 543-2007-PA/TC-Lima Norte, f.j. 7

¹⁷⁷ El Tribunal Constitucional para desarrollar esta jurisprudencia ha tomado en cuenta el comentario de Jaime Beltrán Quiroga a la Casación N° 1917-2003-Lima contenida en el Libro “Precedentes de observancia obligatoria en materia laboral de la Corte Suprema” cuyo autor es Oxal Víctor Avalos Jara. Editorial Grijley, 2008, p.231

raíz de una intervención de terceros como los clientes, los proveedores, las autoridades, etc. En segundo lugar, debe calificarse, esto es, encuadrar o definir la conducta descubierta como una infracción tipificada por la ley, susceptible de ser sancionada. Y en tercer lugar, debe comunicarse a los órganos de control y de dirección de la empleadora, que representan la instancia facultada para tomar decisiones, ya que, mientras el conocimiento de la falta permanezca en los niveles subalternos, no produce ningún efecto para el cómputo de cualquier término que recaiga bajo la responsabilidad de la empresa; es decir, que se tome conocimiento pleno de los hechos sucedidos para posteriormente tomar decisiones en el marco de las facultades sancionadoras del empleador.

- 2) El proceso volitivo se refiere a la activación de los mecanismos decisorios del empleador para configurar la voluntad del despido, ya que este por esencia representa un acto unilateral de voluntad manifiesta o presunta del patrono. El inicio de este proceso está dado por la evolución de la gravedad de la falta, por las repercusiones que causan al nivel de productividad y a las relaciones laborales existentes en la empresa, y por el examen de los antecedentes del trabajador infractor y la conducta desarrollada en el centro de trabajo, para establecer si excedía los márgenes de confianza depositados en él. Con este cuadro de perspectivas, la segunda etapa está dada por la toma de decisión que depende de la complejidad que tenga la organización empresarial, ya que, mientras mayor sea ésta, las instancias que intervengan en la solución deberán ser más numerosas y, por el contrario, mientras más simple sea, como el caso de un empresario individual que dirija su propia pequeña empresa, bastará con su sola decisión, la que podrá ser adoptada en el más breve plazo.

En resumen, el proceso de cognición comprende tres etapas: 1) toma de conocimiento del hecho infractor, 2) calificación de la conducta tipificada como falta grave, y 3) comunicación al órgano de control y de dirección de la empresa para la toma de decisión de imponer una sanción. Por su lado, el proceso volitivo comprende el inicio del procedimiento previo destinado a sancionar al trabajador con el despido.

Entonces, el principio de inmediatez no está definido por un plazo fijo, sino, como bien lo señala el citado Tribunal¹⁷⁸, por la complejidad de la falta cometida. Veamos la casuística: un trabajador fue despedido, según refiere, sin observar el principio de inmediatez. Argumenta que los supuestos hechos habrían ocurrido en el período 2002-2003 cuando ocupaba el cargo de jefe del equipo de facturación. La alta dirección de la empresa tomó conocimiento de las irregularidades en enero 2004 mediante informe emitido por el órgano de control, previa investigación donde el trabajador ejerció su derecho de defensa. El Tribunal Constitucional consideró que no se vulneró el principio de inmediatez, pues el procedimiento de despido se inició dentro del plazo razonable¹⁷⁹. Consideramos acertada la decisión de dicho Tribunal. El órgano encargado de sancionar tomó conocimiento de la falta grave tiempo después de ocurrido los hechos. Sin embargo, esto no perjudicó el principio de inmediatez, ya que se tuvo en cuenta lo complicado de la organización interna de la empresa y la complejidad de la falta cometida, lo que generó un grado de dificultad en el conocimiento inmediato del hecho.

Por su parte, el Tribunal del Servicio Civil¹⁸⁰ ha señalado como precedente administrativo de observancia obligatoria que el Estado – Empleador del régimen laboral privado al momento de imponer sanciones debe tener en cuenta el principio de inmediatez regulado en el artículo 31 de la LPCL y fija los siguientes criterios:

- a) El inicio de los procesos disciplinarios tan pronto la entidad tenga conocimiento de la falta y con la oportunidad necesaria para garantizar el respeto de los derechos y garantía del debido procedimiento administrativo y la eficacia de la potestad inquisitiva de la Administración para conocer los hechos que motivan la investigación.
- b) El ejercicio diligente de las potestades otorgadas a los órganos de gestión de personal o a las comisiones permanentes de procesos disciplinarios, de acuerdo con la gravedad de la falta.
- c) El cumplimiento estricto de los plazos máximos de duración del proceso disciplinario que correspondan a cada régimen laboral y, ante su inexistencia, la adecuación de sus pasos a los términos estrictamente necesarios para cumplir su finalidad.

¹⁷⁸ STC N° 543-2007-PA/TC-Lima Norte, f.j.8

¹⁷⁹ STC N° 206-2005-PA/TC-Huaura, f.j.28

¹⁸⁰ Resolución de Sala Plena N° 003-2010-SERVIR/TSC f.j. 9 y 23

- d) La inclusión en la motivación de los actos administrativos de las razones que causaron la demora en la tramitación de los procedimientos que les dieron origen, en caso de haberse producido tales dilaciones.
- e) La comunicación y procesamiento de las dilaciones injustificadas a los órganos institucionales correspondientes para que determinen responsabilidades y apliquen las sanciones a que hubiere lugar.
- f) La adopción de acciones tendientes a que los procesos disciplinarios sean ventilados con celeridad, oportunidad y eficacia.

Coincidimos con dicho precedente. El Estado, cuando actúa como empleador en la contratación de personal bajo la LPCL, debe observar las normas y principios del régimen laboral privado, siendo uno de ellos el principio de inmediatez, este exige que su actuar siempre debe ser diligente tanto para iniciar el procedimiento disciplinario como para imponer la sanción que corresponda; si procede así, consideramos que no habrá lugar para cuestionamientos por haber respetado el debido proceso.

3.3.5 Fin del procedimiento previo

El procedimiento previo concluye con la remisión de la carta de despido o con la absolución de los cargos. Si el empleador resuelve por esta última, solo tendrá que comunicarlo por escrito al trabajador. En cambio, si resuelve por el despido, deberá informar la causa y la fecha precisa del cese. La causa debe ser la misma que se acusó en la carta de imputación de cargos. Debe existir coherencia entre la causa imputada y la de despido. Dicha carta debe indicar la fecha de extinción de la relación laboral a fin de tener un término y proceder con la liquidación de los beneficios sociales. El artículo 42 del Reglamento de la LPCL señala que el trabajador puede ser despedido luego de haber otorgado el descargo o de vencido el plazo sin haberlo presentado. En la remisión de la carta de despido, el empleador también debe observar el principio de inmediatez.

El artículo 43 del Reglamento de la LPCL señala que el empleador puede entregar la carta de despido en el último domicilio del trabajador o en el centro de trabajo, siempre bajo cargo. Si el trabajador se niega a recibirla, el empleador puede hacerlo por la vía notarial. Como ya hemos

visto, en la Casación Laboral N° 7855-2017-Callao se ha establecido como criterio que constituye acto obstruccionista la negativa del trabajador, o de su familia, de recibir una carta notarial remitida por el empleador. Como lo venimos sosteniendo, consideramos válida la entrega de dicha carta por vía electrónica o por el aplicativo Whatsapp, siempre que se acredite la constancia de recepción. Los artículos 141 y 141-A del Código Civil permiten la manifestación de voluntad a través de medios electrónicos.



CONCLUSIONES

1. El debido proceso es un derecho fundamental que protege la dignidad de toda persona que está inmersa en un proceso; ello supone, con mayor razón, que esta garantía también debe aplicarse en los procesos sancionadores. Asimismo, el debido proceso es un derecho que se aplica a las relaciones entre privados y no puede dejar de ser invocado en un procedimiento previo al despido; esto asegura, a las dos partes, que su desarrollo estará rodeado de todas las garantías para el cabal ejercicio de sus derechos. Ante esto, consideramos que el debido proceso resulta aplicable y exigible en este procedimiento por tres razones: primero, por el efecto horizontal de los derechos fundamentales; segundo, para evitar abusos por parte del empleador al ejercer doble función; y tercero, para generar un equilibrio entre empleador y trabajador, cuya desigualdad no solo deriva de la propia relación laboral, sino también de la mencionada doble función.
2. El despido es el proceso laboral más sensible en las relaciones de trabajo. Usualmente, el empleador quiere desvincular y el trabajador se resiste al cese. Si bien el juez luego analiza la validez del despido, ello no significa que deje de estar rodeado de garantías mínimas para las dos partes. Se debe tomar en cuenta que un proceso justo puede evitar un despido. Por otro lado, en un momento de reflexión, podrían buscar otra alternativa de extinción como el cese por mutuo acuerdo, aplicación de una sanción menor, etc.; además, se aliviaría la carga procesal.
3. Conforme se encuentra regulado, antes de proceder con el despido, el empleador debe iniciar un procedimiento que por su naturaleza tiene características propias, como: doble función del empleador: acusa y decide; busca que el trabajador ejerza su defensa; en ninguna etapa interviene la autoridad de trabajo. Estas particularidades lo convierten en un procedimiento sancionador único.
4. El debido proceso tiene una estructura compleja debido a que está conformado por un conjunto de derechos, denominados elementos o manifestaciones, que no se encuentran plenamente determinados o descritos a título ejemplificativo en la normatividad. La doctrina y la jurisprudencia ensayan listas; sin embargo, no se encuentran detalladas en una norma jurídica para conocimiento de todos. El desconocimiento de tales manifestaciones suele generar supuestos de inaplicación del debido proceso y evidentemente casos de indefensión.

Por ello, resulta necesario determinar los elementos o manifestaciones del debido proceso en los procedimientos de despido para conocimiento y ejercicio de todos los ciudadanos.

5. El procedimiento previo al despido tiene como finalidad genérica respetar el derecho de defensa del trabajador y, como finalidad específica, apreciar si existe causa justificada de despido mediante la comprobación objetiva. Dicho procedimiento se instituyó con la finalidad de permitir al trabajador el ejercicio de su derecho de defensa y al empleador la carga de demostrar de manera objetiva el hecho imputado. Entonces, dentro del referido procedimiento, defenderse de los cargos imputados es un derecho del trabajador y comprobar la causa justa de despido es un deber del empleador.
6. La carta de imputación de cargos contiene una acusación que el empleador formula contra el trabajador; formalmente debe ser precisa, minuciosa y exacta en cuanto a la descripción de los hechos. Además, debe exponer los fundamentos jurídicos que la sustenten; para ello, debe invocar las normas que han sido transgredidas, establecer la relación de causalidad entre la conducta infractora y definir las características del tipo legal a fin de cumplir con el principio de tipicidad. El incumplimiento de estas formalidades afectará el debido proceso, lo que, en sede judicial, generará la revocatoria del despido. Quizás, el trabajador sí merecía tal sanción por alguna conducta, pero, por no haberse respetado el debido proceso, un juez debería revocar la sanción disciplinaria. Es decir, en la regulación de este procedimiento, la forma prevalece sobre el fondo.
7. No se encuentra regulado, como deber del empleador, el ofrecer las pruebas conjuntamente con la carta de imputación de cargos. De manera genérica, se señala que tiene la carga de la prueba; sin embargo, no se establece la forma de hacerse efectiva durante el trámite. Algunos consideran que dicha carga solo es exigible en el proceso judicial que el trabajador promueva a fin de impugnar su despido; no obstante, consideramos que debe ser cumplida dentro del procedimiento previo, ya que es derecho del trabajador conocer las pruebas para analizarlas y cuestionarlas a fin de ejercer su derecho de defensa. El empleador debe ofrecer las pruebas respetando las formalidades establecidas en el Código Procesal Civil; por ejemplo, presentar la traducción oficial en caso de documento en idioma extranjero. Por tanto, el derecho a la prueba como elemento del debido proceso comprende la obtención, recepción y valoración de la prueba.

8. El empleador investido como persona natural o jurídica es un sujeto de derecho; por ende, titular de derechos fundamentales. En el caso de las personas jurídicas, dada su naturaleza ficticia, el ejercicio de tales derechos se encuentra limitado solo a algunos; entre ellos, el debido proceso. Algunos podrían cuestionar la doble función que la ley le otorga al empleador dentro del procedimiento previo; sin embargo, no es motivo para desconocer su derecho al debido proceso que también le asiste, y el trabajador se encuentra en el deber de respetarlo por el efecto *interprivatos*.
9. El hostigamiento sexual es una falta grave que tiene un procedimiento especial de investigación. Cuenta con una configuración distinta al procedimiento previo, dado que la investigación y recomendación de sanción la realiza un comité paritario de género especializado que culmina con una recomendación disciplinaria. En caso se concluya que la sanción a imponerse es el despido, consideramos que se debe dar inicio al procedimiento previo, que constituye el escenario formal donde el trabajador ejerce su derecho de defensa ante la posibilidad de su despido. Aunado a ello, se concluye que, de acuerdo a los lineamientos establecidos por la Corte Suprema, en el procedimiento previo se evaluará si realmente el hecho imputado es falta grave en base a los antecedentes personales y disciplinarios del trabajador, las circunstancias y consecuencias del hecho; todo en mérito a los principios de razonabilidad y proporcionalidad.
10. El empleador tiene la facultad de exonerar al trabajador de asistir al centro laboral durante el procedimiento de despido; sin embargo, no se ha regulado el momento de su reincorporación. Ante esto, la misma debe darse al finalizar dicho procedimiento, salvo indicación diferente del empleador. Para ello, debe observarse dos circunstancias: primero, si el trabajador es absuelto de los cargos, el empleador debe requerir su asistencia en forma inmediata; y segundo, si es responsable de los cargos imputados, se le debe remitir la carta de despido observando el principio de inmediatez. El trabajador no puede reincorporarse luego de haber realizado sus descargos y deberá esperar el requerimiento del empleador para que reinicie labores. Además, en tanto la exoneración de asistencia es por escrito, consideramos que se debe observar la misma formalidad para su reincorporación.

Referencias

- Arce, E. (2008). *Derecho individual del trabajo en el Perú Desafíos y deficiencias*. (1ª ed.). Lima: Palestra editores.
- Ávalos, O. (2017). *El amparo laboral*. (2ª ed.). Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Ávalos, O. (2015). “Aporte de la jurisprudencia a la configuración de las causales de falta grave en el régimen laboral privado”. *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Arequipa 8,9 y 10 de octubre de 2014. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social-SPDTSS*. (1ª ed.). Lima: Imprenta Editorial El Búho E.I.R.L., pp. 257-275.
- Ávalos, O. (2010). *Precedentes de observancia obligatoria y vinculantes en materia laboral*. (2ª ed.) Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
- Barrero-Berardinelli, J. (2012). El Efecto de irradiación de los Derechos Fundamentales en el Lüth de 1958. 20 *International Law. Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 10(20), 213-246.
<http://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/13728/11036>
- Beaumont, R. (2012). El Tribunal Constitucional Peruano y los derechos fundamentales de las personas jurídicas. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, (XVIII), 117-137.
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29671.pdf>
- Blancas, C. (2013a). *Derechos Fundamentales de la Persona y Relación de Trabajo*. (2ª ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Blancas, C. (2013b). *El Despido en el Derecho Laboral Peruano*. (3ª ed.). Lima: Jurista editores E.I.R.L.
- Boza, G. (2011). *Lecciones de derecho del trabajo*. (1ª ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Bronstein, A. (1990). La protección contra el despido injustificado en América latina. *Revista Internacional de Trabajo*, 109(2), 269-288.
[http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09645/09645\(1990-109-2\)269-288.pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09645/09645(1990-109-2)269-288.pdf)
- Bustamante, R. (2001a). *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*. (1ª ed.). Lima: ARA Editores.
- Bustamante, R. (2001b). *El Derecho a probar como elemento esencial de un Proceso Justo*. (1ª ed.). Lima: ARA Editores.

- Bustamante, R. (2000). Una aproximación a la vigencia del debido proceso en los despidos laborales. A propósito de una jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Ius et veritas*, X (2), 301-310.
- Canchari, E. (2009). El Principio de *Ne bis in idem* y su Aplicación en el Derecho Tributario Sancionador: Controversias y problemáticas actuales. *Derecho y Sociedad*, (33), 183-195. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/17469/17748>
- Canelo, G. (2018). El Principio de Inmediatez en el Derecho Laboral. *Soluciones Laborales*, 11(128), 100-113.
- Carpio, E. (2015). Artículo 3: Los derechos no enumerados. En *La Constitución Comentada Análisis artículo por artículo*. 3ª ed. Tomo I, pp. 493-507 Lima: Gaceta Jurídica.
- Castillo, L. (2013). “Debido proceso y tutela jurisdiccional”. En *La Constitución Comentada Análisis artículo por artículo*. 2ª ed., Tomo III, pp. 57-71, Lima: Gaceta Jurídica.
- Castillo, L. (2005a). *Los Derechos Constitucionales. Elementos para una teoría general*. Lima: Palestra.
- Castillo, L. (2005b). El Principio de Proporcionalidad en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano. *Revista Peruana de Derecho Público. Facultad de Derecho. Universidad de Piura*, 2-22. https://pirhua.udep.edu.pe/bitstream/handle/11042/1908/Principio_proporcionalidad_jurisprudencia_Tribunal_Constitucional_peruano.pdf?sequence=1
- Chiabra, M. (2010). El debido proceso legal y la tutela jurisdiccional efectiva: mas similitudes que diferencias. *Revista de Derecho Foro Jurídico*, (11), 67-74. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/view/18575/18815>
- De Lama, M. (2015). Causales de despido en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En *Soluciones Laborales*. 1ª ed. Lima: Gaceta Jurídica.
- Diario Oficial El Peruano. (2016, 19 de febrero). El despido debe ser colofón de un proceso con garantías, p. 15.
- Diario Oficial El Peruano. (2017, 16 de junio). Fijan pautas para valorar la gravedad de faltas laborales, p. 12.
- Espinosa-Saldaña, E. (2004). El debido proceso sustantivo: su desarrollo en el derecho comparado y su evolución en el Perú. *Revista Jurídica del Perú*, Año LIV (55), 57-78. Normas legales.
- Gamio, G. (2009). Ética, Ciudadanía y Derechos Humanos. *Thémis Revista de Derecho*, (57), 173-176. <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/9152/9565>

- García, A. (2009). El derecho fundamental a un debido proceso. Alcances sobre sus dimensiones de aplicación desde la jurisprudencia constitucional. En *Constitución y Proceso. Libro Homenaje a Juan Vergara Gotelli*. (pp. 759-783). Jurista Editores S.A.
- Gómez, Á. (2002). La titularidad de derechos fundamentales por personas jurídicas. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 22(65), 49-105.
https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2822234
- Gómez, F. (2016). *Contrato de Trabajo*. (1ª ed., Tomo I). Adrus D&L Editores S.A.C.
- Gómez, F. (2007). *Derecho Social y del Trabajo: La Empresa y el Empleador*. (2ª ed.). Editorial San Marcos E.I.R.L.
- González, L. (2017). “La facultad disciplinaria del empleador y la proporcionalidad. Situaciones especiales ante conductas del trabajador”. *Soluciones Laborales*, Año 10 (120), 53-57. *Gaceta Jurídica*.
- González, C. (2005). “Los errores empresariales en el despido”. *Revista Actualidad Jurídica*. (Tomo 137), 17-19. *Gaceta Jurídica*.
- Hinostroza, A. (2010). *La prueba documental en el proceso civil*. (2ª ed.). Editorial San Marcos E.I.R.L.
- Hinostroza, A. (1998). *La prueba en el proceso civil*. (1ª ed.). *Gaceta Jurídica Editores S.R.L.*
- Huamán, E. (2019). Hostigamiento sexual en las relaciones laborales privadas. Posibles respuestas a cinco dudas sobre la reciente normativa. *Revista Jurídica. Suplemento de análisis legal de El Peruano*, Año 12 (753), 4-5.
- Huamán, E. y Calderón, L. (2017) “El despido por la comisión de delito doloso”. *Soluciones Laborales*, Año 10 (110), 29-34. *Gaceta Jurídica*.
- Kresalja, B. (2007). Perú: consideraciones constitucionales y legales sobre competencia económica. *Revista Pensamiento Constitucional*, 12(12), 17-117.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamientoconstitucional/article/view/2267/2218>
- Kresalja, B. (2004). La Libertad de empresa: fundamento del sistema económico constitucionalizado. En *Homenaje a Jorge Avendaño*. (1ª ed., Tomo I, pp. 473-576). Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Ledesma, M. (2011). *Comentarios al Código Procesal Civil*. Tomo I, (3ª ed.). Lima: *Gaceta Jurídica*.
- Marshall, P. (2010). El efecto horizontal de los derechos y la competencia del juez para aplicar la Constitución. *Estudios Constitucionales*, Año 1(1).
https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-52002010000100003

- Montoya, A. (2013). *Derecho del Trabajo*. (34 ed.). Madrid: Editorial Tecnos.
- Montoya, A. (2011). Libertad de empresa y poder de dirección del empresario en las relaciones laborales. En *Libertad de Empresa y Poder de Dirección del Empresario en las Relaciones Laborales*. (pp. 27-48). Editorial Aranzadi, Thomson Reuters.
- Neves, J. (2012). Introducción al derecho del trabajo. (2ª ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad católica del Perú.
- Northcote, C. (2009). Cómputo de plazos según el Código Civil. *Revista Actualidad Empresarial*, (181), abril, VII1-VII2.
http://aempresarial.com/web/revitem/41_9465_66909.pdf
- Obregón, T. (2009). Jurisprudencia del TC sobre el Principio de Inmediatez. *Revista Actualidad Empresarial*, (196), VI1-VI3.
http://aempresarial.com/web/revitem/4_10431_03015.pdf
- Organización Internacional del Trabajo – OIT. (1995). Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. “Protección contra el Despido Injustificado”. (1ª ed.), Informe III (Parte 4B), Ginebra, Conferencia Internacional del Trabajo, 82ª reunión, 1-171.
[http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663\(1995-4B\).pdf](http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/P/09663/09663(1995-4B).pdf)
- Palomeque, M. y Álvarez, M. (2009). *Derecho del Trabajo*. (17ª ed.). Madrid: Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Pasco, M. (2012). Los derechos laborales inespecíficos. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 3(5), 13-26.
<https://revistas.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/download/42978/44918/>
- Pasco, M. (2004). Reafirmación de los principios del derecho del trabajo. En *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro Homenaje al profesor Américo Plá Rodríguez*. (pp. 23-36). Ali Arte Gráfico Publicaciones S.R.L.
- Pasco, M. (1994). El principio protector en el derecho procesal del trabajo. *Revista Derecho PUCP*, (48), 149-169.
revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/download/6718/6833
- Puntriano, C. (2017). El Principio de Inmediatez. Límite al ejercicio de la potestad disciplinaria. *Revista Jurídica Suplemento de Análisis legal de El Peruano*, Año 10(651), 6-7.
- Quiroga, A. (2014). *El Debido Proceso legal en el Perú y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. (2ª ed.). IDEMSA.
- Quispe, M. (2015). Procedimiento de despido: pasos a seguir a fin de evitar pagar la indemnización por despido arbitrario. *Revista Actualidad Empresarial*, (334), VI-4 – VI-6.

http://aempresarial.com/web/revitem/4_18094_86884.pdf

Revista Soluciones Laborales. (2017). Entrevista a Manuel Carlos Palomeque López. “*Los derechos del trabajador frente a los actuales paradigmas productivos*”. Año 10(114),13-19. Gaceta Jurídica.

Rodríguez, V. (s.f). *El Debido Proceso legal y la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, 1295-1328.
<http://www.corteidh.or.cr/tablas/a17762.pdf>

Rubio, M. (2013). *La Interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. (3ª ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Rubio, M, Eguiguren, F. y Bernal, E. (2013). *Los Derechos Fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. (2ª ed.). Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Sagardoy, J. (2005). *Los Derechos Fundamentales y el Contrato de Trabajo*. (1ª ed.). Navarra: Editorial Aranzadi S.A. Thomson Civitas – Cuadernos Civitas.

Sanguinetti, W. (2003). Derechos fundamentales y contrato de trabajo en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español. *Revista Foro Jurídico*, (2), 221-229.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/18307/18553>

Serkovic, G. (27 de junio de 2018). ¿Qué hacer ante una falta grave?-Cuarta parte. El Peruano.

Serkovic, G. (20 de junio de 2018). ¿Qué hacer ante una falta grave?-Tercera parte. El Peruano.

Torres, A. (2007). *Acto Jurídico*.(3ª ed.). Lima: IDEMSA

Toyama, J. (2015). *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico*. (1ª ed.). Gaceta jurídica.

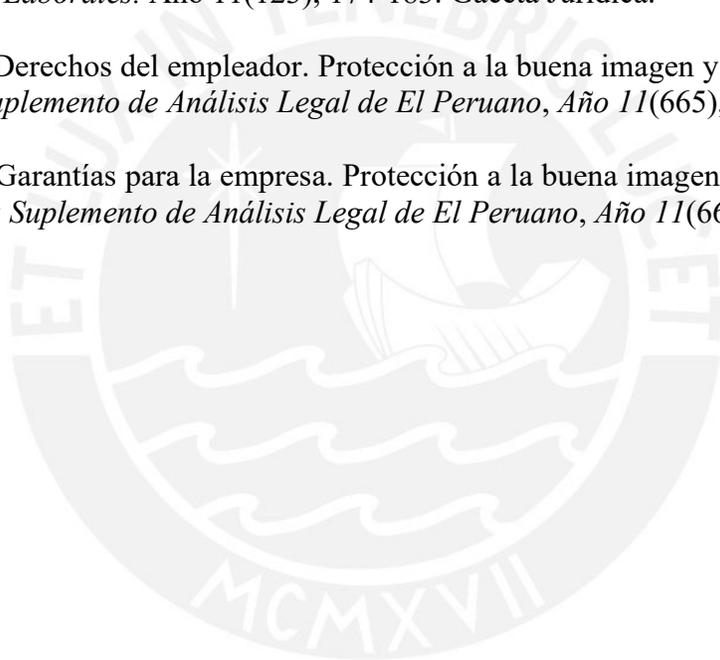
Toyama, J. (2012). *Derechos laborales ante empleadores ideológicos*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Toyama, J. (2009). El despido disciplinario en el Perú. *Revista Ius Et Veritas*, (38), 120-154.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/viewFile/12196/12761>

Toyama, J. (2008). *Los contratos de trabajo y otras instituciones del derecho laboral*. (1ª ed.). Lima: Gaceta jurídica.

Valderrama, L. et al. (2016). *Diccionario del Régimen Laboral Peruano. Enfoque Normativo, Doctrinario y Jurisprudencial*. (1ª ed.). Gaceta Jurídica S.A.

- Valderrama, L. y Tovalino, F. (2014). *Despido Arbitrario Nuevos Criterios Jurisprudenciales sobre su calificación*. (1ª ed.). Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Vidal, F. (2016). *El Acto Jurídico*. (10ª ed.). Instituto Pacífico S.A.C.
- Vinatea, L. (2004). *La adecuada protección procesal contra el despido arbitrario: Comentarios a la sentencia de fecha 13 de marzo de 2003 emitida por el Tribunal Constitucional Peruano*. En *Estudios sobre la Jurisprudencia Constitucional en Materia Laboral y Previsional*. (1ª ed.), 107-122. Academia de la Magistratura y la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Editora Perú.
- Villavicencio, F. (2006) *Derecho Penal Parte General*. (1ª ed.). Editora Jurídica Grijley.
- Vitteri, J. (2018). Validez del despido por parte del trabajador ante la entrega de información falsa. *Soluciones Laborales*. Año 11(123), 174-183. Gaceta Jurídica.
- Zavala, J. (2017a). Derechos del empleador. Protección a la buena imagen y reputación – Parte I. *Jurídica Suplemento de Análisis Legal de El Peruano*, Año 11(665), 2-3.
- Zavala, J. (2017b). Garantías para la empresa. Protección a la buena imagen y reputación – Parte II. *Jurídica Suplemento de Análisis Legal de El Peruano*, Año 11(666), 2-3.



ABREVIATURAS

LPCL: Ley de Productividad y Competividad Laboral

Informe CEACR: Informe de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.

F.j.: Fundamento jurídico.

