

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

ESCUELA DE POSGRADO



LA DESIGUAL REGULACIÓN LABORAL EN TORNO A LA SANCIÓN QUE SE APLICA A LAS FALTAS GRAVES COMETIDAS POR EL TRABAJADOR EN CONTRASTE CON LA SANCIÓN APLICADA CONTRA LOS ACTOS DE HOSTILIDAD COMETIDOS POR EL EMPLEADOR

TESIS PARA OPTAR POR EL GRADO ACADÉMICO DE MAGÍSTER EN DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

AUTOR

Wilson André Gutiérrez López

ASESOR

Elmer Guillermo Arce Ortiz

Octubre, 2019

RESUMEN

En el presente trabajo se realiza un análisis comparativo entre la sanción que nuestra legislación laboral tiene prevista para las faltas cometidas por el trabajador en contraste con la sanción que se prevé para los actos de hostilidad cometidos por el empleador. De esta manera, al analizar y comparar ambas figuras jurídicas desde su concepción, pasando por su regulación normativa en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, hasta su desarrollo doctrinal y jurisprudencial a lo largo de los años, se determina que, a pesar de ser figuras jurídicas bastante similares, la legislación peruana les ha otorgado un tratamiento dispar. En ese sentido, nuestro trabajo en su segundo capítulo analiza la motivación que tiene nuestro ordenamiento jurídico para otorgarle un tratamiento diferenciado a las faltas graves cometidas por el trabajador en contraste con los actos de hostilidad cometidos por el empleador. Finalizamos nuestro trabajo con un aporte y propuesta respecto a la diferenciación existente que realiza nuestra legislación laboral a ambas figuras jurídicas. Así, se propone que los actos de hostilidad cometidos por el empleador no queden impunes y, por lo tanto, se le otorgue una reparación adicional al trabajador que se ha visto afectado y perjudicado por estos tipos de actos.

INDICE

	Pág.
Caratula	
Resumen	2
Índice	3
Introducción	5
 CAPITULO I: Naturaleza de la falta grave y los actos de hostilidad	
1.1. La falta grave laboral	7
1.1.1 Regulación y análisis en el ordenamiento jurídico	8
1.1.2 Efectos de la falta grave	20
1.1.2.1 La potestad de accionar el despido por falta grave	22
1.2 Los actos de hostilidad	23
1.2.1 Regulación y análisis en el ordenamiento jurídico	24
1.2.2 Libertad de trabajo en los actos de hostilidad	31
1.2.3 Efectos de los actos de hostilidad	33
1.3 Similitudes entre la falta grave laboral y los actos de hostilidad	34
1.4 Trato dispar entre la falta grave laboral y los actos de hostilidad	36
 CAPITULO II: Igualdad en las relaciones laborales	
2.1. Igualdad en la ley entre el empleador y el trabajador	41
2.2. Motivación del tratamiento diferenciado entre falta grave y acto de hostilidad	45
2.3 Subsanción de los actos de hostilidad cometidos por parte del empleador.	50
2.3.1 Concepto de actos subsanables y no subsanables	51
2.3.2 Actos de hostilidad subsanables	54
2.3.3 Actos de hostilidad no subsanables	58
2.4 Subsanción de mala fe en los actos de hostilidad	61
 CAPITULO III: Reparaciones previstas a los actos de hostilidad	
3.1 Reparación para los actos de hostilidad	64
3.1.1 Reparación legal para los actos de hostilidad	64

no subsanables	
3.1.2 Reparación adicional para los actos de hostilidad que no son subsanables	65
3.1.3 Reparación por los actos de hostilidad que son subsanables	74
Conclusiones	77
Bibliografía	80



INTRODUCCION

En toda relación laboral, existen dos partes que estarán obligadas a entenderse y convivir la una con la otra. Por un lado, se encuentra el empleador, quien es el que tiene el poder dirección en la empresa y por el otro lado, encontramos al trabajador, quien es el que acata y obedece las órdenes impartidas por el empleador y quien pone a disposición su fuerza de trabajo.

Como se puede apreciar, las partes de esta relación laboral tienen diferentes jerarquías, encontrándose claramente en una situación de desigualdad.

En ese sentido, el empleador será la parte de la relación laboral que contará con el mayor poder debido a que será él quien es el que esté a cargo de la contratación de personal y quien tendrá el poder de dirección para dictar las tareas y funciones que realizará su contraparte, el trabajador.

En contraste, el trabajador será quien cumpla las funciones y obligaciones encomendadas por el empleador y pondrá a disposición su trabajo.

Es preciso recordar entonces que el derecho del trabajo nace precisamente con la función de tratar de equiparar la desigualdad de poder de las partes que conforman toda relación laboral.

De esta manera, con la promulgación de leyes y normas orientadas a regular las relaciones laborales, el Estado trata de reducir el poder del empleador, dotando al trabajador de ciertos derechos que no podrán ser pisoteados bajo ninguna circunstancia.

En nuestro ordenamiento laboral, es el Decreto Supremo N° 003-97-TR "Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral", la norma que regula las relaciones entre empleador y trabajador en el sector privado.

Esta norma establece, entre otras cosas, una lista taxativa de las faltas graves que pudiesen ser cometidas por el trabajador y que por ende son causa justa de despido.

Además, al tratarse además de un despido por causa justa, no se contempla ningún tipo de indemnización o pago adicional.

Por otro lado, nuestra legislación laboral también establece una lista taxativa de las faltas que pudiesen ser cometidas por el empleador dentro del marco de la relación laboral, los cuales son los llamados actos de hostilidad.

El artículo 30 de la citada ley señala que estos actos de hostilidad son equiparables al despido por lo que la legislación laboral contempla la posibilidad de que el trabajador pudiese darse por despedido en caso sea víctima de un acto de hostilidad por parte del empleador.

A diferencia de la regulación que le otorga a las faltas graves cometidas por el trabajador, la ley señala que cuando el trabajador es víctima de algún acto de hostilidad, antes de darse por despedido y emplazar judicialmente a su empleador, deberá primero notificarlo por escrito sobre el acto de hostilidad que éste estuviese cometiendo y darle un plazo no menor de 6 días naturales para que éste efectúe su descargo o enmiende su conducta.

De esta manera, en caso el empleador enmiende su conducta, la relación laboral entre ambas partes continuará vigente y se olvidará la falta que éste hubiese cometido.

Pues bien, es materia de esta tesis, hacer un análisis de porqué existe una marcada diferenciación realizada por la ley respecto de la sanción por las faltas cometidas por parte del trabajador con relación a la sanción por los actos de hostilidad cometidos por el empleador, más aún cuando el derecho trabajo tiene como objetivo principal disminuir la desigualdad de poderes entre ambas partes.

CAPITULO 1: Naturaleza de la falta grave y los actos de hostilidad

1.1 La falta grave laboral

Antes de poder realizar un análisis comparativo entre la falta grave laboral y los actos de hostilidad, consideramos importante primero hacer un repaso en este primer capítulo de lo que nuestro ordenamiento, doctrina y jurisprudencia señala respecto a ambas figuras jurídicas.

En ese sentido, a continuación empezaremos realizando un breve análisis de la falta grave laboral, la cual cumple un rol vital dentro de nuestra legislación laboral ya que la comisión de la misma habilitará al empleador a proceder con la terminación de la relación laboral por causa justa.

Con relación a ello, consideramos que, como primer punto, debiéramos hacer una breve revisión a las definiciones que la doctrina le ha venido otorgando a la falta grave laboral.

De esta manera, podremos situarnos en una mejor posición al momento de analizar no sólo su regulación en nuestra legislación laboral sino los diferentes criterios que nuestros órganos jurisdiccionales han tenido al momento de establecer la configuración de la misma.

En ese sentido, Mario Pasco Cosmópolis señala lo siguiente sobre lo que él considera que es una falta grave:

“La falta grave es el incumplimiento contractual imputable al trabajador, a tal punto grave que no permite la continuación de la relación laboral; esto es, una lesión irreversible al vínculo laboral, producida por acto doloso o culposo del trabajador, que hace imposible o indeseable la subsistencia de la relación laboral y que autoriza al empleador a darle término sin necesidad de preaviso ni obligación de pago por despido¹ (Pasco 1984: 289)”.

Asimismo, también se hace mención a la existencia de una relación entre las obligaciones que posee el trabajador frente al empleador, siendo la falta grave la

¹ PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “La falta grave laboral”, en “Derecho Laboral”, Montevideo. 1984. N° 134. Pág. 289-290

conducta que no imposibilitará el cumplimiento de dichas obligaciones (Blancas. 2002: 156)².

A modo de complementar esta definición, Mario de la Cueva señala que “la falta grave consiste en un acto o una omisión, imputable a uno de los sujetos de la relación que implique el incumplimiento de una obligación derivada de la relación de trabajo (De la Cueva 1978:241)³”.

De esa manera, nos encontraremos frente a una falta grave laboral cuando se produzca un incumplimiento nacido del contrato que sea atribuible al trabajador de manera culpable y que revista de gravedad (Carro 1960:407)⁴”.

De las definiciones enunciadas, podemos apreciar que hay consenso en establecer que para que se produzca una falta grave laboral debemos encontrarnos frente a un incumplimiento de parte del trabajador, sin embargo consideramos, y en esto coincidimos con Pasco Cosmópolis, que tal incumplimiento debiera revestir de un carácter de gravedad tal que haga imposible la subsistencia de la relación laboral que hay entre el trabajador y el empleador.

Nos queda bastante claro entonces a qué nos referimos cuando hablamos de la falta grave en el ámbito laboral. Por ello, consideramos que ya podemos empezar a analizar la regulación que ésta tiene en nuestra legislación laboral.

1.1.1 Regulación y análisis en el ordenamiento jurídico

En nuestro ordenamiento jurídico, la Constitución Política del Perú, es la norma de mayor orden jerárquico y la cual protege los derechos constitucionales de las personas.

Nuestra Constitución estipula la necesidad de que el trabajador cuente con una protección adecuada frente al despido arbitrario, sin embargo, no regula

² BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. El despido en el derecho laboral Peruano. Ara Editores. Lima: 2002. p. 156

³ DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. 5ta Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1978. T.I. y II. p. 241.

⁴ CARRO ZUÑIGA, Carlos. “Contrato de Trabajo”, Buenos Aires, 1960, p.407

expresamente las causales que debieran existir para que el trabajador sepa si ha cometido o no una falta grave laboral ni tampoco establece las sanciones que este tipo de faltas pudiesen tener en caso sean cometidas por el trabajador.

De esta manera, la Constitución remite a que sea la ley la que se encargue de regular la adecuada protección del trabajador frente al despido, debiendo establecer todo lo que esta protección conlleva, es decir, enumerar las faltas graves que a la larga podrán ser habilitantes para que proceda el despido justificado o para que, en caso no se cumplan las mismas, nos encontremos frente a un despido arbitrario.

En nuestro ordenamiento jurídico la figura de la falta grave laboral y sus sanciones, se encuentra regulada a través del Decreto Supremo N° 003-97-TR “Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral”.

En ese sentido, en un primer término, el artículo 22 de la mencionada ley establece la necesidad de la existencia de una causa justa ya sea relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador para que se pueda proceder con su despido:

Posteriormente en el artículo 24, podemos encontrar a la falta grave laboral estipulada como una de las causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador.

Es así que, una vez llegado al artículo 25 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, nos encontramos con la definición que le otorga nuestro ordenamiento jurídico a la falta grave laboral y además establece una lista taxativa de todos los tipos de falta grave que pudiesen existir.

La ley señala entonces lo siguiente:

“Art. 25.- Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación⁵”.

⁵ Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

Como se puede apreciar, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece que para que se produzca una falta grave, la infracción cometida por el trabajador debiera ser de tal magnitud que haga irrazonable que ambas partes de la relación laboral puedan seguir subsistiendo.

Luego de ello, el artículo 25 de la ley pasa a enumerar un listado taxativo de las faltas graves que existen en nuestra legislación laboral.

A continuación pasaremos a realizar un pequeño análisis de cada una de las mismas.

a) Incumplimiento de las obligaciones de trabajo

El primer inciso del artículo 25 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala como falta grave el incumplimiento de las obligaciones de trabajo. Es así que se señala lo siguiente:

“Art. 25.- Son faltas graves:

a) El incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con las labores, la reiterada paralización intempestiva de labores y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial, aprobados o expedidos, según corresponda, por la autoridad competente que revistan gravedad. La reiterada paralización intempestiva de labores debe ser verificada fehacientemente con el concurso de la Autoridad Administrativa de Trabajo, o en su defecto de la Policía o de la Fiscalía si fuere el caso, quienes están obligadas, bajo responsabilidad a prestar el apoyo necesario para la constatación de estos hechos, debiendo individualizarse en el acta respectiva a los trabajadores que incurran en esta falta⁶”.

Como podemos apreciar, el incumplimiento de las obligaciones de trabajo constituirá la comisión de una falta grave laboral siempre y cuando este incumplimiento suponga el quebrantamiento de la buena fe, lo que a su vez producirá que la relación laboral entre ambas partes sea insostenible.

⁶ Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

Ahora bien, consideramos que estas obligaciones de trabajo deben estar debidamente estipuladas ya sea en el contrato de trabajo o en el Reglamento Interno ya que de lo contrario ello se prestaría a que el empleador pudiese subjetivamente indicar que tal o cual acción fuese efectivamente una obligación del trabajador y, al no cumplir la misma, devino en una falta grave.

Existe una obligación contractual que ha sido estipulado por el empleador y aceptado por el trabajador y la sanción del despido se produce por la falta de diligencia en el cumplimiento de estas obligaciones (Arce 2008:526)⁷.

Sin embargo, es importante también mencionar que existen obligaciones de trabajo que pueden no encontrarse estipuladas ni en el contrato de trabajo ni en el Reglamento Interno pero que su inobservancia acarrearía también la comisión de falta grave.

Nos referimos a las obligaciones que si bien no se encuentran taxativamente estipuladas, son obligaciones implícitas que nacen de la propia existencia de la relación de trabajo y cuyo cumplimiento se hace necesario para que el vínculo laboral se mantenga vigente en virtud de la buena fe laboral.

La buena fe se requiere también para las obligaciones que, no encontrándose tipificadas, son exigibles dada la relación laboral que el contrato de trabajo establece entre el trabajador y el empleador (Montoya 1990: 190)⁸.

Al respecto, la Corte Suprema, a través de la Casación Laboral No. 18592-2016-LIMA, ha señalado que “las obligaciones asumidas por las partes, con motivo del contrato de trabajo, no se limitan únicamente a las pactadas en el contrato escrito, sino que las mismas derivan también de las disposiciones normativas que la regulan”⁹.

En este caso el trabajador despedido se desempeñaba como supervisor general y fue despedido por no cumplir con supervisar la emisión de cheques de otra trabajadora. Por su parte, el trabajador había señalado que dicha obligación no

⁷ ARCE ORTIZ, Elmer. El Derecho Individual del Trabajo. Lima: Palestra, 2008. P. 526

⁸ MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo, 11ª edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1990. P. 190.

⁹ Casación Laboral No. 18592-2016-LIMA. Considerando Décimo Primero.

se encontraba estipulada en el contrato de trabajo suscrito por ambas partes por lo que no se había configurado ningún incumplimiento.

Como se ha indicado, la Corte Suprema señaló en este caso que existían obligaciones laborales que no necesariamente debían estar estipuladas en el contrato de trabajo y que además el incumplimiento de las mismas rompería la buena fe laboral que debiera existir entre ambas partes de la relación de trabajo.

Por lo tanto, para que proceda la configuración de la falta grave en lo que respecta al incumplimiento de obligaciones de trabajo, debiera considerarse que, si bien por lo general las obligaciones de trabajo se encuentran estipuladas, existen también obligaciones implícitas que son propias de la relación laboral y cuyo incumplimiento por parte del trabajador supone un quebrantamiento de la buena fe laboral.

A pesar de lo anteriormente indicado, nuestra jurisprudencia ha venido variando de criterios e introduciendo nuevos elementos a analizar respecto a esta falta grave laboral.

Es así que, en un caso donde una trabajadora que se desempeñaba como cajera fue despedida aduciendo incumplimiento de obligaciones laborales al no haber realizado el procedimiento establecido al momento de encontrar un faltante de dinero en la caja registradora que estaba a su cargo, la Corte Suprema señaló que, si bien efectivamente existió un incumplimiento de obligaciones laborales, el mismo, al no haber ocasionado un perjuicio económico al empleador ni al haber existido el ánimo de ocasionar dicho perjuicio, carece de gravedad suficiente para justificar el despido al que fuera sometida. (Casación Laboral N° 419-2014-Ayacucho)¹⁰.

En este caso podemos observar como la Corte Suprema al momento de analizar si se ha cometido o no una falta grave por incumplimiento de las obligaciones de trabajo, introduce un nuevo criterio el cual habla de la intencionalidad del trabajador de cometer un perjuicio económico en contra del empleador,

¹⁰ Casación Laboral N° 419-2014-Ayacucho.

Así pues, para la Corte Suprema no es suficiente que el trabajador haya incumplido con una obligación de trabajo estipulada previamente sino que a su criterio para que este incumplimiento suponga el quebrantamiento de la buena fe laboral y por ende haga insostenible la relación laboral, habría que ocasionar o tener la intencionalidad de ocasionar un perjuicio económico al empleador.

Es interesante la postura que adopta la Corte Suprema en esta sentencia pues le otorga la posibilidad al trabajador de continuar con la relación laboral aun cuando éste haya cometido un incumplimiento en sus obligaciones de trabajo. De esta manera, le otorga una mayor protección al trabajador ya que, siguiendo su línea jurisprudencial, de ahora en adelante para que proceda el despido por esta casual habría que analizar también si se cometió o no un perjuicio económico en contra del empleador y, en caso de que se haya cometido el mismo, habría que analizar también la intencionalidad del trabajador al momento de cometer este perjuicio.

Si bien pareciera que la Corte Suprema tomó partido por una postura más proteccionista a favor del trabajador, en una sentencia recientemente publicada, la Corte Suprema vuelve a cambiar el criterio ya que al analizar el caso de una trabajadora que se desempeñaba como asistente del área de recursos financieros y que fue despedida aduciendo incumplimiento de obligaciones laborales al haber perdido una factura, haber realizado un depósito indebido y haber cargado indebidamente una suma de dinero en una cuenta que no correspondía, ha señalado que si bien en ninguno de los 3 incumplimientos que se produjeron hubo el ánimo de ocasionarle un perjuicio económico a la empresa, lo que se sanciona no es el hecho de ocasionar un perjuicio económico o no, así como tampoco la intencionalidad de cometer este perjuicio, sino el hecho de que al haber incumplido estas obligaciones de trabajo se quebró la buena fe laboral y ello ha hecho inviable que la relación entre ambas partes pueda seguir subsistiendo (Casación Laboral N° 6503-2016-JUNIN)¹¹.

¹¹ Casación Laboral N° 65032016-JUNIN.

De esta manera, la Corte Suprema vuelve a adherirse a lo que señala nuestra legislación laboral con respecto al despido por falta grave por incumpliendo de obligaciones de trabajo.

b) Disminución deliberada y retirada en el rendimiento de las labores

El segundo inciso del artículo 25 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala como falta grave lo siguiente:

“b) La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción, verificada fehacientemente o con el concurso de los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, quien podrá solicitar el apoyo del sector al que pertenece la empresa¹²”.

Como se puede apreciar en este inciso, para que se configure la falta grave deberá existir un bajo rendimiento de parte del trabajador en sus labores ya sea en cantidad o en calidad. Además, para que proceda el despido, esta disminución deberá ser adrede y repetitiva. Por último, es indispensable que todo ello sea verificado por el Ministerio de Trabajo.

Se pretende sancionar la falta de diligencia por parte del trabajador, quien de manera intencionada y repetitiva baja su rendimiento ya sea en cuanto a cantidad o en calidad (Toyama 2009:141)¹³.

En cuanto al rendimiento deficiente, habrá que tomar en consideración el rendimiento anterior uniforme que ha venido teniendo el trabajador a lo largo del periodo laborado en la empresa así como también el rendimiento que vienen teniendo su compañeros de trabajo, siempre y cuando estos realicen las mismas labores que el trabajador que está siendo objeto de evaluación (Castro 1993:171)¹⁴.

Queda claro entonces que para que proceda el despido por causal de disminución de rendimiento, el empleador tendría primero que tener indicadores

¹² Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

¹³ TOYAMA, Jorge. El despido disciplinario en el Perú. IUS ET VERITAS. Lima, 2009. Edición N° 38. pp. 141

¹⁴ CASTRO. María. El régimen disciplinario de la empresa. Pamplona: Aranzadi. 1993. pp.171

de rendimientos anteriores donde el trabajador haya realizado las mismas funciones.

Así, estos indicadores podrían ser usados como parámetros al momento de que el Ministerio de Trabajo analice si efectivamente ha existido o no una reiterada disminución ya sea cualitativa o cuantitativa del rendimiento.

c) Apropiación consumada de bienes del empleador

El inciso c) de la ley señala lo siguiente respecto a la falta grave por apropiación consumada de bienes del empleador:

“c) La apropiación consumada o frustrada de bienes o servicios del empleador o que se encuentran bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor¹⁵”.

Como se puede apreciar, para que se configure esta falta grave, tiene que existir una apropiación de los bienes del empleador, no siendo necesario que esta apropiación se haya consumado. Así también, la utilización indebida de los bienes o servicios del empleador configurará como falta grave.

En ese sentido, parece ser necesario que el empleador le comunique al trabajador un listado taxativo de los bienes y servicios que son suyos o que se encuentren bajo su custodia, caso contrario el trabajador no sabría en qué momento podría llegar a cometer esta falta.

Es recomendable que exista una política de utilización apropiada de bienes, materializada en el Reglamento Interno de Trabajo o en directivas de la empresa ya que de esta manera la sanción por un manejo indebido de éstos se verá respaldada (Toyama 2008: 143)¹⁶.

Así, llegado el caso de sanción al trabajador éste podrá verificar si efectivamente se apropió de los bienes del empleador.

¹⁵ Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

¹⁶ TOYAMA, Jorge. Óp. Cit. 143.

d) Uso o entrega a terceros de información reservado del empleador

El inciso d) de la ley señala como falta grave la siguiente conducta:

“d) El uso o entrega a terceros de información reservada del empleador; la sustracción o utilización no autorizada de documentos de la empresa; la información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja; y la competencia desleal”¹⁷.

En este inciso, la ley nos habla de acciones concretas de parte del trabajador en contra de su propio empleador.

Así, el trabajador tiene un deber de reserva respecto a la información que recibe en el ejercicio de sus funciones en la empresa, produciéndose una afectación a este deber reserva al momento en que el trabajador haga uso o entrega a terceros de esta información reservada o sustraiga o utilice no autorizadamente documentos de la empresa (Arce 2008: 531)¹⁸.

Asimismo, entregar información falsa al empleador, teniendo la intención de ocasionarle un perjuicio u obtener una ventaja implica que el trabajador ha destruido toda confianza y lealtad que debe existir en la relación laboral (Gil 2004: 193)¹⁹.

De esta manera, al entregar información reservada del empleador, la relación laboral entre ambas partes sería insalvable y por ende no quedaría más remedio que proceder con la terminación de la relación laboral.

e) La concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas

El inciso e) de la ley señala como falta grave la siguiente conducta:

“e) La concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas o sustancias estupefacientes, y aunque no sea reiterada cuando por la

¹⁷ Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

¹⁸ Arce, Elmer. Óp. Cit. 531.

¹⁹ El despido disciplinario. En: AUTORES VARIOS (Antonio Sempere, coordinador). El despido: aspectos sustantivos y procesales. Navarra: Thomson Aranzadi, 2004.p. 193.

naturaleza de la función o del trabajo revista excepcional gravedad. La autoridad policial prestará su concurso para coadyuvar en la verificación de tales hechos; la negativa del trabajador a someterse a la prueba correspondiente se considerará como reconocimiento de dicho estado, lo que se hará constar en el atestado policial respectivo”²⁰.

Pareciera que, para que proceda el despido por esta causal de falta grave, es necesario que el trabajador se presente a trabajar de manera repetitiva en estado de embriaguez o bajo influencia de drogas. Ello siempre y cuando no realice una actividad de riesgo que, por el hecho de llegar en ese estado, ponga el peligro al resto del personal.

Nuestro Tribunal Constitucional también ha establecido una línea jurisprudencial al respecto. Es así que en un caso donde se despidió a un trabajador de la Municipalidad de Chorrillos que se presentó en aparente estado de ebriedad ya que desprendía un aliento alcohólico y que posteriormente se negó a pasar el estado de alcoholemia, el Tribunal señaló que la sanción impuesta al trabajador resulta desproporcionada e irrazonable, pues si bien se le puede reputar que ha incurrido en la falta grave que se le imputa, no es menos cierto que en ningún momento ha incurrido en algún acto de violencia, injuria o faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, del personal jerárquico o de otros trabajadores, ni ha ocasionado daño alguno al patrimonio de la Municipalidad en cuestión (Exp. 01997-2011-PA/TC)²¹.

Siguiendo este criterio, podemos señalar que en esta causal de falta grave habría que analizar que la conducta del trabajador sea repetitiva, a tal punto de que se quiebre la confianza entre ambas y la relación laboral se torne insostenible. De lo contrario nos encontraríamos frente a un despido desproporcional tal como lo señala el Tribunal Constitucional.

f) Actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador

El inciso f) de la ley señala como falta grave la siguiente conducta:

²⁰ Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

²¹ STC N° 01997-2011-PA/TC

“f) Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, de sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, sea que se cometan dentro del centro de trabajo o fuera de él cuando los hechos se deriven directamente de la relación laboral. Los actos de extrema violencia tales como toma de rehenes o de locales podrán adicionalmente ser denunciados ante la autoridad judicial competente”²².

En esta causal tenemos en primer lugar a los actos de violencia en contra del empleador. En este caso, estamos hablando de violencia física contra una persona por lo que se torna razonable que después de haber cometido este acto de violencia la relación laboral entre ambas partes seas insalvable.

Puede que la violencia física no resulte de gravedad para la persona afectada (el empleador) pero esta acción afecta definitivamente la continuidad de la relación laboral por lo que el despido es totalmente justificable (Blancas 2002: 200)²³.

Con relación a la grave indisciplina, es importante señalar que la misma es una conducta de parte del trabajador, la cual debe encontrarse estipulada en los lineamientos internos de la empresa, y cuya acción atente contra la actividad regular de la misma (Blancas 2002: 203)²⁴.

En tanto la misma se encuentre estipulada, y en efecto represente una afectación al correcto funcionamiento de la empresa, será razonable que proceda el despido por falta grave pues la buena fe laboral entre ambas partes se habrá quebrantado.

g) El daño intencional a los edificios, instalaciones y demás bienes de propiedad de la empresa.

El inciso g) de la ley señala como falta grave la siguiente conducta:

“g) El daño intencional a los edificios, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos, documentación, materias primas y demás bienes de propiedad de la empresa o en posesión de ésta”²⁵.

²² Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

²³ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Óp. Cit, p.200.

²⁴ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Óp. Cit, p.203

²⁵ Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

En este caso, la causal de extinción de la relación laboral es bastante clara y consideramos que no está sujeta a muchas interpretaciones.

Se hace hincapié en el daño intencional, es decir, en el ánimo que podría tener el trabajador de ocasionar un perjuicio al material y demás bienes que tenga la empresa.

Sin embargo, creemos pertinente destacar que no se debieran incluir en esta causal los accidentes que pudiese tener el trabajador con el material de la empresa en el ejercicio de sus funciones.

Claramente si un trabajador daña el material en el ejercicio de sus funciones de manera accidental, no nos encontramos frente a ninguna intencionalidad de parte del mismo.

Si se llegara a comprobar que efectivamente existió un dolo de parte del trabajador de realizar este daño a los materiales de la empresa, la relación laboral se tornaría insalvable.

h) Abandono de trabajo por más de tres días consecutivos

El inciso h) de la ley señala la siguiente causal de despido:

“h) 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 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”²⁶.

El hecho de no presentarse a trabajar por más de tres días consecutivo, de ausencia injustificada e impuntualidad retirada son conductas que conllevan a que el trabajador incumpla con su obligación principal, la cual es la prestación de servicios que se encuentra estipulada en toda relación laboral (Toyama 2009: 149²⁷).

²⁶ Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

²⁷ TOYAMA, Jorge. Óp. Cit. 149.

Es muy complicado tratar de cuantificar cuando el trabajador no tiene interés en seguir trabajando para la empresa y cuando sí; sin embargo creemos que la ley en este caso sí establece de manera razonable el monto máximo de días por los cuales el trabajador puede ausentarse de su centro de labores sin justificación alguna.

Una vez que se haya excedido esa cifra, será evidente que el trabajador no tendrá interés alguno en continuar desempeñando las labores que emanan de su contrato de trabajo.

1.1.2 Efectos de la falta grave

Como hemos visto, la comisión de la falta grave conlleva a que el empleador pueda accionar la causal de despido por causa justa lo que a su vez implica la extinción de la relación laboral entre el trabajador y el empleador.

La figura jurídica del despido contiene las siguientes características: es un acto unilateral del empleador, no siendo relevante la voluntad del trabajador para que se constituya; es un acto constitutivo, ya que el empleador es quien se encarga de realizarlo; y es un acto recepticio, ya que para que sea eficaz el trabajador deberá estar al tanto del mismo (Montoya 1996: 446)²⁸.

Así, podemos apreciar que, en el caso de que el trabajador cometa una falta grave, es el empleador quien, haciendo uso de su poder de dirección, dictamina unilateralmente la continuidad laboral del trabajador que se encuentra bajo sus órdenes.

En ese sentido, la doctrina ha sido medianamente uniforme al establecer el concepto de despido, señalando que éste es un acto realizado de manera unilateral por parte del empleador mediante el cual se da por concluido el contrato de trabajo (Pla Rodríguez 1987: 346)²⁹.

²⁸ MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo, 11º edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1990. P. 446.

²⁹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. "Extinción del contrato de trabajo en Uruguay", en AAVV "La extinción de la relación laboral", AELE Editorial, Lima 1987, p. 346.

Entonces, podemos apreciar que, si bien el despido es una decisión propia que toma el empleador, sobre la base de su poder sancionador, para que el mismo surta efectos, será necesario que se notifique al trabajador que ha sido objeto de esta sanción.

En ese sentido, podemos señalar que el despido afectará principalmente la estabilidad laboral que tiene que tener todo trabajador, concretamente la estabilidad laboral de salida.

Al respecto, es importante señalar que la estabilidad laboral es un factor preponderante para que el trabajador pueda hacer uso de sus derechos de manera individual o colectiva (Villavicencio 1996: 9)³⁰.

En cuanto a la estabilidad laboral de salida, la misma comprende la estabilidad absoluta, la cual señala que la extinción irregular de la relación laboral conlleva a la reposición en el trabajo y la estabilidad relativa, la cual señala que existen otros tipos de protecciones al despido como la indemnización (Toyama 2009: 132)³¹.

Con relación a ello, el Convenio 158 de la OIT establece la prohibición de que se por concluida la relación de trabajo, salvo que la existe una causa justificada relacionada a la capacidad, conducta o a las necesidades de funcionamiento de la empresa³².

De esta manera, el empleador al accionar su potestad sancionadora dado que el trabajador ha cometido una falta grave, concretamente al proceder con el despido del trabajador, está ocasionando una afectación a la estabilidad laboral del mismo.

Es así que, el efecto producido por la comisión de alguna de las faltas graves contempladas en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral será el del despido el cual a su vez producirá la extinción de las relaciones laborales entre ambas partes.

³⁰ VILLAVICENCIO, Alfredo. PROEM. En: Coyuntura Laboral. Número 9. Lima: Desco, 1996. p.9.

³¹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. Óp cit. p. 132.

³² Convenio 158 OIT – No ratificado por el Estado peruano.

1.1.2.1 La potestad de accionar el despido por falta grave

Si bien hemos indicado que la comisión de parte del trabajador de cualquiera de las faltas graves anteriormente indicadas y estipuladas por nuestra legislación laboral, posibilita al empleador a despedirlo por causa justa, es importante recalcar que no es una obligación para el empleador el aplicar esta sanción sino que es una posibilidad que le otorga nuestro ordenamiento jurídico.

Así es, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece que para el despido de un trabajador es necesario la existencia de una causa justa, la cual estará relacionada con la conducta o capacidad del trabajador; sin embargo, en ninguna parte de esta norma se indica que sea obligación del empleador despedir al trabajador si es que se configura alguna de las causas justas de despido, ya sea por conducta (a través de las faltas graves) o por capacidad.

Recordemos que el empleador, en su poder de dirección, tiene la facultad de dirigir, fiscalizar y sancionar la conducta que tenga el trabajador durante la relación laboral (Ulloa 2009: 115)³³.

En ese sentido, quedará a elección del empleador, haciendo uso de su poder de dirección, decidir cuál es la sanción que le va a aplicar a su trabajador: si es que procede con aplicar al trabajador la sanción máxima prevista en nuestro ordenamiento laboral, la cual es el despido por causa justa o si decide optar por una menos gravosa.

Si efectivamente se hubiese cometido alguna de las faltas graves estipuladas en la legislación laboral y el empleador optase por despedir al trabajador, este despido se encontraría bajo los parámetros legales previstos.

Sin embargo, bien puede el empleador decidir no aplicar la sanción máxima posible, a pesar de haberse configurado alguna de las faltas graves, y por lo tanto continuar con la relación laboral.

³³ OJEDA, Antonio y otros. Temas centrales del Derecho del Trabajo del Siglo XXI. Ara Editores, Lima, 2009. Pp. 115.

Quedaría entonces a criterio del empleador aplicar una suspensión sin goce de haber o algún tipo de amonestación escrita, en lugar de despedir al trabajador y dar por finalizada la relación laboral.

1.2 Los actos de hostilidad

Habiendo ya analizado la falta grave laboral, continuaremos este capítulo analizando los actos de hostilidad, los cuales son los comportamientos, materializados a través de acciones concretas, cometidas por el empleador en perjuicio de uno o más trabajadores.

Los actos de hostilidad hacen que la relación laboral se haga prácticamente insostenible para el trabajador, puesto que es su propio empleador quien comete acciones que van en contra de su integridad no solo física sino también psicológica.

Con relación a los actos de hostilidad, el profesor Jorge Toyama señala lo siguiente:

“Los actos de hostilidad son los supuestos donde el empleador se excede en sus facultades de dirección y, por lo tanto, pueden ser controlados por los trabajadores. Al respecto hay que señalar que en solo determinados supuestos las modificaciones de las condiciones de trabajo puede ser materia de impugnación por parte de los trabajadores, y podrían calificar como actos de hostilidad en nuestro sistema jurídico” (Toyama 2015: 251)³⁴.

De esta manera, al producirse el acto de hostilidad, la existencia de la relación laboral sea torna tan insostenible que nuestra ley establece la posibilidad de que el trabajador opte por darse por despedido en caso se encuentre siendo hostilizado por el empleador.

Podemos señalar entonces que nuestra Ley de Productividad y Competitividad Laboral equipara las faltas graves cometidas por el trabajador con los actos de hostilidad cometidos por el empleador ya que, en ambos supuestos, de

³⁴ TOYAMA, Jorge. El derecho individual del trabajo en el Perú, un enfoque teórico-práctico. Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 251.

cometerse cualquier de las faltas listadas en la ley, la consecuencia jurídica es la figura del despido.

Corresponde entonces revisar cómo se encuentran regulados en nuestra legislación laboral los actos de hostilidad.

1.2.1 Regulación y análisis en el ordenamiento jurídico

La Ley de Productividad y Competitividad Laboral estipula en su artículo 30 un listado taxativo de los actos de hostilidad que pudiesen ser cometidos por el empleador, y además señala los pasos a seguir por el trabajador luego de haber sido hostilizados.

De esta manera, se señala lo siguiente:

“Art. 30.- El trabajador, antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso³⁵”.

Podemos apreciar que, en caso se produzca un acto de hostilidad en contra del trabajador, la ley primero obliga a que se notifique del mismo al empleador y luego de ello le otorga un plazo de 6 días naturales como mínimo para realizar su descargo o bien enmendar su conducta en caso sí haya realizado este acto de hostilidad.

Es decir, partiendo del supuesto de que un trabajador haya sido víctima de un acto de hostilidad por parte del empleador, éste no podrá darse por despedido instantáneamente sino que antes deberá notificar a su empleador el tipo de acto de hostilidad que ha venido sufriendo.

Así, una vez que el empleador fuese notificado del acto de hostilidad, tendrá como mínimo 6 días naturales para poder realizar dos acciones: efectuar su descargo o enmendar su conducta.

³⁵ Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

De esta manera, si el empleador opta por enmendar su conducta, no interesará el tipo de acto de hostilidad que hubiese cometido, la relación laboral podrá continuar subsistiendo como si nunca se hubiese cometido algún acto en agravio del trabajador.

Consideramos entonces pertinente realizar el análisis de cada acto de hostilidad, para luego identificar si es que todos estos actos, a nuestro criterio, podrían ser efectivamente subsanables como lo indica la legislación y por ende se podría salvar la relación laboral entre ambas partes.

a) Falta de pago de la remuneración

La ley señala como acto de hostilidad la siguiente conducta:

“a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador”³⁶.

En este caso nos encontramos que el acto de hostilidad realizado por el empleador está atentando contra uno de los 3 elementos esenciales de la relación laboral: la remuneración.

Si bien es cierto que la remuneración es parte esencial de la relación laboral, también es importante destacar que constituye un derecho fundamental ya que la misma se encuentra estipulada en el artículo 24 de la Constitución (Zavala 1994: 21)³⁷.

La remuneración es todo lo que el trabajador obtiene, ya sea a través de dinero o especies, a razón de la contraprestación por las labores que ha brindado al empleador (Toyama 2012: 65)³⁸.

Como podemos apreciar, la remuneración es probablemente el elemento más importante de la relación laboral ya que es el motor principal por el cual el

³⁶ Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

³⁷ Zavala Costa, Jaime. Remuneraciones y jornada de trabajo. En: Revista Asesoría Laboral del mes de enero de 1994, p. 21)

³⁸ Toyama, Jorge. Derechos laborales ante empleadores ideológicos. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2012, p. 65.

trabajador desempeña sus funciones ya que gracias a esta contraprestación el trabajador puede subsistir y mantener a su familia en caso tenga una.

En ese sentido, resultaría más perjudicial para el trabajador el darse por despedido e iniciar un proceso judicial ya que se estaría quedando sin un trabajo estable, es decir, no tendría ningún tipo de remuneración, y la indemnización que le correspondería no sería instantánea sino demoraría varios años debido a las diferentes instancias por las cuales puede pasar el proceso.

b) Reducción de la categoría, de la remuneración y el incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso del trabajador.

El inciso b) de la ley nos señala lo siguiente como acto de hostilidad

“b) La reducción de la categoría y de la remuneración. Asimismo, el incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso del trabajador”³⁹.

Este acto de hostilidad trata sobre la reducción de la remuneración, que como hemos visto en el acápite anterior, es uno de los elementos esenciales de la relación laboral, la reducción de la categoría y el incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso del trabajador.

Con relación a la reducción de la remuneración, hemos visto anteriormente la figura esencial que representa en la relación laboral.

En cuanto a la motivación que pudiese tener esta reducción de remuneración, la Corte Suprema, en su último precedente jurisprudencial, establece la prohibición de la reducción no consensuada de la remuneración, es decir, no el empleador no podrá reducir la remuneración bajo ningún motivo salvo que medie acuerdo colectivo (Casación Laboral N° 3711-2016-Lima⁴⁰).

Queda claro entonces que por lo menos a nivel jurisprudencia, ya no se está permitiendo la reducción no consensuada de la remuneración bajo ningún motivo y que la misma solo procederá o bien por convenio colectivo o por acuerdo entre ambas partes.

³⁹ Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

⁴⁰ Casación Laboral N° 3711-2016-LIMA

Con respecto a la categoría, es importante señalar, en primer lugar, que la misma se encuentra estipulada por el empleador cuando el trabajador ingresa a laborar en la empresa. De esta manera, esta categoría estará relacionada con las funciones que desempeñará el trabajador así como los grados académicos que este tuviese (Sánchez, 41)⁴¹.

Siendo ello así, nos encontraríamos frente a un acto de hostilidad por reducción de categoría si, por ejemplo, una persona que ha sido contratada como contador público de una empresa recibe la orden de su jefe de que a partir de ahora se dedicará a realizar labores de limpieza que correspondían al personal administrativo.

Con relación al incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso del trabajador, a través de la Ley N° 30709 “Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres” y su Reglamento se han establecido como obligaciones para el empleador que los ascensos laborales, si bien son facultades de éste, deberán ser realizados considerando criterios objetivos y razonables.

En ese sentido, si el trabajador llegara a cumplir con los requisitos objetivos y razonables establecidos previamente por el empleador, el no cumplimiento del ascenso que correspondería, significaría un acto de hostilidad en contra del trabajador.

Si bien es cierto que este acto de hostilidad atenta gravemente contra los derechos del trabajador, consideramos que es necesario aplicar el mismo razonamiento que en el tema de la falta de pago en cuanto creemos que si estamos ante una conducta subsanable por parte del empleador, quien podrá enmendar su conducta volviendo el sueldo del trabajador al monto original.

c) El traslado del trabajador a lugar distinto

El inciso c) de la ley señala lo siguiente como acto de hostilidad:

⁴¹ Sánchez Zapata, Ronni. Como probar la hostilidad laboral: análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial. Gaceta Jurídica, Lima, 2017. pp.41

“c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio”⁴².

Para que nos quede más claro cómo se configura este acto de hostilidad, es preciso hacer mención a lo que señala el profesor Carlos Blancas:

“La infracción patronal viene, de este modo, a quedar configurada por la concurrencia de dos elementos: el elemento objetivo, constituido por el traslado físico del trabajador a un centro de trabajo localizado en un ámbito geográfico distinto y el elemento subjetivo, que radica en el – deliberado propósito – del empleador de ocasionar, con dicha decisión, un perjuicio al trabajador” (Blancas 2002: 423)⁴³.

De esta manera, nos encontramos frente a una intención por parte del empleador de ocasionarle un perjuicio a su trabajador trasladándolo a otro ambiente de trabajo diferente al cual ha venido éste teniendo a lo largo de la relación laboral.

Este acto de hostilidad podría ocasionar un severa brecha en la relación laboral entre ambas partes ya que el trabajador está siendo perjudicado con un cambio de centro de labores, lo que le ocasiona no solo un perjuicio económico ya que trasladarse a distancias mayores conlleva un mayor gasto, sino que también le demanda un gasto de tiempo mucho mayor.

d) Inobservancia de medidas de higiene y seguridad

El inciso d) de la ley establece lo siguiente como acto de hostilidad:

d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador.

Este acto de hostilidad abarca lo que es Seguridad y Salud en el trabajo para el trabajador en el ejercicio de sus funciones.

Existe una obligación de parte del empleador de proporcionarle al trabajador un ambiente seguro y salubre en el cual éste pueda desempeñar las labores que emanan del contrato de trabajo firmado entre ambas partes

⁴² Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

⁴³ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Ob. Cit., p. 423.

En ese sentido, la Organización Internacional de Trabajo, a través de diversos convenios, muchos de los cuales han sido aprobados por el Estado, ha tratado de otorgarle a este tema un manto protector supranacional.

En el ámbito nacional, el Estado ha promulgado diversas normas internas en materia de seguridad, salud e higiene laboral, las cuales buscan la protección del trabajador.

Por ende, el empleador tiene la obligación de estar al tanto de las normas, nacional como internacionales, para procurar el bienestar de sus trabajadores.

e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o familiares.

En inciso e) señala como acto de hostilidad la siguiente conducta:

“e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia”⁴⁴.

En este acto de hostilidad nos encontramos con dos acciones cometidas por el empleador, acto de violencia y faltamiento grave de palabra, en donde se vulnera el derecho a la integridad del trabajador, el cual se encuentra consagrado en nuestra Constitución Política.

Respecto al acto de violencia, consideramos que cuando el trabajador es violentado físicamente por el empleador lo primero que deberá hacer es dirigirse a una comisaría a sentar la denuncia respectiva. De esta manera, quedará constancia de que el empleador efectivamente agredió físicamente al trabajador.

Consideramos que en este acto de hostilidad, la agresión física del empleador en contra del trabajador hizo que se quebrara de manera definitiva la buena fe laboral que existía entre ambas partes ya que puso en riesgo su integridad física de manera directa y con el ánimo de ocasionarle este daño; por ende la relación laboral se torna insostenible.

⁴⁴ Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

Es entonces imposible una subsanación de parte del empleador respecto al acto de violencia empleado en contra de su trabajador toda vez que el acto ya fue cometido y ya se ocasionó el daño físico en contra del mismo.

Con relación al faltamiento grave de palabra en contra del trabajador o de su familia, consideramos que esta acción por parte del empleador implica una afectación a la dignidad del trabajador.

Además, puede darse el caso de que el hecho de hacerle notar al empleador este faltamiento grave de palabra podría costarle al trabajador su puesto de trabajo en un futuro y, tratando de evitar esto, podría quedarse callado ante este tipo de actos (Sánchez 2017: 95)⁴⁵.

f) Actos de discriminación

El inciso f) de la ley señala como actos de hostilidad el siguiente comportamiento del empleador:

“f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma”⁴⁶.

En este acto de hostilidad representa una grave afectación en contra del derecho fundamental de la persona a no ser discriminado, el cual se encuentra consagrado en nuestra Constitución Política.

Los actos de discriminación encuentran su base en un prejuicio negativo que se tiene sobre algún tema o condición particular y que produce que a las personas que se encuentran comprendidas dentro de ese ámbito sean tratadas de manera diferenciada, haciéndolas sentir inferior por su condición (Bilbau y Rey 2003: 111)⁴⁷.

En ese sentido, consideramos que los actos de discriminación no pueden ser subsanables por el empleador pues nacen ya de un prejuicio existente que difícilmente pueda ser cambiado y por ende es una conducta que se irá

⁴⁵ Sánchez Zapata, Ronni. Óp. cit pp.95

⁴⁶ Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

⁴⁷ BILBAU UBILLÚS, Juan María y REY MARTINEZ, Fernando. “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”. En: El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México. 2003, p.111.

repetiendo afectando de esta manera el derecho fundamental de la persona a la no discriminación, haciendo imposible que la relación laboral continúe vigente.

g) Actos contra la moral y hostigamiento sexual

El inciso g) de la ley señala como acto de hostilidad el siguiente comportamiento:

“g) Los actos contra la moral, el hostigamiento sexual y todos aquellos que constituyan actitudes deshonestas que afecten la dignidad del trabajador”⁴⁸.

En este acto de hostilidad vemos que existe una afectación en contra de la dignidad humana, la cual es un derecho reconocido constitucionalmente.

Con relación a la dignidad humana, nuestro Tribunal Constitucional señala lo siguiente:

“El doble carácter de la dignidad humana, produce determinadas consecuencias jurídicas. Primero, en tanto principio, actúa a lo largo del procedimiento de aplicación y ejecución de las normas por parte de los operadores constitucionales. Segundo, en tanto derecho fundamental se constituye en un ámbito de tutela y protección autónomo. En ello reside su exigibilidad y ejecutabilidad en el ordenamiento jurídico, es decir, la posibilidad de que los individuos se encuentren legitimados a exigir la intervención de los órganos jurisdiccionales para su protección (Exp. N° 2273-2005-PHC/TC)⁴⁹.

En ese sentido, podemos apreciar que nos encontramos ante una afectación tan grave que la confianza que existe entre ambas partes, la cual es la base de toda relación laboral, se encuentra rota, haciendo imposible que esta relación pueda seguir subsistiendo.

1.2.2 La libertad de trabajo en los actos de hostilidad

Un tema que amerita ser analizado dentro de los actos de hostilidad es cómo se manifiesta la libertad de trabajo como derecho que tiene todo trabajador, cuando éste es hostilizado por su empleador.

Con relación a ello, es preciso empezar señalando que la libertad de trabajo consiste en el derecho que tiene toda persona a decidir lo siguiente: si es que va

⁴⁸ Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

⁴⁹ Expediente N° 2273-2005-PHC/TC. Fecha: 20 abril del 2006.

a realizar trabajo efectivo, el tipo de actividad que va a realizar y para quien será la persona para la cual realizará esta actividad (Neves 2012: 24)⁵⁰.

De esta manera, podemos apreciar que el concepto que se le otorga a la libertad de trabajo es la de la permitir que el trabajador sea libre de escoger para, cuando y cómo va a realizar este trabajo, si es que decidiera finalmente realizarlo.

En nuestro ordenamiento jurídico, el derecho a la libertad de trabajo se encuentra establecido en el numeral 15 del artículo 2 de nuestra Constitución Política, donde se establece que “toda persona tiene derecho a trabajar libremente, con sujeción a ley”⁵¹.

Asimismo, a nivel supraconstitucional, este derecho se encuentra estipulado en la Declaración de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derecho Económicos, Sociales y Culturales, entre otros tratados internacionales.

Teniendo claro el concepto de libertad de trabajo y además siendo consciente de su reconocimiento jurídico tanto por los dispositivos legales nacionales como por los internacionales, es pertinente ahora pasar responder la interrogante planteada en el primer párrafo, la cual se pregunta cómo se podría manifestar el derecho a la libertad de trabajo cuando se configura un acto de hostilidad en contra del trabajador.

Para dar respuesta a esta interrogante primero habría que recordar lo que señala nuestra legislación laboral respecto a la posibilidad que tiene el trabajador cuando éste es hostilizado por el empleador.

Así, como ya hemos revisado, nuestra legislación laboral contempla la posibilidad de que el trabajador pueda continuar con la relación laboral si el empleador subsana su falta o bien pueda darse por despedido siempre y cuando el empleador no haya realizado primero la subsanación antes mencionada.

Al respecto, consideramos que en este caso, la libertad de trabajo supondría justamente la libertad de parte del trabajador de decidir si, habiendo sido hostilizado, opta por continuar la relación laboral o terminar con la misma, sin la

⁵⁰ NEVES MUJICA, Javier. Introducción al derecho al trabajo. Fondo Editorial PUCP. 2012. p.24

⁵¹ Constitución Política del Perú.

necesidad de que el empleador realice alguna acción que imposibilite luego la capacidad del trabajador para dar por finalizada la relación laboral y acerse acreedor de una indemnización por despido arbitrario.

En términos sencillos, la libertad de trabajo consiste en la potestad que tiene el trabajador, al momento de ser hostilizado, de decidir si concluye en ese preciso instante la relación laboral o si considera que éste acto de hostilidad puede ser enmendado por el empleador y por lo tanto se puede continuar con la relación de trabajo.

Como se ha señalado, la libertad de trabajo, en su fase final, consiste en que el trabajador tenga la facultad de dejar su puesto de trabajo por voluntad propia (Neves 2001: 24)⁵².

Teniendo como fundamento a la libertad de trabajo no sería necesario entonces que el trabajador tuviera que esperar a que el empleador subsane el acto de hostilidad cometido su perjuicio.

De esta manera, la libertad de trabajo sería el fundamento por el cual el trabajador pudiera decidir si la relación laboral en la cual se encuentra inmerso sigue siendo de su conveniencia (y por lo tanto continuar con la misma) o si ésta ya está lo suficientemente desgastada y no le reportará mayores beneficios (por lo que debiera concluirse, con su respectiva indemnización).

1.2.2 Efectos de los actos de hostilidad

Como se ha señalado anteriormente, los actos de hostilidad son los comportamientos, materializado a través de acciones, que tiene el empleador en contra del trabajador, los cuales debido a su gravedad hacen irrazonable la subsistencia de la relación laboral.

⁵² NEVES MUJICA, Javier. "Libertad de trabajo, derecho al trabajo y derecho de estabilidad en el trabajo". Derecho & Sociedad. Lima, 2001. Edición N° 17. pp. 24

Nuestra legislación prevé que el trabajador, al sentirse hostilizado por su empleador, pueda optar por darse por despedido si este no enmendó su conducta una vez que fuese notificado de la misma.

De esta manera, el efecto que tendrán los actos de hostilidad cometidos en perjuicio del trabajador será que éste puede dar por terminada la relación laboral, lo que se conoce como despido indirecto.

Para que se configure el despido indirecto tienen que darse 3 condiciones: que el empleador produzca un incumplimiento ya sea no realizado sus obligaciones, poniendo al trabajador en una situación insostenible o modificando las condiciones pactadas en su contrato de trabajo; que el trabajador decida que se está dando por despedido dado la conducta grave del empleador y que se retire de la empresa (Pla Rodríguez 1980: 102)⁵³.

Así, nos encontramos ante un despido indirecto cuando el empleador realiza conductas imposibles de soportar para el trabajador, de tal manera que impide que el servicio se siga realizado y por ende se quiebra la relación laboral (Russomano 1981: 36)⁵⁴.

De esta manera, las inconductas que cometa el empleador tendrán como efecto el ocasionar un despido indirecto siempre que las mismas hagan imposible que el trabajador pueda continuar prestando servicios a la empresa. Estas conductas, como hemos visto, se encuentran tipificadas el artículo 30 de nuestra Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

1.3 Similitudes entre la falta grave laboral y los actos de hostilidad

Luego de haber realizado el análisis de la regulación que hace nuestra legislación laboral tanto para las faltas graves laborales cometidas por el trabajador como para los actos de hostilidad cometidos por el empleador,

⁵³ PLA RODRIGUEZ, Américo. "La Terminación de la Relación del Trabajo por Iniciativa del Empleador y la Seguridad DE los Ingresos de los Trabajadores Afectados". Informe al Congreso Mundial de Derecho del Trabajo, 1980, publicado en "Análisis Laboral", Lima. Pp. 102.

⁵⁴ RUSSOMANO, Mozart. "La Estabilidad del Trabajador en la Empresa", Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981. Pp. 36

podemos arribar a la conclusión de que las características que tienen ambas figuras jurídicas las hacen bastante similares.

Así, podemos apreciar las siguientes características que comparten tanto la falta grave laboral como los actos de hostilidad:

- a) **Ambas son faltas estipuladas por la legislación laboral:** Así es, las faltas graves son faltas cometidas por el trabajador, que se encuentran estipuladas taxativamente en el artículo 25 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral; mientras que los actos de hostilidad son faltas cometidas por el empleador que se encuentran estipuladas taxativamente en el artículo 30 de dicha ley.
- b) **Ambas son cometidas incumpliendo las reglas de conducta:** Como se ha indicado, las faltas graves son inconductas cometidas por el trabajador, incumpliendo de esta manera sus obligaciones laborales estipuladas tanto en la legislación laboral como en el Reglamento Interno de Trabajo; mientras que los actos de hostilidad son inconductas cometidas por el empleador incumpliendo también las obligaciones laborales que tienen los empleadores, las cuales se encuentran señaladas también en nuestra legislación laboral como en el Reglamento Interno de Trabajo.
- c) **Ambas resquebrajan la relación laboral:** La comisión tanto de las faltas graves como de los actos de hostilidad, qué duda cabe, resquebrajan la relación laboral que existe entre ambas partes ya que no son conductas que se esperan en una relación laboral guiada por la buena fe.
- d) **Ambas tienen como sanción máxima el despido:** Nuestra legislación laboral establece como sanción máxima a la comisión de faltas graves el despido por causa justa; mientras que en el caso de los actos de hostilidad la ley prevé que el trabajador pueda también darse por despido, lo que hemos visto que se conoce como despido indirecto.

De esta manera, queda claro que estamos comparando figuras jurídicas que son muy similares y que en principio sólo se diferencian porque una las comete el empleador mientras que las otras las comete el trabajador.

1.4 Trato dispar entre la falta grave laboral y los actos de hostilidad

Haciendo una revisión de lo analizado hasta el momento, podemos concluir en que existe un tratamiento dispar entre la regulación que se le da a ambas figuras jurídicas.

Para saber en qué consiste este tratamiento dispar, en primer lugar, tenemos que analizar el tratamiento normativo que le otorga la Ley de Productividad y Competitividad Laboral a la falta grave.

Para referirnos a ello, es importante primero hacer mención que la ley establece en su artículo 16 que el despido es causal de extinción del contrato de trabajo.

Como se ha señalado, el despido, según nuestra normativa laboral, es un acto unilateral, el cual contiene el deseo del empleador de extinguir la relación laboral entre las partes y que además tiene que ser comunicado por escrito al trabajador (Arce 2008: 563)⁵⁵.

En ese sentido, en el artículo 22 se establece que, para que proceda el despido de un trabajador en el régimen de la actividad privada, es necesario que exista una causa justa, la cual podrá estar relacionada con la conducta o con la capacidad de este trabajador.

Con relación a la causa justa de despido, se podría señalar que son supuestos en los que la incompatibilidad entre las exigencias de la labor a realizar y las aptitudes del trabajador, imposibilitan que la relación laboral entre ambas partes pueda seguir existiendo con normalidad (Blancas 2000: 175)⁵⁶.

Así pues, de comprobarse que el trabajador haya incurrido en alguna de las causas justas de despido, éste no podrá continuar en la relación laboral ni tampoco podrá accionar eficazmente algún método de protección.

Nuestro análisis del presente acápite, está relacionado con la regulación que realiza nuestra legislación laboral con respecto al despido por causa justa

⁵⁵ ARCE, Elmer. Óp. Cit. pp. 563.

⁵⁶ BLANCAS, Carlos. Óp. Cit. pp. 175.

referido a la conducta del trabajador, concretamente a la falta grave como causal de despido, tal como se establece en el artículo 24.

Es así que el artículo 25 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece 8 tipos de faltas graves, las cuales, de configurarse su existencia, hacen irrazonable la subsistencia de la relación laboral.

Este artículo 25 señala pues como faltas graves las siguientes conductas: incumplimiento de las obligaciones de trabajo, disminución deliberada y retirada del rendimiento de labores, apropiación consumada o frustrada de bienes, el uso o entrega a terceros de información reservada al empleador, la concurrencia retirada en estado de embriaguez o bajo efectos de estupefacientes, los actos de violencia y faltamiento de palabra en contra del empleador, el daño intencional a los bienes de la empresa y. por último, el abandono de trabajo por más de tres días consecutivos o la inasistencia injustificada por más de cinco días.

Como se ha señalado anteriormente, la falta grave que realiza el trabajador permite que el empleador haga surgir su derecho a sancionarlo con el despido por causa justa (Blancas 2002: 184)⁵⁷.

De esta manera, la ley es clara en señalar que si el trabajador ha cometido alguna de las faltas graves enumeradas en el artículo 25, se hará acreedor de la máxima sanción contemplada en nuestra legislación laboral, la cual es el despido por causa justa.

Ello quiere decir que no hay segundas oportunidades para el trabajador en cuanto a la comisión de faltas graves; si éste cometió alguno de los supuestos estipulados por la norma, le corresponderá el despido.

Esto se da porque el trabajador al cometer uno de los supuestos estipulados como faltas graves, estará quebrantando los deberes esenciales que nacen del contrato de trabajo y por lo tanto estará haciendo irrazonable que la relación laboral entre ambas partes pueda seguir existiendo.

En cuanto, a la irracionalidad de la existencia de la relación laboral, para que ésta se produzca, la infracción que cometa el trabajador debe ser “una lesión

⁵⁷ IBIDEM. pp. 184.

irreversible al vínculo laboral, producida por acto doloso o culposo del trabajador que haga indeseable la subsistencia de la relación laboral” (Pasco 1984: 84)⁵⁸.

Le lesión que sufre la relación laboral puede darse por el impacto que sobre ésta y su continuidad tiene una acción del trabajador, capaz de dañarla de modo irreversible o también por una conducta que se ha venido produciendo de manera continua y repetitiva y que ha ido desgastando la relación hasta volverla insostenible (Blancas 2000: 195)⁵⁹.

En ese sentido, queda bastante claro porqué la ley no contempla segundas oportunidades para que el trabajador pueda enmendar su conducta o corregir la falta que ha cometido ya que resulta muy complicado que una vez que la relación se torne insostenible, ésta pueda repararse.

Por otro lado, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral también regula los actos de hostilidad cometidos por el empleador y los equipara al despido, de ahí que se le conozca como despido indirecto.

Se entiende por despido indirecto cuando es el empleador a quien le es imputable el incumplimiento de obligaciones y prestaciones propias de toda relación laboral, produciendo que la misma resulte lesionada de manera grave e irreversible por lo que la legislación laboral permite extinguir la relación de trabajo (Blancas 200: 634)⁶⁰.

En este caso el artículo 30 de la ley es el encargado de regular los actos de hostilidad. Así, señala 7 supuestos, por los cuales, de configurarse los mismos, el trabajador puede darse por despedido ya que ha sido hostilizado por su empleador.

Dicho artículo 30 de la ley señala entonces como actos de hostilidad cometidos por el empleador a los siguientes comportamientos: falta de pago de la remuneración, reducción de la remuneración o categoría o el incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso del trabajador, el traslado del trabajador, inobservancia de medidas de higiene seguridad, acto de violencia o faltamiento

⁵⁸ PASCO COSMÓPOLIS, Mario. Óp., cit. p.84

⁵⁹ BLANCAS, Carlos. Óp., cit. p.195

⁶⁰ IBIDEM. p. 634.

grave de palabra, actos de discriminación y, por último, actos contra la moral que afecten la dignidad del trabajador.

De esta manera, para efectos de extinción de la relación laboral, la ley equipara a estos 7 comportamientos que suponen la configuración de los actos de hostilidad con los 8 comportamientos que suponen los de la falta grave laboral.

Sin embargo, a diferencia de lo que ocurren con las faltas graves laborales, en el artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se añade un párrafo adicional luego enumerar este listado taxativo de actos de hostilidad. En el mismo se señala lo siguiente:

“El trabajador, antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito a su empleador, imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que efectúe su descargo o enmiende su conducta según sea el caso”⁶¹.

Esto significa que, si bien la ley equipara los actos de hostilidad a las faltas graves en cuanto ambos son comportamientos que hacen imposible la subsistencia de la relación laboral y, que por ende, de llegar a producirse, se deberá proceder con el despido (ya sea directo para faltas graves o indirecto para los actos de hostilidad), se permite que el empleador pueda subsanar la falta que hubiese cometido, otorgándole la posibilidad de enmendar su conducta siempre que el trabajador le haya notificado por escrito.

Aquí podemos apreciar en que consiste la diferencia de trato que la legislación laboral le otorga a ambas figuras jurídicas: se permite al empleador, a pesar de realizar una conducta que es equiparable al despido y que hace irrazonable la subsistencia de la relación laboral, subsanar esta falta cometida de tal manera que una vez corregida esa inconducta ambas partes podrían continuar con la relación de trabajo existente sin ningún inconveniente.

Efectivamente, a pesar que la legislación laboral no señala que el acto de hostilidad es un acto que revista gravedad, al momento que establece que sus efectos se equiparan al despido, no quedan dudas de la magnitud de estos actos

⁶¹ Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

para permitir al trabajador dar por finalizado el contrato de trabajo (Blancas 2000: 705)⁶².

Queda bastante claro entonces que, en cuanto a efectos jurídicos, tanto los actos de hostilidad como las faltas graves son comportamientos que revisten de tal gravedad que su configuración conlleva al despido y por lo tanto extinguen la relación laboral.

Sin embargo, nuestra legislación laboral establece una desigual regulación en el tratamiento de dichos comportamientos ya que en los actos de hostilidad nuestra norma sí otorga segundas posibilidades para que el empleador enmiende su conducta y pueda continuar con la relación laboral a diferencia de las faltas graves laborales donde una vez cometida la inconducta la sanción que ameritará será el despido.



⁶² IBIDEM, p. 705.

CAPITULO 2: Igualdad en las relaciones laborales

2.1 Igualdad entre el empleador y el trabajador

Después del análisis realizado en el primero capítulo de nuestro trabajo hemos arribado a la conclusión de que la falta grave laboral y los actos de hostilidad, a pesar de ser figuras con características similares, han recibido un tratamiento normativo desigual por parte de nuestra legislación laboral.

Este segundo capítulo debiera entonces empezar analizando el motivo, si existiese uno, por el cual nuestra legislación laboral ha optado por otorgar este tratamiento diferenciado a los actos de hostilidad y a la falta grave laboral.

En ese sentido, debiera analizarse como punto de partida la igualdad que debiera existir entre empleador y trabajador, concretamente a través del principio de igualdad, el cual supone la existencia de una no diferenciación de trato entre las personas. De esta manera, al analizar este principio podremos comenzar a determinar sobre la base de que fundamentos, si existiesen, se ha producido la desigual regulación de los actos de hostilidad y las faltas graves realizada por nuestra legislación laboral.

En ese sentido, empezando ya con el análisis de igualdad entre empleador y trabajador, como ya hemos señalado, el derecho del trabajo surge como una necesidad para poder equiparar la desigualdad de poderes entre las dos partes de una relación laboral: el empleador y el trabajador.

El empleador, quien es la parte dominante de la relación laboral, tiene el poder de dirección para establecer las pautas y lineamientos que van a regular su empresa, los cuales deberán ser seguidos y respetados por los trabajadores que se encuentran bajo su mando.

Por otro lado, el trabajador por lo general partirá siempre en una situación de desventaja, ya que es quien cuenta con la necesidad de conseguir un empleo para poder subsistir o ser el soporte de su familia, en caso tuviera una. Es además, quien se ve perjudicado por la gran competitividad que hay hoy en día al momento de intentar conseguir un puesto de trabajo.

Ante esta clara desigualdad de poderes, la función del derecho laboral es la de establecer medidas de protección para los trabajadores y ponerle un límite al poder de dirección del trabajador. De esta manera, esta brecha de desigualdad se irá reduciendo progresivamente.

Se busca a través del derecho del trabajo eliminar o bien disminuir lo máximo posible la relación asimétrica que existe entre empleador y trabajador. De esta manera, el ordenamiento tiende a ser tuitivo en busca de la protección de los derechos del trabajador, quien es la parte más débil de la relación laboral (Valverde, Rodríguez y García 2007: 52)⁶³.

La situación será que, gracias al derecho del trabajo, se produzcan normas que protejan a los trabajadores del poder excesivo que poseen los empleadores en las relaciones laborales. Gracias a ello, se tratará de generar una situación de igualdad o por lo menos una situación no tan desigual entre ambas partes. En ese contexto, nace el principio de igualdad.

El principio de igualdad, partiendo desde una visión de igualdad, permite controlar constitucionalmente las acciones de los poderes del Estado (Rodríguez Piñero 2001: 463)⁶⁴.

Existe entonces un claro control del Estado a través del respeto por el principio de igualdad, ya que el Estado no podrá emitir normas que vayan en contra de las bases de este principio.

La igualdad exige verificar un hecho y luego de ello hacer una comparación entre los individuos para finalmente dilucidar si la situación en la que se encuentran es semejante o no (Neves 2007: 108)⁶⁵.

Como hemos visto, el empleador y el trabajador son sujetos parte de una relación laboral y ambos cuentan con derechos y obligaciones que deberán cumplir en el

⁶³ MARTIN VALVERDE, Antonio; RODRIGUEZ-SAÑUDO, Fermín y Joaquín GARCIA MURCIA. "Derecho del trabajo" Madrid: Technos. 2007. p.52.

⁶⁴ RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, Miguel. "Derecho y Conocimiento". Huelva: ISSN. 2001. p. 463

⁶⁵ NEVES MUJICA, Javier. Óp. cit. p.108

marco de dicha relación. Entendemos entonces que nos encontramos ante sujetos que son semejantes.

Asimismo, dentro del principio de igualdad podemos encontrar a la igualdad en la ley y la igualdad de trato.

La igualdad en la ley establece una limitación constitucional al poder que tiene el legislador de producir leyes que quebranten el derecho de las personas a la igualdad de trato (Eguiguren 1997:64)⁶⁶.

Es importante destacar que el convenio 100 de la OIT, relativo a la discriminación en materia de empleo y ocupación, señala la obligatoriedad de los Estados de promulgar leyes para garantizar la igualdad de trato en materia de empleo⁶⁷.

Así también, a nivel constitucional, lo expresa nuestra Constitución Política, quien estipula el derecho de todos los ciudadanos a ser tratados de manera igual ante la ley.

Al respecto, el Tribunal Constitucional también ha desarrollado el concepto de igualdad a lo largo de sus diferentes sentencias.

Así, en la Sentencia No. 00009-2007-PI/TC, se señala lo siguiente:

“Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable (STC N° 00009-2007-PI/TC)⁶⁸”.

Como podemos apreciar, el Tribunal Constitucional establece que el derecho de igualdad tiene dos vertientes:

⁶⁶ EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. IUS ET VERITAS. Lima, 1997. Edición N° 15. pp. 63

⁶⁷ Convenio 100 de la OIT.

⁶⁸ STC N° 00009-2007-PI/TC

Por un lado, existe la obligatoriedad de la aplicar la norma por igual a todas las personas que se encuentren dentro de ese supuesto contemplado. Y, por otro lado, se establece la prohibición a los organismos de no modificar sus decisiones en casos que en el fondo tengan similitud, a menos a menos que haya una razón justificada.

Así también, en la Sentencia de Capeco, recaída en el Exp. No. 0261-2003-AA/TC, el Tribunal, con relación al derecho a la igualdad, señala lo siguiente:

“La igualdad es un –principio– derecho que instala a las personas situadas en idéntica condición, en un plano de equivalencia. Ello involucra una conformidad o identidad por coincidencia de naturaleza, circunstancia, calidad, cantidad o forma, de modo tal que no se establezcan excepciones o privilegios que excluyan a una persona de los derechos que se conceden a otra, en paridad sincrónica o por concurrencia de razones (STC 0261-2003-AA/TC)⁶⁹”.

Se establece entonces que la igualdad comprende el mismo trato a todas las personas que se encuentran en situaciones idénticas, no permitiendo que existan excepciones o privilegios a esta regla.

Asimismo, el Tribunal Constitucional en esta sentencia también resalta la obligatoriedad del Estado de no emitir normas que establezcan diferencias arbitrarias. Así señala lo siguiente:

“El principio de igualdad se concretiza en el plano formal mediante el deber estatal de abstenerse de la producción legal de diferencias arbitrarias o caprichosas; y en el plano material apareja la responsabilidad del cuerpo político de proveer las óptimas condiciones para que se configure una simetría de oportunidades para todos los seres humanos”. (STC 0261-2003-AA/TC),

En principio, existiría entonces una prohibición para que la Ley de Productividad y Competitividad Laboral establezca una diferenciación arbitraria entre dos sujetos que en teoría vendrían a ser similares.

⁶⁹ STC N° 0261-2003-AA/TC

Entonces nos preguntamos: ¿por qué nuestra legislación laboral establece una diferenciación de trato a dos sujetos que se suponen deben tener los mismos derechos?

Para responder esta interrogante, consideramos pertinente indicar primero que el Tribunal Constitucional se ha pronunciado respecto a la posibilidad de aplicar un tratamiento desigual y ha señalado lo siguiente:

“La igualdad, además de ser un derecho fundamental, es también un principio rector de la organización del Estado social y democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos. Como tal, comporta que no toda desigualdad constituye necesariamente una discriminación, pues no se proscribe todo tipo de diferencia de trato en el ejercicio de los derechos fundamentales; la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable. La aplicación, pues, del principio de igualdad, no excluye el tratamiento desigual; por ello, no se vulnera dicho principio cuando se establece una diferencia de trato, siempre que se realice sobre bases objetivas y razonables.”⁷⁰ (STC 00009-2007-PI/TC).

Como podemos apreciar, de la lectura de la sentencia del Tribunal Constitucional, se desprende que sí se permite que exista un trato diferenciado en virtud del llamado principio de igualdad mediante el cual se señala que la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable.

En ese sentido, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral se encontrará habilitada a realizar una diferenciación de trato entre supuestos de despido, uno directo y otro indirecto, el cual es el acto de hostilidad, siempre y cuando este trato desigual encuentre una justificación objetiva y razonable.

2.2 Motivación del tratamiento diferenciado entre falta grave y acto de hostilidad

Como hemos venido señalando, nuestra legislación laboral establece un trato diferenciando a las faltas graves y a los actos de hostilidad.

⁷⁰ STC 00009-2007-PI/TC

De esta manera, conforme a lo indicado anteriormente, queda claro que el artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, luego de establecer un listado taxativo de los actos de hostilidad que son equiparables al despido y que son cometidos por el trabajador, deja abierta la posibilidad de que el empleador subsane la falta que estuviese cometiendo (“enmiende su conducta respecto al acto de hostilidad que hubiese realizado”) siempre y cuando el trabajador le haya notificado por escrito indicándole el tipo de acto de hostilidad realizado y además le haya otorgado un plazo de 6 días naturales para que esta subsanación se produzca.

Por otro lado, queda también claro que el artículo 25 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece un listado taxativo de las faltas graves cometidas por el trabajador y que, en concordancia con el artículo 22 de la misma ley, señala que la consecuencia jurídica de cometer cualquiera de estas faltas, es el despido por causa justa.

Es importante además hacer mención a que, en ningún apartado de los artículos mencionados, ni en cualquiera de los existentes en la ley, se establece la posibilidad de que el empleador pueda subsanar la falta cometida y que por lo tanto no se llegue a aplicar la sanción máxima, la cual es el despido por causa justa.

Resulta evidente entonces la diferenciación que hace la Ley de Productividad y Competitividad Laboral frente la posibilidad de que una de las partes de la relación laboral (el empleador) subsane su falta cometida, en contraste a que a la otra parte de la relación laboral (el trabajador) no se le otorgue la posibilidad de realizar tal subsanación.

Ahora bien, hemos analizado también que en virtud del principio de igualdad se establece que la igualdad solamente será vulnerada cuando el trato desigual carezca de una justificación objetiva y razonable, abriendo de esta manera la posibilidad de que, si se encuentra una causa objetiva y razonable, nuestra legislación laboral pueda realizar un tratamiento diferenciado.

Si bien el motivo de este tratamiento diferenciado no es indicado en ninguna parte de la ley ni en la exposición de motivos de la misma, nosotros consideramos que el mismo tiene una razón de ser.

En ese sentido, somos de la opinión de que el hecho de que el legislador le otorgue la posibilidad al empleador de subsanar su falta, se encuentra relacionado con otorgarle la posibilidad al trabajador de que pueda continuar con la relación de trabajo, es decir, esta diferenciación se fundamenta sobre la base del principio de continuidad laboral.

Como lo señala el profesor Plá Rodríguez *“el principio de continuidad expresa la tendencia actual del Derecho del trabajo de atribuirle la más larga duración a la relación laboral, desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos”* (Plá Rodríguez 1978: 154)⁷¹.

Sobre la base del principio de continuidad laboral se busca entonces que la relación de trabajo pueda continuar durante el mayor tiempo posible, ya que, como se sabe, el trabajo es la fuente de ingreso de toda persona.

Así, en caso la ley permita que el trabajador pueda optar por darse por despedido sin necesidad de que antes el empleador enmiende su conducta, el trabajador a la larga saldrá más perjudicado que beneficiado ya que, al concluir la relación laboral, el trabajador dejará de percibir los ingresos mensuales que venía percibiendo regularmente.

De esta manera, el trabajador al darse inmediatamente por despedido estaría renunciando a su fuente única de ingresos, para, por contraparte, verse inmerso en un proceso judicial por el reconocimiento de su correspondiente indemnización por despido arbitrario. Siendo ello así, nos preguntamos ¿Cómo haría para subsistir el trabajador durante ese periodo? ¿No sería más conveniente limar asperezas con el empleador, que éste reconozca su error, lo enmiende y, en virtud del principio de continuidad laboral, continuar con la relación de trabajo para que de esta manera no se afecte la estabilidad laboral del trabajador?

⁷¹ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del derecho del trabajo, Depalma. Buenos Aires. 1978. Pp.154.

Es pues necesario recordar que el principio de continuidad laboral se manifiesta a través del respeto por la estabilidad laboral, tanto en su vertiente de entrada como de salida (Pasco 2009: 13)⁷².

Con relación a ello, es preciso indicar que el derecho a que el trabajador goce de una estabilidad en el trabajo, tiene como objetivo limitar la facultad del empleador para dar por concluida la relación laboral, condicionándola a la existencia de una causa justa de despido y no permitiendo que su sola voluntad unilateral sea un motivo suficiente (Blancas 1991: 30)⁷³.

Así, se asocia el derecho a la estabilidad laboral al derecho que tiene todo trabajador a preservar su trabajo, salvo que existiese una causa justa para la no conservación del mismo (De Buen 2002: 80)⁷⁴.

En ese sentido, doctrinariamente se ha establecido que el derecho a la estabilidad de trabajo comprende dos acepciones: la vertiente de entrada, que es la preferencia por la contratación laboral a plazo indeterminado y la vertiente de salida, que es la prohibición del despido arbitrario (Neves 2001, 25)⁷⁵.

Siguiendo esta línea doctrinaria, si bien la legislación laboral establece la posibilidad de que el trabajador se dé por despedido en caso de ser víctima de un acto de hostilidad, la estabilidad laboral estaría siendo afectada ya que en cualquier caso no es que el trabajador haya cometido una falta sino que es a raíz de una falta cometida por su empleador.

Asimismo es importante mencionar que el contar con una estabilidad laboral, supone que el trabajador pueda afianzar su organización y ejercer su autonomía colectiva y, de esta manera, garantizar que tanto él como sus compañeros obtengan cada vez mayores derechos y beneficios laborales (Blancas 2015: 131)⁷⁶.

⁷² PASCO COSMOPOLIS, Mario y otros. Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. 2009: Grijley. Pp.13.

⁷³ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. El derecho de estabilidad en el trabajo. ADEC-ATC. Lima, 1991, p.30

⁷⁴ DE BUEN, Néstor. Derecho del Trabajo T.T. 2002. p.80.

⁷⁵ NEVES MUJICA, Javier. Libertad de Trabajo, Derecho al Trabajo y Derecho de Estabilidad en el Trabajo. DERECHO & SOCIEDAD. Lima, 2001. Edición N° 17. p. 25

⁷⁶ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo. Palestra Editores. Lima, 2015. Pp. 131.

Al darse por despedido y concluir la relación laboral, el trabajador estaría entonces no sólo afectando su propia estabilidad laboral sino que ello también significaría un retroceso en la obtención de derechos o beneficios laborales de los trabajadores como un conjunto colectivo.

Consideramos entonces que muchas veces es más conveniente que el empleador subsane su falta a que el trabajador se dé de inmediato por despedido y como consecuencia de ello se encuentre sin ningún tipo de trabajo que pueda servirle como sustento para sobrevivir.

Es importante tener en cuenta que el trabajo aparece en la Constitución como un deber y un derecho y como base del bienestar social y medio de realización personal, así podemos apreciar que nos encontramos ante la presencia de un bien superior en el ordenamiento jurídico (Neves 2007: 51)⁷⁷.

De esta manera, la propia Constitución otorga al trabajo la categoría de bien superior y la señala como elemento indispensable para la realización de la persona. Siendo ello así, deberá entonces procurarse que el mismo se mantenga mientras sea posible.

Ahora bien, este precepto debiera aplicarse no sólo para los actos de hostilidad sino también para las faltas graves cometidas por el trabajador y que pueden ser causales de despido por parte del empleador.

Cuando se aplica el principio de continuidad laboral al supuesto de despido, se entiende que para que se produzca un despido válido deberá existir una causa justa de despido, es decir, debe existir un hecho objetivo y no dejar que el empleador subjetivamente decida la desvinculación del trabajador (Blancas 2009: 316)⁷⁸.

En ese sentido, si bien se señala que la comisión de una falta grave habilitaría un despido por causa justa, consideramos que sería también válido señalar que, si en virtud del principio de continuidad laboral el empleador puede subsanar su falta cometida, podría establecerse un margen para que el trabajador que cometa

⁷⁷ NEVES MUJICA, Javier. Óp. cit. p.51

⁷⁸ PASCO COSMOPOLIS, Mario. Óp. Cit. p. 316.

alguna falta tenga la posibilidad de enmendar la misma de tal manera que relación de trabajo pueda continuar.

De esta manera, se estaría aplicando el principio de continuidad laboral tanto para los actos de hostilidad cometidos por el empleador como para falta grave cometida por el trabajador.

Ahora bien, volviendo al tema de los actos de hostilidad, si bien en virtud del principio de continuidad lo que se busca es preservar la relación laboral entre las partes, consideramos que existen casos en los que, dada la naturaleza de los actos de hostilidad que sufre el trabajador por parte del empleador, no se podrá continuar con la relación de trabajo.

Siendo ello así, consideramos que corresponde pasar a analizar y diferenciar los tipos de actos de hostilidad contenidos en el artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral para de esta manera llegar a distinguir cuales pueden ser subsanables y cuáles no.

2.3 Subsanación de los actos de hostilidad cometidos por parte del empleador

Como hemos podido apreciar, la diferencia de trato que realiza la Ley de Productividad y Competitividad Laboral recae en la posibilidad que le otorga al empleador de subsanar la falta cometida. Así, en el artículo 30, una vez enumerados los tipos de actos de hostilidad, se puede apreciar un párrafo adicional que señala la posibilidad que tiene el empleador de efectuar su descargo o de subsanar su conducta siempre que ésta le haya sido notificada por escrito por parte del trabajador, indicando además el acto de hostilidad que se hubiese cometido.

Somos de la opinión que, a pesar de lo dispuesto en este último párrafo del artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, existen actos de hostilidad que efectivamente pueden ser subsanables pero también existen actos de hostilidad que por su naturaleza no pueden ser materia de subsanación

En ese sentido, consideramos pertinente analizar primero que se entiende por actos subsanables, para luego llegar a diferenciar qué actos de hostilidad podrían llegar a ser subsanables y cuáles no.

2.3.1 Concepto de actos subsanables y no subsanables

En nuestra consideración entendemos como actos de hostilidad subsanables a aquellos actos en los cuales, a pesar de haberse cometido un daño en perjuicio del trabajador, el empleador pueda realizar una acción posterior que sirva para reparar dicha afectación.

El concepto de subsanación de una falta por parte del empleador no es nuevo en nuestro ordenamiento laboral. Así, es preciso recordar que en la Ley 28806 “Ley General de Inspección del Trabajo” se le otorga la posibilidad a los empleadores de que subsanen las infracciones cometidas en materia socio laboral.

Así es, en el artículo 14 de la Ley 28806, cuando se indica como es el procedimiento de las actuaciones de la inspección de trabajo, se señala lo siguiente:

(...) “Las medidas inspectivas de advertencia y requerimiento se reflejarán por escrito en la forma y modelo oficial que se determine reglamentariamente, debiendo notificarse al sujeto inspeccionado a la finalización de las actuaciones de investigación o con posterioridad a las mismas. Cuando el inspector actuante compruebe la existencia de una infracción al ordenamiento jurídico socio laboral, requerirá al sujeto responsable de su comisión la adopción, en un plazo determinado, de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones vulneradas (...)”⁷⁹.

Ello se coincide con lo estipulado por el artículo 18 del Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo que establece lo siguiente:

“(...) 18.2 En los casos de infracciones al ordenamiento jurídico socio laboral, cualquiera que sea la materia a la que afecten, se requerirá al sujeto responsable

⁷⁹ Ley 28806 “Ley General de Inspección del Trabajo”.

de su comisión, la adopción en un plazo determinado, de las medidas necesarias para garantizar el cumplimiento de las disposiciones vulneradas⁸⁰”.

En ese sentido, podemos apreciar que la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), al comprobar que el empleador ha cometido una infracción/falta socio laboral, no establece una sanción económica inmediatamente sino que, antes de ello, le otorga la posibilidad al empleador de realizar las acciones necesarias para subsanar las faltas cometidas y detectadas por el inspector, a través de la emisión de una medida de requerimiento.

De esta manera, en caso el empleador subsane las faltas cometidas, se emitirá un informe concluyendo el procedimiento inspectivo, caso contrario, se procederá con emitir el acta de infracción.

Así, para ejemplificar lo anteriormente indicando, tenemos el caso del Banco Azteca, quien, en el marco de una inspección laboral, había sido notificado con una medida de requerimiento respecto a la Orden de Inspección N° 397-2016-SUNAFIL/IRE-LIB, mediante el cual se le indicaba que había incurrido en una infracción grave en material socio laboral, la cual era la realización de actos de hostilidad, al asignarle al trabajador una cartera de clientes menor en comparación a los demás trabajadores.

En dicha medida se le requería el cese de los actos de hostilidad contra el trabajador, para lo cual se le otorgaba un plazo de 4 días hábiles para demostrar que efectivamente estos actos de hostilidad habían cesados y que la cartera de clientes asignada ahora era similar a la del resto de trabajadores.

A pesar de ello, el Banco Azteca no procedió con subsanar la falta que había cometido (los actos de hostilidad) por lo que se procedió con emitir el acta de infracción, sancionándolo económicamente.

Así, después de un largo proceso administrativo, finalmente en la Resolución de Intendencia N° 051-2018-SUNAFIL/IRE-LIB se señaló en el considerando 34 que el Banco Azteca nunca cumplió con la medida de requerimiento que le conminaba a subsanar la falta realizada, en este caso el acto de hostilidad, y

⁸⁰ Decreto Supremo N° 019-2006-TR. Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo.

cumplir con la normativa socio laboral, confirmado de esta manera lo ya señalado en la Resolución de Sub Intendencia N° 037-2018-SUNAFIL/IRE-LL/SIRE. Por lo tanto, se concluyó que el Banco Azteca en efecto cometió la falta anteriormente indicada y se procedió con la imposición de la multa respectiva.

Como se puede apreciar, ya en materia de inspección laboral, se permite la subsanación por parte del empleador cuando éste comete alguna infracción laboral, que, como en el caso anteriormente revisado, puede ser un acto de hostilidad en contra del trabajador.

En cuanto a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se establece la posibilidad de que el empleador subsane su falta, entendiendo por dicha subsanación que, si bien existirá una afectación de parte del empleador hacia el trabajador, la falta cometida, por su propia naturaleza, al no haber sido de tanta gravedad, podrá ser susceptible de subsanación.

Así, para que proceda esta subsanación, el empleador tendrá que realizar una acción concreta que repare el daño ocasionado en primer lugar. Si esta acción es posible y efectivamente repara el daño causado, entonces estaremos ante un acto de hostilidad subsanable.

Por el contrario, los actos de hostilidad que no son subsanables son aquellos que afectan derechos fundamentales y, en los cuales el grado de afectación es de tal magnitud que el daño que ha sido producido por parte del empleador se torna irreparable.

Por tanto, al no haberse reparado el daño ocasionado por el empleador, se hace imposible la subsistencia de la relación laboral entre ambas partes.

Siendo ello así, por la propia naturaleza y gravedad de la falta cometida por el empleador, no existiría la posibilidad de realizar una acción concreta que posibilite reparar el daño ocasionado.

Habiendo dado un marco conceptual de lo que entendemos por actos subsanables y no subsanables, pasaremos ahora, en primer lugar, a analizar los actos de hostilidad que consideramos que pueden ser subsanables, de

conformidad con lo dispuesto por el artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

2.3.2 Actos de hostilidad subsanables

Somos de la opinión que el artículo 30 de la mencionada ley contiene actos de hostilidad que sí pueden ser subsanables por el empleador. A continuación, pasaremos a enumerarlos y explicar brevemente porqué, según nuestra consideración, sí pueden ser objetos de un acto correctivo por parte del empleador.

➤ Falta de pago de la remuneración

La ley señala como acto de hostilidad la siguiente conducta:

“a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador”⁸¹.

Como ya hemos señalado en nuestro primer capítulo, la remuneración es uno de los 3 elementos indispensables para que se produzca una relación laboral. El trabajador pone su trabajo a disposición del empleador a cambio de una contraprestación, la cual es la remuneración ya sea en dinero o en especie.

El empleador entonces, al no efectuar el pago hacia su trabajador, estará afectando gravemente el derecho constitucional reconocido en el artículo 24 de la Constitución Política del Perú, el cual señala que el trabajador tendrá derecho a tener una remuneración mínima, equitativa y suficiente para procurar su bienestar material y espiritual.

No obstante ello, consideramos que esta falta cometida por el empleador, a pesar de su gravedad, sí podría ser subsanable en tanto se cumpla con realizar el pago faltante al trabajador en cuestión.

⁸¹ Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

Es evidente que, en caso el trabajador opte por darse por despedido, a la larga ello resultará más perjudicial que beneficioso puesto que ya no contará con un puesto de trabajo.

Asimismo, en caso el empleador no reconozca el pago de la indemnización contemplada en la ley, ésta no se dará instantáneamente pues deberá seguir el conducto procesal estipulado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo.

En ese sentido, resultaría más beneficio para el trabajador requerir al empleador que subsane el acto de hostilidad cometido y poder seguir con la relación laboral ya que ese es su sustento de vida.

Somos de la opinión que para que una falta pueda ser subsanada, deberá existir una acción clara que permita dicha subsanación por parte del empleador. En el caso en concreto, la acción a realizar por parte del empleador para subsanar su falta, sería el efectuar el pago que se tiene adeudado con el trabajador.

De esta manera, al haberse subsanado la falta cometida por el empleador, la relación laboral entre ambas podrá seguir subsistiendo y el trabajador podrá seguir contando con los medios suficientes que le garanticen una vida estable.

➤ **Reducción de la categoría, de la remuneración y el incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso del trabajador**

El inciso b) de la ley nos señala lo siguiente como acto de hostilidad

“b) La reducción de la categoría o de la remuneración. Asimismo, el incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso del trabajador”⁸².

Este acto de hostilidad realizado por el empleador también está relacionado con el artículo 24 de nuestra Constitución. Se trata de reducir la remuneración o categoría del trabajador sin ningún motivo o razón suficiente.

En efecto, como ya fue mencionado en el capítulo primero, la Corte Suprema ha establecido la posibilidad de que el empleador pueda reducir la remuneración del trabajador de darse ciertos supuestos.

⁸² Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

Sin embargo, en este acto de hostilidad, estos supuestos no existen ya que tanto la reducción de remuneración o de categoría como el incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso del trabajador por parte del empleador hacia se realiza de manera arbitraria y sin ninguna fundamentación.

No obstante ello, en este caso consideramos que también podría proceder el acto de subsanación por parte del empleador estipulado en el artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

En ese sentido, la subsanación de parte del empleador se materializaría en el hecho de volver a otorgarla al trabajador afectado la misma remuneración que venía percibiendo, devolverle la categoría que poseía antes de producido el acto de hostilidad o de otorgarle el ascenso al que se hizo merecedor en virtud del cumplimiento de los requisitos objetivos previamente estipulados.

De esta manera, realizar este acto de subsanación por parte del empleador, resultaría más beneficio para el trabajador que el hecho de darse por despedido y quedarse sin trabajo, a la espera de una indemnización por despido arbitrario.

➤ **El traslado del trabajador a lugar distinto**

El inciso c) de la ley señala lo siguiente como acto de hostilidad:

“c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio”⁸³.

Es claro que en este acto de hostilidad nos encontramos frente 2 acciones conjuntas: trasladar al trabajador a otro lugar de trabajo diferente a donde viene laborando y además la intencionalidad del empleador de que, con esta acción, le ocasione un perjuicio a su trabajador.

Se configuraría entonces este acto de hostilidad cuando el empleador ordene el traslado del trabajador de manera arbitraria y prepotente, sin que el mismo se encuentre debidamente justificado.

⁸³ Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

A pesar de ello, somos de la opinión de que este acto de hostilidad sí podría ser subsanable debido a que la acción que podría realizar el empleador para enmendar su falta sería ordenar el retorno del trabajador a su antiguo centro de labores.

De esta manera, el trabajo verá cesado el acto de hostilidad que se estuviese produciendo en su contra y podrá continuar con el normal funcionamiento de sus labores diarias.

➤ **Inobservancia de medidas de higiene y seguridad**

El inciso d) de la ley establece lo siguiente como acto de hostilidad:

“d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador”⁸⁴.

Como se ha señalado anteriormente, de materializarse este acto de hostilidad se pondría en peligro la vida y salud del trabajador, los cuales son derechos constitucionales reconocidos en nuestra Constitución.

En ese sentido, se configurará este acto de hostilidad cuando el empleador no cumpla con seguir las medidas de higiene y seguridad de salud en el trabajo que se encuentran estipuladas en nuestro ordenamiento laboral y las cuales son de obligatorio cumplimiento para todas las empresas.

Aquí, consideramos oportuno hacer la precisión de que en este acto de hostilidad el trabajador aún no ha sufrido ningún accidente sino que solamente se han incumplido con las medidas de higiene y seguridad en el trabajo, lo cual bien podría devenir en un futuro cercano en un accidente de trabajo; sin embargo, a la fecha el mismo no se ha materializado.

En caso de materializarse un accidente del trabajador, nos encontraríamos ante la figurada de un accidente en el trabajo. El acto de hostilidad aquí señalado refiere solamente a la inobservancia de las reglas de higiene y seguridad y salud sin la consumación de un accidente.

⁸⁴ Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

Por lo tanto, consideramos que este acto de hostilidad por parte del empleador sí podría ser subsanable ya que éste, bien podría dejar de incumplir los lineamientos establecidos tanto en higiene como en materia de seguridad y salud.

De esta manera, el empleador subsanaría su acto de hostilidad, cumpliendo con la normativa laboral vigente respecto a estos temas.

Siendo ello así, consideramos que la relación laboral entre ambas partes podría subsistir siempre que el empleador cumpla con sus obligaciones en torno a estos temas.

Como hemos podido apreciar, consideramos que estos 4 actos de hostilidad cometidos por el empleador son posibles de ser subsanados posteriormente por éste.

Si bien al momento de materializarse configuran una afectación a los diferentes derechos que tiene el trabajador, los cuales además están reconocidos en la Constitución, sí consideramos posible que el empleador enmendando estas conductas, pueda volver a reencaminar la relación laboral con su trabajador.

Nuestro razonamiento parte porque existe la posibilidad de que el empleador pueda realizar una acción que signifique el cese de estos de hostilidad y que conlleve a que la situación laboral que antes tenía el trabajador vuelva a su cauce regular.

2.3.3 Actos de hostilidad no subsanables

Contrario a lo dispuesto por el último párrafo del artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, somos de la opinión que no todos los actos de hostilidad pueden ser subsanables.

En ese sentido, a continuación pasaremos a analizar brevemente los actos de hostilidad que, a nuestro criterio, no pueden ser subsanables por parte del empleador y que por ende, en caso de configurarse, hacen insalvable la relación laboral.

➤ **El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o familiares.**

El inciso e) del artículo 30 señala como acto de hostilidad la siguiente conducta:

“e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia”⁸⁵.

Este acto de hostilidad respecto a dos actos que realiza el empleador en contra del trabajador, los cuales son: violencia y faltamiento grave de palabra.

De esta manera, se configurará el acto de hostilidad contemplado en este artículo cuando el empleador ejerza una acción de violencia, ya sea física o psicológica, en agravio de su trabajador. Además, en caso de darse un faltamiento grave de palabra contra éste o su familia también se configurarán la causal estipulada en este inciso.

Consideramos que cuando se produce este acto de hostilidad, no hay marcha atrás, no es posible subsanar alguna agresión física o psicológica o algún faltamiento grave de palabra en contra del trabajador.

Contrario a lo estipulado en los actos de hostilidad que pueden ser subsanables, en este caso no habría una acción posible de parte del trabajador para enmendar su conducta dado que por la naturaleza del acto de hostilidad, al tratarse de una agresión física o psicológica, no se puede regresar a la situación original como si se podría en el caso de, por ejemplo una falta de pago en la remuneración o en un traslado inmotivado del centro de labores.

Siendo ello así, consideramos que en este acto de hostilidad, al no poder ser subsanable, se ha roto definitivamente la relación laboral entre ambas partes y por ende es imposible continuar con la misma.

➤ **Actos de discriminación**

El inciso f) de la ley señala como actos de hostilidad el siguiente comportamiento del empleador:

⁸⁵ Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

“f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma”⁸⁶.

Como hemos señalado anteriormente, este acto de hostilidad por parte del empleador comprende la afectación al derecho a la dignidad de la persona, el cual está contemplado en nuestra Constitución.

Siguiendo la misma línea de nuestro razonamiento empleado en el anterior acto de hostilidad analizado, consideramos que cuando el empleador discrimina al trabajador por alguna de las razones señaladas en este inciso, no hay acto de subsanación que valga para enmendar esta conducta.

Somos de la opinión de que en este caso, el acto de hostilidad ya se configuró y no hay posibilidad alguna de que las cosas vuelvan a su estado original dado que no será suficiente con que el empleador deje de discriminar al trabajador puesto que a nuestro criterio, el discriminar a una persona supone una afectación de derechos fundamentales de tal magnitud que no puede ser subsanada.

En ese sentido, la relación laboral entre ambas partes será insalvable y por ende no podrá continuar.

➤ **Actos contra la moral y hostigamiento sexual**

El inciso g) de la ley señala como acto de hostilidad el siguiente comportamiento:

“g) Los actos contra la moral, el hostigamiento sexual y todos aquellos que constituyan actitudes deshonestas que afecten la dignidad del trabajador”⁸⁷.

En este acto de hostilidad aprecia que existe también una afectación en contra de al derecho constitucional a la dignidad humana.

Este acto de hostilidad de parte del empleador se materializará al momento en que este realiza alguna acción que vaya en contra de la moral del trabajador.

En ese sentido, consideramos que al atentar moralmente contra el trabajador y hostigar sexualmente ya no hay posibilidad alguna de enmendar esta conducta

⁸⁶ Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

⁸⁷ Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

pues la afectación es irreparable y por ende no da lugar a que la relación laboral pueda seguir subsistiendo.

La afectación será de tal gravedad que no existirá acción alguna de parte del empleador para subsanar el daño cometido.

En general, consideramos que cuando se producen los actos descritos en los 3 últimos incisos del artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, dado la naturaleza de estos actos será imposible volver a encauzar las cosas a su estado original dado que la gravedad de la afectación.

De esta manera, nuestro criterio para diferenciar que actos de hostilidad son subsanables con los actos de hostilidad que no son subsanables es determinar si la subsanación de parte del empleador puede hacer retomar las cosas a su estado original teniendo en cuenta la naturaleza de la falta cometida.

2.4 Subsanación de mala fe en los actos de hostilidad

A pesar de que consideramos que sí pueden existir actos de hostilidad que pueden ser subsanados por parte del empleador para que la relación laboral siga vigente, consideramos que es importante resaltar que esta subsanación de parte del empleador se otorga de mala fe.

Es importante analizar por qué consideramos que el tipo de subsanación realiza el empleador es de mala fe.

En esa línea, repasando el último párrafo del artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, se menciona lo siguiente:

“El trabajador, antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso”⁸⁸.

Como se puede apreciar, la ley le otorga al empleador la posibilidad de subsanar su conducta una vez que se le haya imputado el acto de hostilidad.

⁸⁸ Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

Es decir, la ley está habilitando al empleador a subsanar la falta que éste hubiere cometido, siempre y cuando haya sido previamente emplazado por escrito por parte de su trabajador sobre el acto de hostilidad que habría o que se estuviese cometiendo en su contra.

Haciendo un análisis del párrafo en cuestión, podemos distinguir que la Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece la posibilidad de que exista una subsanación de la falta cometida. Esta subsanación vendría a ser el hecho de “enmendar conducta” al que alude el último párrafo de la ley.

Señalamos que nos encontramos ante una subsanación de mala fe puesto que, según la norma en cuestión, para que el empleador enmiende su conducta es necesario que previamente el trabajador lo emplaze por escrito señalándole el acto de hostilidad del cual viene siendo víctima.

Además de ello, hay que agregar que esta notificación que realiza el trabajador se da como requisito indispensable antes de que el mismo pueda accionar judicialmente en contra el empleador.

Entonces, la acción de “enmendar su conducta”, a la que se hace referencia en el último párrafo del artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, no se trata de un acto de buena fe de parte del empleador, quien pudiese haberse dado cuenta de la falta que estuviera cometiendo y quisiese subsanarla para que la relación laboral entre ambas partes pueda seguir subsistiendo.

Todo lo contrario. El empleador, en caso opte por enmendar su conducta, realizará esta acción debido a que se le está notificando oficialmente la falta que éste pudiese estar cometiendo y, en caso, no la subsane, el trabajador quedará habilitado para accionar judicialmente en su contra.

Si bien es cierto que el empleador podría señalar que necesita que se le impute una acción para que éste pueda enmendar su conducta, lo que se critica aquí es que esta comunicación se hace como requisito antes de que el trabajador pueda accionar judicialmente.

Además de ello, es importante mencionar que en la experiencia práctica raramente podemos apreciar que el empleador desconozca cuándo está

cometiendo un acto de hostilidad; es decir, el acto de hostilidad se produce de manera dolosa e intencionada de parte del empleador.

Como hemos visto en el anterior capítulo, los empleadores por lo general saben cuándo están cometiendo un acto de hostilidad y los mismos están dirigidos con el propósito de agotar al trabajador y éstos se terminen desvinculando de la relación laboral mediante una carta de renuncia.

Con ello, los empleadores se evitan el engorroso trámite del proceso de despido y además el pago de la indemnización o reposición que pudiese haber si este despido no ha sido fundado en alguna causa justa o tuvo alguno de los vicios contemplada por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.



CAPITULO III: Reparaciones previstas a los actos de hostilidad

3.1 Reparación para los actos de hostilidad

En el capítulo anterior hemos diferenciado los actos de hostilidad que consideramos pueden llegar a ser subsanables y los que consideramos que no pueden llegar a ser subsanables.

Corresponde entonces ahora analizar la reparación que ameritan los actos de hostilidad anteriormente analizados.

3.1.1 Reparación legal para los actos de hostilidad no subsanables

Nuestra Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece en su artículo 30 que, en caso de que el trabajador se sienta hostilizado por el empleador, podrá accionar judicialmente en contra de este. En ese sentido, nuestra legislación laboral permite que el trabajador opte por darse por despedido en caso se sienta hostilizado y el empleador no enmiende su conducta, configurándose de esta manera un despido indirecto y aplicándose las reglas correspondientes al despido arbitrario.

Por tanto, el trabajador tendrá derecho a recibir una indemnización por despido arbitrario. Esta indemnización se encuentra tarifada de acorde a lo establecido por el artículo 38 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral:

“La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba”⁸⁹.

Éste sería entonces el monto correspondiente a la indemnización por despido arbitrario en caso de que el trabajador cuente con un contrato de trabajo a plazo indeterminado.

⁸⁹ Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

En caso de que el trabajador cuente con un contrato a plazo fijo, la indemnización se encontrará tarifada de acorde a lo que establece el artículo 76 de la mencionada norma:

“Si el empleador vencido el período de prueba resolviera arbitrariamente el contrato, deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce (12) remuneraciones”⁹⁰.

Queda claro entonces que nuestra legislación laboral establece como medio de reparación a los actos de hostilidad, el pago por concepto de indemnización por despido arbitrario cuando el trabajador sea despedido indirectamente a causa de verse afectado por un acto de hostilidad.

3.1.2 Reparación adicional para los actos de hostilidad no subsanables

Consideramos que, si bien la Ley de Productividad y Competitividad Laboral sanciona y establece una reparación para los actos de hostilidad, debemos analizar si la reparación estipulada por nuestra legislación laboral es suficiente o si debiera existir alguna reparación adicional.

Como ya hemos señalado, el artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece un listado de los 7 actos de hostilidad que puede cometer el empleador y menciona que todos estos actos pueden llegar a ser subsanables.

Sin embargo, en nuestra consideración existen 3 tipos de actos de hostilidad que no pueden llegar a ser subsanables, por lo que, de configurarse los mismos, no cabría posibilidad de continuar con la relación laboral. Estos son los siguientes:

- a) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o familiares.
- b) Actos de discriminación
- c) Actos contra la moral y hostigamiento sexual

⁹⁰ Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

En caso de producirse cualquiera de los actos de hostilidad anteriormente señalados, dada su naturaleza, no podrían ser subsanables y por consiguiente, la relación laboral entre ambas partes ya no podría seguir existiendo.

Como hemos visto, la legislación laboral estipula que el trabajador podría darse por despedido, lo que se suele conocer como despido indirecto, y por lo tanto podría reclamar como medio de resarcimiento una indemnización por despido arbitrario.

Así lo señalan expresamente los artículos 34° y 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, los cuales establecen que frente a un despido arbitrario le corresponde al trabajador el pago de una indemnización “como única reparación” por los perjuicios ocasionados; por ende, esta indemnización tarifada tiene por finalidad reparar todos los daños y perjuicios sufridos por el trabajador que ha sido objeto de un despido arbitrario, tanto patrimoniales como extra-patrimoniales (Toyama e Higa 2013:15)⁹¹.

Es importante mencionar que la razón de ser de esta indemnización regulada por nuestra legislación laboral es justamente entregar un monto que pueda servir como especie de reparación para el trabajador por haberse quedado injustamente, sin causa imputable hacía el, sin un trabajo estable, el cual es el sustento de vida de la mayoría de las personas.

Sin embargo, nosotros consideramos que, en estos casos donde la relación laboral no pueda subsistir dada la imposibilidad de subsanación del acto de hostilidad, no es suficiente considerar sólo la indemnización por despido arbitrario prevista por nuestra legislación laboral.

En ese sentido, nuestra opinión es que debería, además de la indemnización por despido arbitrario, una reparación adicional por el daño extra patrimonial que se produce en contra del trabajador.

El hecho de otorgar una doble indemnización en caso de despido arbitrario no es un hecho ajeno en nuestra jurisprudencia laboral.

⁹¹ TOYAMA, Jorge y Alfonso HIGA. 2013, “Las demandas de pago de indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de un despido”, Soluciones Laborales, Lima, 2013, No. 68, pp. 15

En estos últimos años, nuestra jurisprudencia laboral ha ido, en diversos casos, estipulando indemnizaciones adicionales a la indemnización regular por despido arbitrario que se encuentra regulada en nuestra legislación.

Así, en el año 2015, mediante la Casación Laboral N° 699-2015-Lima, la Corte Suprema dictaminó que procedía una indemnización por daño moral por la suma de S/. 75,000.00. En este caso, el trabajador ya había demandado previamente una indemnización por despido arbitrario y ya se le había otorgado dicha indemnización por el monto de S/. 137,000.00.

En este caso, el trabajador demandó posteriormente una indemnización por daño moral y la Corte Suprema decidió que le correspondía dicha pretensión. Así, el fundamento de la Corte con respecto al daño moral alegado por el trabajador fue el siguiente:

En cuanto a la pretensión por daño moral, teniendo en cuenta que éste consiste en el dolor, angustia, aflicción física o espiritual que sufre la víctima del evento dañoso, en el presente caso, resulta amparable tal concepto petitionado como indemnización, ya que el hecho mismo de ser despedido sin causa justa produce sufrimiento en el demandante, quien puede ver un posible deterioro de su imagen ante sus familiares, amigos y la sociedad en general; por lo tanto, corresponde fijar de manera prudencial el monto indemnizatorio del concepto indicado (Fundamento 12, Casación Laboral 699-2015)⁹².

De esta manera, la Corte Suprema distingue entre el resarcimiento que existe por indemnización por despido arbitrario y el resarcimiento adicional que pudiese darse por algún daño moral producido en contra del trabajador.

Queda claro entonces que la posición de la Corte es que la indemnización por despido arbitrario es la prevista por la legislación laboral y siempre procederá cuando el despido no encuentre causa justificada.

⁹² Casación Laboral N° 699-2015

Sin embargo, ello no imposibilita que al trabajador se le pueda otorgar una indemnización adicional, producto de algún daño extra sufrido al momento de su despido.

En ese sentido, la indemnización por daño moral solo encontraría justificación en caso se haya afectado el derecho del trabajador a no ser despido de manera arbitraria y además se haya lesionado o menoscabado un derecho subjetivo o interés legítimo de carácter extra-patrimonial, sufrido como resultado de la acción ilícita de otra persona (Osterling y Rebaza 2007: 98)⁹³.

La esencia del daño moral se demuestra a través de la estimación objetiva que hará el juez de las presuntas modificaciones o alteraciones espirituales que afecten el equilibrio emocional de la víctima (Bustamante 1993:243)⁹⁴. En consecuencia, no todo sufrimiento psicofísico engendra un daño moral indemnizable: el daño moral se encuentra reducido a la perturbación del carácter psicofísico en el ámbito de la persona.

Entonces, para que un despido arbitrario genere no solo el pago de la indemnización por despido arbitrario sino también un resarcimiento por daño moral, este tipo de daño debe ser debidamente probado y no puede ser presumido por las cortes laborales como si se tratara de una consecuencia predeterminada de alcance general (Beltrán 2008:122)⁹⁵.

Dicho de otra manera, la doctrina ha establecido que no será suficiente que se declare la existencia de un despido arbitrario para imputar al empleador una responsabilidad por daño moral que dé lugar al pago de una indemnización, ya que para que surja la obligación de indemnizar tienen que concurrir los 4 elementos de responsabilidad civil, entre los que se encuentra la acreditación del daño.

⁹³ OSTERLING, Felipe y Alfonso Rebaza, 2007, La equidad y función cuantificadora de los Daños de Imposible Probanza, a propósito del artículo 1332 del Código Civil, Grijley, Colección Derecho Patrimonial, Lima, 2007, pp. 98

⁹⁴ BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de Responsabilidad Civil, Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1993, pp. 243 244.

⁹⁵ BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto, "Ángeles y Demonios. Trabajadores, consecuencias dañosas e indemnización", Diálogo con la Jurisprudencia, Lima, Mayo 2008, Tomo 122.

Solo siguiendo el análisis antes indicado se podrá dar cumplimiento a una de las reglas más importantes de la responsabilidad civil: se debe distinguir el evento (que sería el despido arbitrario) y la consecuencia de dicho evento (que es el sufrimiento o el interés no patrimonial afectado). Conforme a lo dispuesto en los artículos 1321, 1322 y 1985 del Código Civil, no sólo basta con acreditar el evento, sino las consecuencias de éste, así como la relación de causalidad entre los dos.

En ese sentido, podemos señalar que existen 4 elementos de la responsabilidad civil:

a) Existencia de una conducta antijurídica:

De acuerdo a autorizada doctrina, la antijuricidad se refiere a *“un daño ocasionado sin que el hecho lesivo se encuentre autorizado por una norma, sin que el comportamiento perjudicial se realice en el ejercicio de una facultad concretamente atribuida por el ordenamiento”* (Schlesinger 2001:53)⁹⁶.

En ese mismo sentido, podemos afirmar que una conducta puede ser calificada de antijurídica cuando afecta los valores o principios sobre los cuales ha sido construido el sistema jurídico.

b) Verificación del daño

No es suficiente sólo alegar la existencia de un supuesto despido indirecto por actos de hostilidad para que automáticamente se acredite un daño, tal como lo estableció en su oportunidad la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República en el Séptimo Considerando de la Casación N° 139-2014-LA LIBERTAD:

SÉTIMO: (...) el órgano jurisdiccional ha absuelto adecuadamente el meollo de la controversia suscitada en este proceso en cuanto a la posibilidad de conceder al actor una indemnización por daño moral adicional al resarcimiento económico que ya ha gozado a causa de la Ley N° 27803; habiendo sostenido para tal fin que: i) de acuerdo con el artículo 16 de la Ley N° 27803, el beneficio económico recibido por el demandante resarcó fundamentalmente el daño emergente y el

⁹⁶ SCHLESINGER, Piero. La injusticia del daño en el acto ilícito civil. Ara Editores, Lima, 2001, p.53.

daño moral producido como consecuencia del actor del despido; ii) por esta razón no podrá concederse al actor una indemnización adicional que respondiera al mismo concepto; iii) en todo caso, el actor podría acreditar la existencia de otros hechos ocurridos a causa del despido que implicaran la producción de un sufrimiento o gran aflicción adicional al que se desprende del acto de despido en sí mismo, que pudieran merecer una indemnización complementaria; iv) empero, en este caso, el demandante no ha presentado prueba directa o indirecta que evidencie la existencia de circunstancias producidas a causa del despido, que hayan implicado un sufrimiento adicional, que merezca resarcimiento.⁹⁷ (Casación N° 139-2014-LA LIBERTAD)”

c) Nexos causal entre la conducta atribuible y los daños:

De acuerdo a Taboada Córdova, el requisito referido a la relación de causalidad se entiende en el sentido que debe existir una relación de causa-efecto, es decir, de antecedente-consecuencia entre la conducta antijurídica del autor y el daño causado a la víctima, pues de lo contrario no existirá responsabilidad civil extracontractual y no nacerá la obligación legal de indemnizar (Taboada 2003: 52)⁹⁸.

La relación causal es entendida como el nexo existente entre el hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho. Esta relación causal nos permitirá establecer, entre una serie de hechos susceptibles de ser considerados como determinantes del daño, cuál es aquel que ocasionó el detrimento y daños susceptibles de ser indemnizados.

En tal escenario, es claro que no basta con establecer si una conducta ha causado un daño, pues es necesario también determinar si esa conducta abstractamente considerada es capaz de producir ese daño de acuerdo al curso ordinario y normal de los acontecimientos. Por ello, para afirmar que existe causa adecuada entre el hecho dañino y el daño el profesor Fernando de Trazegnies afirma lo siguiente:

“(…) la pregunta clave frente a la situación concreta es: ¿La acción u omisión del presunto responsable, era por sí misma capaz de ocasionar

⁹⁷ Casación Laboral 139-2014-La Libertad

⁹⁸ TABOADA CORDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Grijley, 2003. p.52

normalmente este daño? Si se responde afirmativamente, conforme a la experiencia de la vida, se declara que la acción u omisión era “adecuada” para producir el daño, y entonces este es objetivamente imputable al agente (De Trazegnies 2003:314)⁹⁹.

Bajo este contexto, Taboada señala que para que una conducta sea causa adecuada de un daño es necesario que concurren dos factores o aspectos (Taboada 2003:85)¹⁰⁰:

- (i) El *factor in concreto* debe entenderse en el sentido de una relación de causalidad física o material, lo que significa que en los hechos la conducta debe haber causado el daño, es decir, el daño causado debe ser consecuencia fáctica o material de la conducta antijurídica del autor.
- (ii) Sin embargo, no basta la existencia de este factor, pues es necesaria la concurrencia del *factor in abstracto* para que exista una relación de causalidad adecuada. Este segundo factor debe entenderse en los términos siguientes: la conducta antijurídica abstractamente considerada, de acuerdo a la experiencia normal y cotidiana, es decir, según el curso normal y ordinario de los acontecimientos debe ser capaz o adecuada para producir el daño causado. Si la respuesta a esta interrogante es negativa, no existirá una relación causal, aun cuando se hubiere cumplido con el *factor in concreto*.

d) Existencia de factor de atribución

Respecto al factor de atribución, el profesor Juan Espinoza Espinoza señala lo siguiente:

“Este elemento contesta la pregunta ¿a título de qué se es responsable? Vale decir, constituye “el fundamento del deber de indemnizar”. Existen factores de atribución Subjetivos (Culpa y Dolo), Objetivos (realizar

⁹⁹ DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Fondo editorial de la PUCP. Lima 2003. T. I Pág. 314.

¹⁰⁰ TABOADA CORDOVA, Lizardo. Óp.cit. p.85

actividades o ser titular de determinadas situaciones jurídicas que el ordenamiento jurídico considera-si se quiere ser redundante-objetivamente). (...) También forman parte de los factores de atribución el abuso del derecho y la equidad (Espinoza 2002:93)¹⁰¹

La existencia de este requisito se determinará en la medida que se hayan presentado, en un supuesto concreto, los requisitos de antijuricidad y la relación de causalidad.

Asimismo, el Tercer Pleno Casatorio Civil emitido en octubre de 2011 ha establecido en su fundamento 71 que: *“Es pertinente puntualizar que el daño a la persona debe comprender al daño moral”*. Del mismo modo, en el segundo acápite de su parte resolutive indica: *“El daño moral es indemnizable y se halla comprendido en el daño a la persona”*¹⁰².

Como se puede apreciar, nuestra doctrina establece que no es suficiente que solamente se alegue el daño moral producido en contra de la persona para que proceda la indemnización por daño moral.

Se tendrá también que tener en cuenta los elementos anteriormente mencionados para que se configura efectivamente una afectación moral hacia la persona.

En ese sentido, consideramos que, en caso se compruebe fehacientemente que empleador haya realizado algunos de los actos de hostilidad que no son posibles de ser subsanados, dada la afectación en contra de su persona, podrá demandar una compensación adicional a la indemnización por despido arbitrario ya que se configurarían los 4 elementos anteriormente mencionados.

Esta compensación adicional sería la indemnización por daño moral ya que el trabajador no solamente ha concluido su relación laboral sino que también ha sido afectado por el acto de hostilidad que realizó el empleador en su contra.

¹⁰¹ ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la responsabilidad civil. Lima: Gaceta Jurídica. p. 93

¹⁰² Tercer Pleno Casatorio Civil

Tal es la magnitud de este acto de hostilidad que, de producirse, la relación laboral entre ambas partes se tornará irreversible y por tanto, significará el fin de la misma.

En ese sentido, en caso de probarse que efectivamente el empleador hostilizó al trabajador con alguno de los actos mencionados anteriormente, procederá otorgarle al trabajador una indemnización por el daño moral producido a raíz no del despido sino del acto de hostilidad que ocasionó que la relación laboral concluya.

Este daño moral producido en contra del trabajador se producirá automáticamente con la comisión del acto de hostilidad que produzca que la relación laboral no pueda continuar.

En ese sentido, la existencia o no de un daño moral en contra del trabajador quedará supeditado a la probanza de que efectivamente el empleador cometió un acto de hostilidad en contra del trabajador que hizo imposible la subsistencia de la relación laboral.

Si se llega a comprobar lo anteriormente mencionado, quedará también claro que esto ha derivado en un daño moral, no siendo necesario que el mismo sea probado porque ya ha sido dictaminado previamente la existencia de una falta de parte del empleador que hizo imposible la continuación de la relación de trabajo.

Es importante hacer esta aclaración: nosotros planteamos que se continúe con la indemnización por despido arbitrario regulada en nuestra legislación laboral y prevista para el supuesto de despido indirecto.

Sin embargo, consideramos que, adicionalmente, debe ser también indemnizable todo el siguiente hecho: el acto de hostilidad de parte del empleador que tiene como consecuencia que la relación laboral no pueda continuar.

Consideramos que nos encontramos ante dos situaciones distintas y que por tanto deberían de tener diferentes sanciones.

Por un lado tenemos el acto de hostilidad de parte del empleador que, es de tal naturaleza, que hace imposible la subsistencia de la relación laboral entre ambas partes. Y, por otro lado, tenemos el despido indirecto al que se vio expuesto el trabajador, sin haber realizado alguna acción que justifique dicho despido.

Por tanto, creemos conveniente que se establezcan dos sanciones diferentes, una por cada hecho.

Siendo ello así, consideramos que procedería indemnizar por daño moral al trabajador siempre que se pruebe fehacientemente que ha sido hostilizado por los actos de hostilidad anteriormente mencionados.

En ese sentido, nosotros consideramos que debería otorgarse una indemnización por despido arbitrario y adicionalmente una indemnización por daño moral debido al acto de hostilidad cometido en perjuicio del trabajador que hizo insalvable la relación laboral.

Somos de la opinión de que si procede el pago por indemnización por despido arbitrario a raíz del despido indirecto, se está dando por sentado de que el trabajador ha sido víctima de uno de los actos de hostilidad que hacen insalvable la relación laboral.

Así, quedaría ya demostrado entonces que este acto de hostilidad que hace imposible la subsistencia de la relación de trabajo efectivamente se realizó y por lo tanto procedería el pago de una indemnización por daño moral a raíz de este hecho.

3.1.3 Reparación por los actos de hostilidad que son subsanables

Si bien es cierto existen actos de hostilidad que no son subsanables y que por ende significan el final de la relación laboral entre empleador y trabajador, consideramos que también existen actos de hostilidad que, dada su naturaleza, sí pueden ser subsanables.

Como hemos mencionado anteriormente, los actos de hostilidad que en nuestra opinión pueden ser subsanables son los siguientes:

- a) Falta de pago de la remuneración

- b) Reducción de la remuneración, categoría o incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso.
- c) Traslado del trabajador con el propósito de ocasionar perjuicio.
- d) Inobservancia de medidas de higiene y seguridad

Si bien, dada su naturaleza, estos actos de hostilidad pueden ser subsanables, también es importante mencionar que, como hemos visto, dicha subsanación por parte del empleador se otorga de mala fe ya que éste recién enmienda su conducta cuando el trabajador es quien lo notifica de la falta que ha sido cometida en su perjuicio.

Con relación a ello, consideramos que, a pesar de continuar la relación laboral, es importante advertir que el empleador sí realizó una falta en contra del trabajador y por tanto, tiene que ser sancionado.

Es importante recordar que, cuando un trabajador comete alguna falta, el empleador tiene la potestad de sancionar al trabajador, ya sea mediante amonestación verbal/escrita, suspensión temporal o despido en caso la falta cometida revista de una gravedad tal que haga irrazonable la subsistencia de la relación laboral.

En ese sentido, consideramos que el empleador debería también ser sancionado si es que cometió un acto de hostilidad en perjuicio del trabajador; más aún si a pesar de haber cometido alguno de estos actos, recién subsanó su conducta cuando el propio trabajador fue quien se lo requirió de manera escrita.

Como es imposible que el trabajador sancione al empleador con una amonestación escrita/ verbal o con una suspensión temporal, proponemos que la sanción que reciba el empleador sea económica.

De esta manera se sancionaría al empleador por esta conducta: haber cometido un acto de hostilidad en contra del trabajador, con el agravante de no haber subsanado su conducta hasta que el propio trabajador así lo haya requerido y a la vez se estaría compensando al trabajador por la falta ocasionada en su perjuicio.

En ese sentido, concordamos con lo señalado por el V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Previsional y Laboral que señala que “el empleador que agrede un derecho laboral de rango constitucional merece una sanción impuesta por el sistema jurídico, y esta consiste en la indemnización de todos los daños y perjuicios que el trabajador ha sufrido”¹⁰³.

En ese sentido, es claro que debiéramos establecer una sanción punitiva para que el acto de hostilidad cometido por el empleador no vuelva a suceder.

Ahora bien, consideramos que la vía idónea mediante la cual se determinará esta sanción económica al empleador es la vía judicial. De esta manera, el trabajador podrá continuar con la relación laboral y a la vez recibirá una compensación por los actos de hostilidad cometidos en su contra, lo que será determinada por un juez laboral.

Con nuestra Nueva Ley Procesal del Trabajo, el trámite del proceso laboral sería mucho más rápido y, de esta manera, el acto de hostilidad cometido por el empleador no quedaría impune.

Así, se evitaría lo que actualmente sucede en la práctica: el empleador hostiliza constantemente al trabajador para que éste renuncie y sólo cesa o realiza sus descargos cuando el trabajador está a punto de darse por despedido, generando el despido indirecto y su posterior indemnización. Sin embargo, una vez superada esta situación, el empleador vuelve a repetir estos mismos actos una y otra vez.

De esta manera, este ciclo vicioso se repetirá hasta que el trabajador se canse de esta situación y termine renunciando, hecho que favorecería al empleador puesto que no tendría la necesidad de pagar una indemnización por despido arbitrario.

Con la propuesta que nosotros planteamos, el empleador lo pensaría dos veces antes de hostilizar al trabajador ya que éste tendría la posibilidad de continuar su relación laboral, preservando su trabajo, y a la par seguir un proceso judicial en busca de una indemnización por el acto de hostilidad cometido en su contra.

¹⁰³ V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Previsional y Laboral

CONCLUSIONES

1. La falta grave laboral, de acuerdo a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, supone un incumplimiento de parte del trabajador, de tal gravedad que hace imposible la subsistencia de la relación laboral que tiene con el empleador, quedando habilitado éste último, a terminar con la relación de trabajo por causa justa.
2. Los actos de hostilidad, regulados también por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, son los comportamientos, materializados a través de acciones concretas, cometidas por el empleador en perjuicio de uno o más trabajadores, haciendo imposible la subsistencia de la relación laboral.
3. A pesar de que falta grave y los actos de hostilidad son figuras jurídicas similares, las cuales responden a señalar las faltas que cometen el trabajador y el empleador en el marco de la relación laboral, nuestra legislación les ha otorgado un tratamiento diferenciado en cuanto a sus consecuencias jurídicas.
4. Nuestra legislación laboral establece que, cuando el trabajador comete una falta grave deberá ser sancionado con el despido por causa justa, no pudiendo continuar con la relación de trabajo. Sin embargo, cuando es el empleador quien comete un acto de hostilidad, los cuales son equiparables a las faltas graves, se le otorga al empleador la posibilidad de enmendar su conducta y de continuar con la relación laboral.
5. La diferenciación de trato que existe entre la falta grave y los actos de hostilidad encuentra una razón justificada la cual es el principio de continuidad laboral, que significa la posibilidad de que el trabajador pueda continuar con su trabajo, el cual a su vez es un bien superior en nuestro ordenamiento jurídico y, por lo tanto, no se quiebra el principio de igualdad.

6. De acuerdo a nuestra consideración hemos clasificado a los actos de hostilidad en: actos subsanables, en los cuales, a pesar de haberse cometido un daño en perjuicio del trabajador, el empleador puede realizar una acción posterior que sirva para reparar dicha afectación y actos no subsanables, los cuales afectan derechos fundamentales siendo el grado de afectación de tal magnitud que el daño producido se torna irreparable.
7. De los 7 actos de hostilidad estipulados en nuestra legislación laboral, a nuestro criterio 4 pueden ser subsanables: falta de pago de remuneración, reducción de categoría, remuneración o incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso del trabajador, traslado del trabajador, inobservancia de medidas de higiene y seguridad en el trabajo; mientras que 3 actos de hostilidad no pueden ser subsanables: actos de violencia, discriminación, actos contra la moral y hostigamiento sexual.
8. A pesar de que existen actos de hostilidad que pueden llegar a ser subsanables, esta subsanación que realiza el empleador es de mala fe pues este recién enmienda su inapropiada conducta cuando el trabajador le notifica que está siendo hostilizado.
9. Los actos de hostilidad merecen ser sancionados, no siendo suficiente la indemnización económica estipulada por nuestra legislación laboral en caso el trabajador opte por darse por despedido y se configure el despido arbitrario.
10. En los actos de hostilidad no subsanables, debería otorgarse, además de una indemnización por despido arbitrario, una indemnización por daño moral debido a que el acto de hostilidad cometido en perjuicio del trabajador hizo insalvable la relación laboral.
11. La existencia o no del daño moral en contra del trabajador para la procedencia de la indemnización adicional contemplada en los actos de hostilidad no subsanables, quedará supeditada a la probanza de que efectivamente el empleador cometió un acto de hostilidad en contra del

trabajador que hizo imposible la subsistencia de la relación laboral, configurándose un daño moral en caso hubiese existido un acto de hostilidad no subsanable.

12. En el caso de los actos de hostilidad que pueden ser subsanables, si bien la relación laboral puede continuar, debiera existir una sanción económica para el empleador para que no vuelva a cometer ese acto de hostilidad en contra del trabajador, siendo la vía judicial la idónea para el reclamo de dicha indemnización.

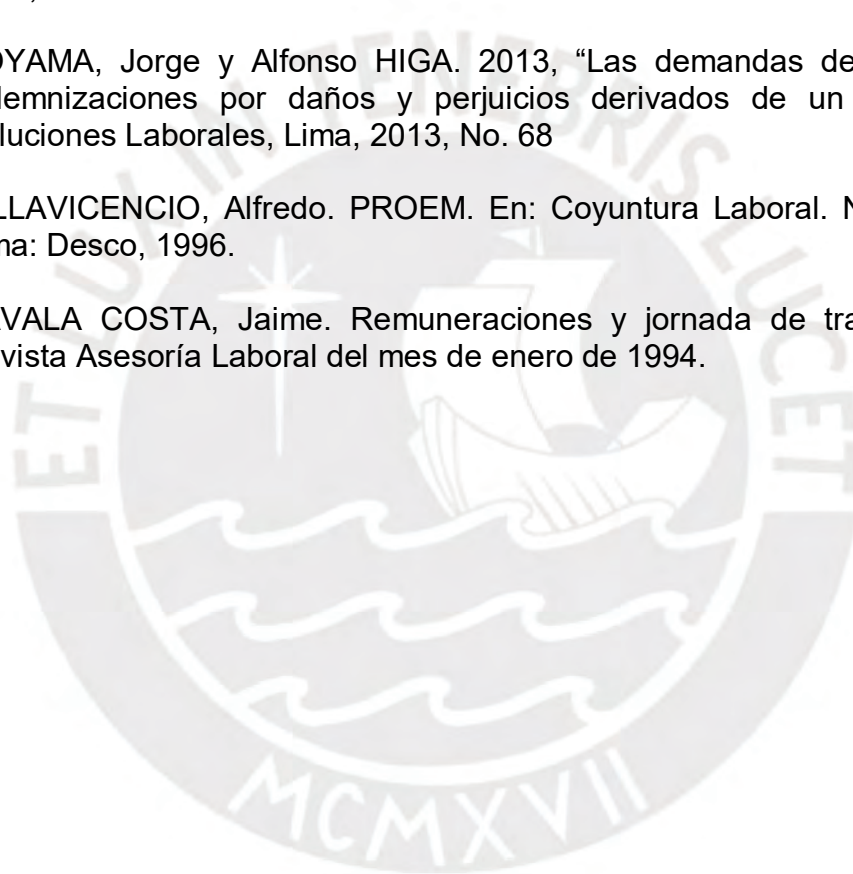


BIBLIOGRAFIA

1. ARCE ORTIZ, Elmer. El Derecho Individual del Trabajo. Lima: Palestra, 2008.
2. BELTRÁN PACHECO, Jorge Alberto, “Ángeles y Demonios. Trabajadores, consecuencias dañosas e indemnización”, Diálogo con la Jurisprudencia, Lima, Mayo 2008, Tomo 122.
3. BILBAU UBILLÚS, Juan María y REY MARTINEZ, Fernando. “El principio constitucional de igualdad en la jurisprudencia española”. En: El principio constitucional de igualdad. Lecturas de introducción. Comisión Nacional de Derechos Humanos, México. 2003
4. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. El despido en el derecho laboral Peruano. Ara Editores. Lima: 2002.
5. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo. Palestra Editores. Lima, 2015.
6. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. El derecho de estabilidad en el trabajo. ADEC-ATC. Lima, 1991.
7. BUSTAMANTE ALSINA, Jorge. Teoría General de Responsabilidad Civil, Editorial Abelardo Perrot, Buenos Aires, 1993.
8. CARRO ZUÑIGA, Carlos. “Contrato de Trabajo”, Buenos Aires, 1960
9. CASTRO. María. El régimen disciplinario de la empresa. Pamplona: Aranzadi. 1993.
10. DE BUEN, Néstor. Derecho del Trabajo T.T. 2002.
11. DE LA CUEVA, Mario. El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. 5ta Edición, Editorial Porrúa S.A., México, 1978. T.I. y II.
12. DE TRAZEGNIES, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. Fondo editorial de la PUCP. Lima 2003.
13. EGUIGUREN PRAELI, Francisco. Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. IUS ET VERITAS. Lima, 1997. Edición N° 15.
14. El despido disciplinario. En: AUTORES VARIOS (Antonio Sempere, coordinador). El despido: aspectos sustantivos y procesales. Navarra: Thomson Aranzadi, 2004.
15. ESPINOZA ESPINOZA, Juan. Derecho de la responsabilidad civil. Lima: Gaceta Jurídica

16. MONTOYA MELGAR, Alfredo. Derecho del Trabajo, 11º edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1990. P. 446.
17. MARTIN VALVERDE, Antonio; RODRIGUEZ-SAÑUDO, Fermín y Joaquín GARCIA MURCIA. "Derecho del trabajo" Madrid: Technos. 2007.
18. NEVES MUJICA, Javier. Introducción al derecho al trabajo. Fondo Editorial PUCP. 2007.
19. NEVES MUJICA, Javier. Libertad de Trabajo, Derecho al Trabajo y Derecho de Estabilidad en el Trabajo. DERECHO & SOCIEDAD. Lima, 2001. Edición N° 17.
20. OJEDA, Antonio y otros. Temas centrales del Derecho del Trabajo del Siglo XXI. Ara Editores, Lima, 2009.
21. OSTERLING, Felipe y Alfonso Rebaza, 2007, La equidad y función cuantificadora de los Daños de Imposible Probanza, a propósito del artículo 1332 del Código Civil, Grijley, Colección Derecho Patrimonial, Lima, 2007.
22. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. "La falta grave laboral", en "Derecho Laboral", Montevideo. 1984.
23. PASCO COSMOPOLIS, Mario y otros. Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez. Grijley. 2009.
24. PLÁ RODRIGUEZ, Américo. "Extinción del contrato de trabajo en Uruguay", en AAVV "La extinción de la relación laboral", AELE Editorial, Lima 1987.
25. PLÁ RODRIGUEZ, Américo. "La Terminación de la Relación del Trabajo por Iniciativa del Empleador y la Seguridad DE los Ingresos de los Trabajadores Afectados". Informe al Congreso Mundial de Derecho del Trabajo, 1980, publicado en "Análisis Laboral", Lima.
26. PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. Los principios del derecho del trabajo, Depalma. Buenos Aires. 1978.
27. RODRIGUEZ-PIÑERO BRAVO FERRER, Miguel. "Derecho y Conocimiento". Huelva: ISSN. 2001.
28. RUSSOMANO, Mozart. "La Estabilidad del Trabajador en la Empresa", Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1981.
29. SCHLESINGER, Piero. La injusticia del daño en el acto ilícito civil. Ara Editores, Lima, 2001.

30. SÁNCHEZ ZAPATA, Ronni. Como probar la hostilidad laboral: análisis normativo, doctrinario y jurisprudencial. Gaceta Jurídica, Lima, 2017
31. TABOADA CORDOVA, Lizardo. Elementos de la Responsabilidad Civil. Grijley, 2003.
32. TOYAMA, Jorge. Derechos laborales ante empleadores ideológicos. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2012
33. TOYAMA, Jorge. El derecho individual del trabajo en el Perú, un enfoque teórico-práctico. Gaceta Jurídica, Lima, 2015.
34. TOYAMA, Jorge. El despido disciplinario en el Perú. IUS ET VERITAS. Lima, 2009. Edición N° 38.
35. TOYAMA, Jorge y Alfonso HIGA. 2013, "Las demandas de pago de indemnizaciones por daños y perjuicios derivados de un despido", Soluciones Laborales, Lima, 2013, No. 68
36. VILLAVICENCIO, Alfredo. PROEM. En: Coyuntura Laboral. Número 9. Lima: Desco, 1996.
37. ZAVALA COSTA, Jaime. Remuneraciones y jornada de trabajo. En: Revista Asesoría Laboral del mes de enero de 1994.



JURISPRUDENCIA Y NORMAS

Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

Casación Laboral N° 139-2014-La Libertad

Casación Laboral N° 419-2014-Ayacucho.

Casación Laboral N° 699-2015-LIMA.

Casación Laboral N° 3711-2016-LIMA

Casación Laboral No. 18592-2016-LIMA

Casación Laboral N° 6503-2016-JUNIN.

Convenio 100 de la OIT.

Convenio 158 OIT.

Decreto Supremo N° 003-97-TR “Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

Ley General de Inspección del Trabajo

Reglamento de la Ley General de Inspección del Trabajo

STC N° 0261-2003-AA/TC

STC N° 2273-2005-PHC/TC

STC N° 00009-2007-PI/TC

STC N° 01997-2011-PA/TC

Orden de Inspección N° 397-2016-SUNAFIL/IRE-LIB

Resolución de Sub Intendencia N° 037-2018-SUNAFIL/IRE-LL/SIRE

Resolución de Intendencia N° 051-2018-SUNAFIL/IRE-LIB

TERCER PLENO CASATORIO CIVIL