

EL DESPIDO POR RENDIMIENTO DEFICIENTE EN EL DERECHO LABORAL PERUANO

Cristian D. Velásquez Franco



Facultad de
Derecho



PUCP

EL DESPIDO POR RENDIMIENTO DEFICIENTE
EN EL DERECHO LABORAL PERUANO

El presente libro ha sido sometido a *peer review* por parte de un especialista en el tema. El arbitraje fue gestionado por la Oficina Académica de Publicaciones, Comunicación e Imagen de la Facultad de Derecho.

CRISTIAN D. VELÁSQUEZ FRANCO

**EL DESPIDO POR
RENDIMIENTO DEFICIENTE EN
EL DERECHO LABORAL PERUANO**

Facultad de
Derecho



El despido por rendimiento deficiente en el derecho laboral peruano

© Cristian D. Velásquez Franco

Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho, 2023

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

<https://facultad-derecho.pucp.edu.pe/>

Diseño de la portada: Gerardo Caballero Parra

Diagramación: Henry Marquezado Negrini

Corrección de estilo: Luis Rodríguez Ordóñez

Edición: Oficina Académica de Publicaciones, Comunicación
e Imagen de la Facultad de Derecho de la PUCP

Primera edición digital: julio de 2023

ISBN digital: 978-612-4440-29-8

Hecho el depósito legal en la Biblioteca Nacional del Perú n.º 2023-10355

URL: <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/194936>

Todos los derechos reservados. Queda prohibida la reproducción total o parcial de esta obra, bajo cualquier forma o medio, sin el consentimiento expreso y por escrito de los titulares de los derechos autor.

*A Carmen y Wicner, mis padres, por su amor
infinito. Ustedes lo hicieron posible...*

A Dánica, mi todo; sin ti, nada tiene sentido.

ÍNDICE

Agradecimientos	13
Presentación	15
Introducción	17

Capítulo I

El deber de rendimiento en el marco del contrato de trabajo

I.	El contrato de trabajo: concepto, objeto, causa y elementos esenciales	28
1.	Elementos implícitos del contrato de trabajo	29
2.	Elementos explícitos del contrato de trabajo	32
II.	Derechos del empleador: poder de dirección, facultad de fiscalización y derecho de evaluación.....	41
1.	El poder de dirección	41
2.	La facultad de fiscalización	43
3.	El derecho de evaluación	47
III.	Derechos y deberes del trabajador: capacitación y rendimiento	55
1.	Deber de capacitación al trabajador	55
2.	Deber de rendimiento	58
IV.	Conclusiones preliminares	66

Capítulo II

Delimitación jurídica del despido por rendimiento deficiente

I.	Definición de despido	72
II.	Tipología de despidos injustificados	74
1.	Despido arbitrario	74
2.	Despido nulo	85

III. Legislación comparada sobre el despido por rendimiento por capacidad.....	91
IV. El despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad en el Perú.....	98
V. Tipos de la evaluación de rendimiento y su adecuación a la normativa de despido de rendimiento deficiente.....	105
VI. Metodología de la evaluación de rendimiento según la normativa nacional.....	110
1. Criterio individual o subjetivo	110
2. Criterio general, colectivo u objetivo.....	116
VII. Procedimiento legal de despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad	122
1. La unificación de procedimiento de evaluación y procedimiento de despido	122
2. El debido proceso en el marco del procedimiento de despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad	125
3. El rol de la autoridad administrativa de trabajo en el procedimiento de despido por rendimiento deficiente.....	136
VIII. La disminución deliberada y reiterada del rendimiento como causal de despido por conducta (falta grave)	144
1. Tipificación de la disminución deliberada y reiterada del rendimiento.....	145
2. La incidencia del principio de <i>non bis in idem</i> en las causales de despido por rendimiento por capacidad y conducta	160
3. Viabilidad de la integración por analogía del despido por rendimiento deficiente y el despido por disminución deliberada y reiterada.....	168
IX. Conclusiones preliminares	173

Capítulo III

Principios laborales aplicables al despido por rendimiento deficiente

I. Principio de igualdad (condiciones similares)	181
II. Principio de inmediatez.....	192
III. Principio de razonabilidad.....	215

IV. Principio de tipicidad (o principio de legalidad).....	225
V. Principio de buena fe	244
VI. Principio de continuidad (estabilidad laboral).....	251
VII. Conclusiones preliminares	256

Capítulo IV

El despido por rendimiento deficiente en la jurisprudencia

I. Paredes Tiza vs. Banco de Crédito del Perú (BCP)	261
1. Antecedentes	261
2. Criterio jurisprudencial	264
3. Análisis jurídico	273
4. Conclusiones	284
II. Gómez Ríos vs. Teleatento del Perú S.A.C. (Teleatento).....	287
1. Antecedentes	288
2. Criterio jurisprudencial	293
3. Análisis jurídico	301
4. Conclusiones	310
III. Sánchez Cruz vs. El Pacífico Vida Cía. de Seguros y Reaseguros S.A. (Pacífico)	311
1. Antecedentes	312
2. Criterio jurisprudencial	323
3. Análisis jurídico	350
4. Conclusiones	383
IV. Conclusiones preliminares	387

Capítulo V

Crítica y reforma normativa

I. Problemas jurídicos de la normativa actual que regula el despido por rendimiento deficiente	394
II. Análisis y crítica a las propuestas de cambio normativo actuales.....	398
1. Proyecto de Ley General de Trabajo	399
2. Proyecto de Modificación del Reglamento de la Ley de Fomen- to propuesta por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Em- pleo	402

III. Lineamientos que debe observar una propuesta de cambio normativo respecto del despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad	409
1. Lineamientos de cambio a nivel legal (secundario)	410
2. Lineamientos de cambio a nivel reglamentario (terciario)	413
Conclusiones	427
Bibliografía	431
Anexos	445

AGRADECIMIENTOS

Quisiera dar gracias a Carmen y Wicner, mis amados padres, quienes han dado la vida por mí y, aunque muchas veces sin merecerlo, estuvieron presentes para sacarme adelante en incontables actos de amor.

A Dánica, mi todo; sin ti, nada tiene sentido. A Laura, por Dánica, y por tu apoyo en esta ardua tarea, gracias. A mis hermanos, Matías y Adrián: hagan lo que les apasione y sean felices, eso es lo más importante. A mi familia en general, sobre todo a mi mami Teresa y a mi mamá Shela: soy el resultado de los momentos, las charlas y las vivencias compartidas con cada uno de ustedes; en cada paso hay una huella sus seres...

Al profesor Mauro Ugaz, por su tiempo, sus valiosas reflexiones y sus constantes recomendaciones, que fueron fundamentales para la composición de este trabajo. Al profesor Saúl Flores, por darme un espacio en su cátedra para reflexionar sobre esta interesante materia, lo cual fue de gran utilidad en este proceso. Al profesor Samuel Román, quien me diera mis primeras lecciones de redacción y me alentara a emprender la vida académica.

PRESENTACIÓN

El despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador está tipificado en el artículo 23, literal b, de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo 003-97-TR (LPCL). Sin embargo, y a pesar de su estrecha vinculación con la productividad (y todo lo que ello significa), se trata de una causal de despido con un desarrollo normativo insuficiente, incompleto e impreciso que, indefectiblemente, genera problemas jurídicos al momento de su aplicación.

En atención a lo señalado, se ha determinado que la regulación del despido por rendimiento deficiente acaece de problemas de interpretación e integración jurídica que requieren una adecuada solución, a fin de propiciar su correcta aplicación en concordancia con los principios jurídicos vigentes. Por ello, esta investigación se propone desentrañar el trasfondo jurídico de la normativa actual y, a partir de ello, plantear las soluciones jurídicas más adecuadas, para lo cual, según creemos, los principios jurídico-laborales tienen un rol preponderante. A la vez, y en atención a lo estudiado, consideramos importante generar una propuesta de cambio normativo que acoja las soluciones a las que arribemos.

Para alcanzar estos fines, primero, se debe entender que la causal de despido por rendimiento no es un hecho aislado, por lo que es fundamental entender el lugar y función que tiene dentro del marco de una relación laboral. En segundo lugar, se deben reconocer las instituciones jurídicas vinculadas a la figura del despido y, además, los requisitos o presupuestos necesarios para su aplicación, como lo es la evaluación de rendimiento. En tercer lugar, se debe identificar los criterios y principios jurídicos vigentes en cada una de las etapas en que se desarrolla el despido. Para ello, nos valdremos de una metodología de investigación, principalmente cualitativa.

Al finalizar el presente estudio, veremos el rol medular que tiene la evaluación de rendimiento como presupuesto de aplicación en la causal de despido por

rendimiento deficiente y, además, la impronta que tienen los principios jurídico-laborales en la aplicación adecuada de la norma laboral más allá del mero texto legal. En virtud de ello, se podrán observar los aspectos relevantes que la normativa debe incorporar para una adecuada regulación legal.

INTRODUCCIÓN

La presente obra tiene por finalidad desarrollar el trasfondo jurídico de la causal de despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad, que nuestra legislación laboral regula en el artículo 23, literal b, de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral - Decreto Supremo 003-97-TR (LPCL), con el objeto de que los operadores jurídicos apliquen correctamente la señalada causal. Esta labor es importante porque, a pesar de que esta causal de despido esté íntimamente vinculada con la productividad (la cual es uno de los mayores intereses de toda empresa e incluso del mismo Estado), no existe mayor desarrollo normativo, jurisprudencial ni doctrinario sobre la materia.

En este punto, es importante hacer una aclaración sobre la materia de estudio. En ese sentido, el alcance de esta investigación es sobre el artículo 23, literal b, de la LPCL, referente al despido por rendimiento deficiente. Así, si bien es un tipo de despido por capacidad, las otras causales vinculadas a la capacidad como las reguladas en el artículo 23, literales a y c, es decir, las causales de despido por deficiencias sobrevenidas y por la negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, no forman parte de este estudio. Al respecto, si bien se hace una referencia tangencial a tales causales, el análisis está centrado en el artículo 23, inciso b, de la LCPL. Ahora bien, como se verá más adelante, la aplicación adecuada del despido por rendimiento deficiente supone una ardua labor; por ello es que se puede indicar que, probablemente, se trate de la causal de despido de mayor complejidad en su aplicación, básicamente, porque, por un lado, esta causal de despido posee grandes problemas jurídicos (oscuridad normativa y vacíos legales) y, por otro lado, porque su ejecución implica un importante despliegue de trabajo por parte del empleador, en otras palabras, cuesta esfuerzo despedir por la causal de rendimiento deficiente.

En atención a lo señalado, naturalmente puede surgir la pregunta: ¿por qué hacer un estudio sobre el despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad? Al respecto, consideramos que la respuesta a esta pregunta tiene dos perspectivas.

Por un lado, desde un punto de vista jurídico, según algunos autores que revisaremos a continuación, la forma en la que se ha normado esta figura de despido, tanto a nivel legal como reglamentario, es deficiente e incompleta. En ese sentido, no existe claridad sobre lo establecido en la norma y, además de ello, no existen precisiones ni desarrollo reglamentario que permita entender los requisitos o presupuestos necesarios para una aplicación correcta de dicha causal de despido.

Como lo indica Vanessa Obregón, la normativa laboral no precisa los estándares que deben observarse para evaluar el rendimiento promedio del trabajador ni la capacidad, entre otros conceptos que no están definidos; de modo que, por la poca claridad de la norma, se torna difícil que un empleador pueda aplicar esta causal de despido de manera adecuada sin devenir en un despido arbitrario (Obregón, 2015, p. 2). En el mismo sentido, Carlos Cadillo indica que esta causal no se suele aplicar porque existe una falta de comprensión sobre sus alcances, requisitos, formalidades, entre otros aspectos (2013, p. 70).

Del modo similar, la legislación laboral no solo no es clara, sino que también existen situaciones que carecen de regulación. En ese sentido, no se desarrolla normativamente el procedimiento de despido que debe seguir el empleador para aplicar la causal de despido por rendimiento deficiente (Obregón, 2015, p. 2). Al respecto, Carlos Blancas ha señalado que la manera en la que se ha regulado el despido por rendimiento deficiente es insuficiente e incompleta, cuestión que se agrava tomando en cuenta que el Reglamento de la LPCL tampoco ha perfilado mayores alcances de la causal en cuestión (2013, p. 178). Es decir, dentro de la poca regulación existente, hay frentes o situaciones que se presentan en la realidad sobre las cuales no existe norma o mandato alguno.

De esta manera, un estudio sobre el despido por rendimiento deficiente significa un aporte teórico que ayuda a clarificar el sentido de la norma e, incluso, a llenar los vacíos legales que se pudiesen identificar. Por otra lado, además de la importancia jurídica, definitivamente, una investigación profunda sobre las reglas que rigen o deberían regir la aplicación del despido por rendimiento deficiente implica un aporte a la productividad empresarial.

En nuestra opinión, la causal de despido por capacidad por rendimiento deficiente tiene una estrecha vinculación con el incremento en el rendimiento de los trabajadores y, por ende, en la productividad empresarial. Es por ello que el desarrollo de la figura del rendimiento deficiente permitiría una mayor cantidad de recursos y herramientas jurídicas para que los empleadores impulsen el rendimiento de sus trabajadores y las empresas sean más productivas.

Sobre el particular, estas dos perspectivas no son extrañas. De hecho, la relación entre el derecho y la productividad es muy estrecha, y nuestro sistema jurídico lo reconoce así. Muestra de ello es que la productividad aparece claramente en las primeras disposiciones de la LPCL¹. Como es sabido, la LPCL es la principal norma legal que regula las relaciones entre trabajadores y empleadores y, en atención a sus objetivos, se puede colegir que las normas que lo componen, orientan su regulación hacia la consecución de una mayor productividad (mayor volumen de venta, mayores utilidades, etc.), y en el camino a lograr este fin se reconoce el importante rol del trabajador.

En la misma línea, la doctrina jurídica coincide ya que, acertadamente, indica que, cuando un empresario contrata un trabajador, lo que busca es obtener una utilidad, de modo que el trabajador no es contratado simplemente para trabajar, sino que para obtener cierto resultado que satisfaga el interés que persigue el empresario (Gorelli, 2004, pp. 396-397). Al empleador le interesa mantener vínculo con trabajadores que aporten a la productividad de la empresa y, por el contrario, no le interesa mantener vínculo con aquellos trabajadores que no rindan en el trabajo.

En este punto, es importante recordar que la relación laboral es una relación jurídica que es patrimonial y, a la vez, personal. Como lo desarrollaremos a lo largo de la investigación, en el contrato de trabajo, la entidad materia de intercambio que ofrece el trabajador es la prestación de servicios personales y subordinados, en la cual involucra su propia subjetividad humana a cambio de una remuneración. De este modo, si bien en el contrato de trabajo hay un intercambio económico, al mismo tiempo hay un involucramiento de la personalidad. Empero, no se debe perder de vista que hay un vínculo de cooperación intersubjetiva. Por tanto, debe haber un beneficio mutuo: ni el trabajador hace labor de voluntariado ni la empresa es una beneficencia pues ambas partes buscan un resultado económico.

En atención a lo señalado, la búsqueda de que el trabajador tenga un buen rendimiento y, por tanto, mantenga buenos resultados rentables para el empleador es un objetivo legítimo y jurídicamente valioso. Así, el ánimo de lucro bilateral es

1 “Artículo 1°.- Son objetivos de la presente Ley: a) Fomentar la capacitación y formación laboral de los trabajadores como un mecanismo de mejoramiento de sus ingresos y la productividad del trabajo; b) Propiciar la transferencia de las personas ocupadas en actividades urbanas y rurales de baja productividad e ingresos hacia otras actividades de mayor productividad [...]”.

fidedigno. De este modo, regresando a lo mencionado anteriormente, es interés del empleador contratar y mantener vínculo con trabajadores que produzcan y generen ganancias, por tanto, cuyo trabajo sea rentable. Entonces, si un trabajador no aporta o no produce de manera adecuada se debería activar la desvinculación como una especie de remedio, evidentemente, luego de haber aplicado medidas previas razonables tales como una debida capacitación, por ejemplo².

En vista de lo expuesto, se puede observar que esta causal de despido se encuadra en un contexto en el cual el interés está en que el trabajador produzca siendo la última medida la ruptura del vínculo. En teoría, lo lógico y natural sería que el fin de la relación laboral con un trabajador suponga la liberación de una posición de trabajo que otro potencial trabajador que está en el mercado puede ocupar y, eventualmente, desempeñar satisfactoriamente aportando un rendimiento y/o productividad adecuada. De este modo, un despido por rendimiento deficiente fungiría como un mecanismo de renovación del mercado laboral por meritocracia.

Según lo proponemos en el presente estudio, el despido por rendimiento no es un evento aislado ni tampoco es el motivo por el cual existen evaluaciones de rendimiento; el despido es solamente un eslabón (el último) de una cadena de gestión de talento que engloba evaluaciones, retroalimentación, capacitación, etc., de modo que la labor de medir el rendimiento de los trabajadores implica un largo y complejo proceso de evaluación que debe tener como principal objetivo desarrollar al personal siendo el despido por rendimiento deficiente una consecuencia última e, incluso, residual.

En atención a lo anterior, la figura del despido por rendimiento deficiente no es autárquica, sino que convive y debe circunscribirse en un entorno jurídico más complejo. En ese sentido, no basta con analizar el escueto texto normativo que regula este tipo de despido, sino que, para un adecuado entendimiento, se deben explorar las instituciones jurídicas adyacentes que dan sentido a la figura del despido.

En virtud de lo señalado, se puede colegir que, para abordar correctamente la causal de despido por capacidad por rendimiento deficiente, es menester entender tanto la importancia de la evaluación de rendimiento como el lugar o rol

2 En este punto, consideramos que justamente el despido por capacidad por rendimiento deficiente establecido en el artículo 23, literal b, de la LPCL conecta con el objetivo de la misma LPCL prescrito en el artículo 1, y funge como remedio para aquellos casos en los cuales el trabajador, a pesar de haber sido capacitado y formado (en igualdad de condiciones que sus compañeros), no logra alcanzar la productividad razonablemente esperable.

que ocupa el despido dentro del sistema de gestión del desempeño. Consecuentemente, es relevante estudiar no solo la imputación del preaviso, que vendría a ser el inicio formal del procedimiento de despido, sino que también la evaluación de rendimiento, la cual es un presupuesto anterior. Así, la atención debe enfocarse no únicamente en el despido formal en estricto, sino que, además, debe estar en el desarrollo de la relación laboral (evaluaciones de rendimiento adecuadas, capacitaciones constantes, etc.) porque, sin ello, será inviable la aplicación correcta de esta causal de despido.

Cabe señalar que, debido a que se trata del estudio de una causal de despido que, potencialmente, puede despojar de trabajo a una persona (y, por ende, de sus ingresos), se debe aplicar tuitivamente en concordancia con los principios propios del derecho laboral. Además de ello, es importante precisar que estos lineamientos protectores deben llegar a formar parte de la misma evaluación, ya que ello sustenta el despido mismo.

Ahora bien, hasta este momento se ha definido que la causal de despido por rendimiento deficiente tiene problemas jurídicos que dificultan su aplicación (por ejemplo, oscuridad normativa y vacíos legales). Sin perjuicio de ello, es claro que esta causal de despido es una manifestación de la relación existente entre la productividad y el derecho, la misma que se puede observar en la normativa y se concreta en diferentes momentos de la relación laboral. En ese sentido, la relación laboral es patrimonial y personal, por lo que ambas partes del contrato buscan un resultado económico, de modo que, si alguna de las prestaciones es deficiente (específicamente, la del trabajador), el despido por rendimiento deficiente funciona como un remedio. Sin embargo, dicho tipo de despido no es un evento aislado, sino que interactúa con diferentes instituciones jurídicas que es relevante conocer para su adecuada aplicación.

En virtud de lo mencionado, la intención de esta investigación es producir un estudio general e integral de esta causal de despido. No obstante, no sería posible profundizar de manera suficiente si se trata de una reflexión meramente abstracta, por lo que es imperiosa la necesidad de analizar el funcionamiento de esta causal de despido en situaciones reales, prácticas y concretas para, a partir de las problemáticas reales, poder generar las soluciones jurídicas que se necesitan para la aplicación adecuada de esta causal.

Es por ello que resulta necesario enfocar la investigación en un grupo de trabajadores cuyas labores calcen dentro del ámbito de aplicación de la causal de despido por rendimiento deficiente. Al respecto, en la doctrina nacional, autores

como Ferro y Cadillo coinciden en que la aplicación de la causal de despido por rendimiento deficiente resulta compatible con labores de venta.

Así, Víctor Ferro advierte que la normativa limita la aplicación de causal a labores que cuenten con funciones que puedan medirse o evaluarse de forma objetiva y veraz como es el caso de las labores vinculadas a ventas (2019, p. 147). En la misma línea, Carlos Cadillo coincide al acotar que, si el rendimiento no es cuantificable, no se podrá aplicar la causal de despido por rendimiento deficiente (2013, p. 89). De hecho, estas posturas se pueden complementar con la opinión de Justo López, quien precisa que, justamente, los sistemas de recompensas o compensaciones de los vendedores son ligados a la performance. La estructura remunerativa se basa comúnmente en la percepción de una remuneración variable vinculada al rendimiento (1997, p. 462).

De manera general, se puede indicar que entre las principales funciones podemos mencionar la venta, el despacho, las atenciones, etc. (Johnston & Marshall, 2009, pp. 213-214). Asimismo, entre los principales criterios de medición del desempeño del personal se pueden mencionar, por ejemplo, el volumen de ventas, índice de cumplimiento de meta, rentabilidad de las ventas, etc. (p. 214). Del mismo modo, entre las principales compensaciones tenemos los incrementos salariales, bonificaciones, ascensos, mejor territorio o cartera, incentivos no económicos (concursos, viajes, etc.), seguridad de empleo, etc. (p. 214).

Como se puede observar, existen tres momentos claramente identificados en las actividades de venta: en primer lugar, el direccionamiento de las funciones; en segundo lugar, la medición de tales funciones; y, en tercer lugar, las consecuencias según índice de cumplimiento de dichas funciones. Según se observa, al momento de medir la performance del vendedor se siguen criterios de volúmenes, índices, y/o cantidades. En otras palabras, el trabajo del vendedor se mide en claros indicadores numéricos, objetivos y/o imparciales.

En atención a lo mencionado, consideramos que un grupo de trabajadores adecuado para tal análisis son aquellos trabajadores que realizan labores de venta, los mismos que en la dinámica comercial y empresarial son conocidos como fuerza de ventas (Vega, 2005, p. 19).

De esta manera, consideramos que, si se estudia y analiza la causal de despido por rendimiento deficiente observando o atestiguando su funcionamiento y/o comportamiento en casos reales y concretos, se pueden identificar de forma óptima las situaciones en las cuales se generan los diferentes problemas jurídicos

que ostenta. De lo contrario, un análisis abstracto de la referida causal nos llevaría a la misma situación de confusión que existe en la actualidad, en la cual no hay fuentes teóricas que realicen un análisis detallado sobre esta causal en los hechos, en la realidad.

Al abordar específicamente posiciones de fuerza de ventas, esta investigación profundiza en un análisis más especializado de la problemática de vendedores. Sin embargo, una gran parte del análisis que se desarrollará en este estudio es posible de ser homologada en posiciones que cumplen funciones a destajo o similares, ya que los problemas que surgen al momento de la aplicación de la causal son semejantes.

Asimismo, como se verá más adelante, lo más relevante para la aplicación de esta causal es que las principales labores del trabajador sean medibles de manera objetiva (numérica, estadística, imparcial). En ese sentido, consideramos que algunas posiciones que no necesariamente hacen labor de venta, con algunos ajustes a la labor, podrían medirse objetivamente; de hecho, en otras latitudes, oficios como peluqueros (cantidad de cortes y valor), operarios de carga (cantidad de pallets removidos) o personal de operaciones (cantidad de trámites atendidos) han sido evaluados bajo un esquema de rendimiento. Sin embargo, en nuestro país, la labor naturalmente medida por rendimiento (y a la que no había que hacer mayor ajuste) es la del vendedor, por lo que se consideró como la mejor alternativa para realizar el estudio.

En atención a lo expuesto, la causal de despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad es una institución con diferentes problemáticas y dificultades. De hecho, al ser una causal que se vincula con otras instituciones laborales, su estudio supone una complejidad especial. Es por ello que es fundamental realizar una serie de definiciones vinculadas al origen de la relación laboral, es decir, el contrato de trabajo.

Asimismo, como lo hemos indicado, al tratarse de una institución capaz de despojar del trabajo a una persona, es sumamente relevante aplicar los principios jurídico-laborales para comprender, interpretar e integrar aquellas situaciones en las cuales se presenten dilemas jurídicos que necesiten una solución.

Finalmente, en las próximas páginas, haremos un amplio desarrollo de esta materia, la misma que esperamos sirva para que este tipo de despido se entienda y aplique de la manera más adecuada y acorde a nuestro sistema jurídico y sus principios.

CAPÍTULO I

EL DEBER DE RENDIMIENTO EN EL MARCO DEL CONTRATO DE TRABAJO

CAPÍTULO I

EL DEBER DE RENDIMIENTO EN EL MARCO DEL CONTRATO DE TRABAJO

La productividad es uno de los principales objetivos de toda empresa y del ordenamiento jurídico en general. En ese sentido, el rendimiento del trabajador tiene un rol trascendental en la consecución de la ansiada productividad.

Al respecto, como lo adelantamos, en nuestra opinión, el despido por rendimiento deficiente supone un recurso para el impulso de la productividad; sin embargo, en la actualidad ejecutar un despido por bajo rendimiento es un completo misterio. Si bien es cierto que la legislación establece algunas pautas o lineamientos para realizar un despido por esta causa; no obstante, la normativa no es muy precisa sobre el tema y, además de ello, no existen muchos pronunciamientos judiciales ni doctrina nacional que nos ilustren.

En atención a lo mencionado, uno de los objetivos de este trabajo es desarrollar el trasfondo jurídico del despido por rendimiento deficiente en la legislación nacional (específicamente, respecto del personal de fuerza de ventas) y, para ello, es necesario revisar no solo las normas expresas o los pronunciamientos jurisprudenciales que existan, sino que también aspectos fundamentales de la institución. Esto porque consideramos que entender los fundamentos o presupuestos del tipo de despido nos pueden ayudar a aplicar adecuadamente esta causal para la extinción del contrato de trabajo.

En ese sentido, la mejor manera de comenzar es por el origen: el contrato de trabajo. De esta manera, a continuación, realizaremos una revisión general de ciertos conceptos que son de relevancia para entender este tema, como es el caso del contrato de trabajo, poder de dirección, entre otros.

I. El contrato de trabajo: concepto, objeto, causa y elementos esenciales

Tradicionalmente, el contrato de trabajo se ha definido como un acuerdo de voluntades entre el trabajador y el empleador para la prestación de servicios personales y subordinados a cambio de remuneración (Toyama, 2015, pp. 65-66). Como lo señala Luz Pacheco, el contrato de trabajo se configura como un negocio jurídico bilateral de cambio, del tipo “doy para que hagas y hago para que des” (2012, p. 5). Como podemos observar, el contrato de trabajo genera una relación cambiaria entre dos partes a las cuales se les asigna determinadas prestaciones principales: la de remunerar a cargo del empleador y la de prestar trabajo subordinado a cargo del trabajador (Pizarro, 2006, p. 23).

Estas aproximaciones doctrinarias cuentan con un correlato en la legislación, ya que, si bien es cierto la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) no contiene una definición de *contrato de trabajo*, sí describe una determinada situación de hecho en base a la cual se presume la existencia de un contrato de trabajo (Pacheco, 2012, p. 4). De esta manera, en el artículo 4 de la LPCL establece lo siguiente:

“Artículo 4.- “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado [...]”.

Sobre el particular, como indica Luz Pacheco, a partir de esta norma se pueden identificar los elementos que configuran al contrato de trabajo. Según esta autora, existen dos elementos implícitos que son la causa y el objeto del contrato de trabajo³, y tres elementos explícitos, que son la prestación personal, remuneración y subordinación (Pacheco, 2012, p. 5). A continuación, se desarrollarán los elementos implícitos y explícitos del contrato de trabajo.

3 La causa y el objeto del contrato son elementos principalmente estudiados en la disciplina civilista. Sin embargo, el profesor Jorge Toyama indica que la jurisprudencia nacional (por ejemplo, en la Casación 048-2004-Lima) aplica justamente el Código Civil de manera supletoria a fin de analizar la validez del contrato de trabajo como negocio jurídico en general, más allá de sus elementos y reglas particulares del contrato de trabajo en la disciplina laboral (2015, p. 165).

1. Elementos implícitos del contrato de trabajo

a) El objeto del contrato de trabajo

Sobre el particular, según algunos autores, en la medida de que el objeto del contrato de trabajo importa una utilidad material para los sujetos del acuerdo, en el caso de un contrato de trabajo el objeto está constituido por el servicio que el trabajador se compromete a prestar y por el salario en cuanto precio del trabajo prestado (Valverde, Rodríguez & García 2006, p. 496). Esta opinión es compartida por el profesor Toyama, quien indica que el objeto del contrato está constituido por el servicio que el trabajador se compromete a prestar y por el salario en cuanto precio del trabajo prestado (2015, p. 165). Si bien bajo estas posiciones el objeto se refiere a las prestaciones a cargo de cada parte del contrato, es preciso indicar que la prestación del servicio no es un hecho aislado, sino que involucra la propia personalidad del trabajador.

Así, como lo indica Efrén Córdova, el objeto del contrato está representado por la prestación de trabajo la cual debe ser determinada, posible y lícita⁴, la misma que no es una mera cosa sino una aptitud inseparable de la persona que ejecuta el contrato (1997, p. 299). Es decir, en el contrato de trabajo, el objeto no se agota en el mero servicio; es decir, no solo involucra la prestación de trabajo sino también las aptitudes de la persona del trabajador. En ese sentido, Alonso Olea señala que existe una unión indisoluble entre el trabajo como objeto del contrato y el trabajador como sujeto del mismo, en la medida que el primero emana del segundo (1963, p. 134). En la doctrina nacional, Luz Pacheco ha señalado exactamente lo mismo al indicar que el trabajador en el contrato de trabajo no cede bienes, sino que algo que emana de su ser y que, por tanto, es inseparable de su persona (2012, p. 9).

Sobre el particular, debemos tener en cuenta que el objeto del contrato de trabajo, no solo es el servicio materia de intercambio, sino que también las aptitudes del sujeto que ejecuta el mismo servicio. Al respecto, hacer referencia a *aptitud* involucra el concepto de *capacidad*, el mismo que abordaremos

4 Esta opinión coincide con lo regulado en nuestro país, ya que, como la jurisprudencia civil ha precisado, el objeto de los contratos se refiere a todas las cosas, prestaciones y servicios que no están fuera del comercio de los hombres y que sean posibles (Casación 2248-99-Tacna). Esto, además, debe entenderse al amparo de lo establecido en el Código Civil que establece que la obligación que es objeto del contrato debe ser lícita y posible (artículo 1403).

con mayor detalle más adelante. Sin perjuicio de ello, podemos decir que, para ejecutar el objeto del contrato de trabajo, es decir, realizar el servicio pactado, será indispensable que el trabajador sea capaz o idóneo (Sagardoy, 1971, p. 10), lo cual no es otra cosa que el trabajador cuente con la capacidad suficiente para ejecutar adecuadamente la prestación pactada; es decir, que el mismo reúna las cualidades y/o aptitudes (físicas y mentales) necesarias para ejecutar el objeto del contrato de trabajo sin mayor problema.

Cabe señalar que, al ser el objeto tanto el servicio como la persona, este objeto se puede ver afectado desde dos frentes: cuando el servicio es prestado de modo defectuoso, o cuando el sujeto carece de las cualidades para ejecutar satisfactoriamente el mismo servicio. Como advierte Sagardoy, si el sujeto (trabajador) no posee la capacidad para realizar el servicio (ineptitud), esta carencia afecta directamente el propio objeto del contrato de trabajo, haciéndolo defectuoso (1971, p. 21). Según indica David Montoya, la falta de aptitudes en la persona del trabajador puede generar la extinción del contrato de trabajo por desaparición o imposibilidad de su objeto (2015, p. 183). En ese sentido, en el supuesto de que un trabajador tenga considerables y constantes deficiencias en sus labores, sería posible justificar la extinción del mismo contrato, toda vez que el objeto del contrato deviene en irrealizable (Sagardoy, 1971, p. 21).

Este planteamiento ha sido asimilado por la jurisprudencia en la Casación Laboral 21599-2018-Sullana, en la cual se aborda un proceso por despido en relación con la capacidad en la cual se indica lo siguiente:

El contrato de trabajo impone al trabajador una prestación personalísima e infungible razón por la cual cuando se convierte en imposible su cumplimiento por un hecho de fuerza mayor, el contrato carece de objeto, motivo por el cual las partes quedan habilitadas para extinguirlo (§ 7).

A partir de lo mencionado, podemos concluir que el objeto del contrato es la entidad materia de intercambio que se realiza mediante el acuerdo de voluntades. En el caso del contrato de trabajo, sería la prestación de servicios personales y subordinados que ofrece el trabajador en el cual involucra su propia subjetividad humana. Asimismo, la afectación de este objeto habilita la resolución del contrato. En resumen, el objeto del contrato de trabajo no solo es el servicio (personal y subordinado), sino que el sujeto mismo del trabajador que ejecuta el acuerdo.

b) La causa del contrato de trabajo

La causa como elemento del contrato ha sido ampliamente estudiada por la doctrina civilista durante décadas. Sin embargo, como señala Luis Díez-Picazo, la causalidad del contrato es uno de los temas más oscuros y difíciles de aprehender por la doctrina y la técnica del derecho civil (2007, p. 255). En ese sentido, si bien la teoría civil es variada sobre este tema, podemos indicar que, en general, la causa se entiende como la función económico-social del acto jurídico, en específico, del contrato (Juanes, 2012, p. 48).

Con relación a nuestro sistema jurídico, si bien el Código Civil no hace referencia a la causa como elemento esencial de la obligación en el contrato, tal omisión legislativa no equivale a negar su existencia (Pacheco, 2012, p. 5). En ese sentido, en concordancia con la definición precitada, Luz Pacheco señala que la causa del contrato es la razón práctica típica, la función económico-social del negocio querida por el ordenamiento jurídico para un contrato específico. En ese sentido, la causa legal del contrato de trabajo es el intercambio de servicios personales y subordinados por remuneración. Se podría denominar que esta es la causa legal, ya que es la ley la que impone que, cuando las partes se han puesto de acuerdo en la prestación de servicios personales, remunerados y subordinados, han celebrado un contrato de trabajo (Pacheco, 2012, p. 6). Como se puede observar, y así lo señalan algunos autores, entre causa y objeto del contrato de trabajo se produce una cierta identificación (Molero & otros, 1997, p. 215).

En la misma línea, el profesor Ojeda Avilés indica que el contrato de trabajo canaliza servicios voluntarios, retribuidos, por cuenta ajena, dentro de una organización y bajo la dirección del empleador. En atención a ello, la causa viene definida habitualmente por la prestación característica del contrato. Así, en el contrato de trabajo la causa consiste en el trabajo realizado en la ajenidad y el sometimiento a la dirección y al ámbito de organización del empleador (Ojeda, 2007, p. 375). Cabe precisar que el doctor Efrén Córdova precisa que la causa debe ser lícita, y este es el intercambio de remuneración para el trabajador y el provecho de los servicios personales para el empleador (1997, p. 300).

En virtud de lo señalado, la causa del contrato de trabajo es el tipo de operación económica socialmente relevante que nos permite hacer el contrato

como instrumento o vehículo jurídico de colaboración entre sujetos (trabajador y empleador); en ese sentido, la causa es la acción de intercambio de trabajo personal y subordinado por remuneración que la ley ha reconocido al tipo contrato de trabajo.

A partir de lo señalado podemos decir, por un lado, que el objeto del contrato de trabajo es el servicio personal y subordinado que realiza el trabajador en el involucramiento mismo de su humanidad. Por otro lado, se puede afirmar que la causa del contrato de trabajo es esta función de intercambio de trabajo personal y subordinado por remuneración que la ley le ha asignado a la figura o tipo contrato de trabajo.

En atención a estos dos elementos el contrato, como instrumento jurídico mediante el cual dos sujetos canalizan sus intereses, funciona y tiene vida propia en la medida de que el objeto materia del contrato se pueda realizar física y jurídicamente y, además, que efectivamente se concrete la operación económica legalmente establecida para el tipo de contrato en cuestión. Caso contrario, si el objeto y la causa concreta del contrato devienen en imposibles jurídica o físicamente, la consecuencia es que el contrato pierde razón para supervivir.

En atención a lo anterior, podemos afirmar que, a partir del objeto y causa del contrato de trabajo, se desprende lo que la doctrina laboral ha denominado como los “elementos esenciales” o, en palabras de Luz Pacheco, los “elementos explícitos”. Estos son el carácter personal, la remuneración y la subordinación. Un estudio detallado de estos tres elementos es fundamental no solo para determinar la existencia de un contrato de trabajo, sino que también para entender los motivos que justifican la resolución del mismo. A continuación, explicaremos cada uno de estos elementos.

2. Elementos explícitos del contrato de trabajo

i. Prestación personal de servicios

En primer lugar, de manera general, se puede señalar que el carácter personal implica que la prestación materia del contrato debe ser cumplida únicamente por el trabajador contratado anulando la posibilidad de delegar la ejecución a una tercera persona; y, por ello, se trata de una obligación *intuitu personae* (Ferro, 2009, p. 15). Como bien señala Ferro, este elemento ha sido expresamente reconocido por la normativa laboral en el artículo 5 de la LPCL, que establece lo siguiente:

“Artículo 5°. - Los servicios para ser de naturaleza laboral, deben ser prestados en forma personal y directa solo por el trabajador como persona natural. No invalida esta condición que el trabajador pueda ser ayudado por familiares directos que dependan de él, siempre que ello sea usual dada la naturaleza de las labores”.

A partir de lo precitado, se puede notar que la ley ha sido clara al establecer que, en un contrato de trabajo, los servicios deben ser ejecutados únicamente por la persona del trabajador (como persona natural) colocando solamente como excepción el trabajo ayudado por familiares directos, siempre y cuando esta práctica sea usual en la realización de tales labores.

Sin perjuicio de lo mencionado, el elemento personal del contrato de trabajo no se agota en la característica de obligación *intuitu personae* expuesta, sino que comprende a la capacidad del trabajador; ya que, como indica Ferro, cuando el empleador contrata a un trabajador, no solo es para que este realice directamente la prestación sino, que también por las cualidades personales propias del trabajador (2019, p. 18).

Al respecto, es posible llegar a una noción de capacidad a partir de una interpretación *a contrario* de definiciones de algunos autores sobre incapacidad. En ese sentido, de acuerdo a la Organización Internacional de Trabajo, la incapacidad de un trabajador está vinculada a la incompetencia o insuficiencia profesional que puede tener origen en su falta de conocimientos o en su capacidad natural. En otras palabras, se refiere a una carencia de calificaciones o aptitudes necesarias para ejecutar las tareas propias del puesto (Canessa, 2009, p. 297). La falta de capacidad, o de aptitud, del trabajador puede obedecer a dos motivos: i) carencia de las competencias o cualidades necesarias para desempeñar ciertas tareas, lo que redundará en un desempeño insatisfactorio; y ii) desempeño laboral insuficiente no por causa de una falta cometida deliberadamente, así como diversos grados de incapacidad para hacer el trabajo a raíz de una enfermedad o lesión (OIT, 2009, p. 2).

Por su parte, Sagardoy indica que la ineptitud (o incapacidad) puede estar en la carencia de condiciones adecuadas para cumplir apropiadamente con la obligación de trabajo dimanante del contrato (1971, p. 5). Asimismo, Carlos Blancas indica que la incapacidad está relacionada a una inadecuación entre las exigencias de la ocupación a desempeñar y las aptitudes del trabajador (Blancas, 2013, p. 175). Del mismo modo, Gustavo Quispe y Federico Mesinas

afirman que la incapacidad implica la falta de idoneidad del trabajador para realizar el servicio que presta, de modo que no cuenta con un desempeño óptimo en el centro de trabajo (Quispe & Mesinas, 2009, p. 17).

A partir de las definiciones precitadas, es posible concluir, *a contrario sensu*, que la capacidad implica que un trabajador cuenta con las competencias y aptitudes necesarias para la ejecución adecuada de las labores del puesto de trabajo para el cual ha sido contratado. En ese sentido, y como lo adelantamos, un trabajador capaz es equivalente a un trabajador idóneo que pueda ejecutar el objeto del contrato de trabajo, es decir, realizar el servicio pactado (Sagardoy, 1971, p. 10). Por el contrario, un trabajador incapaz o inepto es una persona que carece de las aptitudes necesarias para realizar su prestación laboral de manera adecuada, lo cual implica que la prestación de trabajo se realiza de manera defectuosa.

Sobre el particular, Cadillo afirma que el trabajador tiene como compromiso la prestación personal de sus servicios, lo cual implica que este trabajador aplique una capacidad tal que logre el desempeño o los resultados razonablemente esperados por el empleador, de manera que este obtenga la rentabilidad necesaria respecto del trabajador contratado; de lo contrario, se puede configurar un supuesto de excesiva onerosidad (2013, p. 69).

Como se puede colegir de la opinión de Cadillo, el elemento personal del contrato de trabajo está íntimamente vinculado con la capacidad del trabajador. Es decir, el elemento personal del contrato de trabajo no solo implica un contrato *intuitu personae*, sino que, además, supone que el trabajador deba contar con la capacidad suficiente para ejecutar adecuadamente la prestación pactada, es decir, que reúna las cualidades y/o aptitudes (físicas y mentales) necesarias para ejecutar el objeto del contrato de trabajo sin mayor problema.

Al respecto, según se mencionó líneas arriba, existe una unión indisoluble e inseparable entre el trabajo como objeto del contrato y el trabajador como sujeto del mismo, toda vez que el primero emana del segundo (no solamente se cede un bien, sino que algo que emana de una persona) (Olea, 1968, p. 134; Pacheco, 2012, p. 9). En ese sentido, la ineptitud (o falta de capacidad) al incidir de modo directo sobre la persona del trabajador, se traslada sobre el propio objeto del contrato haciéndolo defectuoso (Sagardoy, 1971, p. 21).

De esta manera, es claro que la capacidad de un trabajador es parte de la configuración del contrato de trabajo, la cual impacta o está involucrada con

el objeto mismo del contrato de trabajo, así como en el elemento personal. De este modo, el carácter personal de la relación laboral no se agota en la determinación de las características de la ejecución de la prestación o de las características del sujeto que ejecuta la prestación, sino que también sirve para justificar la misma extinción de la relación laboral como veremos a continuación.

Así, según la precitada opinión de Cadillo, el indicador de que el trabajador es capaz para el cumplimiento del objeto del contrato de trabajo es que la prestación rinde los resultados esperados por el empleador, de manera que el trabajo del trabajador es rentable (esto se determinará a través de una evaluación de rendimiento). Caso contrario, no solo sería no rentable, sino que incluso injusto mantener en el trabajo (con el respectivo pago de remuneración) a un trabajador cuyo trabajo tiene un serio y constante déficit, lo cual, como indican Cadillo y Sagardoy, puede justificar la extinción del mismo contrato, ya que, como lo señalamos anteriormente, el objeto del contrato deviene en irrealizable.

En la misma línea, Quesada afirma que la falta de capacidad genera bajo rendimiento, lo cual implica la existencia de un incumplimiento contractual no voluntario por parte del trabajador, que puede generar un desequilibrio en las prestaciones recíprocas gatillando una situación de excesiva onerosidad para el empleador, ante lo cual sería legítima la extinción de la relación laboral (1989, p. 50).

Finalmente, cabe recordar la opinión de Montoya, quien advierte que la ineptitud es una causa de extinción del contrato de trabajo por desaparición o imposibilidad de su objeto que puede ser aplicada cuando las condiciones de ejecución de la prestación de trabajo representen un sacrificio excesivo para el empleador. En este sentido, la ineptitud no presupone la absoluta imposibilidad material de la prestación de trabajo, pero sí la presencia de defectos en su ejecución de tal magnitud cualitativa y/o cuantitativa que justifiquen la extinción unilateral del contrato por parte del empleador (Montoya, 2015, p. 183).

A partir de lo expuesto, es posible afirmar que la capacidad del trabajador es un aspecto integrado dentro del elemento personal del contrato de trabajo y, definitivamente, en el objeto mismo del contrato (es decir, en lo más nuclear y profundo). Asimismo, es posible colegir que un trabajador capaz es aquel

que reúne las competencias y aptitudes necesarias para la ejecución del objeto del contrato de trabajo, de manera que cumple con el deber contractual de realizar adecuadamente las labores del puesto de trabajo para el cual ha sido contratado generando un resultado útil y rentable para el empleador.

Finalmente, es posible afirmar que la capacidad se puede apreciar a través de los resultados que genera la prestación laboral. De este modo, la ausencia de resultados evidencia el bajo rendimiento, lo cual es indicador de falta de capacidad del trabajador y justifica la resolución del contrato de trabajo debido a la excesiva onerosidad que implica la supervivencia de la relación en condiciones de déficit de productividad. En ese sentido, la falta de capacidad ataca un elemento implícito del contrato de trabajo que es el objeto y, además, un elemento explícito que es el elemento personal, de modo que esta afectación genera y justifica la ruptura del vínculo laboral.

ii. Remuneración

Como toda relación cambiaria, la relación laboral es de carácter oneroso. En ese sentido, la remuneración supone el valor económico por el cual el empleador retribuye los servicios del trabajador (Toyama, 2015, p. 67). De este modo, la remuneración es la prestación a cargo del empleador, la cual ha sido definida por nuestra legislación como el íntegro de lo que el trabajador recibe como contraprestación por sus servicios, sea en dinero o en especie⁵.

Como se ha mencionado, la remuneración es un elemento del contrato de trabajo, y es parte del objeto de este. Al respecto, es preciso preguntarse si una afectación al elemento personal por incapacidad y que afecta la prestación a cargo del trabajador puede justificar la resolución del contrato de trabajo por parte del empleador. ¿Es posible que una afectación a la prestación a

5 Texto Único Ordenado de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios (D.S. 001-97-TR, 1997): “Artículo 6.- Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social, así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto”.

cargo del empleador, que es la remuneración, gatille la resolución por parte del trabajador?

Sobre el particular, Carlos Blancas señala que la relación de trabajo resulta lesionada grave e irreversiblemente, no solo cuando el trabajador incumple sus obligaciones fundamentales, sino que también cuando el empleador incurre en falta a sus obligaciones y prestaciones. En ese sentido, así como el empleador está facultado legalmente para extinguir la relación laboral ante un incumplimiento del trabajador mediante el despido, de igual manera, el trabajador está facultado por ley para extinguir la relación de trabajo cuando el empleador incumple sus obligaciones (Blancas, 2013, p. 633).

Sobre el particular, nuestra legislación ha establecido en el artículo 30 la facultad del trabajador de resolver el contrato de trabajo en caso el empleador afecte indebidamente la remuneración incurriendo en un incumplimiento contractual. De esta manera, la LPCL ha establecido lo siguiente:

Artículo 30.- Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

- 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;
- b) La reducción de la categoría y de la remuneración. Asimismo, el incumplimiento de requisitos objetivos para el ascenso del trabajador. [...]

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.

Como se puede observar, si el empleador no paga o reduce la remuneración del trabajador, este último puede acusar lo que la doctrina ha denominado *despido indirecto* (Blancas, 2013, p. 634), y de esta manera concluir el contrato de trabajo, y pedir la indemnización por despido arbitrario.

Sobre el particular, es importante indicar que la remuneración puede ser otorgada en base a dos grandes criterios: por unidad de tiempo o por unidad de resultado. Normalmente, el salario por unidad de tiempo que se entrega es, independientemente de la cantidad de trabajo aportado, por el tiempo transcurrido a disposición del empleador (mensual, semanal, diario, etc.) siendo normalmente un salario fijo (por ejemplo, dos mil soles mensuales).

Por otro lado, también está la remuneración por unidad de resultado que se otorga a razón del rendimiento del trabajador como es el salario a destajo o por comisiones (López, 1997, pp. 458-462).

En el caso de los vendedores (conjunto de trabajadores sobre el cual se enfoca esta investigación), comúnmente se remunera a base de comisiones. Este tipo de remuneración variable o imprecisa (denominada así por la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios) se caracteriza por computarse en relación a un determinado negocio, por ejemplo, la comisión por ventas (López, 1997, p. 461). La comisión puede ser una tarifa determinada (por ejemplo, veinte soles por venta) o un porcentaje de la venta (10 % del costo del producto vendido) (Blancas, 2013, p. 662).

Como se adelantó en la introducción, esta forma de remunerar a los puestos de fuerza de ventas permite que el rendimiento del trabajador pueda ser observado periódicamente debido a que su propia retribución se calibra sobre la base del desempeño. Cabe señalar que, en el caso de la remuneración por comisiones, también está protegida por el artículo 30 de la LPCL (prohibición de la reducción de la remuneración). En ese sentido, una afectación *in peus* de las tarifas o porcentajes de la comisión también afectaría el elemento remuneración del contrato de trabajo gatillando un despido indirecto.

A partir de lo señalado, se puede concluir que la presencia de remuneración no solo es prueba de la existencia de un contrato de trabajo⁶, sino que su afectación también puede justificar la extinción del mismo, toda vez que lesionar la remuneración implica afectar el objeto y causa del mismo contrato de trabajo, lo cual afecta elementos implícitos y explícitos del contrato y genera y justifica la resolución del contrato por parte del sujeto afectado, es decir, el trabajador. En el caso del despido indirecto, el trabajador resuelve el contrato y el empleador es castigado por la ley con el pago de la indemnización por despido arbitrario correspondiente debido a la falta de sus deberes.

Como se puede observar, ocurre un fenómeno similar al descrito en el punto anterior en el cual, si el carácter personal de la prestación laboral se ve afectado por la incapacidad del trabajador, entonces, el empleador se encuentra

6 Sobre el particular, en una relación en la cual existe prestación personal pero no existe remuneración es posible que se trate de una relación diferente como, por ejemplo, un voluntariado.

en posición de resolver el contrato, toda vez que tal incapacidad afecta directamente el objeto mismo del contrato.

iii. Subordinación

En general, la subordinación es el elemento diferenciador entre un contrato de trabajo y cualquier otra figura contractual, e implica la existencia de las facultades de dirección, fiscalización y sanción del empleador frente al trabajador (Ferro, 2019, pp. 19-20). De esta manera, se puede afirmar que la particularidad del contrato de trabajo es que mediante este se pacta el intercambio de servicios personales subordinados en donde el empleador tiene el poder de dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador. Esto se denomina técnicamente como *poder de dirección*. Como nos indica Ferro, subordinación y poder de dirección son el anverso y el reverso de una misma moneda, por lo que, en general, se trata de un mismo fenómeno (Ferro, 2019, p. 20).

Si bien más adelante se va a explicar con mayor detalle en qué consiste el poder de dirección haciendo hincapié en los aspectos relevantes para la ejecución de un despido en relación con la capacidad, es necesario precisar que, en resumen, el poder de dirección implica la facultad del empleador de dar órdenes al trabajador, fiscalizar el cumplimiento de las mismas y sancionar en caso de que no se cumpla con lo establecido.

Asimismo, de igual modo como ocurre con el carácter personal y la remuneración, la afectación de la subordinación por parte del trabajador o del empleador puede gatillar la extinción de la relación laboral. En el primer caso, cuando un trabajador incurre en una falta grave⁷, el empleador está facultado para sancionar ello con un despido por conducta y concluir la relación laboral. Como se puede observar el trabajador lesiona el elemento subordinación cuando incumple los deberes esenciales del contrato como no obedecer a las órdenes de trabajo o robar los bienes del empleador, de esta manera se afecta el objeto mismo del contrato.

7 El artículo 25 de la LPCL define a la falta grave como “la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación”, un ejemplo de falta grave puede ser 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 o la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo. La legislación establece un catálogo abierto de tipos de incumplimientos que son faltas graves y que lesionan la subordinación a tal punto de justificar la extinción de la relación laboral.

En un segundo supuesto, el elemento subordinación también puede ser afectado por el empleador cuando lo utiliza abusivamente e incurre en actos de hostilidad (Blancas, 2013, p. 653), los cuales pueden facultar al trabajador para resolver la relación laboral mediante un despido indirecto. Recordemos la opinión del profesor Blancas quien indica que la relación de trabajo resulta lesionada grave e irreversiblemente también cuando el empleador incurre en falta a sus obligaciones y prestaciones (Blancas, 2013, p. 633). A modo de ejemplo, el artículo 30° de la LCPL establece que el traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio, es un acto de hostilidad equiparable al despido.

En resumen, en este acápite, se han abordado el concepto, objeto, causa y elementos esenciales de contrato de trabajo, los cuales nos han ayudado a definir la existencia de un contrato de trabajo y a encontrar la justificación de su propia extinción: aquello que define su existencia, también determina su fin. En ese sentido, el objeto del contrato de trabajo es la prestación del trabajador, y la causa es el intercambio de trabajo personal y subordinado por remuneración, siendo que de tal objeto y causa se desprenden los denominados elementos esenciales: prestación personal, remuneración y subordinación, cada uno con sus propias particularidades.

Asimismo, se ha observado que la afectación de cualquiera de los elementos del contrato, tanto implícitos como explícitos o esenciales, como lo son el objeto y causa misma del contrato de trabajo justifica la extinción de la relación laboral. En ese sentido, si la prestación del trabajador se ve afectada por alguna lesión al elemento personal (incapacidad) y/o subordinación (falta grave o inconducta), entonces, el empleador se encuentra facultado para resolver el contrato.

Finalmente, si la prestación del empleador es afectada por este al reducir la remuneración o utilizar abusivamente el poder de dirección (acto de hostilidad), entonces el trabajador está en la facultad de resolver el contrato. Este planteamiento ha sido acogido por la jurisprudencia, la cual indica que “ante el incumplimiento de una de las partes, la perjudicada está facultada para extinguir el vínculo laboral; empero no cualquier inobservancia justifica la extinción, sino solo aquellos que por su gravedad no consientan la prosecución de la relación laboral” (Casación Laboral 21599-2018-Sullana).

II. Derechos del empleador: poder de dirección, facultad de fiscalización y derecho de evaluación

Como se mencionó en el acápite anterior, el poder de dirección es un elemento del contrato de trabajo que implica la facultad de dirigir, fiscalizar y sancionar la actividad del trabajador. De este modo, a continuación, se analizará los aspectos relevantes del poder de dirección desde el punto de vista de la ejecución de un despido en relación con la capacidad, haciendo un especial énfasis en la facultad de fiscalización debido a que dichas facultades son el sustento del derecho de evaluación, aspecto fundamental en la determinación de la capacidad o incapacidad de un trabajador.

1. El poder de dirección

Con relación a este poder jurídico, Manuel Luque lo ha definido como un poder privado derivado del derecho a la libertad de empresa cuya finalidad es adecuar los recursos humanos a las necesidades de la empresa para hacerla más competitiva (Toyama, 2015, p. 238). Al respecto, en la doctrina nacional, Jorge Toyama coincide en que efectivamente el poder de dirección proviene del derecho a la libertad de empresa, el cual está reconocido a nivel constitucional en los artículos 58 y 59 de la Constitución Política del Perú (Toyama, 2015, p. 239).

En la misma línea, Carlos Blancas indica que la libertad de empresa es un derecho fundamental que permite al empleador crear, organizar y dirigir su empresa, entre estos se encuentra el factor trabajo (Blancas, 2016, pp. 99-101). En ese sentido, dentro de esta libertad, el empleador tiene la potestad de contratar a los trabajadores, organizando el trabajo y la estructura de su empresa de la forma que estime conveniente (Toyama, 2015, p. 241). En atención a lo mencionado, en primer lugar, se debe tener en cuenta que, cuando el empleador ejerce las facultades propias del poder de dirección está ejerciendo el derecho fundamental a la libertad de empresa.

Ahora bien, es preciso citar a Lupo Hernández que indica que el poder de dirección implica la facultad de dirigir, dar órdenes e instrucciones, la facultad de reglamentar la prestación, la facultad de vigilar y fiscalizar y la facultad de sancionar (poder disciplinario) las faltas cometidas por el trabajador (Hernández, 1997, p. 406). Desde la doctrina nacional, Javier Neves ha indicado que el poder de dirección se adquiere a partir de la suscripción del contrato

de trabajo y se plasma en las atribuciones de dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador. De esta manera, el empleador está facultado para impartir instrucciones, verificar si estas se cumplen, y sancionar a quien incumpla con alguna de las disposiciones establecidas (Neves, 2014, p. 36). Por su parte, en opinión de Jorge Toyama, el poder de dirección ha sido recogido legalmente en el artículo 9 de la LPCL cuyo articulado señala lo siguiente:

“Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”.

Como se puede observar, el precitado artículo recoge la mayoría de las características del poder de dirección que los precitados autores han señalado, como el poder de impartir órdenes, la sanción de incumplimientos, etc., sin embargo, es importante resaltar que la norma también establece expresamente que el ejercicio del poder de dirección se debe realizar bajo criterios de razonabilidad (principio base del derecho laboral). Además de ello, se expresa la característica del poder de dirección como un poder funcional, lo cual, en palabras de Lupo Hernández, implica que es un poder que debe atender a los fines de la empresa y las necesidades de la producción (Hernández, 1997, p. 409)

Ahora bien, con relación al poder de dirección, el profesor Jorge Toyama nos expone algunas manifestaciones del mismo como, por ejemplo, que el empleador pueda organizar la prestación del trabajador y regularla, teniendo la posibilidad de establecer la forma, el modo o el lugar, entre otros aspectos. Asimismo, el empleador tiene la facultad para fiscalizar la ejecución de la prestación como, por ejemplo, la instalación de cámaras de video, o el registro corporal de los trabajadores a la salida del centro laboral a fin de evitar la pérdida de bienes de la empresa (Toyama, 2015, p. 243).

A partir de lo expuesto, es posible concluir que el poder de dirección es una manifestación del derecho a la libertad de empresa, por tanto, su ejercicio

implica una facultad jurídica establecida en la normativa nacional que debe ser ejercida con uso de un derecho constitucional. Asimismo, el poder de dirección debe ser ejercido con razonabilidad y funcionalidad, y que, en general, se faculta al empleador a establecer disposiciones dentro de la empresa en el marco de una relación. En segundo lugar, le permite revisar el cumplimiento de tales disposiciones y, en tercer lugar, ejecutar consecuencias en caso tales disposiciones se incumplan como, por ejemplo, sanciones. Ahora bien, puesto que ya hemos esbozado una noción general de lo que implica el poder de dirección, consideramos que es necesario realizar una breve revisión respecto de la facultad fiscalizadora específicamente.

2. La facultad de fiscalización

Como se ha señalado, la facultad fiscalizadora es una de las manifestaciones del poder de dirección, sin embargo, esta facultad tiene una especial importancia cuando hacemos referencia al despido por bajo rendimiento, en las próximas líneas realizaremos algunas reflexiones al respecto.

Si bien en el párrafo anterior se ha mencionado que la facultad fiscalizadora forma parte del poder de dirección, en este acápite debemos precisar que en nuestro país no existe una regulación específica de la facultad de fiscalización del empleador. Como señalan Juan Carlos Girao y Jorge Toyama, si bien el artículo 9 de la LPCL establece de cierta manera las facultades del empleador (la potestad de reglamentar las labores, dar órdenes, sancionar, ejercer el *ius variandi*), en dicha norma no se incluye expresamente la facultad fiscalizadora como tal (Toyama & Girao, 2014, p. 177). En concordancia, como lo señalan los autores anteriores, Blancas advierte que nuestro ordenamiento laboral hace referencia expresa a las facultades normativa, ordenadora, sancionadora y de variación o modificación (*ius variandi*), pero obvia mencionar la facultad de control y vigilancia (Blancas, 2013, p. 100).

Para tener una idea de esta facultad es preciso preguntarse: ¿qué se entiende por *fiscalización*? De acuerdo al Diccionario de la Real Academia Española, fiscalizar significa criticar y traer a juicio las acciones u obras de alguien (DRAE, 2020). Por otro lado, según Manuel Ossorio, fiscalizar implica acciones de criticar, enjuiciar, inspeccionar, revisar, vigilar, cuidar, estar al tanto; o seguir de cerca (Ossorio, 1974, p. 420).

A partir de estas definiciones, se puede identificar al concepto de fiscalización con el de vigilancia o revisión en general, sin embargo, consideramos que es preciso analizar con mayor detalle este concepto. En ese sentido, entendemos

que la fiscalización implica un proceso cognitivo de observación, verificación y comprobación entre un parámetro o lineamiento y una conducta en la realidad, por ejemplo, en el caso laboral, el empleador establece un lineamiento para la ejecución de las labores (parámetro), y el trabajador no cumple con dicho lineamiento (conducta), la verificación de la adecuación de la conducta al parámetro, implica un proceso cognitivo de comparación y comprobación de ambos factores, esto último sería fiscalizar.

Si bien, como hemos señalado, la normativa nacional no establece expresamente la facultad de fiscalización, es posible notar que esta facultad es un presupuesto necesario para la aplicación de la facultad sancionadora, puesto que sin fiscalización sería imposible verificar el cumplimiento de lo establecido por el empleador (mediante la facultad ordenadora) y, por consiguiente, establecer consecuencias disciplinarias al respecto. Por lo que podemos decir que, si bien la normativa no establece expresamente tal facultad, esta se encuentra de manera implícita o tácita en la regulación del artículo 9 de la LCPL. La facultad fiscalizadora es inherente a la facultad sancionadora y de *ius variandi*.

Cabe señalar que la facultad de fiscalización no solo recae sobre la verificación del cumplimiento de órdenes o lineamientos, sino también respecto de condiciones y/o aptitudes físicas y psicológicas de la persona del trabajador, y de esta manera observar la capacidad o incapacidad del trabajador. Puesto que, tal como lo establece la normativa, el empleador está facultado para ejercer su poder de dirección (por ejemplo, modificación de puesto o actividades, e incluso el despido) también en los casos en los cuales el trabajador, por la verificación de ciertos impedimentos, no esté en las condiciones idóneas para cumplir con la prestación de trabajo para la que fue contratado.

Como hemos mencionado, el contrato de trabajo tiene la característica de ser personal (*intuitu personae*) y, por tanto, se entiende que el objeto del contrato es que el trabajador involucre su persona en el cumplimiento suficiente de las labores comprometidas, caso contrario, la ausencia de tales condiciones impacta en el objeto del contrato (específicamente en el elemento personal), lo cual perjudica estructuralmente el vínculo contractual. En ese sentido, a través de la facultad fiscalizadora, también es posible establecer consecuencias diferentes del despido disciplinario sobre el trabajador, como sería el caso del despido en relación con la capacidad (entre sus tipologías el rendimiento deficiente).

En atención a lo mencionado, podemos colegir que la facultad fiscalizadora no está regulada expresamente en la normativa laboral nacional, no obstante,

su presencia resulta implícita ya que es un presupuesto necesario para el ejercicio de la facultad sancionadora y otros. Asimismo, se puede definir a la facultad fiscalizadora como un proceso cognitivo de comprobación y verificación del grado de coincidencia entre una determinada realidad (conducta o hecho) y un parámetro específico, con el fin de generar eventuales consecuencias en el trabajador. Finalmente, la facultad fiscalizadora no solo es un presupuesto necesario para la ejecución de un despido disciplinario (facultad sancionadora), sino también para la ejecución del *ius variandi* (modificación de funciones o puesto), o del despido en relación con la capacidad (rendimiento deficiente).

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente sobre la regulación implícita de la facultad fiscalizadora, es innegable que la ausencia de regulación expresa causa ciertas dificultades al momento de ejercer dicha facultad. Como bien señalan Girao y Toyama, la falta de una normativa genera dudas sobre todo en los límites en el ejercicio de la facultad fiscalizadora del empleador. Ante ello, es legítimo preguntarse: ¿cuáles son los mecanismos legalmente válidos para ejercer la facultad de fiscalización? Como respuesta a esta interrogante, el Tribunal Constitucional ha realizado una labor complementaria, cubriendo los vacíos que la normativa laboral acaece. En ese sentido, en la sentencia recaída sobre el Expediente 1058-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha señalado lo siguiente:

Queda claro, empero, que cuando se alega que la relación laboral no puede desconocer los derechos fundamentales del trabajador, ello no significa tampoco que tales atributos puedan anteponerse a las obligaciones de trabajo, de manera tal que estas últimas terminen por desvirtuarse o desnaturalizarse. En tales supuestos, es evidente que el empleador no solo puede, sino que debe, hacer uso de su poder fiscalizador e, incluso, disciplinario. Sin embargo, en tales supuestos, la única forma de determinar la validez, o no, de una medida de tal índole es, en primer lugar y como ya se anticipó, respetar las propias limitaciones establecidas por la Constitución y, en segundo lugar, implementar mecanismos razonables que permitan, sin distorsionar el contenido de los derechos involucrados, cumplir los objetivos laborales a los que se encuentran comprometidos los trabajadores y las entidades empleadoras a las cuales pertenecen (§ 20).

En atención a lo anterior, como concluyen Girao y Toyama, para el Tribunal Constitucional, el ejercicio de la facultad fiscalizadora del empleador está

sujeta a dos límites; por un lado, el respeto a lo establecido por la Constitución; y, por otro lado, que los mecanismos implementados por el empleador sean razonables de modo que permitan que la fiscalización ayude a cumplir los objetivos empresariales sin lesionar los derechos constitucionales de los trabajadores (Girao & Toyama, 2014, p. 179).

Estos límites que la jurisprudencia constitucional ha señalado se han denominado por la doctrina como límites externos e internos (Girao & Toyama, 2014, p. 180). Respecto de los límites externos, se entiende que la facultad fiscalizadora se ejerce sin la lesión de los derechos fundamentales del trabajador. Y respecto de los límites internos, estos implican que el poder de dirección debe ser utilizado estrictamente para fines laborales, sin extenderse a aspectos de la vida personal del trabajador.

Estos límites reafirman el carácter funcional del poder de dirección (y, por consiguiente, de la facultad fiscalizadora), toda vez que este poder se ejerce observando criterios de razonabilidad (excluyendo arbitrariedades) con el fin de lograr los objetivos de la empresa y satisfacer las necesidades de la producción.

Por otro lado, es importante mencionar que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) ha señalado algunas recomendaciones que los empleadores deberían seguir al momento de ejercer su facultad fiscalizadora. En ese sentido, se ha señalado lo siguiente:

La vigilancia debe cumplir con dos condiciones. En primer lugar, solo puede efectuarse si los trabajadores interesados han sido previamente informados acerca de las intenciones del empleador. En consecuencia, antes de que se pongan en marcha las actividades de vigilancia, los trabajadores deben conocer las finalidades de esta y saber con precisión en qué períodos se efectuará. En segundo lugar, los empleadores no tienen la libertad de elegir el método y los medios de vigilancia que ellos consideren como los mejor adaptados a sus objetivos. Por el contrario, deben tener en cuenta las consecuencias que puede tener la vigilancia respecto de la vida privada de los trabajadores y deben dar preferencia a los medios que tengan los menores efectos en ese plano (OIT, 1997).

Como se puede colegir a partir de lo citado, según la OIT, el ejercicio de la facultad fiscalizadora del empleador debe cumplir dos condiciones. En primer lugar, se debe informar previamente a los trabajadores sobre los medios de vigilancia a implementarse, y la finalidad por la cual estos se implementan. En segundo lugar, los medios de vigilancia deben tener el menor impacto en

la vida privada del trabajador. En concordancia con lo señalado por la OIT, Santiago González ha señalado que la comunicación previa de los mecanismos de fiscalización a implementarse es una expresión de la buena fe de la relación laboral (Toyama & Girao, 2014, p. 178).

A partir de lo expuesto, en atención a la normativa, a los criterios del Tribunal Constitucional y de las recomendaciones de la OIT, es posible concluir que la facultad fiscalizadora del empleador debe ejercerse bajo las siguientes premisas:

- a) La fiscalización debe tener como finalidad satisfacer una necesidad razonable del negocio (límite interno), por ejemplo, el empleador establece lineamientos que tiene como objetivo verificar que el trabajador cumple con ciertos índices de venta para incentivar una mayor producción del personal (metas de venta).
- b) La fiscalización no debe lesionar ni debe tener el objetivo de lesionar derechos del trabajador o causarle un perjuicio (límite externo), por ejemplo, el empleador establece criterios de rendimiento libres de discriminación.
- c) El mecanismo o método de fiscalización debe ser informado de manera suficiente a los trabajadores (comunicación previa), por ejemplo, el trabajador debe conocer cuáles son las actividades que debe realizar para poder cumplir adecuadamente con sus labores y lo que se espera de su trabajo, asimismo, debe conocer la manera en la que se evaluará su performance.

Al respecto, es preciso indicar que estos límites también se pueden identificar como manifestaciones de distintos principios laborales. Sobre el particular, más adelante, se desarrollará lo concerniente a los principios laborales presentes en el despido por rendimiento deficiente, de modo que haremos referencia, inclusive, a algunos límites adicionales que se pueden desprender de una adecuada interpretación de dichos principios.

En resumen, en el presente acápite se ha realizado una definición de la facultad fiscalizadora y de los límites dentro de los cuales esta facultad puede ser ejercida válidamente. A continuación, se desarrollará una manifestación de esta facultad que tiene implicancia en un eventual despido por rendimiento deficiente.

3. Derecho de evaluación

Como consecuencia de la facultad de fiscalización, es posible afirmar que el empleador cuenta con el derecho de evaluar el rendimiento de los

trabajadores, en la medida que esta actividad sirve para verificar que la prestación laboral se ejecute de manera adecuada y, de esta forma, satisfaga las expectativas del empleador respecto del rendimiento del trabajador.

En primer lugar, es preciso preguntarse: ¿qué se entiende por evaluación del rendimiento del trabajador? En este acápite se profundizará en ese análisis. Así, según Pedraza, la evaluación de rendimiento es la identificación, medición y gestión del desempeño humano a través del cotejo entre el desempeño y ciertos estándares objetivos previamente establecidos (Pedraza y otros, 2010, p. 496).

De acuerdo con Desireé González, la evaluación de rendimiento es un procedimiento estructural y sistemático para medir, evaluar e influir en los atributos, comportamientos y resultados del trabajo con el objetivo de descubrir en qué medida el trabajador es productivo para la empresa. De este modo, la referida autora indica que la evaluación de rendimiento refleja si la aportación productiva de los trabajadores es adecuada o si se ajusta a lo esperado (González, 2017, p. 10). Asimismo, se advierte que la evaluación del personal no es un fin en sí mismo, sino que es un instrumento que sirve para mejorar los resultados de los recursos humanos de la organización (González, 2017, p. 10). En la misma línea, Paúl Guevara señala que la evaluación del desempeño es un sistema formal para estimar el cumplimiento de obligaciones laborales de un empleado a fin de determinar el nivel de eficiencia (Guevara, 2016, pp. 44-45).

Adicionalmente, en una Resolución del Tribunal del Servicio Civil (TSC) en el que se resuelve sobre un caso de una trabajadora sujeta al régimen de la actividad privada, el referido tribunal define a la evaluación de rendimiento como el resultado jurídico de un proceso de evaluación objetivo que se materializa en un puntaje o calificación positiva o negativa, la cual produce efectos directos sobre el trabajador, toda vez que le puede permitir acceder a mejores condiciones laborales o, por el contrario, producir el despido (Res. 663-2014-SERVIR/TSC-SEGUNDA SALA, §§ 21 y 23).

En atención a lo señalado, podemos colegir que la evaluación del rendimiento es un procedimiento que permite obtener datos sobre el índice de productividad de los trabajadores, de esta manera, el empleador puede conocer si los trabajadores cumplen con el estándar esperado de rendimiento a fin de gestionar de mejor manera el negocio. Asimismo, dicha evaluación debería

ser de carácter objetivo ya que es susceptible de producir efectos jurídicos de manera directa sobre el trabajador.

Cabe señalar que la evaluación debe tener como objetivo medir la capacidad del trabajador con la finalidad de que este mejore su rendimiento. Además de ello, si bien lo abordaremos más adelante, la evaluación de rendimiento se justifica en la medida de que haya habido una adecuada capacitación del personal. En ese sentido, una evaluación de rendimiento debería tener diferentes consecuencias jurídicas para el trabajador como, por ejemplo, el ascenso (por ejemplo, línea de carrera), el aumento de sueldo (por ejemplo, subir S/. 500 en el básico o elevar el porcentaje de la comisión), bonificaciones (por ejemplo, por productividad, reconocimiento, desempeño, etc.), la percepción de beneficios extras no remunerativos (por ejemplo, días libres, movilidad, alimentación indirecta, etc.), la recategorización (por ejemplo, junior, senior, etc.), el cambio de área, funciones o puesto de trabajo, o finalmente, el despido por bajo rendimiento. Como podemos observar, la evaluación de rendimiento se configura como una etapa o fase –posterior a la capacitación– dentro de un procedimiento de desarrollo del trabajador, el cual puede tener diferentes finales según el desempeño del mismo trabajador, siendo el despido en relación con la capacidad solo una posible consecuencia.

Es importante considerar que, si bien esta investigación versa sobre una consecuencia jurídica negativa para el trabajador como lo es el despido en relación con capacidad por rendimiento deficiente, no se debe perder de vista que la evaluación de desempeño también puede tener consecuencias jurídicas positivas como las que hemos mencionado, ya que el trabajo para el trabajador no solo se reduce a un medio de subsistencia (simplemente producir para la percepción de un monto dinerario para vivir), sino que el trabajo también es un medio de realización de la persona, cuestión que está vinculada a la misma dignidad humana y que permite a una persona sentirse orgullosa, plena y satisfecha, lo cual favorece a un buen equilibrio emocional y refuerza la personalidad.

Es así como lo reconoce la Constitución en el artículo 22, y lo ha declarado la jurisprudencia en la Casación Laboral 3034-2012-Lima. Es relevante recordar esta acotación porque está relacionada con el presupuesto ya mencionado de que una evaluación no debe tener como finalidad despedir, sino conocer la aportación del trabajador y mejorar su rendimiento, siendo el despido una consecuencia posible de todo un complejo aparato, entramado o sistema de desarrollo profesional del trabajador que está a cargo del empleador.

Por otro lado, respecto del sustento jurídico de este derecho de evaluación, es preciso mencionar que, si bien la normativa nacional no contiene ninguna mención expresa al derecho a evaluar, es posible encontrar el trasfondo jurídico en la misma configuración del contrato de trabajo. Como hemos señalado anteriormente, dentro de las manifestaciones del poder de dirección se encuentra la facultad fiscalizadora, la cual implica el poder del empleador de supervisar que las labores se desarrollen según lo ordenado. En ese sentido, el empleador está facultado para establecer mecanismos de control y vigilancia a fin de verificar que el trabajador labore de manera adecuada.

Sobre el particular, hicimos la consulta al Ministerio de Trabajo respecto del derecho de evaluación; así, con fecha 23 de junio de 2020, la Dirección de Promoción de la Formalización Laboral y Capacitación en la Normativa Laboral nos respondió lo siguiente: “indicarle que la facultad de supervisión y evaluación corresponde al empleador” (Anexo I). Esta posición coincide con lo abordado anteriormente ya que se entrelaza la supervisión que hace referencia clara a la facultad fiscalizadora con el derecho de evaluación.

En atención a lo mencionado, podemos decir que la evaluación de personal es una manifestación de la facultad fiscalizadora, en la medida que implica un procedimiento abocado a la verificación de que la prestación laboral se desarrolle adecuadamente y de esta manera genere los resultados esperados. Tomando en cuenta lo señalado, en vista que el derecho de evaluación es una manifestación de la facultad fiscalizadora, es natural que este derecho sea ejercido según los límites establecidos para dicha facultad. De esta manera, la evaluación del rendimiento debería seguir los siguientes criterios:

1. Debe tener el objetivo de satisfacer una necesidad razonable del negocio como, por ejemplo, promover una mayor productividad del personal. De ninguna manera, la evaluación de rendimiento puede ser utilizada para forzar un despido, puesto que este devendría en fraudulento (Exp. 130-2012-PA/TC)
2. Todos los aspectos relevantes para la evaluación de rendimiento (por ejemplo, metas requeridas, criterios de evaluación, materias o indicadores evaluados, etc.) deben ser razonables, proporcionales y no perjudiciales. Al respecto, en la precitada resolución del TSC, se indica que la evaluación de personal se debe realizar sobre la base de parámetros objetivos que permitan el alcance razonable de las metas establecidas por la organización (Res 663-2014-SERVIR/TSC-SEGUNDA SALA, § 20).

3. La implementación de la evaluación y sus criterios deben ser informados con la debida anticipación y suficiencia. Al respecto, se puede recoger el caso resuelto en la sentencia del Expediente 969-96-AA/TC, en el cual un trabajador demanda que los pasos seguidos en la evaluación de rendimiento no fueron publicados, lo cual afectó su derecho de defensa. Al respecto, el Tribunal Constitucional indica que las normas del proceso de evaluación deben garantizar el debido proceso, dándole la razón al demandante.

Es preciso citar la sentencia recaída sobre el Expediente 249-96-AA/TC, en el cual el Tribunal Constitucional indica que todo trabajador que es sometido a un procedimiento de evaluación tiene derecho a ser informado sobre los resultados de su evaluación, sean estos positivos o negativos, de lo contrario se restringe la posibilidad de objetar o coincidir en los alcances de los resultados. En este caso, la entidad empleadora había implementado un lineamiento interno donde se establecía que en la nota de la evaluación solo se informaba al trabajador si era una nota aprobatoria.

En la misma línea, la Casación Laboral 8418-2017-Lima, desestimó las evaluaciones de rendimiento presentadas por el empleador, toda vez que estas no contaban con la firma de los evaluados, ni tampoco se acompañaban informes, memorándums, declaraciones o exámenes que se hayan realizado de manera efectiva a los evaluados (Considerando Noveno), por lo tanto, no se evidencia conocimiento de la evaluación por parte de los trabajadores.

En caso contrario, este derecho se estaría ejerciendo de manera ilegítima y, por tanto, cualquier consecuencia sería inválida (por ejemplo, despido por rendimiento deficiente).

Hasta este punto, hemos alcanzado tanto una noción de la evaluación de personal, así como el sustento jurídico de dicha facultad. Sin embargo, es preciso preguntarse: ¿qué métodos puede aplicar el empleador para evaluar o medir el rendimiento de los trabajadores? Sobre este punto, la literatura especializada de recursos humanos ofrece un catálogo muy amplio sobre las diversas metodologías para evaluar al personal; sin embargo, para efectos de la aplicación de un procedimiento de despido por capacidad, consideramos importante enfocarnos en explicar dos grandes tipos de evaluación: la subjetiva y la objetiva.

- (i) Con relación a la primera, los métodos de la evaluación subjetivos miden principalmente, características o comportamientos del trabajador respecto del puesto de trabajo, obteniendo información sobre la confiabilidad, creatividad, proactividad, o liderazgo del trabajador. Por otro lado, los métodos de evaluación objetivos miden el rendimiento del trabajador basándose en resultados del trabajo, así comúnmente, se establecen objetivos y/o metas que el trabajador debe alcanzar (González Afonso, 2017, pp. 10-11).

Dentro de esta metodología subjetiva, podemos mencionar algunos métodos como las escalas de calificación que consisten en cuadros de doble entrada en donde una columna señala ciertas características que debe tener el trabajador (por ejemplo, cooperación, trabajo en equipo, proactividad, etc.), y otras columnas en donde se puede elegir opciones de margen de cumplimiento (por ejemplo, inadecuado, aceptable, estándar, bueno, óptimo). Por otro lado, existen otras metodologías como las narrativas, en las cuales el jefe del trabajador escribe un ensayo en el cual plasma sus consideraciones sobre el rendimiento del trabajador (González Afonso, 2017, pp. 12-15).

En general, en este tipo de evaluaciones se puede observar que la calificación se basa en la percepción personal del evaluador sin mayor sustento, de esta manera, si bien este tipo de evaluaciones pueden ser aplicadas libremente por los empleadores a fin de medir el perfil que se necesita para un determinado puesto, consideramos que no sería posible ejecutar un eventual procedimiento de despido por rendimiento deficiente en base a estas metodologías, puesto que la legislación en general exige que un despido por causa justa se base en sustentos objetivos, es decir, en una cuestión más estricta y confiable que la simple percepción personal del evaluador (esto se desarrollará con mayor detalle en el siguiente capítulo).

Sobre el particular, es preciso citar la sentencia recaída sobre el Expediente 415-99-AA/TC, en el cual se evidencia que las evaluaciones subjetivas pueden viciar el resultado debido a la falta de imparcialidad y objetividad del evaluador. En los hechos que recoge la sentencia, un trabajador impugna la calificación obtenida en su evaluación de rendimiento, toda vez que la persona que lo había evaluado tenía un sesgo en su contra. Según se relata en la sentencia, tiempo antes de la evaluación de rendimiento, el trabajador había denunciado penalmente a un

funcionario de su institución por algunos delitos y, posteriormente, el trabajador es evaluado por el referido funcionario quien lo desaprueba, lo cual gatilla el despido.

Al respecto, el Tribunal Constitucional indica que se había advertido objetivamente que, desde antes de la evaluación de rendimiento, existía una enemistad entre el trabajador y su evaluador, que afectaba de falta de imparcialidad la evaluación de rendimiento, lo cual no garantizaba que el procedimiento evaluatorio se lleve de manera adecuada⁸.

- (ii) Respecto del segundo tipo, es decir, el método objetivo de evaluación, como hemos adelantado, se fundamenta en los resultados cuantitativos o numéricos que refleja el trabajo de un determinado trabajador. Bajo este esquema de evaluaciones, existen diferentes tipos como por ejemplo, la fijación de objetivos que consiste en establecer de forma precisa el objetivo que debe cumplir el trabajador (por ejemplo, vender veinte productos al mes), asimismo, se suele definir un plan de acción con las pautas para la consecución del objetivo (por ejemplo, capacitación en puntos de venta), de manera que se obtienen resultados cuantificables (por ejemplo, índice de cumplimiento de 80 % de la meta, es decir, se vendió 16 productos) (González Afonso, 2017, p. 16).

Al respecto, la autora Laura Saiz recoge un caso real resuelto por la jurisprudencia ibérica en sentencia emitida por el Tribunal Superior de Justicia de Castilla La Mancha en julio de 2016, en el cual una empresa despidió a un trabajador por estar por debajo del promedio de movilización de pallets que realizaron el resto de sus compañeros durante los tres meses y medio que la empresa lo evaluó; en dicho caso, el juzgado determinó que el despido era procedente teniendo en cuenta que hubieron amonestaciones previas y la conducta no cambió (Saiz, 2017, p. 31).

Además de la fijación de objetivos, existe el método de “normas de trabajo” que consiste en la determinación del rendimiento promedio del trabajador estándar; de este modo, se usa como baremo una idea objetiva

8 Es preciso mencionar que en otro caso (Exp. 026-99-AA/TC), el Tribunal Constitucional sobre un trabajador alegó que su evaluador fue imparcial, toda vez que el trabajador era amigo de una persona que tenía enemistad con el evaluador. En este caso, el Tribunal determinó que el trabajador no había acreditado la supuesta imparcialidad y, por tanto, no se observó vulneración alguna.

de lo que rinde un trabajador en condiciones normales y, en base a eso, se exige dicha medida como lo mínimo que un trabajador debe alcanzar para considerar un rendimiento aceptable, por ejemplo, si un trabajador promedio elabora o vende 15 productos al mes, pues cualquier trabajador en condiciones normales y de igualdad deberá alcanzar dicha producción, caso contrario tendrá un rendimiento inferior al requerido o esperado por el empleador para el puesto contratado (González Afonso, 2017, p. 16).

Otro método objetivo (y de interesante mención para este trabajo) es el de comparación por pares, que consiste principalmente en comparar la producción obtenida por los trabajadores del mismo puesto y funciones a fin de establecer un margen de cumplimiento tomando como referencia los resultados de todo el equipo. Este método es algo similar a un ranking o escalafón, en el cual la calificación positiva o negativa será resultado del orden de mérito que obtenga el trabajador (González Afonso, 2017, p. 16).

Como podemos observar, la metodología objetiva tiene como característica basar el resultado positivo o negativo de la evaluación en datos numéricos, lo cual definitivamente ofrece un sustento objetivo e irrefutable a la evaluación. De esta manera, consideramos que los métodos objetivos se ajustan a los criterios que la legislación nacional exige para aplicar un eventual despido por rendimiento, por lo cual consideramos que, para ejecutar un despido de este tipo, el empleador no solo tiene el derecho de evaluar el rendimiento de sus trabajadores, sino que tiene el deber de implementar un método de evaluación basado en criterios objetivos.

Cabe mencionar que los métodos anteriormente explicados pueden aplicarse individualmente o se pueden fusionar metodologías, por ejemplo, la fijación de objetivos con la de comparación de pares y así no solo establecer índices de cumplimiento sino también un orden de mérito entre los evaluados.

Como lo veremos más adelante, nuestra legislación establece expresamente que, para efectos de la aplicación de un despido por rendimiento deficiente, se utilicen dos métodos objetivos que reflejen el rendimiento individual por sí mismo y, además, que cotejen tales resultados respecto

de un colectivo de trabajadores (ya que la ley establece que se compare el rendimiento individual en diferentes periodos, y para ello se necesita una magnitud de cumplimiento que puede obtenerse mediante una evaluación individual por metas), cuestión que, de hecho, ha sido reconocida por la jurisprudencia (Exp. 976-96-AA-TC).

A partir de lo expuesto, podemos concluir que la evaluación de personal es un derecho que se desprende de la facultad fiscalizadora, y que consiste en un procedimiento que tiene la finalidad de verificar que el rendimiento de las labores ejecutadas por el trabajador es el esperado y, de esta manera, determinar si este es productivo para la organización empresarial. Finalmente, para efectos de la aplicación de un despido por rendimiento deficiente, el empleador deberá implementar métodos de evaluación basados en metodologías y criterios objetivos, de lo contrario, será inviable.

En este acápite hemos logrado sentar las bases de los derechos del empleador de cara a la ejecución de un despido por rendimiento deficiente, en ese sentido, se ha explicado los alcances y limitaciones del poder de dirección, poniendo un especial énfasis en la facultad fiscalizadora. Sobre esta última, se ha determinado el concepto, sustento jurídico y límites dentro de los cuales se debe ejercer tal facultad, lo cual nos ha provisto del trasfondo necesario para descubrir la configuración del derecho a evaluar del empleador y los límites que se debe observar.

III. Derechos y deberes del trabajador: capacitación y rendimiento

Hemos abordado los derechos que tiene el empleador en el marco de la relación laboral y que tienen incidencia en la verificación del rendimiento del trabajador. En ese sentido, se ha abordado el sustento jurídico y la utilidad del poder de dirección, la facultad de fiscalización y el derecho de evaluación. Ahora bien, en el presente acápite se abordará un deber del empleador que consisten en el derecho que tiene el trabajador de ser capacitado en el empleo y, además, el deber de rendimiento del trabajador, como deber esencial del contrato de trabajo.

i. Deber de capacitación al trabajador

Dentro de los derechos y deberes del empleador, es posible resaltar dos que presentan una especial relevancia para efectos de la ejecución de un despido por rendimiento deficiente. Estos son, por un lado, el deber de capacitar al

trabajador en sus labores y de otro lado, el derecho del empleador de evaluar el desempeño del trabajador. En el presente acápite, corresponde desarrollar el deber de capacitación.

En primer lugar, ¿qué se entiende por capacitación en el trabajo? Si bien la normativa laboral no cuenta con ninguna definición, es posible ensayar una a partir de algunos autores. De acuerdo con Cejas y Acosta, la capacitación en el trabajo es un conjunto de actividades enfocadas a la mejora y desarrollo de los conocimientos y habilidades de los trabajadores con el objetivo de elevar su desempeño laboral (Cejas & Acosta, 2012, p. 155). Por otro lado, Aquino ha definido a la capacitación laboral como toda acción organizada y evaluable para mejorar y ampliar los conocimientos, habilidades y actitudes del personal produciendo un cambio positivo en su desempeño (Aquino y otros, 1997).

Como podemos observar, la capacitación laboral busca el perfeccionamiento técnico del trabajador para el desempeño eficiente en las labores asignadas, logrando con ello la obtención de mejores resultados y un excelente rendimiento. En ese sentido, la capacitación es un agente de productividad puesto que ayuda a los trabajadores a ajustarse a las necesidades del negocio (Blake, 1998). En síntesis, la capacitación laboral es un conjunto de actividades que desarrollan los conocimientos y habilidades de los trabajadores con el fin de lograr un rendimiento óptimo en sus labores.

Es evidente que la capacitación laboral genera un impacto positivo en el rendimiento de los trabajadores y, por ende, en la productividad de la empresa. Es por ello que, actualmente, la capacitación para el trabajo es un tema vital para los empleadores. No obstante, el beneficio intrínseco de la capacitación, la normativa ha establecido expresamente el deber del empleador de capacitar a su personal en el trabajo. De modo que, la capacitación no es solo una actividad que potencia la productividad en la empresa, sino que también es una obligación legal del empleador.

En ese sentido, la legislación laboral ha establecido de manera expresa, esta obligación en la LPCL, específicamente en los artículos 1°, 84° y 86°, y en el Reglamento de la referida ley en el artículo 88°. Citamos la norma:

Artículo 1.- Son objetivos de la presente Ley:

- a) Fomentar la capacitación y formación laboral de los trabajadores como un mecanismo de mejoramiento de sus ingresos y la productividad del trabajo”.

Artículo 84.- El empleador está obligado a proporcionar al trabajador capacitación en el trabajo a fin de que este pueda mejorar su productividad y sus ingresos.

Artículo 86.- Las acciones de capacitación tendrán las siguientes finalidades:

- a) Incrementar la productividad;
- b) Actualizar y perfeccionar los conocimientos y aptitudes del trabajador en la actividad que realiza;
- c) Proporcionar información al trabajador sobre la aplicación de nueva tecnología en la actividad que desempeña;
- d) Preparar al trabajador para ocupar una vacante o puesto de nueva creación;
- e) Prevenir riesgos de trabajo.

Artículo 88.- El trabajador está obligado a participar en los Programas de Capacitación que dentro de la jornada de trabajo lleve a cabo el empleador [...].

A partir de las normas citadas, es posible notar algunas coincidencias con la definición alcanzada. En primer lugar, el artículo 84 establece expresamente el deber del empleador de capacitar a su personal y, además, señala que la capacitación tiene el objetivo de mejorar la productividad en el trabajo.

Asimismo, en el artículo 86 señala que la capacitación en el trabajo se compone de acciones (similar a la definición previamente mencionada), las cuales tienen como finalidad incrementar la productividad, perfeccionar conocimientos y aptitudes, proporcionar de información sobre los cambios tecnológicos, prepararlo para el puesto asignado y para prevenir riesgos laborales. Finalmente, en el artículo 88 del RLPCL se establece la obligación del trabajador de participar en todo tipo de capacitación que proporcione el empleador dentro de la jornada.

Finalmente, es relevante citar el voto singular del magistrado Calle Hayen recaído sobre el Expediente 130-2012-PA/TC respecto del caso de un trabajador que fue despedido por rendimiento deficiente. En los hechos que recoge esta sentencia se observa que el empleador implementó un Plan de Mejora de Desempeño a fin de que el trabajador se recupere y pueda mejorar su rendimiento, sin embargo, el trabajador se negó a seguir las actividades del referido plan.

Al respecto, el magistrado Calle observa que las actividades del plan no tenían vinculación con las funciones que desempeñaba el trabajador, por lo cual resultaba desproporcionado e irrazonable que se le exija al trabajador seguir las actividades del plan. En ese sentido, el magistrado concluye que el trabajador ejerció legítimamente su derecho a resistirse, ya que el empleador estaba utilizando abusivamente su poder de dirección al someter al trabajador a un plan no razonable.

Como podemos observar, la capacitación del empleador es un deber que se ejerce dentro de los parámetros de la razonabilidad y, por tanto, debe tener una vinculación directa con las labores del trabajador que se pretenden potenciar, caso contrario dicho plan es inválido y puede gatillar que el despido por capacidad devenga en un despido arbitrario por fraudulento.

En resumen, podemos concluir que la capacitación en el trabajo es una obligación del empleador que tiene como finalidad dotar al trabajador de los conocimientos y habilidades necesarias para el cumplimiento de la prestación laboral generando un rendimiento óptimo que impacta positivamente en la productividad de la organización empresarial. Finalmente, la capacitación debe tener una clara relación con las labores que desempeña el trabajador, de lo contrario no sirve para mejorar el rendimiento del trabajador y puede generar que el procedimiento de despido por capacidad pierda validez.

ii. Deber de rendimiento

Como consecuencia del deber de capacitación que tiene el empleador, es posible entender que el trabajador tiene como contrapartida un deber de rendir en el trabajo en concordancia con lo impartido. Sin embargo, ¿qué podemos entender por rendimiento laboral o rendimiento en el trabajo?

Al respecto, desde la literatura de recursos humanos, podemos citar a Francisco Jose Palaci quien define el rendimiento o desempeño laboral como el valor que se espera aportar a la organización a partir de las conductas que el trabajador lleva a cabo en un determinado período de tiempo (Palaci, 2005, p. 155). Por su parte, Esperanza Pedraza indica que el rendimiento laboral son acciones observables dirigidas hacia una meta, donde el individuo manifiesta la voluntad y la capacidad de ejecutarla en el marco de un contexto idóneo para alcanzarlas (Pedraza & otros, 2010, p. 496).

Desde una perspectiva jurídica, Juan Gorelli ha definido al rendimiento como el resultado que el empresario espera obtener de la prestación de trabajo (es la utilidad) (Gorelli, 2004, p. 396). Por su parte, Raquel Poquet indica que

el rendimiento se puede entender desde dos enfoques, como una utilidad y como una magnitud. Con relación al primero, en principio, “rendir” implica el acto de dar frutos, en ese sentido, significa la aportación de una determinada utilidad, así, el rendimiento, como utilidad, es el producto que rinde o da alguien o algo. Por otro lado, el rendimiento como magnitud, implica el resultado o diagnóstico de la fuerza de trabajo medido con indicadores de productividad. En atención a lo señalado, la autora concluye que el rendimiento es la utilidad que el empresario espera conseguir del trabajo desarrollado por el trabajador, la cual se mide con indicadores de productividad (Poquet, 2014, pp. 123-126).

A partir de las definiciones precitadas, es posible observar que, en general, el rendimiento es identificado con la aportación de una utilidad que se obtiene o espera obtener a partir de la prestación de trabajo. Asimismo, es posible identificar que también se vincula el rendimiento con una magnitud o medida relacionada a un indicador de productividad (por ejemplo, hora/hombre). En ese sentido, consideramos que la definición ofrecida por la autora Raquel Poquet logra sintetizar satisfactoriamente el concepto de rendimiento laboral, de esta manera, en concordancia con esta autora, el rendimiento en el trabajo se puede definir como la utilidad que el empresario espera conseguir del trabajo desarrollado por el trabajador, la cual se mide con indicadores de productividad.

Hasta este punto, se ha alcanzado una definición del rendimiento en el trabajo, sin embargo, es preciso preguntarse: ¿cuál es su sustento jurídico? Al respecto, consideramos que el sustento jurídico del deber rendimiento se puede hallar en tres fuentes: el contrato de trabajo, el principio de buena y los objetivos del sistema jurídico laboral. A continuación, detallaremos cada uno de estos.

- (i) Con relación al contrato de trabajo, de acuerdo con Juan Gorelli, el contrato de trabajo es un acuerdo de voluntades bilateral por el cual se intercambia fuerza de trabajo por remuneración, en esta relación, el trabajador se compromete al desarrollo de una prestación de trabajo para que el empresario pueda obtener de dicha prestación un determinado resultado. Según este autor, en base a este resultado, se puede decir que el trabajador no solo es contratado para trabajar sino para obtener una utilidad del trabajo, lo cual satisface la finalidad que persigue el empresario al contratar trabajadores, en otras palabras, el empresario le asigna al

trabajador un determinado trabajo para obtener cierto resultado (Gorelli, 2004, pp. 396-397).

De esta manera, continua Gorelli, el trabajador no solo se compromete a trabajar, sino también a desarrollar su trabajo en base a un comportamiento que permita que su prestación sea verdaderamente productiva, de modo que el empresario pueda obtener la rentabilidad del trabajo, lo que es una parte esencial del objeto de la prestación laboral. En ese sentido, se puede concluir que la exigencia del rendimiento es una obligación que forma parte del contrato de trabajo (Gorelli, 2004, pp. 396-397).

En la misma línea, Raquel Poquet advierte que el rendimiento se configura como una cualidad de la prestación que es objeto de la obligación asumida; en ese sentido, el rendimiento que se espera obtener del trabajador es uno de los intereses que forman la base misma sobre la que se sienta el contrato de trabajo (objeto del contrato), y que como debito del trabajador, este puede y debe satisfacerse instrumentalmente por medio de aquel (Poquet, 2014, pp. 123-128).

Además de lo señalado, Poquet indica que para que el contrato de trabajo alcance su finalidad, el trabajador debe cumplir con cubrir un rendimiento debido, el cual puede definirse como la aportación de una utilidad económicamente significativa, la cual está constituida por un resultado valorado en una determinada medida cuantitativa en función de la aplicación de unos criterios exigibles en la conducta del trabajador como contenido de la obligación asumida (Poquet, 2014, pp. 123-128).

A partir de lo expuesto, es posible observar que el deber de rendimiento del trabajador se encuentra estrechamente vinculado con la finalidad por la cual se realiza el contrato. Como señalan los autores, el empleador contrata trabajadores con el objetivo de obtener una determinada utilidad esperando rentabilidad en la contratación. Por ejemplo, al momento de la contratación de un trabajador, el empleador analiza la conveniencia de la contratación en atención a la necesidad de sus actividades productivas, es decir, si el volumen de las actividades del negocio sobrepasa la capacidad del personal actualmente contratado, se evalúa la apertura de una posición adicional que cubra las necesidades emergentes; de esta manera, si cada trabajador produce un promedio de diez productos por hora, y con dicha producción no se cubre la demanda del mercado, puesto que en realidad se necesita producir veinte productos por hora, pues

se contrata un trabajador con la legítima expectativa que este fabrique diez productos por hora adicionales⁹.

Esta identificación del rendimiento como un deber que emana del contrato de trabajo ha sido reconocida por la misma normativa laboral. Al respecto, el artículo 25 de la LPCL define que la falta grave es una infracción a los deberes esenciales del contrato de trabajo, y entre ellos se encuentra el rendimiento. Revisemos la norma:

Artículo 25.- Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves:

[...] 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 empresa [...].

Como se puede observar, si bien no se trata de un reconocimiento totalmente expreso, es posible colegir de la lectura minuciosa de la norma que el trabajador tiene un deber de rendimiento, el cual no es cualquier deber, sino que es un “deber esencial”, el cual emana del contrato de trabajo, y que si en caso es transgredido de manera intencionada se configura una falta grave.

Al respecto, es preciso citar la opinión del profesor Carlos Blancas quien indica que la falta grave es una infracción a los deberes esenciales del trabajador que supone una conducta contraria a la que deriva del cabal cumplimiento del contrato de trabajo. Asimismo, citando a García Alonso, Blancas menciona, entre otros, como deberes del trabajador la diligencia, obediencia, rendimiento y fidelidad (Blancas, 2013, pp. 191-193).

9 Al respecto, para la obtención de un rendimiento debido, el empleador debe facilitar todos los medios y herramientas necesarias al trabajador para que cumpla con rendir en las labores como por ejemplo, capacitación, otorgamiento de herramientas de trabajo u organizar eficientemente el trabajo. De lo contrario, no puede imputarse falta de rendimiento o incumplimiento de labores al trabajador (Gorelli, 2004).

Del mismo modo, Efrén Córdova indica que entre las manifestaciones de la subordinación están, entre otras, la aceptación de un programa determinado de trabajo, la obligación de reportar el trabajo y de un rendimiento mínimo de la labor diaria (Córdova, 1997, p. 309). A partir de ello, se puede concluir que efectivamente desde la norma de falta grave (artículo 25 de la LPCL) se ha dado un reconocimiento legal del deber de rendimiento.

En ese sentido, el deber de rendimiento no solo se sustenta en el contrato de trabajo a partir de una construcción doctrinaria, sino que también tiene un respaldo normativo en nuestro sistema jurídico de manera casi expresa. Sin perjuicio de ello, adicionalmente, el deber de rendimiento cuenta con un sustento también del principio de buena fe.

- (ii) Con relación al principio de buena fe, para Américo Plá la obligación de rendir en el trabajo parte del hecho de que el trabajador debe cumplir su contrato con buena fe gatillando la exigencia de aplicar el empeño normal en el cumplimiento de la tarea encomendada. Sobre el particular, como señala Plá, efectivamente, en la ejecución de las prestaciones de la relación laboral debe primar el principio de la buena fe (Plá, 1978, pp. 302-318).

Este principio está establecido en el artículo 1362 del Código Civil peruano que señala que los contratos deben negociarse, celebrarse, y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. Al respecto, además de lo señalado por Plá, Ludmin Jiménez comenta que la buena fe implica actuar como una persona de bien o quien pretende hacer el bien (Jiménez, 2014, pp. 8-9). En la misma línea, la jurisprudencia en la Casación Laboral N° 6503-2016-Junín y en la Casación Laboral 9483-2012-Cusco han señalado que el principio de buena fe laboral supone un comportamiento adecuado para el cumplimiento de los deberes del trabajador, de manera que se impone la observancia de un esfuerzo volitivo y técnico para realizar el interés del empleador, así como para no lesionar derechos ajenos, y se acoge efectivamente a la teoría de Américo Plá.

Como es posible observar, el principio de buena fe también es sustento jurídico del deber de rendimiento, en la medida que se entiende que un trabajador que ejecuta su prestación de buena fe debería traer como resultado el cumplimiento de un rendimiento aceptable en el trabajo. De

esta manera, como señala Tissembaun, citado por Plá, el rendimiento se consolida en base al principio de la buena fe, manifestado en la eficacia de la prestación laboral del trabajador (Plá, 1978, p. 306).

- (iii) Finalmente, además del sustento jurídico contractual y del principio de buena fe, Gorelli indica que la obligación de obtener rendimiento no es solo contractual, sino también es un propósito del ordenamiento laboral, el cual establece instituciones jurídicas en función de la gestión y organización eficiente del trabajo (Gorelli, 2004, pp. 396-397). Esta concepción proveniente de España también se replica en nuestro país tal como se puede observar en los siguientes artículos de la LPCL:

Artículo 1º.- Son objetivos de la presente Ley:

b) Fomentar la capacitación y formación laboral de los trabajadores como un mecanismo de mejoramiento de sus ingresos y la productividad del trabajo.

Artículo 84.- El empleador está obligado a proporcionar al trabajador capacitación en el trabajo a fin de que este pueda mejorar su productividad y sus ingresos”.

“Artículo 86.- Las acciones de capacitación tendrán las siguientes finalidades:

a) Incrementar la productividad; [...].

Como se puede observar, nuestro ordenamiento jurídico busca mejoramiento e incremento de la productividad mediante el trabajo. En ese sentido, es posible concluir que la prestación del trabajador debe rendir una utilidad tal que refleje productividad, la cual, en palabras de Plá, implica la eficacia de los esfuerzos realizados en función de los medios empleados (Plá, 1978, p. 303), es decir, que el resultado obtenido del trabajo supere los medios invertidos.

A partir de todo lo expuesto, podemos decir que el rendimiento en el trabajo es la utilidad que el empleador espera conseguir del trabajo desarrollado por el trabajador, la cual se mide con indicadores de productividad. Asimismo, el sustento jurídico del deber de rendimiento del trabajador se encuentra en el contrato de trabajo, el principio de buena fe, así como en los fines de productividad de nuestro sistema jurídico.

Por otro lado, Poquet advierte que el deber de rendimiento tiene una vinculación con el deber de diligencia, toda vez que, en la medida que se emplee

la diligencia adecuada, se obtendrá el rendimiento deseado. Sin embargo, la referida autora precisa que si bien existe una relación entre diligencia y rendimiento, no debe confundirse ambos conceptos ya que se tratan de dos obligaciones diferentes del trabajador (Poquet, 2014, pp. 123-128).

De este modo, Poquet señala que la diligencia es un elemento previo al rendimiento, en principio, se debería entender que el empleo de la diligencia lleva al trabajador a obtener el rendimiento debido, sin embargo, no es posible generalizar, puesto que es posible que el trabajador no sea diligente y obtenga el resultado o, al contrario, el trabajador sea diligente pero no obtenga el rendimiento. Como se podrá observar, el rendimiento no solo depende de la diligencia, sino también de otros múltiples factores y circunstancias como la misma capacidad personal o profesional del trabajador como hemos mencionado. Finalmente, la diligencia se agota en el modo o metodología de realizar la prestación de trabajo, así como en el modo de comportarse durante las labores (Poquet, 2014, pp. 123-128).

En este punto, es preciso plantear la siguiente interrogante: ¿tienen la misma consecuencia incumplir con el deber de rendimiento e incumplir con el deber de diligencia?

Sobre el particular, es posible decir que, si cuando un trabajador que incumple con un procedimiento es sancionado disciplinariamente en la medida que no cumplió con el deber de diligencia, si un trabajador incumple llegar a una meta de venta y, por lo tanto, no rindió según los estándares esperados, entonces, ¿también debería ser sancionado disciplinariamente? Aparentemente, tal relación es lógica ya que en ambos casos se trata de incumplimientos de deberes, sin embargo, consideramos que ello no es totalmente correcto.

Al respecto, consideramos que una diferencia entre el deber de diligencia y el deber de rendimiento es que el incumplimiento del primero solamente puede ser reputado a la conducta, sin embargo, el incumplimiento del deber de rendimiento puede deberse tanto a una conducta intencional del trabajador, como a una falencia o deficiencia en su capacidad para el trabajo. Es por ello que, como señala Poquet, es posible que el trabajador cumpla diligentemente con los procedimientos de trabajo, y aun así no logre rendir según los estándares esperados. Por ejemplo, el trabajador es un vendedor y cumple con visitar a los clientes, explicar los productos, hacer seguimiento, etc., sin embargo, no logra vender ningún producto, simplemente, los clientes no le

compran. Como se puede observar, en este breve ejemplo, no es que el trabajador no quiera rendir, sino que a pesar de que aplica toda su capacidad no es capaz de cumplir con alcanzar el resultado esperado para lo cual se le ha contratado.

En atención a lo mencionado, consideramos que, desde una perspectiva de buena fe, se debe asumir (o presumir) que el trabajador cumple con realizar su trabajo de manera diligente y con la intención de rendir de forma adecuada para realizar el interés del empleador, salvo prueba en contrario. En ese sentido, es razonable concluir que un eventual incumplimiento del deber de rendimiento no debe reputarse de manera automática a una conducta indisciplinada, negligente o de mala fe por parte del trabajador, sino que asumiendo que el trabajador ha realizado diligentemente su trabajo (siempre y cuando, no se tengan pruebas de falta de diligencia), aun así, no ha podido rendir según lo esperado. En este supuesto, y tomando por descontado que el empleador ha cumplido con capacitar y otorgar las herramientas necesarias para la ejecución de las labores¹⁰, es posible colegir que el incumplimiento del rendimiento tenga como origen una falta de capacidad para el trabajo contratado, en cuyo caso se deberán aplicar las medidas legales correspondiente como, por ejemplo, un despido en relación con la capacidad (rendimiento deficiente).

Por último, como comentario adicional a lo expuesto, según señala Poquet, si bien es cierto, la obtención de un rendimiento determinado alcanza especial relieve en los trabajos por tarea o a destajo ya que este sirve como medida cuantitativa por el que se fija la remuneración del trabajador, también el rendimiento es exigible para trabajos que no se realizan por tarea, destajo o comisionistas. No obstante, para efectos de la presente investigación, en la medida que se trata de despido por rendimiento deficiente en personal de fuerza de ventas, evidentemente, el rendimiento tiene un rol fundamental; sin embargo, este esquema puede replicarse también en puestos que no son

10 Sobre este punto, Poquet señala que no será válida una extinción en la que existan elementos objetivos que justifiquen el rendimiento inferior (donde no hay culpa del trabajador), por deberse a circunstancias excepcionales, imprevistas, ajenas al trabajador. De lo contrario, se trataría de una actuación empresarial contrario a la buena fe (ejercicio abusivo de derechos) (Poquet, 2014, pp. 123-128).

de fuerza de ventas, evidentemente, con los cambios y adaptaciones necesarias (Poquet, 2014, pp. 123-128).

En resumen, en este acápite se ha logrado definir el rendimiento laboral, asimismo, se ha expuesto el sustento jurídico del deber de rendir, y además se ha explicado las implicancias de su incumplimiento.

IV. Conclusiones preliminares

A partir de todo lo expuesto en este capítulo, es posible llegar a las siguientes conclusiones:

- La extinción del contrato de trabajo en relación con la capacidad es plenamente justificada, toda vez que la falta de capacidad del trabajador, traducida en la carencia de cualidades y/o conocimientos técnicos o profesionales, afecta directamente al objeto, causa y elemento personal del contrato de trabajo, lo cual genera que este negocio jurídico devenga en irrealizable.
- El derecho de evaluación debe ser ejercido dentro de los siguientes límites: (i) debe satisfacer una necesidad razonable del negocio; (ii) debe ser ejercido bajo criterios de razonabilidad (la evaluación de rendimiento debe ser razonable); y (iii) debe informarse la implementación de la evaluación de rendimiento a los trabajadores con anticipación y suficiencia. Asimismo, la evaluación de rendimiento no debe tener como única finalidad despedir, sino que, por sobre todo, desarrollar profesionalmente al trabajador siendo el despido solo una de las posibles consecuencias finales de la evaluación.
- El empleador debe implementar metodologías objetivas en la evaluación de rendimiento para que esta sustente válidamente un despido por rendimiento deficiente (comparación individual, normas de trabajo y comparación por pares).
- El empleador debe implementar un plan de capacitación en aquellos trabajadores que tengan evidencias de bajo rendimiento a fin de potenciarlos y que obtengan el rendimiento debido. No obstante, si a pesar de ser debidamente capacitados, no obtienen el rendimiento, se trata de falta de capacidad del trabajador justificante del despido por rendimiento deficiente. Asimismo, la capacitación proporcionada por el empleador debe estar estrechamente vinculada con las actividades, funciones o tareas del trabajador.

- El rendimiento es un deber esencial y cuyo sustento normativo se encuentra en el contrato de trabajo, la legislación, el principio de buena fe y los fines del ordenamiento jurídico laboral. Finalmente, el incumplimiento del deber de rendimiento puede ser reputado a la capacidad o a la conducta. Sin embargo, en atención al principio de buena fe, debe presumirse que el rendimiento deficiente no es intencional, sino que es involuntario y, por ende, causado por una falta de capacidad. En ese sentido, en caso no existan elementos que denoten intencionalidad por parte del trabajador, primero debe reputarse que el rendimiento deficiente es por falta de capacidad y no por una inconducta.

CAPÍTULO II

DELIMITACIÓN JURÍDICA DEL DESPIDO POR RENDIMIENTO DEFICIENTE

CAPÍTULO II

DELIMITACIÓN JURÍDICA DEL DESPIDO POR RENDIMIENTO DEFICIENTE

En el capítulo anterior, se indicó que el rendimiento es un deber del contrato de trabajo, así, “rendir” es parte de la prestación del trabajador, la cual debe ser cumplida para satisfacer el interés del empleador. Asimismo, es importante mencionar que la relación de trabajo despliega sus efectos durante espacios prolongados de tiempo (por ejemplo, meses, años, décadas), lo cual puede provocar la ocurrencia de diversas contingencias en las prestaciones del trabajador o del empleador.

Una de dichas contingencias es el incumplimiento de ciertos deberes contractuales por parte del trabajador como, por ejemplo, faltar al deber de honradez mediante la comisión de un robo de los bienes de la empresa, faltar al deber de obediencia al incumplir las órdenes del superior jerárquico, o faltar al deber de rendimiento al incumplir con realizar un trabajo suficientemente productivo.

Como podemos observar, el deber de rendimiento, como cualquier otro deber, puede ser lesionado durante la relación laboral. Sin embargo, como se adelantó en el capítulo anterior, el incumplimiento del deber de rendimiento tiene la particularidad de poder ser legalmente reputado tanto a la capacidad del trabajador como a su conducta. Cuestión que lo diferencia enormemente de otros incumplimientos (como un robo o una desobediencia) que solo pueden ser reputados exclusivamente a la conducta y que pueden gatillar despidos de carácter disciplinario.

En el presente capítulo se abordará la regulación específica sobre el despido por rendimiento deficiente, en ese sentido, comenzaremos por la definición del concepto de despido para, posteriormente, abordar las particularidades de esta causal.

I. Definición de despido

De acuerdo con Alfredo Montoya Melgar, el despido se puede definir como la extinción de la relación laboral fundada en la voluntad unilateral del empleador. Asimismo, dicho autor indica que el despido es un acto unilateral (solo importa la voluntad del empleador), constitutivo (el empleador ejecuta sin proponer), recepticio (la mera comunicación del acto produce sus efectos), extintivo (finaliza la relación laboral) (Blancas, 2013, pp. 65-66).

En la misma línea, Alonso García señala que el despido es un acto unilateral del empresario por virtud del cual este decide finalizar la relación laboral (Blancas, 2013, p. 66). De igual modo, Alonso Olea indica que el despido es la “resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario” (Olea & Casas, 1995, p. 392). Adicionalmente, Carlos Blancas, siguiendo a los autores precitados, advierte que el concepto de despido, desde un punto de vista estrictamente técnico, se refiere a la extinción de la relación laboral producida por la voluntad unilateral del empresario, exista o no causa justificada (Blancas, 2013, p. 66).

A partir de lo mencionado, en primer lugar, es posible concluir que el despido, en general, es la resolución del contrato de trabajo por voluntad del empleador. En segundo lugar, en atención a lo mencionado por Blancas, el despido puede ser justificado o no justificado. Sobre este punto, el referido autor indica que el despido es una institución causal, en otras palabras, para que el despido sea lícito, válido y legítimo y, por tanto, genere sus efectos extintivos plenos, el ordenamiento jurídico ha establecido ciertos supuestos de hecho que habilitan al empleador a utilizar dicha causal. Caso contrario, si el despido carece de causa legal, dicho acto se debe considerar nulo y sus efectos deben revertirse, generando la reposición en el empleo o, en todo caso, la indemnización (Blancas, 2013, pp. 67-68).

Lo mencionado previamente por la doctrina cuenta con un correlato en la legislación nacional. Al respecto, la LPCL ha regulado el despido de la siguiente manera:

Artículo 16.- Son causas de extinción del contrato de trabajo:

[...]

g) El despido, en los casos y forma permitidos por la Ley; [...].

Artículo 22.- Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada.

La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador.

La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido.

Artículo 31.- El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia. [...].

Artículo 32.- El despido deberá ser comunicado por escrito al trabajador mediante carta en la que se indique de modo preciso la causa del mismo y la fecha del cese.

Si el trabajador se negara a recibirla le será remitida por intermedio de notario o de juez de paz, o de la policía a falta de aquellos.

Como podemos observar, la legislación configura al despido con las siguientes características: (i) Es una causa de extinción de la relación laboral (artículo 16), (ii) Requiere de una causa justa vinculada con la capacidad o la conducta (artículo 22), (iii) Es el empleador el que lo ejecuta sin intervenir la voluntad del trabajador (artículo 31), (iv) Basta la comunicación para que surta efectos (artículo 32).

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída sobre el Expediente 976-2001-AA/TC (Llanos Huasco) indica que: “el despido como ‘el acto unilateral de la voluntad del empresario por virtud del cual, este, decide poner fin a la relación de Trabajo’. [...] ,el derecho ha impuesto a esta institución la exigencia de la causalidad. Así, cuando la extinción unilateral del vínculo laboral no se funda en una causa justa previamente establecida en la ley, los órganos jurisdiccionales tienen competencia para calificar el despido como justificado o injustificado (Fundamento 18)”.

En atención a lo señalado, es posible definir el despido como un acto unilateral, constitutivo y recepticio que extingue la relación laboral por voluntad del empleador. Asimismo, para que el despido sea válido y surta plenos efectos, debe fundarse en una causa justa prevista en la ley que puede estar relacionada a la conducta o a la capacidad.

II. Tipología de despidos injustificados

Si bien este trabajo se enfoca en el estudio de la causa justa de despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad, ciertamente, si dicha causa de despido no se aplica de manera correcta, el despido puede devenir en uno de carácter injustificado. En ese sentido, consideramos importante realizar un repaso por los tipos de despido que existen actualmente en nuestro ordenamiento jurídico.

En principio, si bien los despidos sin causa justa pueden agruparse en cuatro tipos, todas comparten una característica común: que los motivos que sustentan el despido no concuerdan con la ley e, incluso, la transgreden gravemente en algunas ocasiones. A continuación, veremos cada tipo de despido injustificado.

Es preciso señalar que esta labor tiene una particular relevancia ya que, en ciertos casos, la aplicación incorrecta de la causal de despido por rendimiento deficiente ha devenido en un despido injustificado, principalmente de tipo fraudulento. Por ello, a fin de entender a cabalidad el tema, revisaremos estas clases de despido para identificar con claridad sus características.

1. Despido arbitrario

Al hablar de despidos ilegales, probablemente el paradigma de despido es aquel conocido como despido arbitrario. Sin embargo, ¿qué debemos entender por despido arbitrario? En principio, consideramos que se debería empezar por conceptualizar cada palabra que compone este concepto.

Anteriormente, se ha definido el despido como un acto unilateral, constitutivo y recepticio que extingue la relación laboral por voluntad del empleador. Además, se señaló que para que el despido sea válido y eficaz, este debe fundarse en una causa justa prevista en la ley que puede estar relacionada a la conducta o a la capacidad.

Por otro lado, con relación al concepto de “arbitrario”, el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua* lo define como un adjetivo que alude a la sujeción a la libre voluntad o al capricho antes que a la ley o a la razón (DRAE, 2020). Asimismo, el *Diccionario panhispánico del español jurídico* define la arbitrariedad como un acto o proceder contrario a la justicia, la razón o las leyes dictado solo por voluntad o capricho de su autor, sin un razonamiento suficiente y sin explicación mayor de las razones en que se basa o careciendo estas de cualquier fundamento serio (DPEJ, 2020).

De otra parte, en el *Diccionario jurídico mexicano*, Francisco Cornejo indica que un acto arbitrario es aquel que establece para una situación concreta una solución no prevista en una regla general. Así, el acto arbitrario no sigue ningún criterio fijo o preestablecido, es por ello, que la arbitrariedad es antijurídica, toda vez que contradice la esencia del derecho que está basada en reglas previsibles y generales (UNAM, 1982, pp. 183-184).

Por su parte, el *Diccionario del régimen laboral peruano* define el concepto de “arbitrariedad” como una acción basada en el mero capricho de la persona que tiene facultad para decidir sobre una determinada materia, siendo por esta causa ajena a criterios de racionalidad o razonabilidad. Así, a nivel jurídico laboral, la arbitrariedad se expresa en aquellas decisiones del empleador contrarias a la justicia y carentes de motivación que irrumpen en el fuero del trabajador de forma negativa, causando un daño o perjuicio (AA.VV., 2016, p. 36).

Asimismo, refieren los autores de la precitada fuente que la arbitrariedad se refiere a una conducta contraria a los estándares de racionalidad o razonabilidad, por tanto, nuestro sistema jurídico no tolera y sanciona en caso el empleador actúe sin justificación alguna o de manera desproporcional. Así, las decisiones del empleador deben encuadrarse en un marco de límites sustanciales (justificados) y formales (procedimentales), de lo contrario, la conducta se reputará arbitraria (AAVV, 2016, p. 36).

Al respecto, nos gustaría citar una interesante definición a contrario sensu que realiza Humberto de la Cruz. Este autor señala que para que un despido sea justificado debe cumplir con tener legalidad y legitimidad, entendiéndose, por un lado, legalidad por el cumplimiento de los requisitos que la ley establece para la ejecución del despido, principalmente, de índole formal (invocar una causa legal y seguir el debido procedimiento), y por otro lado, definiendo legitimidad como la realidad fáctica que sustenta la imputación, es decir, que los hechos realmente existan y estén revestidos por trascendencia y gravedad. Así, si el despido carece de alguno de dichos elementos (sea legalidad o legitimidad), pues nos encontraremos frente a un despido arbitrario (De la Cruz, 2014, pp. 9-10).

A partir de estas definiciones, podemos extraer algunas características que delinean el concepto de arbitrariedad:

- Acto dictado solo por voluntad o capricho de su autor.
- Acto contrario a la justicia, la ley o demás reglas generales preestablecidas.
- Acto contrario a la razón (razonabilidad o racionabilidad).

- Acto que carece de una motivación y/o explicación suficiente o fundamento serio.
- Acto que no sigue límites sustanciales (justificados) y formales (procedimentales)
- Acto que causa un daño o perjuicio.

En atención a lo expuesto, un despido arbitrario sería aquel cuyo sustento no es otro que la mera voluntad del empleador de extinguir la relación laboral sin basarse en criterios de justicia, normativos o razonables. Así, la decisión de despedir carecería de motivos, explicaciones o fundamentos suficientes y, además, no habría seguido el procedimiento legal establecido, lo que genera un daño o perjuicio injustificado en la esfera jurídica del trabajador.

Al respecto, luego de alcanzar una primera noción del concepto de despido arbitrario, es importante validar si el desarrollo teórico o doctrinario que se ha realizado tiene un correlato con la legislación vigente. En ese sentido, lo inicial sería revisar el texto de la norma que define y regula el despido arbitrario, es decir, el artículo 34 de la LPCL, dispositivo que reza de la siguiente manera:

Artículo 34.- [...] Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38.

A partir de lo precitado, en resumen, el despido arbitrario es aquel que se produce cuando el empleador no tiene causa justa para accionar el despido frente a un trabajador (AAVV, 2016, p. 152). Sobre el particular, Neves indica que la norma sobre despido arbitrario comprende dos tipos de despido, por un lado, el incausado que podría definirse como aquel en el que no se expresa motivo y, por otro lado, el injustificado que sería aquel en el que se invoca un motivo, pero no se prueba en el proceso judicial (Neves, 2015, p. 228).

Al respecto, García Granara advierte que la distinción entre ambos supuestos es trascendente, puesto que en el primer caso se trata de un despido *ad nutum*, basado en la libre voluntad del empleador, mientras que en el segundo se invoca una causa que no es demostrada en juicio, lo que presupone que la causa se encuentre

enmarcada en la ley empero no puede acreditarse por falta de probanza (García, 2002, pp. 247-248).

En atención a lo expuesto, se puede observar que la definición teórica de despido arbitrario abarca mayores supuestos que los establecidos en la literalidad de la norma que se limita a mencionar el despido sin expresión de causa y el despido sin causa probada. Sin embargo, ante esta deficiencia de la norma, la jurisprudencia constitucional ha desarrollado dos supuestos adicionales denominados despido incausado y despido fraudulento, dentro de los cuales se han incluido casuísticamente una serie de supuestos adicionales. Cabe mencionar que, si bien abordaremos con mayor detalle estos supuestos en los acápites posteriores, es importante hacer una referencia a dichas tipologías a fin de entender el concepto de despido arbitrario en su mayor magnitud.

Como lo señalan algunos autores, en los últimos veinte años, el despido arbitrario se delinea en función de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y los plenos jurisdiccionales (AAVV, 2016, p. 153). En efecto, la sentencia que aborda una mayor profundización conceptual del despido arbitrario es la famosa sentencia N° 976-2001 AA/TC recaída sobre el expediente Llanos Huasco. En efecto, nos referimos a los tipos de despidos denominados incausados y fraudulentos que, de acuerdo a De la Cruz, podría entenderse que entre el despido arbitrario y los despidos incausado y fraudulento existe una relación género (despido arbitrario) y especies (incausado y fraudulento) (De la Cruz, 2014, p. 10).

A continuación, abordaremos los conceptos que la jurisprudencia constitucional nos brinda sobre cada subtipo de despido arbitrario y, además, lo complementaremos con doctrina nacional que ha estudiado a profundidad estos temas:

1. Despido incausado

De acuerdo al Tribunal Constitucional, se configura un supuesto de despido incausado cuando: “Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique” (STC N° 976-2001 AA/TC, Fundamento 15).

De acuerdo a De la Cruz, en el despido incausado no se cumple con el requisito de legalidad, toda vez que se omite transitar por los requisitos que la ley establece para la ejecución de un despido como, por ejemplo, la imputación de cargos (consignando causa legal) y el procedimiento de despido (preaviso, descargos y despido) (De la Cruz, 2014, p. 11). Como se puede observar, el despido incausado es tal en la medida que, simplemente, es abrupto y sin la más mínima explicación

e incluso, sin cumplir la mínima formalidad. No se explica razón ni motivo que explique la finalización de la relación laboral.

En ese sentido, según nos explica Carlos Blancas, el primer supuesto de hecho que configura un despido incausado es aquel en el cual no se expresa la causa del despido, es decir, cuando el despido se concreta como ejercicio de una facultad *ad nutum*. Asimismo, se trata de un despido incausado cuando —sea que se invoque alguna causa o no— esta se informa de manera verbal, por ejemplo, se llama a un trabajador, se le dice que está despedido y, posteriormente, ya no se le permite el ingreso (Blancas, 2013, pp. 499-501).

Otros supuestos de despidos incausados son, por ejemplo, cuando se termina el contrato de trabajo por vencimiento del plazo de contrato modal, sin embargo, dicho contrato está desnaturalizado. En otras palabras, cuando se utiliza indebidamente un mecanismo de resolución legítimo. Del mismo modo, cuando se finaliza la relación contractual con un locador de servicios cuya relación esta desnaturalizada, o cuando se le desvincula al practicante cuyo convenio de prácticas se ha desnaturalizado (Blancas, 2013, p. 499 y sgtes.).

Como señala Julissa Vitteri, el despido incausado se puede presentar en el caso de los trabajadores a plazo indeterminado cuando se cesa sin contar con una causa justa para separarlo de sus labores, en cambio, para los trabajadores a plazo determinado se pueden mencionar dos supuestos adicionales de despido incausado que son, justamente, la desnaturalización y la suspensión desproporcionada e indefinida de labores (Vitteri, 2014, p. 158).

Al respecto, un supuesto interesante para nuestra investigación es la sentencia recaída sobre el Exp. 1672-2003-AA/TC que Blancas menciona sobre despidos incausados, este es sobre un caso en el que el Tribunal Constitucional indicó que, si se pretende sustentar la decisión de ejecutar un despido en base a los resultados de evaluaciones, sin que previamente se acredite la existencia de dicha evaluación y sus alcances, pues será un despido incausado (Blancas, 2013, p. 505). A continuación, presentamos algunos extractos de este pronunciamiento:

[E]n la fecha mencionada recibió una carta de su empleadora, mediante la cual se le comunicaba que, al amparo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, [...], y supuestamente, en consideración a sus evaluaciones, la Gerencia había decidido resolver el vínculo laboral, y que se encontraba a su disposición el monto de sus beneficios sociales e indemnización [...].

El Juzgado Especializado Civil de Sullana, [...] declara fundada la demanda, por considerar que si bien la carta en cuestión hace referencia a que se despidió al actor por sus evaluaciones, la demandada no ha demostrado en qué consistieron las mismas, de manera que el despido se justifique y el trabajador pueda, a su vez, efectuar su descargo, por lo que se han vulnerado sus derechos constitucionales. [...].

Como se puede colegir, en el caso en cuestión, se intentó utilizar una supuesta evaluación de desempeño como justificación para ejecutar un despido. Sin embargo, es importante advertir que, si bien se mencionan evaluaciones, en ningún momento se aplica la causal de despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad (es decir, se omite imputar causa legal transgrediendo el requisito de legalidad), por lo que es posible deducir que no existía formalmente un procedimiento preestablecido de evaluación de rendimiento que observase los parámetros legales de objetividad que necesita el artículo 23, literal b, de la LPCL. Por ello, en dicho caso, el despido ejecutado deviene en incausado.

En resumen, podemos concluir que el despido incausado, en general, se entiende por aquel en el cual no se ha expresado alguna causa justa de manera escrita o verbal. Otros supuestos de despido incausado son casos de desnaturalización y suspensión excesiva de labores.

Asimismo, respecto de los casos en los cuales está involucrado un procedimiento de evaluación de desempeño, podría indicarse que se entenderá el despido como incausado si es que, a pesar de que se hace alusión al desempeño, no se invoca el dispositivo normativo correspondiente (causal de despido por capacidad contenido en el artículo 23, literal b, de la LPCL), o ni siquiera se presentase evidencia de que dicha evaluación que se utiliza como sustento realmente existió o se le informó al trabajador que existía.

Finalmente, si recordamos algunas de las características que la doctrina ha entendido por arbitrariedad, podemos colegir que el tipo de despido incausado precisa y reúne algunas de dichas características, ya que esta modalidad de despido carece de una motivación y/o explicación suficiente o fundamento serio y no sigue límites sustanciales (justificados) y formales (procedimentales).

2. Despido fraudulento

De acuerdo al Tribunal Constitucional, se configura un supuesto de despido fraudulento cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones

procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, [...]; o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad [...] o mediante la “fabricación de pruebas” [...]. En estos supuestos, al no existir realmente causa justa de despido ni, al menos, hechos respecto de cuya trascendencia o gravedad corresponda dilucidar al juzgador o por tratarse de hechos no constitutivos de causa justa conforme a la ley, la situación es equiparable al despido sin invocación de causa, razón por la cual este acto deviene lesivo del derecho constitucional al trabajo (STC N° 976-2001 AA/TC, Fundamento 15).

Al respecto, este despido no solo se trata de uno que carece de causa justa, sino que conlleva una agravante que consiste en el fraude a la ley. La presencia de este elemento singulariza esta modalidad ya que implica el desarrollo de una serie de actos y conductas que pretenden aparentar que existe una causa justa o un motivo legalmente tipificado, cuando en realidad no existe (AAVV, 2016, p. 155). En otras palabras, en este tipo de despido no solo no existe una causa justa (lo que gatillaría un despido arbitrario incausado), sino que también existiría una intención o voluntad del empleador de querer torcer y/o tergiversar la realidad a fin de concretar una acción injustificada y perjudicial.

De acuerdo a De la Cruz, el despido fraudulento cuenta con cuatro características finamente determinadas:

- (i) *El ánimo perverso del empleador.*- Supone que el empleador tiene la intención de despedir, a pesar de que conoce que no tiene un sustento válido para accionar la figura del despido. Así, a sabiendas de la falta de causa, aún ejecuta la resolución unilateral. Como indica el autor, conocimiento y voluntad se vuelven presupuestos que sustentan esta primera característica como dolosa (De la Cruz, 2014, p. 13)
- (ii) *El pretexto del despido.*- Implica el llevar a cabo la imputación de la aparente causa justa de despido, si bien el autor solamente menciona a la imputación de la falta grave (artículo 25 de la LPCL), en definitiva, también se puede incluir a la imputación de causales por capacidad (artículo 23 de la LPCL). Así, el trabajador que no merece ser despedido (puesto que no existiría hecho tal que justifique un despido real), termina afrontando un procedimiento formal de despido (De la Cruz, 2014, p. 13).
- (iii) *El engaño al trabajador.*- Significa que el trabajador, cuya conducta infractora no existe o no amerita un despido, es compelido a descargar. Así, es

inducido a creer que con sus descargos podría desvirtuar la imputación y evitar el despido, sin embargo, independientemente de lo que señalen los descargos, la decisión del despido ya está tomada ex ante (De la Cruz, 2014, p. 14).

- (iv) *La justificación formal del despido.*- Supone el cumplimiento procedimental que la ley exige para un despido, a pesar de que materialmente no existiría causa suficiente, se transita por un respeto al debido procedimiento a fin de dotar de apariencia de legalidad al despido (De la Cruz, 2014, p. 14).

Una vez identificadas las principales características del despido fraudulento, procederemos a observar algunos los supuestos que han sido delineados por la jurisprudencia:

- *Imputar al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios.*-

De acuerdo a De la Cruz, en los hechos, el trabajador es responsable de las conductas que realice durante la realización de sus labores, así, la correspondencia entre la conducta realizada y la responsabilidad imputada es precisamente un límite al poder disciplinario. Si dicha correspondencia se ve alterada o distorsionada (sea porque la conducta no existe o no reviste gravedad suficiente), es cuando se producen decisiones arbitrarias (De la Cruz, 2014, pp. 15-17)

Un ejemplo interesante que el precitado autor expone es el de la sentencia recaída sobre el Exp. 1420-2008 AA/TC de un trabajador al cual se le imputa la apropiación de bienes del empleador que fueron dejados en su custodia, aun cuando el trabajador no tenía como función mantener custodia de bienes (De la Cruz, 2014, pp. 15-17).

Asimismo, otro supuesto en el cual el TC ha determinado la existencia de un despido fraudulento refiere que los hechos que fueron imputados no llegaron a ser probados, lo que evidencia que eran irreales o ficticios, y fueron alegados con el objeto de aparentar una justificación (STC N° 1001-2001 AA/TC). Como se puede observar, en este ejemplo, básicamente se ubica al despido fraudulento en el segundo tipo de despido arbitrario del artículo 34 de la LPCL, es decir, el despido cuya causa no ha sido probada. A criterio del TC, si la causa no llega a probarse, ergo, los hechos imputados son inexistentes, por tanto, se configura un supuesto de despido arbitrario de tipo fraudulento.

Asimismo, se consideran supuestos de despido fraudulento, por ejemplo, el caso en que se imputó a una trabajadora proporcionar información falsa por presentar un título profesional falso, sin embargo, la trabajadora no fue quien lo presentó, sino que fue una tercera persona quien lo introdujo en su legajo personal. También es fraudulento el despido por abandono de trabajo en el cual se consideraron inasistencias injustificadas aquellos días que fueron justificados con certificados médicos particulares, y no certificados de EsSalud. Al respecto, el Tribunal Constitucional sostiene que la ley sanciona la ausencia cuando es intención del trabajador incumplir sus obligaciones, pero no cuando se debe a motivos ajenos a su voluntad como un certificado suscrito por un médico particular que es suficiente para justificar la inasistencia.

Como nos recuerda De la Cruz, en este supuesto de despido fraudulento lo que se exige como requisito es la inexistencia, falsedad o imaginación de los hechos imputados al trabajador y que sean manifiestamente notorios. Es decir, debe evidenciarse que no cabe posibilidad de que el trabajador pueda ser responsable por dichos hechos. Según indica este autor, este supuesto es el más característico de despido fraudulento.

- Atribuir una falta no prevista legalmente vulnerando el principio de tipicidad.-

Como nos indica De la Cruz, el empleador se encuentra limitado a sustentar el despido en solamente las causales que taxativamente ha previsto la ley como causas justas. En ese sentido, de imputarse alguna causal no contenida, pues, se tratará de una afectación del principio de tipicidad.

Un supuesto de despido fraudulento por quebrantamiento del principio de tipicidad es aquel en el que se imputa comisión de falta grave por abandono de trabajo a aquel trabajador que ha faltado tres días consecutivos, cuando la ley indica que deben ser más de tres días consecutivos, es decir, cuatro (Exp. 2893-2009-AA/TC). En ese sentido, si un trabajador incurre en inasistencias injustificadas por tres días consecutivos, pero al cuarto día se presenta, pues podrá sancionarse con una amonestación o suspensión, pero no podrá aplicarse el despido, ya que el supuesto de hecho difiere del supuesto normativo.

Otro ejemplo, es un caso en el que se consideró que la falta grave imputada consistente en la disminución de la productividad no se encuentra tipificada como causa legal de despido, de modo que, el artículo 2, inciso 24 y literal d, de la Constitución Política del Estado impone que los hechos, actos u omisiones tipificados como infracciones punibles deben ser establecidas de forma

expresa e inequívoca, lo cual no sucede en la carta imputación de cargos (Exp. 1112-98 AA/TC).

- Despido realizado con vicio de la voluntad.-

La jurisprudencia constitucional considera que el despido sería fraudulento si el cese se produjo porque la supuesta renuncia no fue voluntaria, sino que la empresa la obligó mediante presiones a firmar el documento respectivo, sin embargo, se puntualiza que se debe probar la existencia de las presiones (Exp. 04090-2011 PA/TC).

- Fabricación de pruebas.-

De acuerdo a De la Cruz, el empleador tiene la carga de la prueba respecto de la imputación de los cargos dirigida al trabajador, de modo que la decisión contenida en la carta cuente con el material probatorio suficiente. Sin embargo, puede darse el caso que el ánimo perverso sea tal que el mismo empleador pretenda controlar tanto aspectos formales como materiales generando pruebas irreales (De la Cruz, 2014, pp. 20-21).

Según nos ilustra la jurisprudencia, un supuesto de este tipo puede ser que las pruebas que sustentan la imputación son declaraciones testimoniales de trabajadores que el empleador controla (Exp. 2844-2013-PA/TC).

- Despido que contraviene la razonabilidad y proporcionalidad.-

Para este supuesto, el hecho material en realidad existe y, probablemente, tiene las características suficientes para gatillar una sanción para el trabajador, sin embargo, los hechos no tienen la trascendencia suficiente para justificar un despido. Así, se trata de un despido fraudulento porque la decisión del empleador sobrepasa la gravedad de la falta cometida, ya que se pretende atribuir una mayor responsabilidad de la que el hecho supone (De la Cruz, 2014, p. 21).

Así, se puede dar el caso de una trabajadora a quién se imputan hechos que, a pesar de ser reales y ser aceptados, no revisten la gravedad suficiente para justificar el despido como sanción. Por lo cual, se considera que su despido es desproporcionado e irrazonable, y se incurre en un despido fraudulento (Blancas, 2013, p. 527 y siguientes). De modo que si el trabajador era merecedor de medidas disciplinarias menores (amonestación o suspensión) pero, en lugar de ello, recibe la medida más severa como lo es el despido, la

decisión se torna irrazonable y desproporcionada, por ende, arbitraria (De la Cruz, 2014, p. 22).

En resumen, se entiende la existencia de un despido fraudulento puesto que la medida del despido es consecuencia de un sobredimensionamiento de una conducta del trabajador, pudiendo colegirse que la falta no es más que una excusa para ejecutar un despido que no es real.

Según lo desarrollado, se puede colegir que el despido fraudulento es un tipo de despido arbitrario que, además de compartir la característica de no tener causa justa, tiene la particularidad de presentar matices de fraude y distorsión que le dan una configuración un tanto diferente, aunque sus efectos sean los mismos que los del despido incausado.

En virtud de lo tratado, el concepto de despido arbitrario podría entenderse en dos acepciones, por un lado, podría entenderse el despido arbitrario en sentido amplio, que sería toda extinción de vínculo laboral que carece de motivos, explicaciones o fundamentos suficientes, es decir, un despido ilegal donde se incluyen todos los tipos de despidos injustificados (incausado, fraudulento, y nulo). Luego, podría entenderse un despido arbitrario en sentido estricto que nos redirige a cada concepto de despido y sus características propias y matices particulares.

Definitivamente, el despido incausado y el fraudulento son en esencia, lo mismo: despidos arbitrarios, debido a que se aplicaron sin contar ninguno con hechos que sustenten la medida. Sin embargo, anteriormente, realizar la diferenciación entre un despido “arbitrario” y un despido “incausado” o “fraudulento” tenía una utilidad práctica relevante, toda vez que permitía acceder a una vía procesal determinada que, a la larga, generaba efectos diferentes.

Según se conoce, hace algunos años, era inviable reclamar en la vía procesal ordinaria un despido incausado y/o fraudulento, puesto que dichos tipos de despido no estaban establecidos de manera legal, sino que eran creación jurisprudencial. Así, en caso se hubiese incurrido en un despido arbitrario, en la vía ordinaria únicamente se podía obtener una indemnización. Debido a ello, aquellos trabajadores que habían sido despedidos y deseaban ser repuestos, debían accionar en la vía constitucional del amparo alegando ser objeto de un despido incausado y/o fraudulento.

Sin embargo, en la actualidad, la jurisprudencia ha establecido de manera unánime la viabilidad de reclamar reposición por despido incausado y/o fraudulento en la vía ordinaria, sin necesidad de acudir a una acción de amparo. En ese

sentido, hoy por hoy, en la vía procesal laboral ordinaria se puede demandar reposición por un despido arbitrario, sea que se trate de tipo incausado o fraudulento, ya no siendo trascendental o relevante la diferenciación de cara a los efectos esperados. De modo que, en nuestros días, la diferenciación entre un tipo y otro de despido tiene un valor más conceptual que práctico.

En resumen, en este acápite se ha definido el despido arbitrario, y los subtipos que la jurisprudencia ha creado. Como lo indicamos, desde una perspectiva meramente conceptual, la doctrina y teoría jurídica presentan al despido arbitrario como un fenómeno más amplio que la configuración legal existente, no obstante, con la irrupción de la jurisprudencia constitucional no solo se ha enriquecido el concepto del despido arbitrario delimitándolo y clarificando su noción, sino que también ha proporcionado supuestos de hecho precisos que centran aún más lo que se debe entender por arbitrariedad en la ejecución del despido, generando incluso tipologías específicas de despido arbitrario.

2. Despido nulo

Si bien hemos adelantado que el despido nulo también es un tipo de despido arbitrario, toda vez que comparte su principal característica: no tener una causa justa fáctica y jurídica, consideramos que el despido nulo amerita abordarse de manera independiente debido no solo a su fuerte carga moral, sino también a la configuración legal y los efectos jurídicos únicos que tiene. En ese sentido, de acuerdo con Carlos Blancas, el despido nulo es aquel despido que no solo carece de causa justa, sino que además se fundamenta en motivos ilegítimos y/o ilícitos los mismos que se encuentran regulados taxativamente en la ley (artículo 29 de la LPCL) (Blancas, 2013, pp. 355-358).

En efecto, según lo señalan Vinatea y Toyama, este tipo de despido está concebido para salvaguardar el derecho a la estabilidad laboral absoluta cuando se incurra en un despido que afecte gravemente el ordenamiento jurídico, ya que este tipo de despido atenta contra los derechos de la persona humana que son intangibles (Vinatea & Toyama, 2015, p. 388). En el mismo sentido, otros autores han definido este tipo de despido como aquel que se produce por violación a un conjunto de derechos que, por su naturaleza, resulta gravemente ofensiva para la dignidad del trabajador (AA.VV., 2016, p. 158).

Sobre el particular, este tipo de despido recibe una mayor protección legal, en la medida que el motivo que sustenta el despido está vinculado a la lesión de un derecho o bien jurídico altamente valioso para el ordenamiento. Como se podrá

observar, las causales de despido nulo refieren a despidos que son producto de un acto de discriminación, segregación o represalia. Veamos el texto de la norma:

“Artículo 29.- Es nulo el despido que tenga por motivo:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25;
- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole;
- e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir.

Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa”.

Como se puede observar, los supuestos en los cuales ocurre un despido de este tipo son restringidos, y reservados para afectaciones muy graves o intensas a determinados derechos especialmente protegidos. En ese sentido, por ejemplo, si una persona o un grupo de personas son despedidas porque la empresa está cerrando un canal de ventas o un local, no es posible demandar la existencia de un despido nulo, ya que, a pesar de no existir causa justa legal (lo cual puede gatillar un despido arbitrario incausado), tampoco se trata de un despido fundado en un motivo ilícito como los antes indicados.

Con relación al tema de estudio de este trabajo, difícilmente un despido basado en el rendimiento deficiente podría estar vinculado a una lesión intensa de un derecho fundamental relativo a la dignidad del trabajador. Los supuestos en los que habitualmente se configuran despidos nulos suelen ser extinciones de vínculo

abruptas, ya que, como incluso, en instancia jurisprudencial, se ha reconocido que el trabajador debe aportar medios de prueba que informen indicios de que la causa del despido tuvo un nexo causal con un motivo prohibido, normalmente responde a una proximidad temporal entre un evento y otro.

En ese sentido, por ejemplo, un supuesto de despido nulo puede ser aquel despido que se le aplica arbitrariamente a una persona que acaba de fundar una organización sindical. Otro ejemplo puede ser el caso de una trabajadora que informa que está embarazada, y a los pocos días se le despide por “cambio de perfil”. Como se puede observar, la cercanía entre la toma de conocimiento por parte del empleador y la aplicación de despido, justamente aportan estos indicios de conexión entre un evento y otro.

Sin embargo, como se verá más adelante, la aplicación de un despido por rendimiento deficiente requiere la existencia de una evaluación de rendimiento que se extiende en un determinado periodo de tiempo y requiere la recolección de varios datos e indicadores, por lo cual, la aplicación abrupta de esta causal no sería completamente viable. O, en todo caso, si se ejecutase de manera abrupta un despido por rendimiento deficiente, tendría evidentes indicios de ser nulo.

Sin perjuicio de lo señalado, cabe la posibilidad de que en el transcurso y desarrollo de la evaluación de rendimiento se coincida con algún evento típico de despido nulo y, eventualmente, el o la trabajadora intente vincular ambos eventos. Por ejemplo, una trabajadora que viene teniendo un rendimiento deficiente hace cuatro meses, y luego del cuarto mes informa que está embarazada, sin embargo, en el quinto mes se le notifica preaviso de despido por rendimiento deficiente.

En este caso, el empleador debe estar en la capacidad de acreditar de que el despido no tiene ningún tipo de relación entre un evento y otro. Independientemente de que la evaluación de rendimiento pueda tener fallas en su estructura o no ajustarse por completo a la ley (lo cual podría gatillar un despido incausado y/o fraudulento dependiendo de la magnitud de los defectos de la evaluación), lo que debe quedar acreditado es que la motivación del despido no es discriminatoria o similar.

En atención a lo expuesto, un despido nulo es un tipo de despido sin causa justa y que además se produce a consecuencia de un acto que lesiona gravemente derechos fundamentales relativos a la dignidad del trabajador. Finalmente, la posibilidad de que un despido por rendimiento deficiente devenga en un supuesto de despido nulo no es considerable por las características y requisitos necesarios para la aplicación de la causal de despido por capacidad.

Como se ha podido observar, en el presente acápite, se han abordado las diferentes tipologías de despidos que existen en nuestro ordenamiento jurídico, asimismo, si bien ya se ha adelantado alguna opinión sobre cada tipología de despidos ilegal en contraste con un supuesto mal ejecutado y/o aplicado de despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad, aún es preciso preguntarse: ¿en qué tipo de despido calza un despido por rendimiento deficiente aplicado de manera indebida? Pues dicha pregunta la desarrollaremos a continuación tomando en cuenta el tratamiento jurisprudencial que hemos podido encontrar para esta investigación.

Así, si bien se podría dar el caso de que un despido por rendimiento deficiente devenga, eventualmente, en un despido incausado al demostrarse que la evaluación no fue informada o no existía sustento de que tal evaluación realmente fue implementada; asimismo, podría darse el caso, de que la aplicación del despido por rendimiento deficiente coincida con algún evento típico de un despido nulo (por ejemplo, embarazo) y, probablemente, ser cuestionado —aunque tal vez sin éxito— por nulidad.

Sin embargo, la jurisprudencia ha reconocido que un supuesto de despido por rendimiento deficiente que, finalmente, no se logró acreditar se identifica mayormente con el tipo de despido fraudulento. Si bien, más adelante, abordaremos algunos casos con mayor detalle y análisis, es importante conocer algunas aristas que la judicatura ha tenido en consideración para determinar la arbitrariedad del despido.

En ese sentido, se puede citar la sentencia de vista del Exp. 23886-2015, que versa sobre un caso en el que el empleador le imputa al trabajador haber incurrido en rendimiento deficiente, toda vez que no logró alcanzar las metas individuales establecidas por la empresa y, además, en comparación con sus compañeros, el trabajador se ubica en el fondo del escalafón. En base a dichos factores, el empleador ejecuta el despido por aplicación del artículo 23, literal b) y cesa al trabajador.

De inmediato, el trabajador cuestiona el despido alegando la existencia de un despido fraudulento. Sobre el particular, la Corte Superior, en segunda instancia resuelve la existencia de un despido fraudulento por hechos inexistentes toda vez que la evaluación de rendimiento tenía metas arbitrarias e imprecisiones en los criterios de evaluación de rendimiento. Veamos algunas citas relevantes de la sentencia:

DÉCIMO SEGUNDO: [...] se advierte que la demandada no ha señalado el método que ha empleado para verificar el bajo rendimiento del trabajador, ni cuál ha sido el criterio para establecer la meta de producción asignada, así como tampoco ha especificado técnicamente los parámetros o lineamientos que ha utilizado para determinar el rendimiento promedio en labores y no ha demostrado que se dieron las condiciones similares [...].

DÉCIMO CUARTO: De lo antes expuesto, se evidencia que el banco demandado fijó en forma unilateral y arbitraria la meta y el porcentaje requerido (80%) para el cumplimiento de la meta, puesto que se verifica que estos no tuvieron un sustento técnico que lo respalde. Tampoco se explicó cómo se llega a obtener el rendimiento promedio en labores y si las condiciones objetivas fueron similares tanto para el demandante como para el resto de sus compañeros que desempeñaban el mismo cargo que él y lograron alcanzar el porcentaje exigido de cumplimiento de la meta, lo cual está contemplado en el inciso b) del artículo 23 del Decreto Supremo N° 003- 97-TR.

DÉCIMO SÉTIMO: Por lo expuesto, no se ha verificado la concurrencia y la acreditación de la causa justa de despido de modo objetivo en el procedimiento de despido iniciado por la demandada. Por consiguiente, este Colegiado concluye que la demandada ha imputado causa justa de despido al demandante sobre hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios; por tanto, se ha configurado el despido fraudulento en contra del actor, razón por la que procede la reposición a su puesto de trabajo, deviniendo en fundado este extremo de la demanda.

Como se puede observar, la judicatura observó defectos en la evaluación, por ejemplo, no se especificaba el o los métodos de evaluación mediante el cual se determina el nivel de rendimiento, no existía un sustento técnico que respalde la fijación de los indicadores de referencia para determinar el rendimiento, y tampoco se presentaron evidencias de que hubo similitud de condiciones. En base a ello, la Corte determinó que no existía mérito suficiente para acreditar la existencia de un rendimiento deficiente, por tanto, el despido deviene en arbitrario fraudulento, toda vez que no existe evidencia suficiente de que los resultados de la evaluación eran confiables y reales, por ende, si no se acredita de manera suficiente el rendimiento deficiente, los hechos son inexistentes.

Por otro lado, también podemos citar el Exp. 02094-2016, en el que, de igual manera, el empleador imputó rendimiento deficiente a una trabajadora, toda vez que no cumplió con las metas mínimas de venta. Sobre el particular, la sentencia de segunda instancia observó que, aparentemente, la empresa no le dio el plazo legal para la demostración de la capacidad que según la LPCL es de 30 días naturales como mínimo. En ese sentido, como no se habría cumplido con dar la oportunidad para corregir la deficiencia, por ende, no se acredita la existencia real de que la trabajadora incurrió en un rendimiento deficiente y, por el contrario, se evidencia ánimo perverso por parte de la empresa:

[E]xistió un ánimo perverso de la demandada de desvincular a la demandante pues le recortó la oportunidad de enmendar su conducta, y en el proceso no ha podido acreditar que la demandante al 30.06.2016 no alcanzó el mínimo requerido de persistencia; siendo así, la falta imputada resulta inexistente y, por ende, no existe causa justa de despido, lo cual determina que se haya producido un despido fraudulento (§ 22).

Como se podrá observar, la judicatura ordinaria ha identificado la existencia de un despido fraudulento cuando se ha aplicado indebidamente un despido por rendimiento deficiente. Según lo adelantamos, para la aplicación de este tipo de despido se requiere la implementación de un proceso de evaluación que se desarrolla en el tiempo, sin embargo, a pesar de que en estos casos se ha observado que, de alguna manera, la evaluación existía y no era ficticia (razón por la cual no cabe un despido incausado), sí se observó que las evaluaciones tenían defectos.

Dichos defectos en la evaluación tienen un impacto perjudicial en la confiabilidad de los resultados e indicadores de rendimiento del trabajador, ya que surge la posibilidad de que dichos resultados no sean sinceros o tengan alguna distorsión, por lo que la legitimidad del despido se ve seriamente afectada. Si por defectos en la evaluación, los resultados que sustentan el despido no son confiables, ergo, la judicatura reputará dicho despido como inexistente debido a la falta de acreditación de la deficiencia del rendimiento y, por tanto, se calificará como despido fraudulento.

Del mismo modo, en caso de que la evaluación contravenga alguna norma obligatoria para el decurso regular del procedimiento despido, esto podría entenderse como ánimo perverso y, si se le suma que el trabajador no tuvo oportunidad de revertir su aparentemente mal rendimiento, pues, la judicatura entiende que no existió en realidad tal rendimiento deficiente y declara el despido como fraudulento.

Como se puede colegir, si bien es posible que un despido por rendimiento deficiente pueda ser cuestionado por incausado o nulo, es más factible que, debido a fallas o defectos en evaluaciones reales, dicho despido sea declarado como fraudulento. Es por ello que la importancia de implementar una evaluación de rendimiento, observando criterios jurídicos, es trascendental; puesto que de ello depende que el sustento que respalda el despido sea adecuado y, por consiguiente, la validez de dicho despido sea confirmada en instancia judicial.

En atención a la relevancia que tiene la evaluación en la legalidad y legitimidad de un despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad, más adelante se realizará un análisis de los aspectos jurídicos que debe observar una evaluación de rendimiento a fin de generar un sólido sustento para que el despido sea válido. No obstante, antes de profundizar en ello, consideramos de suma utilidad transitar por un paso previo que consiste en hacer una revisión del tratamiento jurídico de la causal de despido por rendimiento deficiente en otras latitudes, a fin de generar una perspectiva más rica de interpretación de nuestra normativa nacional.

III. Legislación comparada sobre el despido por rendimiento por capacidad

Como lo adelantamos, antes de desarrollar el tratamiento jurídico del despido por rendimiento deficiente en nuestro país, es importante hacer una revisión de esta causal en otras legislaciones. De este modo, es posible generar una primera idea sobre los aspectos comunes que comparten las distintas normativas, e identificar aquellas características positivas que permiten una aplicación adecuada de una causal de despido basada en la capacidad o la aptitud.

▪ Organización Internacional del Trabajo (OIT)

La OIT cuenta con disposiciones normativas sobre la terminación de la relación laboral en el Convenio 158 y en la Recomendación 166. Si bien el Perú no ha ratificado dichos dispositivos, por lo cual no son vinculantes, sí nos pueden proporcionar algunas luces sobre la manera de entender el despido por motivado en el rendimiento, más aún por la similitud que existen en ciertos aspectos fundamentales.

En general, al igual que nuestra normativa, el Convenio 158 recoge el principio de causalidad que establece que no puede culminarse la relación de trabajo sin causa justa basada en la conducta o capacidad, y previo ejercicio de derecho de defensa. Ahora bien, en específico sobre el despido motivado

en el rendimiento, la Recomendación 166 establece que, para despedir por desempeño insatisfactorio (término equivalente al de “rendimiento deficiente” de la LPCL (Puntriano, 2006)), es necesario seguir un procedimiento que implica tres requisitos: dar las indicaciones correctas para prestar labores, comunicar los resultados negativos de manera previa y por escrito y, finalmente, dar un plazo razonable para que el trabajador mejore su rendimiento:

“8. No debería darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por desempeño insatisfactorio, a menos que el empleador le haya dado las instrucciones apropiadas y le haya advertido por escrito y el trabajador siga realizando su labor en forma insatisfactoria después de haber transcurrido un período razonable para que la mejore”.

De acuerdo con Obregón, lo señalado en este dispositivo desarrolla un procedimiento que se puede traducir de la siguiente manera: En primer lugar, advertir por escrito que el trabajador se está desempeñando insatisfactoriamente y precisar cómo subsanar dicha deficiencia; y, en segundo lugar, otorgar un plazo razonable al trabajador para que subsane su deficiencia. Sobre el primer punto, la normativa nacional no exige que se instruya al trabajador sobre la manera de subsanar su deficiencia, solo precisa que la causal debe ser detallada en la carta de preaviso. Respecto del segundo punto, este extremo sí es acogido por nuestra normativa al establecer que el empleador debe otorgar un plazo de treinta días para que el trabajador demuestre su capacidad o corrija su deficiencia (Obregón, 2015, p. 31).

A nuestro entender, la OIT establece un procedimiento que no solo tiene tres requisitos, sino tres partes que se ejecutan en tres tiempos diferentes. En primer lugar, el convenio parte del hecho que se hayan dado adecuadamente las instrucciones para ejecutar las labores de modo satisfactorio, puesto que no podría imputarse un rendimiento negativo si el empleador no cumplió con dar instrucciones adecuadas. Es decir, que las instrucciones se hayan comunicado de modo claro, preciso, razonable y preferiblemente por escrito. En ese sentido, la disposición de la OIT parte del presupuesto que solo se puede imputar “rendimiento insatisfactorio” si el empleador acredita haber dado correctamente los lineamientos necesarios al trabajador.

Posteriormente, se entiende que, luego de haber dado las instrucciones adecuadas, el empleador debe comprobar si se ha cumplido con el rendimiento suficiente y, de no ser el caso, se le debe informar por escrito de estos

resultados negativos al trabajador y otorgar un plazo razonable para que mejore su desempeño. Luego de esto, de verificarse que el rendimiento no mejora, recién se puede terminar la relación laboral.

Como podemos observar, de lo regulado por la OIT, podemos adelantar que existen dos aspectos importantes que nuestra normativa no precisa que son la advertencia y exhortación previa y escrita, y la instrucción adecuada para mejorar el rendimiento; sin embargo, no se precisan los métodos de evaluación del rendimiento como sí lo hace nuestra normativa (evaluación individual y colectiva).

Sin perjuicio de lo mencionado, consideramos que es posible vincular los aspectos relevantes mencionados con elementos que sí tenemos en nuestro sistema, como por ejemplo, respecto de la comunicación previa se puede conectar con el concepto de reiterancia, el principio de razonabilidad e, incluso, un criterio de gradualidad, es decir, no podría imputarse la causal si el rendimiento deficiente se ha presentado en una sola oportunidad. Asimismo, respecto de las instrucciones, esto se podría vincular a la capacitación que la LPCL prescribe en el artículo 84.

■ Colombia

Por otro lado, en Colombia, el despido por causal de rendimiento deficiente es regulado en el artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo Colombiano, el cual indica lo siguiente:

Artículo 62 del Código Sustantivo de Trabajo Colombiano:

“Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de trabajo:

[...] 9. El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del empleador”.

La redacción de esta norma es muy parecida a la nuestra, ya que establece los mismos métodos de evaluación, por un lado, la evaluación individual (“la capacidad del trabajador”) y la evaluación colectiva (“rendimiento promedio”). Asimismo, se establece que el empleador debe otorgar un plazo razonable para que el trabajador mejore su rendimiento. En nuestra normativa,

dicho plazo razonable corresponde a los treinta días que prescribe el artículo 31 de la LPCL para que el trabajador demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

Adicionalmente a ello, el reglamento (Decreto 1373 de 1966) ofrece mayores precisiones sobre la aplicación de la referida causal de despido:

“Para dar aplicación [...], el patrono deberá ceñirse al siguiente procedimiento:

- a. Requerirá al trabajador dos (2) veces, cuando menos, por escrito, mediando entre uno y otro requerimiento un lapso no inferior a ocho (8) días.
- b. Si hechos los anteriores requerimientos el patrono considera que aún subsiste el deficiente rendimiento laboral del trabajador, presentará a este un cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas, a efecto de que el trabajador pueda presentar sus descargos por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes; y
- c. Si el patrono no quedare conforme con las justificaciones del trabajador, así se lo hará saber por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes”.

De acuerdo con Obregón, la normativa colombiana prevé que el empleador realice, por lo menos, dos exhortaciones previas al preaviso de despido. Este requisito implica una clara diferencia respecto de nuestra legislación, ya que el procedimiento de despido formal colombiano inicia con el primer requerimiento escrito, en contraste con el nuestro que inicia con el preaviso (Obregón, 2015, p. 22). Adicionalmente, la norma colombiana establece taxativamente la obligación de notificar un cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas. Esto no es otra cosa más que la aplicación de la metodología de evaluación por comparación por pares.

Además de ello, por vía jurisprudencial, la Corte Constitucional Colombiana en la Sentencia C-299 de 1998 estableció la incorporación de una etapa llamada “audiencia de descargos” en el procedimiento de despido. En esta audiencia, el trabajador ejercita su derecho de defensa (justifica, ofrece prueba, etc.), se sienta un acta y, de ser el caso, se notifica la carta de despido fundamentando la decisión.

Según Obregón, si bien las normas colombianas tienen una redacción legal de la causal de despido por rendimiento deficiente muy similar a la peruana; a nivel reglamentario y jurisprudencial, se ha complementado con mayor precisión la forma de aplicación, fenómeno que no se repite en nuestro sistema (Obregón, 2015, pp. 24-25).

▪ España

En España, el despido por rendimiento deficiente es regulado en el artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores (extinción del contrato de trabajo por causas objetivas):

Artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores:

“El contrato podrá extinguirse:

a) Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existe con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba y no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento. [...]”.

La regulación española es mucho más somera que la nuestra, solamente refiere que la “ineptitud” del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa es causal objetiva de despido. Cabe señalar que dicha norma no cuenta con una reglamentación que la precise, sin embargo, jurisprudencialmente, el concepto de ineptitud sobrevenida ha sido desarrollado de la siguiente manera (Obregón, 2015, p. 27):

“La jurisprudencia del Tribunal Supremo define la ineptitud sobrevenida recogida en aquel de la siguiente manera: inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador: bien por falta de preparación o actualización de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo, rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.”.

Además, los Tribunales Superiores han precisado seis requisitos de ineptitud como causal de despido (Sentencia 6/2013). De acuerdo con ello, la ineptitud sobrevenida debe:

- Ser verdadera y no simulada.
- Ser general, referirse al conjunto del trabajo que se le encomienda al trabajador y no únicamente relativa a alguna de sus aspectos.

- Determinar aptitud inferior a la media normal de cada momento, lugar y profesión.
- Referirse al trabajador y no a los medios materiales o de trabajo.
- Resultar permanente y no meramente circunstancial.
- Afectar a las tareas de la prestación laboral y no a la realización de trabajos distintos.

A lo anterior, añade que se debe constatar un resultado defectuoso del trabajo desarrollado, una disminución cualitativa y cuantitativa del rendimiento del trabajador, y que ese resultado [...] obedezca a causas exógenas al mismo.

De acuerdo con Obregón, es importante que los resultados sean acreditados por el empleador para poder realizar la extinción de la relación laboral. Si bien, legalmente, el despido por rendimiento deficiente español se encuentra muy escuetamente regulado, jurisprudencialmente, ha sido finamente demarcado.

Es importante precisar que la jurisprudencia hace referencia a la evaluación colectiva cuando establece el criterio de “aptitud inferior a la media normal de cada momento, lugar y profesión”, es claro que se trata de la metodología “normas de trabajo”. Este criterio jurisprudencial español es recogido expresamente por la legislación peruana.

Por otro lado, cuando se indica que la ineptitud debe referirse al trabajador y no a los medios materiales o de trabajo, implica que la deficiencia es involuntaria y se debe las aptitudes personales y/o profesionales del trabajador, no a factores externos, y menos a factores imputables al empleador. Como indica Obregón, la ineptitud hace referencia a un desempeño en atención a las capacidades y facultades del trabajador (Obregón, 2015, p. 28).

Como podemos observar, nuestra legislación sobre el despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad comparte similitudes con otros ordenamientos y normativas, sin embargo, es innegable que a la luz de otras experiencias se pueda verificar las carencias normativas que existen respecto de la duración de la evaluación, dinámica, comunicaciones, etc. A continuación, presentamos un cuadro comparativo de las diferencias y similitudes que se ha desarrollado sobre la causal de despido por rendimiento deficiente, y según hemos ido comentando en cada punto, haremos una breve comparación con la regulación legal vigente en nuestro país:

	OIT	Colombia	España	Perú
Terminología	Desempeño insatisfactorio	Deficiente rendimiento	Ineptitud sobrevenida	Rendimiento deficiente
Evaluación individual	No precisa	Capacidad del trabajador	Valorar todas las actividades del trabajador y no únicamente algunas funciones	Capacidad del trabajador
Evaluación colectiva	No precisa	Promedio de labores análogas	Aptitud inferior a la medida de cada momento, lugar y profesión.	Rendimiento promedio de las labores
Similitud de condiciones	No precisa	Labores análogas	No precisa	Condiciones similares
Cantidad de producción	No precisa	No precisa	Constatar resultado defectuoso en una disminución cuantitativa	No precisa
Calidad de producción	No precisa	No precisa	Constatar resultado defectuoso en una disminución cualitativa	No precisa
Formalidades	Dar las indicaciones correctas para prestar labores. Comunicar los resultados negativos de manera previa y por escrito. Dar un plazo razonable para la mejora del rendimiento.	Dos requerimientos previos de mejora en periodos no menores de 8 días. Imputación de deficiente rendimiento adjuntando cuadro comparativo de labores análogas. Plazo de descargos (8 días). Audiencia de descargos (dentro de los 8 días siguientes la presentación de descargos). Notificación del despido.	Ser verdadera (no simulada). Referirse al trabajador y no a los materiales. Ser permanente y no circunstancial. Afecta la prestación laboral y no trabajos distintos.	Notificación de preaviso indicando la causal de despido. Otorgamiento de plazo mínimo de 30 días para acreditar capacidad. Notificación del despido.

Como se puede observar, si bien nuestra normativa comparte algunos aspectos con las otras legislaciones revisadas, también es cierto que nuestra norma carece de otros tantos aspectos que podrían ayudar a enriquecer la configuración normativa y, de este modo, materializar una aplicación jurídicamente adecuada del despido por rendimiento deficiente en nuestro país. Así, como lo adelantamos, es posible que aquellos aspectos relevantes de otras legislaciones, en la medida que responden a criterios de justicia y juridicidad, se puedan incorporar a nuestro sistema mediante los principios jurídico-laborales.

En ese sentido, los ejemplos de las legislaciones foráneas nos pueden ayudar a complementar nuestra normativa buscando instituciones de nuestro sistema que puedan ayudar a generar soluciones jurídicas propias. Sobre esto se profundizará más adelante en el capítulo sobre principios, sin embargo, previo a ello, resulta necesario hacer un análisis minucioso y detallado de nuestra propia legislación, a fin de identificar el significado de cada institución jurídica expresamente regulada, y además visibilizar con mayor claridad aquellos vacíos que necesitan ser llenados.

IV. El despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad en el Perú

En primer lugar, es preciso preguntarse: ¿qué se debe entender por despido en relación con la capacidad? Sobre el particular, hemos explicado que el despido es la resolución unilateral y justificada del contrato de trabajo por parte del empleador. Asimismo, en el primer capítulo, se mencionó que la falta de capacidad del trabajador supone la carencia de cualidades y/o conocimientos técnicos o profesionales que afectan directamente el objeto, causa y el elemento personal del contrato de trabajo, lo cual genera que este negocio jurídico devenga en irrealizable.

En atención a lo expuesto, el despido en relación con la capacidad no es otra cosa que la resolución unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador, justificado en el hecho de que el trabajador carece de condiciones necesarias para la ejecución del contrato de trabajo, cuestión que es plenamente aceptada por la normativa y jurisprudencia nacional (art. 16 de la LPCL) (Casación Laboral 21599-2018 Sullana, § 7).

Asimismo, en este punto es importante abordar la definición de rendimiento deficiente, así, en el anterior capítulo se concluyó que el rendimiento se puede definir como la utilidad que el empleador espera conseguir del trabajo desarrollado por el trabajador, la cual se mide con indicadores de productividad. En otras palabras, el aporte productivo que realiza el trabajador. Sin embargo, resta conocer

el significado del término “deficiente”; sobre el particular, el *Diccionario de la Real Academia Española* lo define como un adjetivo que sirve para conceptualizar algo como falto, incompleto, defectuoso, o que no alcanza el nivel considerado normal (DRAE, 2021).

Bajo este entendido, el rendimiento sería deficiente cuando la aportación productiva del trabajador es incompleta, defectuosa, o que no alcanza un nivel normal o habitual. Esta idea se condice con lo señalado por Cadillo, quien indica que se incurriría en un supuesto de rendimiento deficiente en relación con la capacidad cuando se produce un incumplimiento contractual (involuntario) del deber de rendimiento del trabajador, en tanto el empleador recibe una prestación de servicios defectuosa y/o poco o nada rentable (Cadillo, 2013, p. 87).

Cabe señalar que, si bien “deficiente” y “disminución” son conceptos afines, no son iguales, en ese sentido, un trabajador puede disminuir su rendimiento sin que este llegue a ser deficiente, o también, el trabajador puede no disminuir su rendimiento y, a pesar de ello, ser un rendimiento deficiente. Por ejemplo, un trabajador tiene como meta vender al menos ocho productos al mes, y un vendedor vende en un mes diez productos y al mes siguiente vende nueve. Como se puede observar, si bien ha habido una disminución en el rendimiento, este no es deficiente, ya que sigue satisfaciendo la utilidad mínima esperada por el empleador que son ocho productos.

Sin embargo, otro ejemplo, puede ser que se inaugura la evaluación de rendimiento con una meta de ocho productos al mes, y un trabajador en el primer mes vende cinco productos y en el segundo mes también vende cinco, mientras que sus compañeros venden en promedio ocho. En este caso, no ha habido una disminución en sentido estricto, ya que el trabajador ha mantenido su mismo nivel de venta (en el primer mes y segundo mes vendió cinco productos), no obstante, esos niveles a pesar de no haber disminuido son deficientes.

Como señala el *DRAE*, disminución significa merma (DRAE, 2021), es decir, algo que tuvo más, luego, tiene menos. En cambio, deficiente implica algo incompleto o que no alcanza niveles normales, independientemente de que antes sí los hubiese alcanzado. En ese sentido, disminución y deficiencia pueden coincidir, sin embargo, es importante ser incisivo. Por ejemplo, siguiendo con el caso anterior, un trabajador que normalmente vende diez productos empieza a descender su venta a menos de ocho productos mensuales, en este caso, ha habido una disminución tal del rendimiento que este está por debajo de los niveles mínimos exigibles y ha devenido en deficiente. En este caso, coinciden disminución y deficiencia,

este supuesto es el más común ya que se trata de trabajadores sobre los cuales sobreviene la incapacidad, es decir, que tuvieron un buen rendimiento pero que, luego, de manera involuntaria, ya no alcanzan a laborar en los mismos niveles que lo solían hacer.

Este es un aspecto modular que, a pesar de haberse mencionado anteriormente, es importante reforzar, y este es la ausencia de voluntad del trabajador en los despidos relacionados con la capacidad, es decir, vinculados a las cualidades personales del trabajador, sobre todo en el caso de la causal por rendimiento deficiente que es materia de este estudio (artículo 23, literal b, de la LPCL).

Como lo hemos indicado anteriormente, la doctrina refiere que el rendimiento deficiente en relación con la capacidad no se produce porque el trabajador no quiere rendir, sino porque queriendo rendir no puede (Quispe & Mesinas, 2009, p. 17). Sobre el particular, Rosa Quesada afirma que en los casos de despido en relación con la capacidad (ineptitud) el hecho que gatilla el despido carece de intencionalidad del trabajador; en ese sentido, puede ser que el trabajador no alcance el rendimiento debido a que sus propias aptitudes físicas o psíquicas se lo impiden (inteligencia, capacidad, destreza, preparación, etc.), lo que equivale a un incumplimiento involuntario de las obligaciones de trabajo o, en palabras de Alonso Olea, una impotencia subjetiva no culpable. De modo que el incapaz o inepto no puede rendir, a diferencia de un apto que, pudiendo rendir, no lo hace (Quesada, 1989, pp. 46-49).

En la misma línea, David Montoya indica que el despido vinculado a la capacidad (ineptitud) tiene tres características, en primer lugar, se trata de una permanente falta de aptitud para el trabajo; en segundo lugar, dicha carencia reviste cierto grado de intensidad tal que no satisface el interés del empleador, y por último, la deficiencia debe ser independiente de la voluntad del trabajador (Montoya, 2015, pp. 185-186). Por su parte, Juan Antonio Sagardoy reafirma la tesis que, como regla general, la incapacidad o ineptitud es involuntaria, es decir, no culpable o dolosa, así, por definición, un incapaz o inepto no puede rendir y un apto puede o no rendir, según cada caso (Sagardoy, 1971, pp. 13-14).

En concordancia a lo mencionado, en la teoría nacional, Luis Vinatea y Jorge Toyama han señalado que el detrimento de la capacidad del trabajador no depende de su voluntad (Vinatea & Toyama, 2015, p. 379); de igual modo, Aguinaga Saavedra, en efecto, refiere que el rendimiento deficiente en relación con la capacidad no es una falta grave, por tanto, no correspondería a una acción conductual o intencional (Aguinaga, 2018, p. 165). Del mismo modo, la publicación *Diálogo con*

la *Jurisprudencia* indica que “estamos ante el trabajador que tiene una productividad permanentemente por debajo del promedio de los demás trabajadores. No estamos ante el supuesto de la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores, sino en el supuesto de que aquel trabajador que quiere rendir y no puede rendir más” (Data 35,000, Gaceta Jurídica).

En virtud de lo mencionado, debemos recalcar la trascendencia de la falta de voluntad o intención en el rendimiento deficiente cuando se trata de un despido en relación con la capacidad. Ahora bien, sobre este punto, es preciso indicar que la normativa laboral establece tres supuestos en los cuales procede un despido por capacidad:

- a) Deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas.- Esta causal está vinculada a un menoscabo en la salud del trabajador que le impide realizar con regularidad las labores para las que ha sido contratado. La legislación establece una serie de requisitos administrativos para la ejecución de esta causal, sin embargo, actualmente la aplicación de esta causal es sumamente complicada debido a la falta de instituciones que emitan los documentos que la ley exige (AA.VV., 2016, p. 297).

Artículo 23.- Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

- a) Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros. [...]
- b) Rendimiento deficiente.- Como hemos indicado esta causal es materia de estudio de este trabajo, y está relacionada al incumplimiento del deber de rendimiento por carencia de cualidades personales, técnicas, y/o profesionales que le impiden al trabajador cumplir adecuadamente con su prestación laboral.

Artículo 23.- Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

[...] b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares; [...].

- c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a exámenes médicos o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas. - Como indica Carlos Blancas, en la relación laboral existen actividades en las cuales se requiere el estado óptimo de salud o la plenitud de determinadas facultades físicas o psíquicas, motivo por el cual resulta relevante exigir que el trabajador se someta a ciertos exámenes médicos ocupacionales y, por lo cual, la negativa del trabajador a someterse debe ser sancionada con el despido (Blancas, 2013, p. 181). Citamos el texto de la norma:

Artículo 23.- Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

[...] c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

Como es posible observar, las tres causales que la ley establece para el despido por capacidad están íntimamente vinculadas a las cualidades, aptitudes y/o características de la persona del trabajador que impiden el cumplimiento cabal de la prestación de trabajo, generando evidentemente, un rendimiento inferior al de un trabajador regular o promedio.

Como señala Cadillo, las causas de extinción por capacidad tienen en común la prestación defectuosa o inexecución de los servicios del trabajador, lo cual implica que el empleador no reciba los servicios que contrató o que esperaba obtener de forma objetiva, así, estas situaciones justifiquen la ruptura del contrato de trabajo (Cadillo, 2013, p. 94).

Es relevante indicar que, tanto en el literal a) como en el c) del artículo 23 de la LPCL, la capacidad está relacionada a aspectos médicos, patológicos o asépticos, sin embargo, en el literal b) no se evidencia ello. Según David Montoya, doctrinariamente, las causales de extinción por capacidad (o ineptitud) tienen tres grandes grupos, en primer lugar, la imposibilidad o limitación física o psíquica vinculada a consecuencia de un accidente, enfermedad o condición patológica que repercuta negativamente en el trabajador, en este grupo encajaría el literal a) previamente mencionado (Montoya, 2015, p. 183 y ss.).

En segundo lugar, la imposibilidad de prestar el trabajo por carencia de requisitos legales vinculados a la prestación de trabajo como, por ejemplo, perder la licencia de ejercicio de su profesión (por ejemplo, licencia de conducir en el caso

de un chofer, o colegiatura en el caso de un abogado) (Montoya, 2015, p. 184). Consideramos que en este grupo encajaría el literal c) ya que, como lo indica el profesor Blancas, esta causal responde al hecho de que algunos trabajos requieren certificar que el trabajador cuenta con un estado óptimo de salud o la plenitud de determinadas facultades físicas o psíquicas. Se podría entender que negarse a someterse al trámite que implican los exámenes médicos ocupacionales equivaldría, en cierto modo, a perder el requisito o condición administrativa necesaria para el trabajo (Blancas, 2013, p. 181).

En tercer término, encontramos la carencia de conocimientos o destrezas precisas para la ejecución del trabajo, es decir, el trabajador, aun sin estar imposibilitado ni limitado para la prestación de trabajo, presenta una ostensible, aunque involuntaria, falta de competencia o destreza en el desempeño de sus labores habituales, no alcanzando el rendimiento razonablemente exigible. En este supuesto, a diferencia de los anteriormente mencionados, no se requiere una base o antecedente patológico (Montoya, 2015, p. 184). Al respecto, consideramos que en este grupo se circunscribe la causal materia de estudio, es decir, el literal b) del artículo 23 de la LPCL. Si bien estos grupos provienen de la doctrina española, consideramos que existe una clara coincidencia con nuestra legislación y, ciertamente, nos ayudan a entender hacia donde apunta la norma bajo análisis.

Sin perjuicio de la breve mención a las otras dos causales de despido por capacidad, en nuestro caso, estudiaremos con detalle los alcances del segundo supuesto, es decir, el rendimiento deficiente. En ese sentido, es preciso recordar que en el primer capítulo hemos definido el rendimiento en el trabajo como la utilidad que el empresario espera conseguir del trabajo desarrollado por el trabajador, la cual se mide con indicadores de productividad. En atención a lo mencionado, debemos resaltar que el nivel de rendimiento se obtiene a partir del cotejo entre trabajo ejecutado por el trabajador con indicadores de productividad. Esta actividad de comparación no es otra cosa que la evaluación de rendimiento, la cual hemos definido como un procedimiento para obtener datos sobre el índice de productividad del trabajador que permite conocer si los trabajadores cumplen con el estándar esperado de rendimiento.

En otras palabras, en el primer capítulo, hemos indicado que la incapacidad del trabajador es un defecto que ataca directamente elementos medulares del contrato de trabajo como el objeto, la causa y, más específicamente, el elemento personal, produciendo que el acto jurídico devenga en irrealizable. Adicionalmente, la incapacidad gatilla un desequilibrio en las prestaciones recíprocas, generando un escenario de excesiva onerosidad. En atención a ello, es innegable que la

incapacidad del trabajador justifica suficientemente la resolución legítima del contrato de trabajo, sin embargo, el asunto en este punto es: ¿cómo se prueba dicha incapacidad al nivel de justificar el despido?

En este punto es importante reflexionar lo siguiente: si la excelencia, normalidad o deficiencia del rendimiento se determina a partir de una evaluación, ¿qué es lo más importante para la aplicación de la causal de despido por rendimiento deficiente? Pues, la herramienta mediante la cual se determina el rendimiento, es decir, la evaluación de rendimiento.

Esta reflexión coincide con la opinión de otros autores, por ejemplo, Percy Alache opina que para aplicar un despido por rendimiento deficiente es necesario contar con un sistema en el que se establezcan objetivos y metas y en el que los líderes de negocio evalúen periódicamente el cumplimiento (Ríos, 2019). Asimismo, otros autores han expresado que, justamente, para la utilización de la causal de rendimiento deficiente se debe implementar una política de medición de rendimiento a fin de contar con información sobre el desempeño de cada trabajador y así demostrar que se ha incurrido en un bajo rendimiento de manera fehaciente (AA.VV., 2016, p. 309).

Del mismo modo, en consulta con el Ministerio de Trabajo, se consultó sobre este asunto y, con fecha 9 de septiembre de 2019, la Dirección de Capacitación y Difusión Laboral nos indicó lo siguiente: *“Si bien el literal b) del artículo 23 de la LPCL aprobada por DS N° 003-97-TR, no regula las definiciones de cada uno de los enunciados de la premisa ”rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares”, no obstante se desprende de la premisa, que el empleador ha de comparar la capacidad del trabajador con la de otros trabajadores en rendimiento y condiciones similares. Para ello, **el empleador debe establecer de manera interna, un sistema de gestión del rendimiento o mecanismos internos que permita evaluar permanentemente la capacidad y rendimiento de sus trabajadores**”* (Anexo II). Como se puede observar, la posición del MTPE se condice con lo indicado por los precitados autores.

Una evaluación de rendimiento, como hemos indicado, genera consecuencias o efectos jurídicos sobre los trabajadores y, por tanto, los lineamientos o pilares en base a los cuales se construye la evaluación deben ajustarse a normas y principios del ordenamiento jurídico. No obstante, a pesar de la importancia de la evaluación, la normativa laboral no tiene mayores criterios que se deban observar para que una evaluación de rendimiento sea legítima para la ejecución válida de un eventual despido por rendimiento deficiente.

En ese sentido, para lograr conocer el marco jurídico que se debe observar para construir una evaluación de rendimiento que sea factible de servir como sustento de un despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad, haremos una revisión de la única norma expresa (artículo 23 b. de la LPCL y el reglamento) y de las normas y principios del derecho laboral mediante las cuales se pueden llenar los vacíos legales y alcanzar un sustento y criterio jurídico sobre el cual construir una evaluación de rendimiento legalmente válida para la aplicación de esta causal.

En atención a lo mencionado, el análisis sobre la construcción de la evaluación de rendimiento, vamos a dividir la evaluación en dos partes, por un lado, la metodología de evaluación que se realizará en este capítulo y, por otro lado, los principios jurídicos que debe observar la evaluación que, por su extensión, se realizará en el siguiente capítulo.

V. Tipos de la evaluación de rendimiento y su adecuación a la normativa de despido de rendimiento deficiente

En el anterior capítulo, indicamos que existen dos grandes métodos o metodologías de evaluación, por un lado, los métodos subjetivos que miden características o comportamientos del trabajador respecto del puesto de trabajo, y se caracteriza por la existencia de un margen considerable de subjetividad del evaluador. Estos métodos también se denominan cualitativos (Cadillo, 2013, p. 89). Por otro lado, existen los métodos objetivos que miden el rendimiento del trabajador basándose en resultados numéricos o estadísticos de la labor del trabajador (González Afonso, 2017, pp. 10-11), que también son llamados cuantitativos (Cadillo, 2013, p. 89).

De acuerdo con la metodología subjetiva o cualitativa, señalamos dos tipos de evaluaciones, que brevemente repasamos a continuación:

- (i) Escalas de calificación. - Consisten en cuadros de doble entrada en donde en una columna se señala ciertas características que debe tener el trabajador (por ejemplo, cooperación, trabajo en equipo, proactividad, etc.), y otras columnas en donde se puede elegir opciones de margen de cumplimiento (por ejemplo, inadecuado, aceptable, estándar, bueno, óptimo) (González Afonso, 2017, pp. 12-15).
- (ii) Metodologías como las narrativas. - En las cuales el jefe del trabajador escribe un ensayo en el cual plasma sus consideraciones sobre el rendimiento del trabajador (González Afonso, 2017, pp. 12-15).

Por otro lado, bajo la metodología objetiva o cuantitativa, señalamos tres tipos de evaluaciones, que brevemente repasamos a continuación:

- (i) Fijación de objetivos. - Consiste en establecer los objetivos que debe cumplir el trabajador y definir un plan de acción con las pautas para el logro del objetivo, de manera que se obtienen resultados cuantificables (González Afonso, 2017, p. 16). Por ejemplo, un trabajador tiene como meta vender 100 celulares en un mes, y logra vender ochenta celulares, por tanto, dicho trabajador tiene un índice de cumplimiento de 80 % de la meta.
- (ii) Normas de trabajo. - Consiste en hallar la media o promedio de rendimiento de los trabajadores de un mismo puesto, funciones y equipo. De este modo, se obtiene un estándar que se usa como baremo objetivo de lo que rindió un trabajador en condiciones regulares. Así, en base a esta medida, se puede apreciar que un trabajador obtiene un rendimiento adecuado en caso iguale o sobrepase el promedio del grupo de evaluados.
- (iii) Comparación por pares. - Consiste en comparar la producción obtenida por los trabajadores del mismo puesto, funciones y equipo a fin de establecer un margen de cumplimiento tomando como referencia los resultados de todo el equipo. Este método es algo similar a un ranking o escalafón, en el cual la calificación positiva o negativa será resultado del orden de mérito que obtenga el trabajador (González Afonso, 2017, p. 16).

Como se puede observar, la metodología cualitativa o subjetiva se centra en una evaluación de comportamientos o actitudes, en las cuales intervienen las consideraciones y sesgos personales del evaluador. Por otro lado, la metodología objetiva o cuantitativa se caracteriza por arrojar resultados objetivos sin sesgos personales, toda vez que se tratan de resultados numéricos. Esta diferencia es sumamente importante ya que la aplicación de la causal de despido por rendimiento deficiente solo puede ejecutarse con una de las dos grandes metodologías expuestas.

Luego de este breve repaso, es preciso volver a citar la normativa nacional al respecto:

“Artículo 23.- Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

[...] b) *El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares [...]*”.

A partir de lo precitado, se puede colegir que la norma materia de estudio establece que la evaluación de rendimiento debe darse bajo una metodología objetiva, cuantitativa o de resultados. Toda vez que la normativa hace alusión a los tipos de evaluaciones objetivas: fijación de objetivos (individual) y normas de trabajo y/o comparación por pares (colectivo). Además de ello, es posible entender que las evaluaciones son copulativas, es decir, debe evaluarse conjuntamente. Sobre el particular, el Tribunal Constitucional ha validado este criterio en la sentencia recaída sobre el expediente Exp. 976-96-AA-TC, en la cual establece lo siguiente:

[E]n la Carta Notarial de fecha veintinueve de abril de mil novecientos noventa y seis que corre a fojas ocho, con la que se notifica el despido del demandante se consigna la causa del rendimiento deficiente, sin tener en cuenta que la propia Ley de Fomento del Empleo, señala que aquel debe medirse en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares.

Esta primera conclusión es importante, puesto que se descarta que puedan emplearse evaluaciones de rendimiento de tipo subjetivo para sustentar un despido por rendimiento deficiente. Como indica Vanessa Obregón, en virtud del principio de tipicidad, la evaluación debe estar basada en dos parámetros, por un lado, evaluar el rendimiento del trabajador con relación a su capacidad y, en simultáneo, evaluar el rendimiento del trabajador con relación al rendimiento promedio de los demás trabajadores que realizan labores similares (Obregón, 2015, p. 13).

Al respecto, es preciso indicar que cierta parte de la doctrina ha indicado que un despido por rendimiento deficiente puede ser sustentado en base a cualquier tipo de evaluación (subjetiva u objetiva / cualitativa o cuantitativa). Así, Andrea Vera ha indicado que, si luego de una evaluación de desempeño se identifica una brecha entre el rendimiento del trabajador y el perfil de puesto, dicha evaluación puede ser un medio probatorio válido para justificar el despido (Vera, 2018, p. 131). Sobre el particular, consideramos que una evaluación en base a un perfil de puesto es más cercana a una evaluación que mide comportamientos o características (cualitativa), es decir, una evaluación subjetiva, lo cual, como hemos visto, no es aceptada por la ley para efectos de ejecutar un despido justificado en el rendimiento deficiente.

Cabe mencionar que es muy popular que, dentro de los métodos de evaluación, se utilicen encuestas a los clientes, a fin de medir el nivel de satisfacción con la atención recibida por un trabajador. Incluso, existen sistemas estandarizados de encuestas a clientes, como es el caso del Net Promoter Score (NPS), procedimiento presentado en la *Harvard Review* en el año 2003 por el investigador Frederick F. Reichheld y que consiste en preguntar al cliente “¿qué tanto recomendaría a la empresa?” y da la opción de asignar una nota del 1 al 10, siendo que los resultados del 1 al 6 son detractores (negativos), del 7 al 8 son los neutrales (no suman), y del 9 al 10 los promotores (positivos) (Reichheld, 2003, p. 5). En ese sentido, un trabajador (un vendedor) que realiza una buena atención al cliente debería tener una nota de 9 o 10, con lo cual debería entenderse un buen rendimiento, sin embargo, ello está sujeto a la subjetividad del cliente.

Sobre el particular, hemos encontrado un ejemplo del uso de este tipo de evaluaciones NPS en una empresa de telecomunicaciones cuyo procedimiento fue revisado por la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil) en la Orden de Inspección 15199-2016. Sobre el particular, el Informe de Actuaciones Inspectivas indica que la evaluación del rendimiento del trabajador estaba compuesta por objetivos y NPS, siendo el NPS definido como una “herramienta que propone medir la lealtad de los clientes de una empresa basándose en las recomendaciones de los mismos”, asimismo indica que la empresa realiza esta medición llamando a los clientes para saber la satisfacción que tienen los mismos con el trabajador que los atiende.

Si bien la Sunafil no se pronunció sobre este extremo de la evaluación, consideramos que este método de entrevistas a pesar de que cuenta con una estandarización y exigente precisión, es un método subjetivo de evaluación, en el cual hay un evaluador con sesgos (una persona - cliente) y un formato previamente establecido. Este método es similar al de escalas gráficas de calificación que, según González Afonso, consiste normalmente en un formulario en el cual el evaluador indica hasta qué grado el evaluado posee ciertas virtudes o características.

Sobre el particular, es preciso citar el voto singular del magistrado Calle Hayen recaído sobre el Exp. 130-2012-PA/TC, relativo al caso de un profesor al cual se le imputó rendimiento deficiente en base a que este obtuvo una mala calificación en las encuestas de sus alumnos. En este caso, el magistrado indicó que “el rendimiento laboral de recurrente no puede ser determinado de manera integral a mérito de los comentarios (encuestas anónimas) de los alumnos” (§ 10). Como se puede observar, al ser las encuestas un modo de evaluación subjetivo, concluimos

que no podrían ser utilizadas para sustentar un despido en relación con la capacidad según lo estrictamente establecido en la normativa, así, como señala el profesor Ferro, la dosis de subjetividad que está detrás de las evaluaciones cualitativas puede invalidar un despido sustentado en esta causal (Ferro, 2019, p. 148).

No obstante lo señalado, consideramos que los métodos subjetivos (por ejemplo, perfil de puesto, encuestas, etc.), como hemos indicado anteriormente, pueden ser utilizados para otro tipo de consecuencias jurídicas laborales, ya que nada obsta para aplicar métodos cualitativos en otros aspectos de la relación laboral (por ejemplo, aumentos de sueldo, ascensos, cambios de área, bonos, etc.) (Cadillo, 2013, p. 89), sin embargo, para un despido no pueden servir como sustento. Incluso, es posible que un trabajador pueda ser evaluado con los dos tipos de evaluaciones, es decir, una evaluación cuantitativa y una cualitativa, no obstante, para efectos del despido por rendimiento solamente podrá utilizarse la evaluación cuantitativa, empero, para otras consecuencias jurídicas, podría emplearse ambas evaluaciones sin mayor inconveniente.

En ese sentido, respecto de la aplicación de la causal de rendimiento deficiente, Carlos Cadillo indica que el rendimiento del trabajador puede medirse de forma cualitativa o cuantitativa según las características del trabajo (tipo de puesto, labores, etc.); sin embargo, si el rendimiento no es cuantificable y/o individualizable no es posible despedir por esta causa. Es por ello que, en la práctica, se suele evaluar con una metodología cuantitativa por su objetividad al momento de regular y controlar y, por supuesto, por su adecuación a la normativa (Cadillo, 2013, p. 89).

En atención a lo expuesto, debemos concluir que la metodología de evaluación que la ley observa para efectos de la aplicación de un despido por rendimiento deficiente es meramente objetiva o cuantitativa, descartándose por completo cualquier otro tipo de evaluación cualitativa. Debemos coincidir con Carlos Cadillo en que el rendimiento debe ser susceptible de ser cuantificado para aplicar la referida causal, como indica Víctor Ferro, esta causal se encuentra limitada a labores que cuenten con funciones que puedan medirse o evaluarse de manera objetiva y veraz como, por ejemplo, las labores a destajo o vinculadas a ventas (Ferro, 2019, p. 147).

Es por ello que, como lo hemos explicado, este estudio se encuentra enfocado en el personal de fuerza de ventas (vendedores), puesto que es altamente viable medir el rendimiento de estos trabajadores en base a sus ventas y, además, porque

normalmente su estructura remunerativa se basa en un índice o número de ventas (comisiones).

Ahora bien, a continuación, vamos a integrar estos tipos de evaluación con los criterios que la doctrina nacional ha mencionado sobre la aplicación de esta causal, de modo que se pueda generar una visión más amplia. Al respecto, la doctrina nacional ha abordado la metodología de evaluación dividiéndola en básicamente dos aristas: (i) Criterio individual o subjetivo, y (ii) Criterio general u objetivo, las cuales deben hacerse de manera conjunta o copulativa, como hemos indicado. A continuación, explicaremos cada uno de estos criterios y los complementaremos con los tipos de evaluación objetivos que hemos explicado.

VI. Metodología de la evaluación de rendimiento según la normativa nacional

Luego de haber determinado que la evaluación de rendimiento adecuada para la aplicación de la causal de despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad es una evaluación cuantitativa, procederemos a concordar las metodologías de cada subtipo de evaluación (fijación de objetivos, normas de trabajo y comparación por pares) con los criterios legales vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, los cuales han sido estudiados por nuestra doctrina iuslaboralista:

1. Criterio individual o subjetivo

Sobre el particular, Carlos Cadillo indica que este criterio se refiere a la comparación individualizada del trabajador entre su rendimiento actual y el anterior (Cadillo, 2013, p. 87). Del mismo modo, Arce señala que la comparación debe hacerse con los antecedentes del mismo trabajador, tomando en cuenta su rendimiento promedio en el pasado (Arce, 2013, p. 533).

En el mismo sentido, otros autores han señalado que este criterio consiste en una comparación entre el rendimiento actual del trabajador y el rendimiento anterior. Para ello, se indica que es necesario el establecimiento de metas de rendimiento, tales metas deben ser claras y razonables y, además, deben ser informadas con anterioridad a la implementación de la evaluación (AA.VV., 2016, p. 309).

Sobre el particular, debemos acotar que estos autores, cuando refieren a una comparación entre el rendimiento anterior y el actual, están haciendo alusión a una disminución en el rendimiento. Como hemos indicado, la disminución del rendimiento es diferente al rendimiento deficiente, en el primer caso, hay una merma entre el rendimiento de un determinado momento temporal

y otro, en el segundo caso, no necesariamente hay una merma, sino que el rendimiento es insuficiente para alcanzar los estándares razonablemente esperados.

En atención a lo señalado, si bien es válido que el criterio individual compare el rendimiento anterior y el actual, esto no es solo así. Como lo hemos manifestado anteriormente, el principal indicador de la suficiencia o insuficiencia del rendimiento y que determina si este es deficiente o no es el indicador de productividad aplicado al rendimiento individual que se puede entender como la meta u objetivo establecido por el empleador.

Al respecto, es importante reiterar el ejemplo esbozado líneas atrás, así, el rendimiento de un trabajador promedio puede devenir en deficiente, en cuyo caso se puede comparar aquellos periodos anteriores en los cuales cumplió por encima de la meta propuesta, y verificar que luego su rendimiento se redujo a por debajo de dicha meta. En este caso, estamos frente a una comparación de rendimiento anterior versus rendimiento presente, verificando una reducción, merma o disminución de tal rendimiento por debajo de las metas previstas. Este, naturalmente, es el caso más común y que, por lo mismo, consideramos que la doctrina identifica mayoritariamente.

Sin embargo, por otro lado, también se puede tener el caso que, a pesar de que no exista disminución, dicho rendimiento es insuficiente desde que se inició la evaluación. Como lo indicamos, es el ejemplo de un trabajador cuya meta de venta es ocho productos al mes, y en el primer mes de vigencia de la evaluación, el trabajador vende cinco, y en el segundo mes, vende igualmente cinco productos. En este caso, no hay disminución entre el rendimiento anterior y el actual, pero ambos rendimientos están por debajo de lo razonablemente esperado (meta) y, por tanto, resultan deficientes.

Por estas razones, si bien es válida la interpretación de que el criterio individual se obtiene mediante la comparación del rendimiento anterior versus el actual, resulta una interpretación incompleta, toda vez que, como se ha explicado, no es el único supuesto. De este modo, si bien un cotejo del pasado y el presente es útil y ayuda a demostrar que el rendimiento del trabajador devino en deficiente, lo más importante para la determinación del criterio individual es el indicador de productividad aplicado como valla para definir la suficiencia o deficiencia del rendimiento.

Es por ello que, autores como Percy Alache, refieren que el empleador debe establecer objetivos y metas, los cuales deben ser evaluados periódicamente

acompañado de una constante retroalimentación (*feedback*) (Ríos, 2019). En esta misma línea, Víctor Ferro advierte que el establecimiento de metas concretas para un determinado equipo permite comparar de manera objetiva el rendimiento de uno y otro trabajador; así, mediante este método se puede obtener información clara y suficiente que permita configurar el supuesto de rendimiento deficiente (Ferro, 2019, pp. 147-148). Como se puede notar, estos autores le dan mayor relevancia a la “meta” o indicador individual, antes que al cotejo entre el pasado y el presente.

A partir de lo mencionado, es posible indicar que el criterio individual que señala la doctrina se puede complementar con el tipo de evaluación objetiva por fijación de objetivos. Como se ha mencionado, la operativa de este tipo de evaluación consiste en establecer objetivos o metas a los trabajadores y medir el nivel de rendimiento en atención al grado o índice de consecución del objetivo. Este método descrito coincide plenamente con el criterio individual descrito por los autores precitados.

Al respecto, este tipo de evaluación por fijación de metas y/u objetivos ya ha sido materia de análisis por la judicatura ordinaria con aceptación. Por ejemplo, en el Exp. 23886-2015, la empresa había establecido metas de venta con las cuales se evaluaba el nivel de cumplimiento del vendedor. En la sentencia de primera instancia (Sentencia N° 038-2017-9°JET), el juzgado concluyó que, de todas las metodologías utilizadas para evaluar el rendimiento, el establecimiento de metas y objetivos cumplía con lo necesario para acreditar el rendimiento deficiente.

Sin embargo, la Sentencia de Vista cuestionó dos puntos principalmente sobre este tema, en primer lugar, indicó que la empresa no había señalado en la carta de preaviso la metodología de evaluación (es decir, no se indicó que se estaba utilizando una “evaluación por metas”) y, en segundo lugar, la meta fue establecida discrecionalmente sin un sustento que permita acreditar que se trataba de una meta alcanzable. Sin perjuicio de lo indicado, la segunda instancia no manifiesta que el establecimiento de metas no sea un método válido, sino que debería explicarse en qué consiste dicho método y el sustento de su contenido. Es decir, el cuestionamiento de la corte no es sobre la forma, sino sobre el fondo de la evaluación.

De igual manera, en un caso con Exp. 3367-2015, se le imputó al trabajador no cumplir con las metas establecidas por la empresa, específicamente, el trabajador que se desempeñaba como vendedor había disminuido su

rendimiento de 98% de cumplimiento de meta a casi 2 % de cumplimiento de un mes a otro. Si bien se trató de un despido por falta grave, es decir, conducta (artículo 25, literal b.), ni el juzgado de primera instancia ni la Corte Superior en segunda instancia cuestionaron el método de medición o evaluación de rendimiento utilizado por la empresa. Si bien las sentencias no contienen apreciaciones sobre la metodología por medición o evaluación, ello nos sugiere que, en principio, a criterio de los jueces no existen observaciones sobre medir el rendimiento por el índice o porcentaje de cumplimiento de una meta, es decir, se trata de una metodología adecuada o ajustada a ley.

En otro caso con Exp. 2094-2016, de igual modo, el empleador estableció una serie de metas (en porcentajes) que debía alcanzar un vendedor promedio. Al respecto, de la sentencia de primera instancia, el juzgado señaló lo siguiente “la accionante no cuestionó el porcentaje ni las sumas consideradas como niveles mínimos de rendimiento que deben alcanzar mes a mes los asesores [...], conforme al Manual de Incentivos de la Fuerza de Ventas vigente [...], no constituyendo óbice para ejercer reclamación en vía judicial”. Como se puede colegir, en primera instancia, el juzgado no observó irregularidades en la metodología de evaluación mediante establecimiento de metas y objetivos. Asimismo, en la segunda instancia, la sentencia de vista sobre este extremo convalidó la opinión de la primera instancia: “la demandante no ha negado [...] que los porcentajes que allí se indican (la carta de preaviso) en relación al mínimo de persistencia sean incorrectos [...]”.

Este caso llegó a la Corte Suprema, la cual, mediante Casación Laboral N° 17515-2017, sobre este extremo cuestionó la sentencia de vista, indicando que no se había analizado la metodología de determinación del porcentaje establecido como meta. Como podemos observar, nuevamente existe un cuestionamiento sobre el fondo de la metodología y no sobre la metodología en sí misma. Es decir, en ningún caso se ha indicado que sea inválido evaluar a un trabajador mediante el establecimiento de metas, en otras palabras, sí es válido medir el rendimiento de un trabajador en atención a una meta, sin embargo, dicha meta debe tener un sustento económico, técnico, etc. Así, a partir de estos casos, se puede concluir que la jurisprudencia ha validado la metodología de evaluación denominada “establecimiento de metas y objetivos”, es decir, el método o la forma es correcta, sin embargo, no solo se debe observar la forma, sino también el fondo o contenido, no obstante, este tema lo abordaremos más adelante cuando desarrollemos el principio de razonabilidad.

Así, en atención a lo expuesto, consideramos que, para graficar adecuadamente este método aplicado a personal de fuerza de ventas, es importante ensayar con un caso práctico en el cual retaremos la situación más usual. Por ejemplo, un equipo de diez vendedores de una compañía de telefonía tiene las siguientes metas de venta:

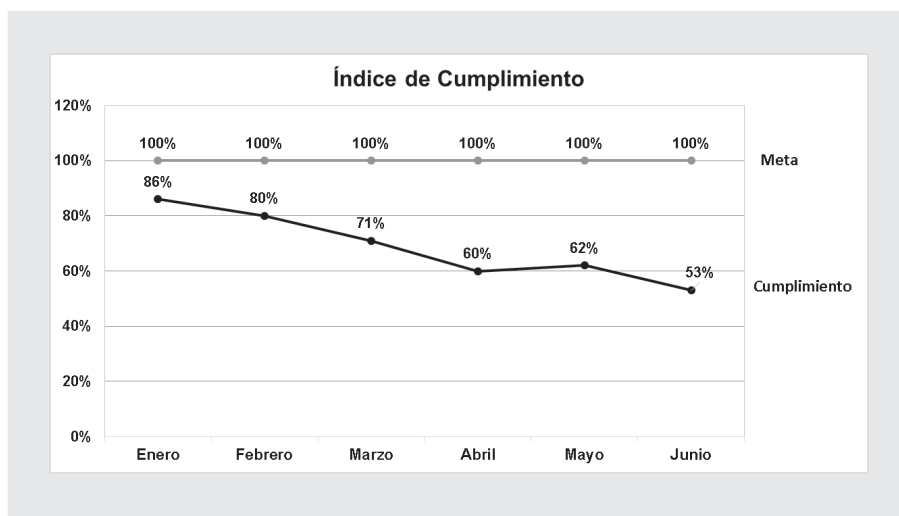
Fijación de Objetivos y/o Metas		
Producto	Meta	Peso
Smartphone	100	50 %
Planes de Internet Móvil	50	25 %
Planes de Telefonía Fija	50	25 %

Cabe señalar que la compañía exige que un trabajador alcance al menos el 80% de cumplimiento total de las metas planteadas para considerar como rendimiento razonablemente esperable o satisfactorio, esto en base a los indicadores y necesidades del negocio.

Uno de los 10 vendedores es Juan Pérez, quien, en los últimos seis meses, ha obtenido los siguientes resultados:

Producto	Enero		Febrero		Marzo		Abril		Mayo		Junio	
	Venta	Peso	Venta	Peso	Venta	Peso	Venta	Peso	Venta	Peso	Venta	Peso
Smartphone	80	40 %	75	38 %	65	33 %	50	25 %	45	23 %	30	15 %
Planes de Internet móvil	45	23 %	43	22 %	36	18 %	30	15 %	40	20 %	36	18 %
Planes de Telefonía Fija	46	23 %	41	21 %	40	20 %	39	20 %	38	19 %	40	20 %
Índice de Rendimiento	86 %		80 %		71 %		60 %		62 %		53 %	

Como podemos observar, Juan Pérez no ha cumplido en ningún mes con el cumplimiento al 100 % de las metas establecidas por la empresa. Asimismo, su índice de cumplimiento personal ha disminuido de 86 % a 53 % en el lapso de seis meses. A continuación, graficamos el comparativo entre metas e índice de cumplimiento:



A partir de lo expuesto, es posible verificar que Juan Pérez ha tenido un marcado rendimiento deficiente en los últimos cuatro meses (marzo, abril, mayo y junio), respecto de su rendimiento precedente que bordea un 80 % del cumplimiento de la meta, reflejando no solo una continuidad en el bajo rendimiento, sino una tendencia descendente. Como se puede observar, con este breve ejemplo, hemos podido graficar de manera simple el criterio individual de evaluación de rendimiento, para lo cual hemos utilizado el tipo de evaluación objetivo por fijación de metas. Consideramos que este es un ejemplo de ejecución en la práctica del criterio individual de evaluación ajustándonos a lo que la ley exige.

A partir de lo expuesto, podemos concluir que el criterio individual que indica la doctrina coincide con la metodología objetiva de fijación o establecimiento de metas y/u objetivos encontrada en la literatura sobre evaluación de recursos humanos. Este planteamiento tiene un correlato o confirmación por parte de la jurisprudencia, la cual al analizar casos sobre despido por rendimiento deficiente ha tenido que revisar el método antes mencionado sin descalificarlo en cuanto a su forma (respecto del contenido, sí hemos visto algunas observaciones que se abordarán más adelante), por el contrario, confirmando que dicha metodología es una herramienta objetiva, suficiente y

válida para obtener información sobre el rendimiento de un trabajador y, de ser el caso, evidenciar la eventual deficiencia que lo afecte.

En resumen, el criterio individual de evaluación se cumple plenamente evaluando el índice de cumplimiento de una meta u objetivo, sin embargo, como hemos señalado, la sola evaluación individual no es suficiente para ejecutar el despido por bajo rendimiento, pues también es necesario realizar la evaluación en base al criterio general que se tratará a continuación.

2. Criterio general, colectivo u objetivo

De acuerdo con Carlos Cadillo, este criterio consiste en la comparación del rendimiento del trabajador con el rendimiento medio o normal del resultado de trabajadores que se encuentran en condiciones similares. Según este autor, este criterio es más idóneo que el individual, toda vez que el rendimiento deficiente se evidencia en la medida que el trabajador se encuentra por debajo de la media del resto del mismo grupo de trabajadores, sin embargo, como hemos indicado, el criterio individual y general se aplican de manera conjunta (Cadillo, 2013, pp. 87-88).

En el mismo sentido, otros autores han indicado que este criterio implica una comparación entre el rendimiento del trabajador con el rendimiento normal o promedio del resto de trabajadores del mismo equipo (AA. VV., 2016, p. 308). Asimismo, Vanessa Obregón indica que, para efectos de una comparación estadística que permita la aplicación de esta causal, es necesario estructurar un sistema de evaluación que posibilite hallar el rendimiento promedio (Obregón, 2015, p. 15).

Del mismo modo, Quispe y Mesinas indican que este supuesto implica que la productividad del trabajador se encuentra por debajo del promedio o media de los demás trabajadores, para lo cual se requiere que el empleador establezca previamente un rendimiento promedio que, en condiciones normales, pueda ser cumplido por un trabajador (Quispe & Mesinas, 2009, p. 18). Por su parte, Percy Alache indica que para satisfacer este criterio de la norma, el empleador debe hacer un ranking de todos los trabajadores, dicho ranking se puede complementar con la segmentación por tercios o quintiles (Ríos, 2019).

Como podemos observar, este criterio general hace clara referencia a los métodos previamente descritos: normas de trabajo (rendimiento promedio) y comparación entre pares (comparación estadística). Estos métodos ya han sido revisados por la judicatura ordinaria con interesantes criterios. En

principio, en la sentencia de vista del Exp. 2505-2003-IDA(S), la Corte Superior indicó que es necesario que el empleador determine el rendimiento promedio, es decir, que aplique la metodología a las normas de trabajo: “[...] en el caso en concreto de la falta de bajo rendimiento productivo, para aplicar la causal de despido invocada en el considerando anterior es necesario que el empleador haya establecido previamente un rendimiento promedio que en condiciones normales pueda ser cumplido por el trabajador [...]” (Obregón, 2015, p. 15).

Así también, en la Casación N° 17515-2017-Del Santa, la Corte Suprema indica que es necesario que se determine adecuadamente el promedio en las labores de los trabajadores en las mismas condiciones, en ese sentido, se debe identificar la forma de cálculo cuantitativo, temporal y los vendedores que se ha tomado como referencia para llegar al estándar de desempeño del trabajador (Fundamento Octavo). Evidentemente, la Corte Suprema ha tenido bajo su análisis la metodología de las normas de trabajo, así, si bien los magistrados observaron ciertos aspectos del método, estas son cuestiones de fondo (los datos para hallar el promedio), de manera que no existen cuestionamientos sobre el hecho de que se utilice un estándar promedio de trabajador, es decir, que la metodología de las normas de trabajo sea inválida. Por tanto, dicha metodología se ajusta a la normativa laboral a criterio de la jurisprudencia.

Por otro lado, en el Expediente N°23886-2015, la empresa había aplicado la metodología de comparación por pares, en ese sentido, la verificación de la deficiencia del rendimiento se realizaba a través de un ranking, escalafón, u orden de mérito, el cual se dividía en cuartos. En este ranking se colocaba a los trabajadores con el mismo puesto y labores, estableciéndose que incurrían en rendimiento deficiente aquellos vendedores que estuvieran dentro del último cuarto o cuarto inferior, es decir, en el 25 % con menor rendimiento. Sobre este extremo, en la sentencia de primera instancia, el juzgado no planteó observación alguna sobre la metodología, incluso indicó que “se determina que no existe discrepancia respecto de la producción alcanzada por el actor ni el puesto asignado en el ranking de trabajadores durante el periodo materia de evaluación”.

Sin embargo, en la segunda instancia, la Sentencia de Vista cuestionó dos puntos principalmente sobre este tema. En primer lugar, indicó que la empresa no había señalado en la carta de preaviso la metodología de evaluación (es decir, no se indicó que se estaba utilizando una “evaluación por comparación por pares”) y, en segundo lugar, tampoco se había explicado de manera

técnica el método para hacer la comparación por pares (el sustento para usar dicha metodología). Sin perjuicio de lo indicado, la segunda instancia no es tajante respecto de que la comparación por pares intrínsecamente no sea un método válido, sino que debería explicarse en qué consiste dicho método y el sustento de su contenido. Es decir, el cuestionamiento de la Corte no es sobre la forma, sino sobre el fondo de la evaluación.

Así, en atención a lo expuesto, consideramos que, para graficar adecuadamente este método aplicado a personal de fuerza de ventas, es importante ensayar con un caso práctico. Para ello, utilizaremos el mismo ejemplo descrito en el punto anterior. En ese sentido, se había indicado que el trabajador Juan Pérez pertenece a un equipo de 10 vendedores los cuales tienen las mismas metas de venta. Sobre el particular, los diez vendedores han obtenido los siguientes resultados en los seis últimos meses:

Vendedor	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio
Juan Perez	86 %	80 %	71 %	60 %	62 %	53 %
Vendedor 1	100 %	99 %	100 %	98 %	95 %	96 %
Vendedor 2	98 %	96 %	100 %	91 %	90 %	92 %
Vendedor 3	90 %	88 %	80 %	86 %	92 %	87 %
Vendedor 4	85 %	84 %	87 %	81 %	75 %	83 %
Vendedor 5	80 %	77 %	80 %	81 %	82 %	84 %
Vendedor 6	75 %	77 %	79 %	72 %	69 %	66 %
Vendedor 7	71 %	75 %	77 %	80 %	82 %	85 %
Vendedor 8	65 %	66 %	62 %	55 %	58 %	54 %
Vendedor 9	60 %	66 %	55 %	57 %	60 %	59 %

Al aplicar los métodos de normas de trabajo, es decir, hallar el promedio de rendimiento del grupo de vendedores, y el método de comparación entre pares, esto mediante el ranking u orden de mérito, obtenemos los siguientes resultados:

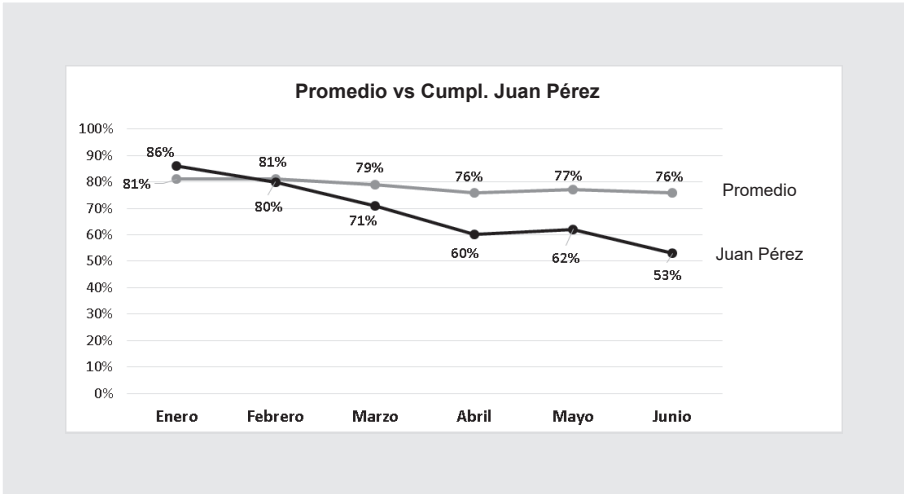
Enero			Febrero			Marzo		
Vendedor	Cump.	Rank.	Vendedor	Cump.	Rank.	Vendedor	Cump.	Rank.
Vendedor 1	100 %	1	Vendedor 1	99 %	1	Vendedor 1	100 %	1
Vendedor 2	98 %	2	Vendedor 2	96 %	2	Vendedor 2	100 %	2
Vendedor 3	90 %	3	Vendedor 3	88 %	3	Vendedor 3	87 %	3
Juan Perez	86 %	4	Vendedor 4	84 %	4	Vendedor 4	80 %	4
Vendedor 4	85 %	5	Juan Perez	80 %	5	Vendedor 5	80 %	5
Vendedor 5	80 %	6	Vendedor 5	77 %	6	Vendedor 6	79 %	6
Vendedor 6	75 %	7	Vendedor 6	77 %	7	Vendedor 7	77 %	7
Vendedor 7	71 %	8	Vendedor 7	75 %	8	Juan Perez	71 %	8
Vendedor 8	65 %	9	Vendedor 8	66 %	9	Vendedor 8	62 %	9
Vendedor 9	60 %	10	Vendedor 9	66 %	10	Vendedor 9	55 %	10
Promedio	81 %		Promedio	81 %		Promedio	79 %	

Abril			Mayo			Junio		
Vendedor	Cump.	Rank.	Vendedor	Cump.	Rank.	Vendedor	Cump.	Rank.
Vendedor 1	98 %	1	Vendedor 1	95 %	1	Vendedor 1	96 %	1
Vendedor 2	91 %	2	Vendedor 3	92 %	2	Vendedor 2	92 %	2
Vendedor 3	86 %	3	Vendedor 2	90 %	3	Vendedor 3	87 %	3
Vendedor 4	81 %	4	Vendedor 5	82 %	4	Vendedor 7	85 %	4
Vendedor 5	81 %	5	Vendedor 7	82 %	5	Vendedor 5	84 %	5
Vendedor 7	80 %	6	Vendedor 4	75 %	6	Vendedor 4	83 %	6
Vendedor 6	72 %	7	Vendedor 6	69 %	7	Vendedor 6	66 %	7
Juan Perez	60 %	8	Juan Perez	62 %	8	Vendedor 9	59 %	8
Vendedor 9	57 %	9	Vendedor 9	60 %	9	Vendedor 8	54 %	9
Vendedor 8	55 %	10	Vendedor 8	58 %	10	Juan Perez	53 %	10
Promedio	76 %		Promedio	77 %		Promedio	76 %	

En atención a estos resultados, podemos analizar específicamente el caso de Juan Pérez, resumiendo su evaluación de rendimiento en las siguientes cifras:

Mes	Promedio	Cumplimiento	Cotejo Prom.	Ranking
Enero	81 %	86 %	5 %	4
Febrero	81 %	80 %	-1 %	5
Marzo	79 %	71 %	-8 %	8
Abril	76 %	60 %	-16 %	8
Mayo	77 %	62 %	-15 %	8
Junio	76 %	53 %	-23 %	10

Estos resultados pueden ser representados en el siguiente gráfico:



Como hemos podido observar, a partir de la aplicación del tipo de evaluación comparación por pares, se evidencia que Juan Pérez ha descendido en el ranking del puesto 4 al puesto 10 (el último puesto) en el lapso de seis meses. Asimismo, aplicando el método “normas de trabajo”, se verifica que el rendimiento de Juan Pérez es inferior al promedio del resto sus compañeros, y la brecha entre rendimiento y promedio es cada vez más amplia.

En atención a lo anterior, podemos observar que los criterios individual y general que la ley exige para la evaluación del rendimiento se pueden cumplir con la aplicación de los tipos de evaluación objetiva (fijación de metas, normas de trabajo, y comparación por pares), con lo cual se puede evidenciar de manera fehaciente que el rendimiento de un trabajador ha disminuido, configurándose la deficiencia. Esto independientemente de que la información utilizada por el

empleador para determinar las metas, el promedio, las operaciones matemáticas, etc. estén realizados con data fidedigna, razonable y adecuada. Ya que, si bien los métodos formalmente son correctos en atención a la doctrina y jurisprudencia, de nada servirán si la información sobre la cual se sostienen es inadecuada, más adelante, en la sección de principios se observarán aquellos aspectos relacionados con el fondo o contenido de la evaluación.

Asimismo, siguiendo la opinión de Carlos Cadillo, es importante recordar que la ley exige que los criterios individual y general se apliquen en conjunto, ya que el criterio individual por sí mismo puede acarrear situaciones irrazonables como, por ejemplo, que un trabajador haya disminuido su rendimiento individual; no obstante, su rendimiento es igual o mayor al promedio respecto de la comparación de sus pares. Probablemente, la disminución individual impida que el trabajador cumpla con los requisitos internos para cobrar algún bono o incentivo, sin embargo, de ninguna manera puede ser despedido por capacidad, a menos de que se trate de una disminución deliberada y reiterada que es una falta grave, y de la cual comentaremos más adelante (Cadillo, 2013, p. 88).

Por otro lado, si el trabajador tiene un rendimiento individual constante, pero este siempre está por debajo del promedio de sus pares, si bien no hay una disminución personal (ya que siempre es bajo el rendimiento), bastará evidenciar un rendimiento deficiente en base al criterio general para ejecutar el despido (Cadillo, 2013, p. 88).

Sobre el particular, es posible acotar que también puede haber casos en el criterio general que pueda generar situaciones absurdas, por ejemplo, puede ser que en un equipo de diez vendedores donde el índice de meta mínimo de cumplimiento individual debe ser 80 %, el décimo puesto si bien comparado con sus pares es el último, siempre logra con llegar a un mínimo de 80 %. Este vendedor tampoco podría ser despedido ya que, a pesar de ser último en comparación con sus pares, individualmente, tiene un buen rendimiento. En este caso, se trataría de un equipo en el cual todos los integrantes son buenos vendedores y cumplen con el índice de logro individualmente exigido, siendo la media o promedio general un índice muy alto (por ejemplo, 90 %). Si bien para Cadillo el criterio general por sí mismo sería suficiente, nosotros consideramos que ello no necesariamente es así, ya que en el ejemplo anterior, se puede evidenciar que para un buen trabajador el criterio general podría llegar a ser desfavorable, e incluso injusto.

En resumen, para la aplicación de la causal de despido por rendimiento deficiente contenida en el artículo 23, literal b, de la LPCL, nuestra legislación

establece el uso de evaluaciones objetivas o cuantitativas. Asimismo, dentro de este grupo de evaluaciones se debe aplicar en simultáneo el criterio individual (mediante la evaluación por establecimiento de metas) y un criterio colectivo (mediante las evaluaciones por normas de trabajo y/o comparación por pares). Estas evaluaciones ya han sido objeto de revisión por la jurisprudencia sin observaciones sobre su forma o método.

Finalmente, cabe señalar que, de acuerdo con la norma, existe un tercer aspecto expresamente normado que se debe aplicar referente a la “similitud de condiciones”, sobre el particular, este aspecto se desarrollará con mayor detalle en el siguiente capítulo sobre principios, toda vez que se encuentra íntimamente vinculado al principio de igualdad.

VII. Procedimiento legal de despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad

1. La unificación de procedimiento de evaluación y procedimiento de despido

De acuerdo con Obregón, la ley ha establecido tres tipos procedimientos de despido, dos vinculados a la conducta y uno a la capacidad. En el caso de los dos primeros, se trata del procedimiento inmediato sin plazo de descargos por falta grave flagrante, y el procedimiento regular con carta de imputación y plazo de descargos de seis días. Respecto del procedimiento por capacidad, consiste principalmente en carta de imputación y plazo de descargos de treinta días para la demostración de la capacidad (Obregón, 2015, p. 10).

Como indicamos anteriormente, de acuerdo a nuestra normativa literal, formalmente el procedimiento de despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad empieza con la carta de imputación, cuestión que no ocurre en Colombia, país donde el procedimiento empieza con una primera carta de notificación de bajo rendimiento. En nuestro caso no existe esta “gradualidad”, sino que empieza directamente con la carta que otorga el plazo final (a manera de un “últimátum”) para acreditar la capacidad.

Este inicio formal (que, a nuestro criterio, genera un inicio muy abrupto) ha sido reconocido como suficiente por la misma jurisprudencia, por ejemplo, en la Casación Laboral N° 875-2001-Lima se estableció lo siguiente:

“Octavo: Que la aplicabilidad del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, el Decreto Supremo N° 003-97-TR, debe hacerse en forma ordenada conforme a los pasos secuenciales que dispone la Ley de Productividad y

Competitividad Laboral y que se siguen para ejecutar un cese por causa justa de despido por capacidad; esto es primero aplicar el artículo 31 (otorgar treinta días naturales al trabajador para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia) y si vencido dicho plazo este no supera su deficiencia, recién se podrá aplicar el artículo 32 del Decreto Supremo en mención (comunicación escrita del despido). Además la norma denunciada no ha sido aplicada indebidamente pues el propio Reglamento de Evaluación de Personal estableció en su artículo 18 que en los casos que correspondía el cese debía producirse siguiendo las normas del Decreto Legislativo N° 728, es decir, exigía expresamente su aplicación al caso”.

En el mismo sentido, hemos encontrado que el criterio referido se repite en sentencias de instancias inferiores, por ejemplo, en la sentencia de segunda instancia del Exp. 529-2008 se indicó lo siguiente:

“DECIMO: Que, de autos se aprecia que la demandada cursa la carta de pre aviso, le otorga seis días para su respectivo descargo, la demandada realiza su descargo dentro del plazo otorgado, conforme al procedimiento establecido por el artículo 31 de la Ley de Productividad y Competitividad laboral, existiendo indicios razonables para el despido de la accionante, sin embargo al haberse realizado por causal referida a la capacidad o rendimiento del trabajador (artículo 23, inciso b. del mismo cuerpo de leyes) la demandada debió otorgar conforme a ley treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia, requisito que no ha sido cumplido por la empleadora, trasgrediendo el Principio de Legalidad y el del Debido Proceso que le asiste no solo a los procesos judiciales sino a toda clase de procedimientos administrativos. Entonces del análisis precedente se concluye que la demandada no ha cumplido con la carga probatoria impuesta por el artículo 22 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral; por tanto, se concluye que el despido materializado con la carta de despido no se encuentra arreglado a ley.”

De igual modo en la Sentencia N° 038-2017-9°JET (Exp. 23886-2015), en un procedimiento por despido por capacidad, el juez de primera instancia indicó lo siguiente:

“7.3 Que, en autos, se acredita el hecho del despido con las cartas notariales de fojas 76-77 y 29 (carta de preaviso de despido y carta de despido) y si bien el demandante sostiene que dicho procedimiento no se ha cumplido al haberse vulnerado su derecho de defensa, se ha de tener en consideración que la demandada sustentó el despido en la causal de capacidad contenida en el artículo 23 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, siendo que el procedimiento a seguir según lo prescrito en el artículo 31 del mismo dispositivo, era cursar la comunicación para que en el

término de treinta días naturales demuestre su capacidad o corrija su deficiencia; tal como se encuentra especificado en las misivas aludidas con lo cual se desprende que el empleador ha cumplido con el procedimiento de despido previsto en la ley”.

Como se puede colegir, el procedimiento legal formal ortodoxo consiste fundamentalmente en tres pasos o momentos: notificar carta de imputación, otorgar el plazo de treinta días y, de ser el caso, notificar la carta de despido. A partir de lo expuesto, pareciese que el despido por capacidad solamente consiste en tres actos, sin embargo, como hemos mencionado anteriormente, lo más importante en una imputación por rendimiento deficiente no es exactamente el procedimiento legal formal, sino la herramienta que sirve para medir el desempeño, es decir, la evaluación de rendimiento.

Sobre el particular, si bien la norma no incorpora formalmente el periodo de evaluación dentro del procedimiento de despido (a diferencia de lo que ocurre en Colombia) es posible entender ello a partir de la especificación expresa de la norma sobre que el rendimiento se debe medir de manera individual y colectiva, ya que, como indica Cadillo, en la carta de preaviso se debe explicar el rendimiento deficiente del trabajador bajo criterios subjetivos y objetivos explicados debiendo acompañarse las pruebas que lo sustenten, entre ellas puede estar la verificación de la AAT (Cadillo, 2013, p. 91). Esto ha sido entendido así también por la jurisprudencia en la sentencia de vista del Exp. 23886-2015, en el cual se hace referencia a la evaluación de rendimiento dentro del procedimiento de despido por rendimiento deficiente:

“DÉCIMO SEGUNDO: De la revisión de los actuados se advierte que la demandada no ha señalado el método que ha empleado para verificar el bajo rendimiento del trabajador, ni cuál ha sido el criterio para establecer la meta de producción asignada, así como tampoco ha especificado técnicamente los parámetros o lineamientos que ha utilizado para determinar el rendimiento promedio en labores y no ha demostrado que se dieron las condiciones similares respecto del escenario en el que prestó sus servicios el demandante en relación con el escenario en que prestaron sus servicios los otros trabajadores que desempeñaron el mismo cargo del actor, que sí llegaron a alcanzar el 80 % de cumplimiento de la meta asignada. Y, menos aún, han sido explicados en la carta de preaviso de despido, lo cual resultaba necesario en virtud de que se le imputó al hoy demandante la causa justa de despido de rendimiento deficiente en relación con su capacidad”.

De acuerdo a lo precitado, hay una clara referencia sobre la evaluación de rendimiento en la carta formal de preaviso, es decir, la carta de preaviso debe describir la forma en la cual se ha realizado la medición del rendimiento del

trabajador que sustenta el despido, lo cual implica un desarrollo de la metodología aplicada, los periodos evaluados, el marco de referencia y comparación, el promedio del colectivo de trabajadores en condiciones similares, etc.

En atención a este criterio, si bien la legislación no incorpora literal o expresamente el procedimiento de evaluación previo a la imputación formal, el hecho de que la evaluación de rendimiento sea el sustento de la imputación, abre la posibilidad de que el procedimiento de evaluación y procedimiento legal-formal de despido sean parte de un mismo procedimiento cuyo objetivo es verificar la capacidad del trabajador, tal como ocurre en Colombia donde el procedimiento de despido empieza con dos avisos de bajo rendimiento por lapsos no menores de ocho días, y luego el preaviso, plazo de descargos y carta de despido.

En virtud de ello, se puede indicar que el procedimiento de despido, en realidad, implica cuatro fases, evaluación de rendimiento (donde se recaban o generan las evidencias del rendimiento deficiente según los parámetros normativos), imputación, plazo de demostración de capacidad (y posibles descargos escritos) y despido. Definitivamente, la incorporación de la evaluación de rendimiento dentro del procedimiento formal de despido por capacidad es una cuestión fundamental toda vez que dota de juridicidad a dicha evaluación, en ese sentido, al formar parte de un procedimiento legal, la evaluación debe seguir o atender criterios y principios jurídicos.

2. El debido proceso en el marco del procedimiento de despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad

Sin ánimo de extendernos innecesariamente, empero, consideramos que es importante realizar algunas definiciones previas sobre el debido proceso a fin de tener una idea clara al momento de transitar por el procedimiento de despido relativo a la capacidad.

Sobre el particular, es relevante tener en claro los conceptos de proceso y procedimiento, en ese sentido, de acuerdo a Reynaldo Bustamante, el proceso es un conjunto dialéctico, dinámico y temporal de actos procesales orientados a resolver una incertidumbre jurídica mediante el ejercicio de la función jurisdiccional. Por otra parte, donde no se ejerza función jurisdiccional no habrá proceso, sino un simple procedimiento, el mismo que se puede definir como un conjunto de reglas o normas que regulan la actividad, participación, facultades y deberes de los sujetos procesales (que pueden ser administrativos, arbitrales, políticos, militares o privados) (Bustamante, 2000, pp. 303-304).

Habiendo aclarado ambos conceptos, corresponde delinear la noción de debido proceso, la que, como indica Bustamante, equivale a hablar de proceso justo, que implica el derecho fundamental a la justicia a través de un proceso y un procedimiento. Así, el debido proceso se cataloga como un derecho fundamental conformado por un conjunto de derechos esenciales que cumplen la función de impedir que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la ausencia de un proceso o procedimiento (Bustamante, 2000, p. 304).

En este punto, Bustamante advierte que dentro del debido proceso existen dos manifestaciones. Por un lado, el derecho al proceso que supone que ningún sujeto puede ser afectado si antes no se inició o tramitó el proceso correspondiente, garantizando su intervención y participación. Por otro lado, el derecho en el proceso que implica que cualquier sujeto que participe en un proceso tiene derecho a un conjunto de derechos durante su inicio, tramitación y conclusión como, por ejemplo, el derecho de defensa, el derecho a probar, etc. (Bustamante, 2000, p. 305).

En nuestro país, según lo indica Bustamante, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha establecido que el respeto por el debido proceso no solo está vigente en el marco de procesos judiciales, sino también es de aplicación en cualquier procedimiento privado (Bustamante, 2000, p. 307). Asimismo, según lo han indicado otros autores citando la jurisprudencia de la Corte Suprema (Casación N° 2721-2011-Ica), el debido proceso de origen judicial se ha ido extendiendo a un debido procedimiento entre privados aplicable dentro de instituciones privadas (AA.VV., 2016, p. 140).

Como podemos observar, de acuerdo a lo señalado por Reynaldo Bustamante, así como por otros autores y la misma jurisprudencia, las garantías del debido proceso son aplicables dentro de los procedimientos privados a fin de tutelar los derechos de los individuos. Sin embargo, en este punto, es preciso preguntarse: ¿todos los derechos que componen las garantías del debido proceso son aplicables a cualquier procedimiento?

Sobre este asunto, coincidimos con la opinión de Bustamante quien indica que el contenido del debido proceso debe responder a las necesidades y características de cada sociedad en un momento histórico determinado (Bustamante, 2000, p. 306). En otras palabras, no todo procedimiento tiene que acoger ortodoxamente todas y cada una de las garantías que componen el amplísimo derecho al debido proceso, sino, por el contrario, según los fines de cada procedimiento (que pueden ser variados) se deben observar o aplicar

aquellos derechos del debido proceso que resultasen pertinentes, necesarios o indispensables (Bustamante, 2000, p. 306).

Ahora bien, respecto del ámbito laboral, según Bustamante, el procedimiento de despido es un procedimiento privado previsto en el ordenamiento jurídico para poder sancionar o afectar a una persona con el despido, por tanto, se rige bajo los alcances del debido proceso (Bustamante, 2000, pp. 308-309). Como tal, podemos indicar que, en el marco de un procedimiento de despido, existe por un lado el derecho al procedimiento y, por otro lado, el derecho en el procedimiento:

- a) Derecho al procedimiento. - Haciendo aplicación de lo abordado previamente, esta manifestación supone que nadie pueda ser afectado o sancionado si antes no se tramitó el procedimiento respectivo, garantizando su intervención o participación por lo que se concluye que en el debido proceso rige también el procedimiento previsto en la ley para que el empleador pueda despedir válidamente a su trabajador, por la existencia de una causa justa contemplada en la ley que se encuentre adecuadamente comprobada (Bustamante, 2000, pp. 308-309).

Asimismo, según Bustamante, dicho procedimiento puede tener dos finalidades según el tipo de imputación que se realice. En ese sentido, por un lado, puede tener como finalidad asegurar al trabajador el ejercicio de su derecho de defensa y, por otro lado, asegurar la oportunidad de realizar la corrección de la deficiencia que se le imputa. Sin embargo, en ambos casos, el procedimiento es el que la ley establece o describe, y que resulta necesario transitar por tal trámite de manera previa a la aplicación de la decisión de afectar al trabajador con la finalización de la relación laboral (salvo los casos de flagrancia en el que se exceptúa por la magnitud o evidente infracción del trabajador) (Bustamante, 2000, p. 308).

Como se puede observar, respecto del procedimiento de despido por conducta hay una mayor intensidad en la tutela del derecho de defensa y, como veremos más adelante, la ley expresamente establece un derecho y plazo a descargos, que según Toyama, no es otra cosa que una manifestación del derecho de defensa (Toyama, 2015, p. 500). Sin embargo, en el caso del procedimiento de despido por capacidad se observa un mayor énfasis en la prueba de la capacidad o incapacidad, más allá de la efectiva argumentación escrita que sería un descargo, como indica Blancas, la

normativa no establece la necesidad de una defensa escrita en el caso del procedimiento de despido por capacidad (Blancas, 2013, p. 283). Sin perjuicio de las características especiales de cada procedimiento, lo cierto es que los procedimientos legalmente establecidos se deben tramitar según sus reglas, de lo contrario se lesiona el derecho al debido proceso.

De este modo, el primer punto primordial de respeto al debido proceso en el marco de un procedimiento de despido supone el inicio y tramitación del procedimiento establecido por ley haciendo partícipe al trabajador según las formalidades que se prevean.

- b) Derecho en el procedimiento.- Hemos indicado que el procedimiento no puede ser cualquiera, sino que debe ser el justo o debido; por lo tanto, como indica Bustamante, aunque la norma no lo mencione, debe otorgar al trabajador la oportunidad real y razonable de conocer la acusación formulada en su contra, de ser oído, de probar, de alegar y, en general, de ejercer su derecho de defensa (el derecho en el proceso) (Bustamante, 2000, p. 309).

A pesar de regir el debido proceso, no obstante, estamos ante un procedimiento especial de índole privado, por tanto, no puede perderse de vista su particular naturaleza, determinar qué elementos del debido proceso resultan razonablemente aplicables al inicio, tramitación y conclusión de este procedimiento. En ese sentido, no resulta razonable que se apliquen todos los elementos que configuran lo que comúnmente conocemos como debido proceso, sino solo resultarán aplicables aquellos elementos que permitan tutelar los intereses en juego y que posibiliten que el debido proceso pueda cumplir su función garantizadora del ordenamiento jurídico. En otras palabras, solo deberán aplicarse aquellos elementos del debido proceso que razonablemente resulten necesarios para que el procedimiento sea justo (Bustamante, 2000, p. 309).

Por ejemplo, según Bustamante, sería absurdo sostener que en este tipo de procedimiento resulte exigible la pluralidad de instancia; no así el derecho a ser oído o de realizar los actos necesarios para poder producir prueba (Bustamante, 2000, p. 309). En ese sentido, no todos los derechos que componen el debido procedimiento son aplicables al procedimiento de despido, sino solo aquellos que sean razonablemente aplicables.

Habiendo realizado una breve referencia a los alcances del debido proceso en el marco del procedimiento de despido, consideramos pertinente mencionar

las reglas del procedimiento establecido para los despidos por capacidad por rendimiento deficiente. Revisemos la normativa:

LPCL (Decreto Supremo N° 003-97-TR)

“Artículo 23.- Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

[...] b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares; [...]”

*“Artículo 31.- **El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.***

Mientras dure el trámite previo vinculado al despido por causa relacionada con la conducta del trabajador, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle. La exoneración debe constar por escrito.

*Tanto en el caso contemplado en el presente artículo como en el Artículo 32, **debe observarse el principio de inmediatez.***

*Artículo 32.- **El despido deberá ser comunicado por escrito al trabajador mediante carta en la que se indique de modo preciso la causa del mismo y la fecha del cese.***

Si el trabajador se negara a recibirla le será remitida por intermedio de notario o de juez de paz, o de la policía a falta de aquellos.

Reglamento LPCL (Decreto Supremo N° 001-96-TR)

“Artículo 34.- Para la verificación del rendimiento deficiente a que se contrae el inciso b) del Artículo 56 de la Ley, el empleador podrá solicitar el concurso de los servicios de la Autoridad Administrativa de Trabajo, así como del Sector al que pertenezca la empresa”.

En resumen, el procedimiento de despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad podría resumirse de la siguiente manera:

1. Evaluación: Implementar una evaluación de rendimiento utilizando dos criterios, por un lado, el criterio individual, y por otro lado, el criterio colectivo. Esta etapa se incorpora en virtud de lo abordado en el acápite anterior.
2. Preaviso: Notificar la carta de preaviso de despido al trabajador sobre el cual se haya detectado que incurrió en rendimiento deficiente, atendiendo el principio de inmediatez.
3. Plazo: Otorgamiento y contabilización del plazo mínimo de treinta días naturales para que el trabajador acredite su capacidad o supere su deficiencia.
4. Despido: Comprobación de continuidad del rendimiento deficiente y notificación adecuada de la carta de despido, atendiendo el principio de inmediatez.

Como podemos observar, tal vez lo más notorio de este procedimiento es la ausencia de descargos, en otras palabras, dentro de la estructura del procedimiento de despido por capacidad no existe de manera expresa el derecho de presentar descargos escritos, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento de despido por falta grave. Como lo indica Blancas, no se necesita contestación escrita de la imputación, debiendo considerarse que el plazo que se le concede al trabajador constituye un periodo para corregir o superar las deficiencias o demostrar su capacidad para la labor que desempeña (Blancas, 2013, p. 283). Sobre el particular, corresponde cuestionarse: ¿la ausencia de la obligatoriedad implica que no es posible ejercer defensa escrita?

Bajo este entendido, Bustamante nos indica algunos derechos del debido proceso que resultan necesarios y/o imprescindibles en el marco de un procedimiento de despido (Bustamante, 2000, p. 309):

- a) El derecho del trabajador a no ser afectado o sancionado si antes no se inició y tramitó el proceso o procedimiento correspondiente, garantizando su intervención o participación.
- b) El derecho de contradicción o de defensa, que incluye el derecho a disponer del tiempo adecuado para preparar la defensa.
- c) El derecho a que la decisión que adopte el empleador se encuentre adecuadamente motivada (es decir, conforme a la lógica, al derecho y a las circunstancias fácticas de la causa).

- d) El derecho del trabajador a ser oportuna y adecuadamente informado (es decir, en forma completa, detallada y en un lenguaje que comprenda el trabajador) de la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra.
- e) El derecho a probar o a producir prueba, lo cual incluye el derecho a ofrecer medios probatorios y a que estos sean adecuada y motivadamente valorados.
- f) El derecho a que la decisión del empleador se emita en un plazo razonable y a que el procedimiento se desarrolle sin dilaciones indebidas.
- g) El derecho del trabajador a que la decisión del empleador sea objetiva y materialmente justa; entre otros”.

Si bien la hipótesis de Bustamante tiene un enfoque más inclinado hacia el despido disciplinario de carácter sancionatorio, empero, consideramos que es importante repasar cada uno de estos derechos y analizar en qué medida resultan aplicables al procedimiento de despido por capacidad, y además agruparlos según el momento en el que resultan aplicables:

- a) *Derecho al procedimiento.* - Como hemos indicado, una de las manifestaciones del derecho al debido procedimiento supone el derecho del sujeto a que el despido se aplique solamente luego de haberse tramitado el procedimiento establecido por ley, y habiendo garantizado su participación en dicho procedimiento. Este extremo dentro del procedimiento del debido proceso está contemplado expresamente en la norma, por lo cual, no queda duda alguna de la obligatoriedad de su aplicación. Veamos el texto de la norma:

“Artículo 31.- El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito [...] treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia”.

Asimismo, del texto de la precitada norma también es posible sustentar la necesidad de que el trabajador no sea exonerado de sus labores durante el plazo de treinta días para acreditar la capacidad. Si bien la doctrina indica que durante el referido plazo, en efecto, no se puede exonerar al trabajador de asistir al centro de labores (Blancas, 2013, p. 283) y, por tanto, el trabajador deberá continuar laborando y demostrar que su rendimiento alcanza el promedio personal y normal respecto

de los trabajadores en condiciones similares o corregir su rendimiento (Cadillo, 2013, p. 91), no se indica el sustento jurídico que sustenta tal cuestión.

Es correcto alegar el principio de razonabilidad, sin embargo, resulta más preciso, desde una perspectiva jurídica, que la no exoneración de labores responda a la obligación de garantizar la efectiva participación del trabajador dentro del procedimiento de despido. Si el trabajador es exonerado de laborar, ¿cómo probaría que es capaz? No solo no es razonable, sino que afecta el derecho a participar del procedimiento legal.

Asimismo, a partir de la norma precitada anteriormente, también es posible extraer el derecho a la notificación que supone el derecho del trabajador a ser informado oportuna y adecuadamente sobre la naturaleza y causas de la acusación formulada en su contra, incluso, señalándose la formalidad escrita.

En la práctica, se garantizan estos derechos con un mismo acto procedimental que consiste en la remisión de la carta de preaviso de despido en la que se debe informar sobre la causa legal que se imputa, en este caso, el artículo 23, literal b, de la LPCL y, además, se debe detallar y/o adjuntar las evidencias que acreditan la situación de rendimiento deficiente. Asimismo, la misma carta debe señalar el plazo mínimo de treinta días que la ley indica para la acreditación de la capacidad o superación de la deficiencia y no exonerar de las labores.

- b) *El derecho en el procedimiento.* - Sobre este punto, probablemente, el asunto más polémico sea que la norma expresa no obliga a que el trabajador presente descargos o defensa escrita, a diferencia de lo que sucede con los procedimientos de despido por conducta.

Incluso autores como Carlos Blancas han indicado que si bien no se puede exonerar al trabajador de asistir al centro de labores tampoco se requiere que el “descargo” sea por escrito (Blancas, 2013, p. 283). Y, en efecto, la norma no exige tales descargos, sin embargo, cabe preguntarse: ¿los descargos escritos son necesarios para el procedimiento de despido por capacidad? ¿O la naturaleza del procedimiento justifica la ausencia de tales descargos? ¿Existe alguna interpretación que permita entender que el trabajador tiene la posibilidad de presentar defensa escrita? Para responder a dicha pregunta, creemos ilustrativo citar nuevamente la norma:

*“Artículo 31.- El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito [...] treinta días naturales para que **demuestre** su capacidad o corrija su deficiencia”.*

A partir de la lectura de la norma, si bien no dice “para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare”, sí dice “para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia”. Sobre el particular, creemos que en esta frase se contiene de manera expresa el derecho a probar o a producir prueba, lo cual incluye el derecho a ofrecer medios probatorios y a que estos sean adecuada y motivadamente valorados (Bustamante, 2000, p. 309). En ese sentido, consideramos que tal norma configura el derecho que tiene el trabajador de demostrar que es capaz, y esto se puede ejercer de manera libre y amplia.

Como hemos mencionado, el debido proceso es un derecho humano, así reconocido por varias cartas de derechos incluida la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1979; por tanto, resulta aplicable el principio de interpretación *pro homine* que supone todo derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos (Aguilar, 2016, p. 30).

Por tanto, cuando la norma sobre despido indica que el trabajador tiene el derecho de demostrar su capacidad en el marco de un procedimiento de capacidad, pues, lo puede hacer de las formas jurídicas y/o físicamente posibles y razonables, esto incluye, claro está, medios escritos. En atención a lo mencionado, si bien como indican algunos autores, no es necesaria una defensa escrita, a nuestro criterio, ello no significa de ninguna manera que el trabajador no pueda presentar una argumentación escrita para defenderse.

Cabe mencionar que, en el caso del procedimiento por despido por capacidad, hay un mayor énfasis en la demostración de la capacidad, a diferencia de lo que sucede con el procedimiento de despido por conducta en el que hay un mayor énfasis en la defensa escrita y la contradicción como tal en un sentido más estricto (el derecho a descargar). Sin embargo, el derecho de defensa y el derecho de prueba son partes integrantes de un mismo gran derecho al debido proceso, y como tal son derechos complementarios, perfectamente aplicables al procedimiento de despido

por capacidad, con sustento normativo expreso inclusive, y para efectos prácticos, usualmente, ambos se ejercen de manera simultánea.

Veamos un ejemplo, en el caso de un trabajador inmerso en un procedimiento de despido por capacidad deberá acreditar que cumplió con tener el rendimiento suficiente, por tanto, si la meta es vender diez productos en un mes, el trabajador podría anotar los datos de cada venta que realizó y transcribirla en una carta indicando que, en efecto, cumplió con la meta requerida y precisando las ventas que sustentan su rendimiento (por ejemplo, fecha de venta, nombre de cliente, monto de venta, etc.). Si bien esto no es necesario, toda vez que el empleador es el obligado a manejar la información de las ventas, ello no quita que el trabajador haga su comprobación personalmente, incluso es una posibilidad que la jurisprudencia ha valorado en la sentencia de primera instancia del Exp. 02094-2016:

“DÉCIMO: [...] si bien doña Sánchez Cruz adujo que no le entregaron documentación alguna ni la forma de cómo se realizaba el cálculo de los porcentajes y producción atribuida, en el desarrollo de la audiencia de juzgamiento puso en evidencia que sí conocía la existencia de los documentos, porcentajes y sumas de referencias para alcanzar el mínimo de producción, más si se entiende que la información de la persistencia de los asegurados no es ajena a la trabajadora quien pudo ir llevando el control de las metas a cumplir”.

En virtud de lo expuesto, en vista que el trabajador tiene el derecho de probar su capacidad, puede ejercer el derecho de ofrecer evidencias de su capacidad mediante una defensa escrita, la misma que, en la práctica, será una carta con una argumentación (ejercicio del derecho de contradicción y defensa) acompañada de las evidencias de que se logró las metas establecidas. Es decir, en una misma carta se podrá ejercer tanto el derecho de defensa como el de prueba por escrito.

Como hemos indicado, no es necesaria la defensa escrita, puesto que el empleador es el encargado de manejar la información y comunicarla al trabajador. Probablemente, por ello, la norma tampoco carga al trabajador con mayores obligaciones probatorias, sin embargo, ello no quiere decir que el trabajador no pueda realizar defensa escrita y documentarse, está en su derecho, y como derecho propio del trabajador, este podría decidir libremente no ejercerlo, si no lo desea. Definitivamente,

la manera convencional de “demostrar” la capacidad será, simplemente, logrando las metas establecidas para el periodo evaluado, sin necesidad de documentar cada venta, toda vez que, en principio, el empleador tendrá el reporte total de las ventas realizadas.

Por otro lado, otros derechos del debido proceso aplicables al procedimiento de despido son el derecho del trabajador a que la decisión del empleador sea objetiva y materialmente justa y el derecho a que la decisión que adopte el empleador se encuentre adecuadamente motivada (Bustamante, 2000, p. 309). En otras palabras, significa que el trabajador conozca las razones finales por las cuales es despedido, estos derechos están íntimamente relacionados con el principio de razonabilidad, toda vez que se oponen a la arbitrariedad. Asimismo, podemos encontrar el sustento normativo expreso en la siguiente norma:

*“Artículo 22.- Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, **es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada.** [...]”*

*“Artículo 32.- **El despido deberá ser comunicado por escrito al trabajador mediante carta en la que se indique de modo preciso la causa del mismo y la fecha del cese.** [...]”*

Finalmente, según Bustamante, en el marco del procedimiento por despido, el trabajador también cuenta con el derecho a que la decisión del empleador se emita en un plazo razonable y a que el procedimiento se desarrolle sin dilaciones indebidas, este extremo se encuentra cubierto por el principio de inmediatez contenido en el artículo 31 de la LPCL:

“Artículo 31.- [...] Tanto en el caso contemplado en el presente artículo como en el artículo 32, debe observarse el principio de inmediatez”.

Sobre el principio de inmediatez, debemos manifestar que su dimensión en el marco del despido por rendimiento deficiente es más amplia, sin embargo, ello se abordará en el siguiente capítulo.

En atención a lo desarrollado, podemos concluir que, en efecto, hay una serie de derechos del debido proceso que, si bien no están consignados expresamente o con claridad en las normas laborales, son plenamente aplicables para el trámite adecuado y jurídicamente respetuoso del procedimiento de despido por capacidad, específicamente, para el caso del rendimiento deficiente.

A continuación, haremos una síntesis de los derechos circunscritos en el trámite del procedimiento de despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad.

Derechos del debido proceso aplicables	Sustento normativo	Materialización práctica
Derecho a que se inicie y tramite el procedimiento	Artículo 31 LPCL	El empleador debe ejecutar la evaluación de rendimiento bajo los criterios legales y jurídicos respectivos. Y, remisión de carta de preaviso de despido otorgando el plazo legal de treinta días sin exonerar de labores.
Derecho a la notificación	Artículo 31 LPCL	
Derecho a participar del procedimiento (no ser exonerado de labores)	Artículo 31 LPCL	
Derecho a ejercer su derecho de defensa (presentar defensa escrita)	Artículo 23 literal b) LPCL	El trabajador debe obtener resultados satisfactorios en su evaluación. Tiene el derecho de presentar alegaciones por escrito y adjuntar las evidencias que demuestren su capacidad.
Derecho a ejercer derecho a la prueba (presentar evidencias por escrito)	Artículo 23 literal b) LPCL	
Derecho a recibir una decisión objetiva y justa	Artículo 22 y 32 LPCL	El empleador debe notificar la carta de despido indicando los resultados de la evaluación y adjuntando las evidencias, dentro de un plazo no muy dilatado desde la toma de conocimiento de los resultados.
Derecho a recibir una decisión motivada	Artículo 22 y 32 LPCL	
Derecho a recibir la decisión en un plazo razonable	Artículo 31 LPCL	

En conclusión, el debido proceso se encuentra manifiesto en el marco del procedimiento de despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad. Cabe mencionar que, en este punto, se han abordado algunos principios y derechos de carácter procedimental que se aplican sobre todo al trámite y desarrollo del procedimiento; sin embargo, este tema no se agota en el mero procedimiento, toda vez que existen una serie de principios aplicables que abordaremos más adelante y que son aplicables al fondo de la evaluación de rendimiento que, como sabemos, es la herramienta fundamental de la acreditación del rendimiento deficiente.

3. El rol de la Autoridad Administrativa de Trabajo en el procedimiento de despido por rendimiento deficiente

Con relación a este punto, se ha decidido desarrollar las implicancias de la intervención de la autoridad administrativa de trabajo dentro de las cuestiones procedimentales por su estrecha relación con la actividad probatoria

necesaria para la aplicación de la causal de despido materia de estudio. Es indiscutible que la función probatoria que cumpliría un informe de la autoridad administrativa de trabajo tiene una vinculación directa con el debido procedimiento y el derecho de defensa abordados previamente.

En ese sentido, para iniciar el análisis consideramos importante comenzar citando la normativa contenida en el artículo 34 del Reglamento de la LPCL (D.S N° 001-96-TR):

“Artículo 34.- Para la verificación del rendimiento deficiente a que se contrae el inciso b) del Artículo 56 de la Ley, el empleador podrá solicitar el concurso de los servicios de la Autoridad Administrativa de Trabajo, así como del Sector al que pertenezca la empresa”.

Sobre este dispositivo normativo, la primera crítica que es preciso realizar es la que Blancas realiza al señalar que, a pesar de que el reglamento de la LPCL debió perfilar mejor la causal de despido por rendimiento deficiente, únicamente se limitó a agregar una regla sobre la “prueba” para la verificación de esta causa (Blancas, 2013, p. 178). Ahora bien, ante la condición de mecanismo de prueba que tiene la participación de la autoridad administrativa de trabajo (AAT), cabe preguntarse: ¿es obligatoria la intervención de la AAT para la configuración de la causal de despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad? Esta pregunta no es banal, y lo demostraremos más adelante.

Desde un punto de vista doctrinario, Carlos Cadillo indica que el empleador debe demostrar el rendimiento deficiente cumpliendo los requisitos contenidos en el artículo 23, literal b, de la LPCL (la evaluación), sin embargo, también puede solicitar la participación de la AAT para la verificación del rendimiento deficiente, sin que dicha participación o certificación constituya un requisito indispensable para el despido por capacidad. Simplemente, se trata de una alternativa que tiene el empleador para obtener una prueba más del rendimiento deficiente del trabajador (Cadillo, 2013, p. 91)

Por su parte, Quispe y Mesinas indican sobre este punto que, a efectos de la verificación del rendimiento deficiente, el empleador tiene la potestad de solicitar la intervención de la AAT (Quispe & Mesinas, 2009, p. 18). Sobre el particular, como sabemos, la potestad es un poder jurídico (DPEJ, 2021), como tal se trata de un derecho sobre el cual el empleador puede disponer, en otras palabras, es lo contrario a un deber u obligación. En ese sentido, como indica Arce, las pruebas que el empleador pueda generar

de manera particular son suficientes para que se pueda alegar esta causal de despido, por tanto, no hay necesidad de recurrir a la AAT o al sector que corresponda para probar el rendimiento deficiente (Arce, 2013, p. 533).

A partir de un punto de vista doctrinario, está claro que el rol de la AAT respecto de la verificación del rendimiento deficiente es un rol meramente accesorio, complementario u opcional. De ninguna manera se trata de una instancia obligatoria o un requisito indispensable para la configuración de la causal de despido por rendimiento deficiente. A pesar de ello, esta posición doctrinaria firmemente asentada parece no ser suficientemente conocida o compartida por las instancias jurisdiccionales.

Así, podemos mencionar el pronunciamiento emitido en primera instancia en el caso signado con Exp. 00592-2008. En este caso, el juzgado considera que no se habría configurado el rendimiento deficiente, toda vez que, el empleador no solicitó la intervención de la autoridad administrativa de trabajo, por tanto, la imputación no es objetiva ni imparcial. Veamos el texto pertinente:

“DÉCIMO SEGUNDO.- Respecto a la Configuración de Causa Justa de Despido, la codemandada [...], atribuye a la actora un ‘rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares’, el cual se encuentra previsto en el artículo 23°, inciso b); [...]; de ahí que, siendo el caso que *la demandada no ha solicitado de manera alguna la supuesta verificación del rendimiento deficiente de la actora, por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo; es de precisar que dicha imputación del supuesto rendimiento deficiente deviene en una imputación que acrece indefectiblemente de objetividad e imparcialidad, por lo cual es que queda desvirtuada dicha imputación del rendimiento deficiente hacia la actora*”.

Esta posición se confirma más adelante en la sentencia, toda vez que se indica que el empleador no había cumplido con el procedimiento legal, y tampoco se había configurado todos los elementos de la causal de despido debido a la falta de intervención de la autoridad administrativa de trabajo:

“DÉCIMO TERCERO.- En tal sentido, de lo esbozado líneas arriba, es de precisar que debido *a la afectación e Inobservancia del Derecho Constitucional de Defensa, al no observar las codemandadas el debido proceso a nivel administrativo entre particulares, como es el cursar la carta de Pre Aviso y Aviso de Despido; así como también al no*

haber solicitado la verificación del supuesto rendimiento deficiente de la actora, por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo, tal como se encuentra previsto en la Ley; y al transgredir la sanción del despido los principios de razonabilidad y proporcional; es que ha quedado evidenciado fehacientemente la existencia de un Despido Arbitrario [...]”.

Por otro lado, en otro caso, esta vez en segunda instancia, la Corte Superior emitió sentencia sobre el Exp. 23886-2015, en el cual consideró que la Autoridad Administrativa de Trabajo y el sector al que pertenece la empresa debieron participar en la verificación del rendimiento del trabajador. En ese sentido, debido a que no obran pruebas de tales intervenciones, se habría incumplido con la normativa:

“DÉCIMO QUINTO: El Decreto Supremo N° 001-96-TR - Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, en su artículo 34, establece que: ‘Para la verificación del rendimiento deficiente a que se contrae el inciso b) del Artículo 56 de la Ley, el empleador podrá solicitar el concurso de los servicios de la Autoridad Administrativa de Trabajo, así como del Sector al que pertenezca la empresa’. Sin embargo, de la revisión de autos se aprecia que no obra ningún informe de la Autoridad Administrativa de Trabajo ni del Sector al que pertenece la demandada. Así también, en la Audiencia Pública de Vista de la Causa, la parte demandada reconoció que estas entidades no habían participado en la determinación del bajo rendimiento del actor [...]; incumpléndose así con el dispositivo legal antes citado”.

Sin embargo, en otro caso signado con Exp. 02094-2016, tanto la primera como la segunda instancia determinaron que la participación de la AAT no era necesaria. Así, en la sentencia emitida por el juzgado se determinó lo siguiente:

“DÉCIMO SEGUNDO: [...] resultando necesario además señalar que el artículo 34 del Decreto Supremo N° 001-96-TR dispuso que: ‘Para la verificación del rendimiento deficiente a que se contrae el inciso b) del Artículo 56 de la Ley, el empleador podrá solicitar el concurso de los servicios de la Autoridad Administrativa de Trabajo, así como del Sector al que pertenezca la empresa’, otorgando una facultad al empleador, dependiendo de las labores cumplidas, y que no necesariamente obliga a la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo”.

Respecto del mismo caso, en segunda instancia, la sentencia emitida se pronunció de la siguiente manera:

“4. [...] En la medida que la prueba del rendimiento deficiente es complicada la norma ha establecido que el empleador, con el objeto de acreditar la incapacidad defectuosa, podrá pedir el auxilio del Ministerio de Trabajo y del sector al cual pertenezca la empresa, lo que coadyuvaría su intención de evidenciar el rendimiento deficiente”.

Como podemos observar, en este caso en particular, el juzgado de primera instancia señaló que la intervención de la autoridad administrativa de trabajo no es necesaria, posición que fue confirmada por la Corte de segunda instancia que nuevamente indica que la participación de la autoridad administrativa de trabajo no es obligatoria, y que la posibilidad de intervención se debe a que, sobre todo, se trata de una causal cuya probanza es complicada.

A partir de lo expuesto, podemos observar que, a diferencia de lo que ocurre a nivel doctrinario, en donde está zanjado que la intervención de la AAT no es obligatoria para la configuración del rendimiento deficiente, a nivel jurisprudencial dicha discusión no es unánime, ya que, como hemos visto, algunos jueces opinan que la intervención de la AAT es necesaria, y otros jueces opinan lo contrario. Esta falta de uniformidad de criterios no solo es peligrosa porque afecta la seguridad jurídica, sino que revela el poco conocimiento que tienen los operadores jurídicos sobre esta causal de despido en particular.

Sobre el particular, la falta de conocimiento sobre la forma en la que opera esta causal de despido no solo está a nivel jurisdiccional sino también a nivel administrativo. Si bien, como hemos indicado, la intervención de la AAT no es necesaria u obligatoria, lo cierto es que, aun así, no existiría un procedimiento institucionalizado para canalizar la intervención de dicha entidad a efectos de realizar la verificación que la normativa establece.

Como lo señalan algunos autores respecto de las causales por capacidad, las entidades competentes de verificar la capacidad del trabajador que se pretende despedir no cuentan con procedimientos que les permitan emitir certificaciones para fines de desvinculación (AA. VV., 2016, p. 297). Si bien esta referencia se hace respecto de la causal regulada en el literal a del artículo 23, consideramos que también sería aplicable a lo que sucede en el caso del despido por rendimiento deficiente, toda vez que, como lo indica Obregón, a pesar de que el empleador puede solicitar el concurso de los servicios de la AAT,

no obstante, en el Texto Único Procedimientos Administrativos (T.U.P.A.) del Ministerio de Trabajo no se recoge un procedimiento para solicitar la intervención de tal autoridad en casos de rendimiento deficiente (Obregón, 2015, p. 11).

Sobre el particular, recurrimos a consultar directamente al Ministerio de Trabajo (MTPE) sobre este asunto, en una primera oportunidad, con fecha 26 de junio de 2020, la Dirección de Promoción de la Formalización Laboral y Capacitación en la Normativa Laboral nos indicó lo siguiente (Anexo III): *“Tal como reviste la norma, se encuentra como posibilidad recurrir a la instancia administrativa [...]”*. Como se podrá observar, no se nos precisó la vía específica para solicitar tal intervención, es por ello que quisimos asegurarnos de que tal intervención no esté a cargo de autoridad de fiscalización laboral, por ello, consultamos a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (Sunafil), obteniendo dos respuestas.

Con fecha 13 de julio de 2020, la Sunafil nos indicó que *“conforme al artículo 34° del D.S N° 001-96-TR este procedimiento puede ser solicitado a la Autoridad Administrativa de Trabajo, le sugerimos canalizar su consulta al Ministerio de Trabajo”* (Anexo IV). En una segunda oportunidad, con el ánimo de reconfirmar esta posición, con fecha 21 de octubre de 2020, se nos respondió que *“la Sunafil no tiene competencia para la verificación del rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares”* (Anexo V). Con ello, debemos tener por confirmado que los servicios de la autoridad de inspección laboral (que otrora dependían del Ministerio de Trabajo), hoy por hoy, entienden que la verificación del rendimiento deficiente no es parte de sus funciones. Por tanto, canalizar la intervención por medio de Sunafil no es viable.

En ese sentido, tomando como referencia la primera sugerencia de la Sunafil, consultamos nuevamente con el Ministerio de Trabajo para que nos precisen el procedimiento administrativo que se debía seguir para la verificación del rendimiento deficiente regulado en el artículo 23, literal de b) de la LPCL, obteniendo la siguiente respuesta con fecha 24 de febrero de 2021 (Anexo VI):

“RESPUESTA A SU CONSULTA

Estimado(a) Sr(ta). Respecto a la consulta formulada, le informamos lo siguiente:

TUPA MTPE - R.M. 237-2020-TR

PROCEDIMIENTO N° 56

Verificación de la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores, del volumen o de la calidad de la producción.

BASE LEGAL:

D.S. N° 003-97-TR, Art. 25°, inc. b) del 27/03/1997

REQUISITOS:

Solicitud del interesado precisando los datos e información pertinente para la verificación.

DERECHO DE TRAMITACIÓN:

Gratuito

CALIFICACIÓN:

Silencio Positivo

Plazo para resolver:

3 días hábiles”.

Como podemos observar, el procedimiento que se nos indica es para la causal regulada en el artículo 25, literal b, de la LPCL, es decir, para la falta grave por disminución deliberada y reiterada, una causal que, como se verá en el siguiente acápite (pero adelantamos ahora), es distinta en su naturaleza de la causal por capacidad del artículo 23, literal b, de la LPCL.

Sobre el particular, si bien se tratan de causales vinculadas al deber de rendimiento, la base legal del procedimiento indicado por el Ministerio de Trabajo refiere únicamente al artículo 25, literal b, de la LPCL, por lo que no se puede entender que dicho procedimiento también aplicaría para el artículo 23, literal b, de la LPCL toda vez que dicho dispositivo normativo no forma parte de la base legal del procedimiento indicado en el T.U.P.A. del Ministerio.

Cabe señalar que, al no regularse como base legal el artículo 23, literal b, de la LPCL en el procedimiento N° 56 del T.U.P.A. del Ministerio de Trabajo, en virtud del principio de legalidad regulado en el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General de la Ley N° 27444 (D.S. N° 004-2019-JUS), y que es plenamente vigente para dicho procedimiento, “*las autoridades administrativas deben actuar con respeto a la Constitución, la ley y al derecho, dentro de las facultades que le estén atribuidas y de acuerdo con los fines para*

los que les fueron conferidas". Por tanto, el funcionario del MTPE designado para dirigir el procedimiento N° 56 solo está facultado para aceptar verificaciones sobre la falta grave regulada en el artículo 25, literal b, de la LPCL y, por ende, debe abstenerse de realizar verificaciones sobre otras causales diferentes, obviamente, con diferente base legal.

A partir de lo señalado, se pueden extraer dos conclusiones, por un lado, no existe una vía o procedimiento especial y específico para solicitar la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo a efectos de verificar el rendimiento deficiente. En otras palabras, si un empleador sumamente diligente, a fin de asegurar la acreditación del mal rendimiento de un trabajador, recurre al Ministerio de Trabajo para que intervenga, pues, simplemente, dicha institución no tendrá mecanismos para intervenir ya que no se han regulado.

Esto es de suma relevancia, ya que, aunque equivocadamente, algunos jueces piden que conste la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo para efectuar el despido por rendimiento deficiente, en este caso, dichos jueces no solo exigen algo que la norma no obliga, sino que también exigen algo que tampoco se puede conseguir o ejecutar. Es decir, a pesar de que un empleador quiera conseguir un acta donde conste la intervención de la AAT, ello no se puede gestionar administrativamente en la actualidad. Por tanto, si un juez exige la intervención de la AAT para la configuración del rendimiento deficiente pide un doble imposible jurídico.

A partir de lo expuesto, es posible regresar a la pregunta con la iniciamos el análisis de este acápite: ¿es necesaria u obligatoria la intervención o el concurso de la Autoridad Administrativa de Trabajo para la configuración de la causal de rendimiento deficiente? Y la respuesta categórica a dicha pregunta es un rotundo no. Sin embargo, es preciso señalar que, a pesar de tal posición, a nivel jurisdiccional, no es unánime ya que algunos jueces han resuelto que es obligatoria tal intervención, a pesar de que, como se ha observado, la Autoridad Administrativa de Trabajo no cuenta con un procedimiento especial y específico para su participación.

A partir de lo abordado, es posible observar una serie de aspectos vinculados al procedimiento de despido que son de suma relevancia tener en claro a efectos de aplicar adecuadamente la causal de despido por rendimiento deficiente. En ese sentido, la incorporación de la evaluación de rendimiento como parte anexa del procedimiento de despido por capacidad, los derechos del debido proceso que se deben observar y la manera en que se manifiestan en el procedimiento de despido,

y el rol y dificultades de la participación de la AAT en el marco de un despido por rendimiento deficiente, son puntos que requerían atención especial.

Sin perjuicio de lo mencionado en este punto, debemos recordar que en el procedimiento de evaluación, a diferencia de lo que ocurre en Colombia, en nuestra legislación no existe ningún parámetro o referencia para determinar: ¿cuántos periodos se deben evaluar previos al despido? A diferencia de lo que ocurre con el despido por conducta en el cual se exige la reiteración en la disminución del rendimiento, en el caso del rendimiento deficiente, no existe dicha precisión, abriendo la posibilidad de que baste un solo resultado negativo para imputar el despido. Asimismo, tampoco hay una obligación de notificar los resultados negativos con anterioridad a la imputación del preaviso, en estricto, solamente en este se debe indicar los resultados negativos.

Como se puede observar, si bien el procedimiento de evaluación previo a la imputación debería ser parte del procedimiento de despido al ser su sustento, no obstante, respecto de dicho procedimiento todo es completamente oscuro, no existe ningún parámetro legal para determinar su extensión y formalidades, solamente los métodos de evaluación. En ese sentido, estos vacíos que no pueden ser llenados vía analogía, deben ser llenados a partir de los principios del derecho aplicables, esto se verá en el siguiente capítulo.

En resumen, el procedimiento de despido legalmente consiste en la imputación del rendimiento deficiente mediante la carta de preaviso de despido, luego el otorgamiento de treinta días para acreditar la capacidad y, de ser el caso, notificar el despido. Sin embargo, a partir de la exigencia de la propia ley de que el rendimiento se debe medir en base a dos criterios (individual y colectivo), es posible entender que la evaluación de rendimiento está incorporada en el procedimiento de despido con anterioridad al preaviso formando un procedimiento más amplio, cuestión que también ha sido valorada del mismo modo por la jurisprudencia. Sin embargo, nuestra normativa carece de criterios para la extensión del procedimiento de evaluación, por lo cual es necesario cubrir estos vacíos a partir de principios del derecho aplicables, toda vez que no es posible aplicar analógicamente otras normas relacionadas al rendimiento ya que son de naturaleza sancionatoria.

VIII. La disminución deliberada y reiterada del rendimiento como causal de despido por conducta (falta grave)

Si bien este trabajo se centra en la causal de rendimiento deficiente en relación con la capacidad, consideramos importante hacer una breve referencia a otra causal de despido también vinculada al rendimiento y que ya hemos mencionado

anteriormente, nos referimos a la disminución deliberada y reiterada del rendimiento, la cual está normada como falta grave en el artículo, literal b) de la LPCL, es decir, se trata de un despido por conducta.

La razón principal por la cual consideramos importante abordar esta causal es que creemos que entre ambas causales existen similitudes y diferencias relevantes que son importantes entender previo a la adecuada aplicación de la causal por capacidad. En ese sentido, procederemos a hacer una breve explicación de las características de la causal de disminución deliberada y reiterada del rendimiento para posteriormente hacer una comparación entre las causales de despido precisadas.

1. Tipificación de la disminución deliberada y reiterada del rendimiento

En principio, debemos precisar qué se entiende por falta grave, por ello, de acuerdo con Blancas, la falta grave es una infracción a los deberes esenciales del trabajador que supone una conducta contraria a la que deriva del cabal cumplimiento del contrato de trabajo (Blancas, 2013, p. 193). Por su parte, Vinatea y Toyama afirman que se incurre en falta grave cuando el trabajador comete una infracción de los deberes que haga irrazonable la subsistencia de la relación laboral (Vinatea & Toyama, 2015, p. 381). Asimismo, Elmer Arce precisa que si bien la falta grave supone una infracción de los deberes esenciales del contrato de trabajo, la infracción debe revestir tal magnitud que haga irrazonable la subsistencia de la relación laboral, en ese sentido, no se trata de cualquier incumplimiento, sino que debe ser necesariamente grave y voluntario (atribuible a dolo o negligencia inexcusable) (Arce, 2013, p. 518).

La jurisprudencia coincide con estas definiciones, como se puede observar en la Casación Laboral 1396-2011-Lima, la cual indica lo siguiente:

“Octavo: Que, el artículo 25 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, define que la falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación laboral”.

Sobre este punto, Quispe y Mesinas han manifestado que la gravedad de la infracción es un requisito *sine qua non* para la configuración de una falta grave, ya que la ausencia de una intensa gravedad corresponde a la aplicación de medidas disciplinarias menores (amonestaciones y suspensiones). Asimismo, la gravedad se define por la magnitud de un solo hecho o en la reiteración de conductas leves (este punto es importante para la causal de disminución de rendimiento por conducta). Por otro lado, el requisito de culpabilidad, si

bien no es expresamente señalado en la norma, se puede entender de manera tácita o implícita en la misma descripción de las causales contenidas el artículo 25 de la LPCL, en las cuales la culpabilidad es immanente pues se aprecia la presencia de dolo o culpa grave en cada una de ellas (Quispe & Mesinas, 2009, pp. 23-24).

El planteamiento doctrinario expuesto tiene un correlato en la jurisprudencia nacional, así, en la Casación Laboral 1396-2011-Lima se ha establecido lo siguiente:

“Noveno: Que, se advierte entonces que la falta grave como causa de extinción legítima del contrato de trabajo debe reunir determinadas características suficientes para sustentar la validez de la decisión extintiva del empleador a saber:

a) la infracción de los deberes esenciales que impone al trabajador el contrato de trabajo, que si bien la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo N° 728 aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, no los enumera expresamente subyacen o se deducen de las propias causas de despido que constituyen normas secundarias que establecen una consecuencia jurídica para el caso de violación de las normas primarias que llevan implícitas;

b) la gravedad de la falta grave que consiste en 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 que por su carácter intuitu personal por la vinculación directa a veces inmediata y constante entre el empleador y trabajador impide que pueda sobrevivir una relación que ha sido destruida por la desobediencia, la deslealtad, el engaño, el abuso de confianza o la inmoralidad; y,

c) la culpabilidad del trabajador que alude al actuar libre y no necesario lo que determina su imputabilidad y por consiguiente su responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones laborales que le conciernen sean estas atribuibles al dolo o a su negligencia inexcusable”.

En atención a lo mencionado, las faltas graves que gatillan un despido por conducta suponen tres cuestiones; en primer lugar, un incumplimiento contractual que supone la infracción de deberes esenciales del contrato de trabajo, en segundo lugar, que tal incumplimiento revista una intensa gravedad, la misma que puede provenir de la magnitud del hecho o de la reiterancia de conductas leves, en tercer lugar, que el infractor, es decir, el trabajador haya

cometido dicha falta de manera voluntaria mediante dolo, negligencia o culpa inexcusable. En resumen, independientemente de las características especiales de cada causal contenida en el artículo 25 de la LPCL, toda falta grave debe reunir las tres características mencionadas, incumplimiento, gravedad, y culpabilidad.

A partir de lo expuesto, podemos observar con claridad una gran diferencia general entre los dos grandes tipos de despido, el despido por capacidad se caracteriza por la ocurrencia en incumplimiento al contrato de trabajo pero de manera involuntaria que afecta considerablemente el modo en que se ejecuta la prestación de trabajo, pero que es imputable a cualidades personales del trabajador, y no a su voluntad, como se ha mencionado anteriormente, esta causal afecta el objeto y elemento personal del contrato de trabajo.

Sin embargo, el despido por conducta se da porque el trabajador incurre en un incumplimiento contractual atribuible principalmente a su voluntad de infringir o transgredir sus deberes como trabajador, por ejemplo, la buena fe o la honestidad. Así, independientemente de las características de cada causal (por ejemplo, incumplimiento reiterado, disminución de rendimiento, apropiación ilícita, etc.), como se ha mencionado, este incumplimiento afecta el elemento subordinación del contrato de trabajo. Los dos grandes tipos de despido cuentan con dos similitudes que son el incumplimiento contractual y grave, y una gran diferencia, que es la voluntad o intencionalidad del incumplimiento.

Ahora bien, una vez alcanzado el marco general de la falta grave y las primeras diferencias y similitudes entre los dos grandes tipos, procederemos a revisar la causal de despido por falta grave que es de nuestro interés: la disminución deliberada y reiterada del rendimiento. Así, en primer lugar, revisemos el texto de la norma contenido en el literal b del artículo 25 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (Decreto Supremo N° 003-97-TR):

“Artículo 25.- Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves:

[...]

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 empresa [...]”.

En atención al texto de la norma, podemos observar tres elementos que se deben cumplir para configurar la falta grave:

- (i) La disminución del rendimiento. - Este primer elemento sería el hecho objetivo que configura el incumplimiento del contrato de trabajo, recordemos que son tres características (incumplimiento, gravedad y culpabilidad). De acuerdo a Blancas, el trabajador debe cumplir con el deber de diligencia que lo obliga a cumplir de manera correcta su prestación laboral (no defectuoso).

En ese sentido, para que se configure esta causal de despido es necesario que el rendimiento decaiga respecto de su nivel normal, es decir, que luego de una comparación y verificación se debe comprobar que el rendimiento anterior era mayor que el rendimiento posterior y/o actual (Blancas, 2013, p. 230), en otras palabras, el primer elemento a observar sería si objetivamente hubo una disminución (por ejemplo, antes vendía 16 ahora vende 1). Cabe mencionar que, para Blancas, el rendimiento normal se entiende como el habitual y no el mínimo exigible o el pactado por las partes. Esto ha sido entendido así por la jurisprudencia española y argentina (Blancas, 2013, p. 231). En este punto, podemos observar que Blancas hace referencia al mínimo exigible, esto no sería otra cosa que una meta establecida por el empleador, lo cual implica la existencia de una metodología de evaluación por fijación de metas y/u objetivos.

Cabe mencionar que la disminución se debe dar en relación con su rendimiento individual (no colectivo), la norma no prevé una comparación por pares, sino simplemente se fija en la figura individual del trabajador precisando que el marco de referencia para la medición es el nivel habitual de trabajo. Por ejemplo, el empleador exige que los vendedores de un equipo vendan 20 productos mensuales, si bien un trabajador nunca cumple con vender los 20 productos, sí alcanza normalmente vender entre 15 y 16 productos al mes, en otras palabras, alrededor de un 80 % de cumplimiento. Sin embargo, de un momento a otro, en lugar de vender los 16 productos habituales, empieza a vender ningún producto, uno o dos mensuales.

En este supuesto, en estricto no sería necesario observar un rendimiento colectivo o general, sin embargo, consideramos que es importante valorar dicho aspecto también, ya que si el rendimiento del resto de los miembros del equipo también disminuyó en la misma medida, pues probablemente no se trataría de una cuestión individual sino de una cuestión coyuntural (crisis del negocio o del mercado) o, incluso, de que todo el equipo podría estar actuando en complot como una modalidad de huelga de brazos caídos o a ritmo lento (modalidad no permitida en nuestra legislación).

Como señala Arce, hubiera sido interesante que la norma (artículo 25, literal b) incorpore la comparación a efectos de determinar la disminución del rendimiento, ya que la LPCL deja abierta la posibilidad de que la comparación se realice con rendimientos precedentes del mismo trabajador o con el rendimiento promedio de los demás compañeros que realizan labores similares (Arce, 2013, p. 523). En el mismo sentido, Toyama indica que la labor defectuosa podrá ser determinada en relación con los rendimientos anteriores, o con el promedio de los demás compañeros (Toyama, 2015, p. 522).

Sobre este punto, Gustavo Quispe y Federico Mesinas han indicado que la jurisprudencia en el Exp. 2505-2003-IDA(S) ha señalado que para la determinación de la disminución es necesario que el empleador haya establecido previamente un rendimiento promedio que en condiciones normales pueda ser cumplido por el trabajador. Como hemos mencionado anteriormente, la determinación de un rendimiento promedio hace referencia a la metodología de “normas de trabajo”, la misma que implica una evaluación general o colectiva (Quispe & Mesinas, 2009, p. 35).

En ese sentido, si bien la norma no lo señala de manera expresa en la causal de despido por conducta por disminución de rendimiento, se debería también considerar el rendimiento de los compañeros de trabajo del trabajador que disminuyó su rendimiento. Esto como un elemento de análisis importante a fin de determinar con mayor claridad si se trata de una disminución puntual, o de una situación ajena al trabajador.

- (ii) La reiteración del incumplimiento.- Como hemos indicado, la gravedad es un elemento necesario para la configuración del despido por, justamente, falta grave, en ese sentido, esta gravedad puede provenir de la

magnitud del hecho o de la reiteración de conductas infractoras leves. Al respecto, en esta causal deberíamos entender que solo la disminución de rendimiento que se repite en el tiempo reviste la gravedad suficiente para ser sancionada con despido. Bajo ese entendido, la disminución del rendimiento por primera o única vez no será grave (por más que se trate de una baja considerable como, por ejemplo, pasar de un 98 % de rendimiento a 2 %), sino una falta leve que amerite una sanción menor como una amonestación o una suspensión.

Sobre el particular, Blancas indica que un elemento necesario para configurar esta causal de despido es de índole temporal, es decir, la norma expresamente establece que la disminución del rendimiento sea reiterada, en ese sentido, no basta un rendimiento estacional, sino que debe tratarse de una conducta constante en el tiempo y que revele un ánimo doloso que, según el profesor Pasco consiste en un sabotaje pasivo con intención de causar daño al empleador (Blancas, 2013, p. 232).

En el mismo sentido, otros autores han indicado que, efectivamente, la infracción debe ser reiterada, es decir, que se haya repetido e insistido en tiempo. No bastará que se incurra en una sola oportunidad en la disminución de rendimiento para aplicar el despido, ya que en una sola oportunidad es complicado revelar con nitidez una intención voluntaria de afectar la producción del centro de trabajo, por ello normativamente se requiere la reiteración, pero, sin perjuicio de ello, puede aplicarse una medida de sanción menor como una amonestación, que servirá para dejar constancia del incumplimiento y tiene incidencia en la gradualidad (AELE, 2002, p. 25).

¿Cuál es la reiterancia que debe observarse? ¿Se aplicará igual a una reiterancia de dos meses seguidos o con un intervalo de cuatro meses o cinco años? De acuerdo con estos autores, la norma legal no especifica el lapso que convierte en grave la reiterancia. Ante este silencio de la norma, los autores opinan que, de no tratarse de una reiteración inmediata o consecutiva, corresponderá al empleador fijar una pauta razonable a cada caso en concreto (AELE, 2002, p. 25).

Sobre este punto, algunos autores han encontrado jurisprudencia que se ha pronunciado al respecto, por ejemplo, en el Exp. 7020-97-IND (PS), la Sala Laboral de la Corte Superior (Vilela & Chienda, 2010, p. 17) que señaló lo siguiente:

“[...] La falta imputada al trabajador [...] corresponde a la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores [...] si bien se puede advertir de las instrumentales ofrecidas el cambio sustancial en el rendimiento del trabajador durante el último trimestre y su aceptación a la infracción del contrato [...] también es verdad que la demandada no ha probado con documento alguno la información previa efecto del reclamante para que mejore su desempeño y su rendimiento por lo que tal omisión no prueba la reiterancia establecida en la ley para esta clase de faltas como taxativamente lo dispone”.

Como se puede observar, a pesar de que se acredite la disminución del rendimiento, e incluso la intencionalidad, no se configurará la falta si es que no se trata de una conducta reiterada, es decir, que haya ocurrido más de una vez.

Con relación a la reiterancia, la legislación no ha especificado el número de veces que debe repetirse el incumplimiento¹¹ ni tampoco en qué periodo o intervalo de tiempo se debe dar el incumplimiento para que gatille la causal de despido (De Lama, 2015, p. 38). Sobre estas imprecisiones legales, De Lama ha indicado que el término “reiterancia” indicaría que el incumplimiento se debe dar por lo menos más de una vez, es decir, dos veces y que dicha infracción haya sido acusada por escrito en tales oportunidades. Por otro lado, con relación al periodo de tiempo, este autor opina que debe darse dentro de un periodo razonable (De Lama, 2015, p. 38), y dicha razonabilidad podría variar según las características y particularidades de cada actividad o negocio.

11 Excepcionalmente, la única norma que tiene una reiterancia medianamente definida es la de la impuntualidad reiterada. El literal h del artículo 25 indica que la impuntualidad se considera falta grave cuando ha sido sancionada con amonestaciones y suspensiones previas, sobre el particular, el plural de sanciones menores indica que al menos se tratan de dos amonestaciones y dos suspensiones, es decir, cuatro sanciones anteriores, siendo el despido la quinta medida. Sin perjuicio de ello, en la Casación Laboral N° 13768-2016-Lam-bayeque se concluyó que este supuesto se configura con una amonestación verbal, una amonestación escrita y una suspensión, lo cual es cuestionable según la literalidad de la norma que establece una pluralidad de suspensiones. Esta reiterancia está específicamente enfocada en esta causal, respecto del resto de incumplimientos, como indica De Lama, no hay especificación legal sobre la reiterancia (De Lama, 2015, p. 38).

Cabe mencionar que el acuse por escrito de la reiterancia se puede lograr mediante la imposición de sanciones (De Lama, 2015, p. 39) o, en su defecto, mediante otras comunicaciones que exhorten al trabajador a corregir su incumplimiento. Sobre este punto, la Corte Suprema en la Casación Laboral N° 25687-2017-Lima ha reconocido lo mencionado:

“Décimo primero: [...] Por lo tanto, si bien no existe en estricto una sanción disciplinaria en contra del actor que constituya antecedente, con dichos documentales se acredita que el actor incurrió en una reiteración en el incumplimiento de sus funciones, a pesar de que a la fecha de imputada la falta grave tenía más de seis años trabajando [...]”.

En atención a lo mencionado, para la configuración de la causal de despido contenida en el literal b del artículo 25 de la LPCL se necesita que la falta se haya repetido y acusado por escrito en, por lo menos, dos veces. De lo contrario, no se configurará la infracción.

- (iii) Conducta deliberada, intencional o voluntaria. - Este elemento correspondería a la culpabilidad del trabajador en la ocurrencia de la infracción o incumplimiento, en otras palabras, la presencia de este elemento implica que la disminución del rendimiento no se debe a una falta de capacidad, sino a una cuestión atribuible al trabajador que no quiere rendir.

De acuerdo a Blancas, este elemento es necesario para configurar esta causal ya que implica la voluntariedad del trabajador en reducir o disminuir su rendimiento, de modo que la disminución debe ser consciente y libremente decidida por el trabajador, y no impuesta u obligada por circunstancias extrañas a su voluntad. Según Pasco, la disminución debe ser deliberada, intencional o dolosa (Blancas, 2013, p. 231). Como señalan algunos autores, este extremo entraña un elemento subjetivo de carácter interno vinculado a las motivaciones que impulsan el accionar del trabajador (AELE, 2002, p. 25).

En atención a lo mencionado, es claro que esta causal de despido, no solo por su tipificación normativa sino también por su naturaleza de falta grave, debe cumplir con ser intencional, es decir, que el rendimiento se deba a una conducta dolosa o inexcusablemente culposa del trabajador. Como señala Arce, aunque no era necesario, por estar contenida en el artículo 25 de la LPCL, el mismo artículo reitera el elemento de que la disminución del rendimiento debe ser voluntaria o de mala fe del trabajador. En la misma línea, otros autores han indicado que este supuesto

se distingue del despido por capacidad en la medida que la disminución del rendimiento es intencional, es decir, el trabajador disminuye voluntariamente y de manera consecuente el rendimiento de su producción en comparación con los estándares que manejaba con anterioridad (AA. VV., 2016, p. 323).

Sin perjuicio de lo mencionado, es preciso preguntarse: ¿cómo se evidencia la intencionalidad en la disminución del rendimiento? Según Blancas, no es simple acreditar la intencionalidad en el decaimiento de la labor y, citando a Ramírez Bosco, indica que el empleador debería demostrar al menos que en el contexto en que se disminuyó el rendimiento, un trabajador regular con una diligencia normal hubiera alcanzado los resultados esperados (Blancas, 2013, pp. 232-232). Esta acotación de Ramírez Bosco puede vincularse con lo mencionado anteriormente por la evaluación general o colectiva (“normas de trabajo” y “comparación con pares”), y que creemos que estas evaluaciones pueden aportar a la demostración de la intencionalidad, ya que un primer indicio de que no hubo elementos coyunturales o extraños que afectaron el rendimiento (por tanto, se trataría de una disminución voluntaria), puede ser que el resto de los compañeros del mismo equipo sí obtuvieron un rendimiento normal o acorde a su nivel habitual.

Por otro lado, otros autores han indicado que existen diversas modalidades comprendidas bajo esta causal, sin embargo, se deben descartar como faltas aquellas situaciones ajenas a la voluntad del trabajador que puedan afectar el ritmo normal de la producción (AELE, 2002, p. 24). En ese sentido, antes de valorar la voluntariedad, se deberían descartar dos cuestiones, en primer lugar, se debería descartar factores externos o ajenos al individuo que permita una explicación razonable de la disminución en el rendimiento (AELE, 2002, p. 25). Por ejemplo, no contar con una cartera de clientes similar a la de sus compañeros, crisis del negocio o del mercado, o algún evento fortuito o de fuerza mayor que afecte la normalidad de las labores.

En segundo lugar, debe analizarse si la disminución pudiera tener su origen en algún malestar físico (enfermedad o condición médica), ya que no podría tratarse de una disminución intencional (AELE, 2002, p. 25). Sobre este punto, Arce pone como ejemplo una mujer embarazada (Arce, 2013, p. 523), coincidimos con este autor ya que un embarazo naturalmente dificulta el movimiento de una persona, lo cual puede complicar

el trabajo, más aún si se tratase de un trabajo que requiera constante desplazamiento.

Una vez descartadas las cuestiones mencionadas, se debería indagar si la causa de la disminución del rendimiento se puede deber a una cuestión anímica basada en una reacción frente al empleador, por ejemplo, sanciones anteriores que provoquen rebeldía en el trabajador (AELE, 2002, p. 25). Por ejemplo, en España, el Juzgado Social N° 4 de Palma de Mallorca validó el despido de una peluquera que había reducido su productividad en un aproximado de 50 %, de clientes atendidos, tratamientos facturados y facturación total, y hasta casi el 100 %, respecto a la venta de productos. El empleador comparó los datos registrados por la misma trabajadora en años anteriores, como los de sus compañeras en el mismo periodo. Según la sentencia, se detectó que la disminución del rendimiento coincidió con la imposición de sanciones por lo cual se determinó que el decaimiento del rendimiento fue voluntario (Saiz, 2017, p. 31).

Como señalan estos autores, lo importante será establecer la correlación entre la causa y el efecto ya que al empleador le corresponde la carga de la prueba (AELE, 2002, p. 25). Si bien esta posición es doctrinariamente coherente, en la judicatura ordinaria ha tenido una aceptación minoritaria, por ejemplo, en la Sentencia de Vista del Exp. 03367-2015, un trabajador fue objeto de un procedimiento de despido por capacidad luego de varios resultados negativos, en ese sentido, se le imputó carta de preaviso de despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad (artículo 23 b.), luego de los treinta días de plazo de descargos de ley, el trabajador obtuvo un cumplimiento de casi el 100 % de su meta, por lo cual se dejó sin efecto el despido por capacidad.

Sin embargo, al mes siguiente de obtener el referido notable resultado, el mismo trabajador bajó su rendimiento a un 2 % aproximadamente. En ese momento, el empleador imputa falta grave por disminución voluntaria y deliberada del rendimiento a un trabajador ya que, a pesar de tener la capacidad de cumplir con el rendimiento adecuado, el trabajador solamente rindió porque tenía un procedimiento de despido a cuestas, una vez que se liberó del riesgo de ser despedido, volvió a disminuir su rendimiento sin motivo alguno.

Sobre el particular, la mayoría compuesta por los jueces Begazo, Barboza y Canales decidió que el hecho de que el trabajador solo rindió al verse en riesgo de ser despedido por capacidad, y luego de liberarse de ese riesgo, volvió a incurrir en bajo rendimiento, no prueba de manera fehaciente que la disminución fue voluntaria, por tanto, no se puede configurar plenamente el supuesto de despido contenido en el literal b del artículo 25 de la LPCL. Sin embargo, los jueces superiores Fernando Monets y Adriana Serpa, opinaron lo contrario, dando validez a esta relación causa-efecto de la que habla la doctrina. Veamos lo resuelto por dichos jueces:

En cuanto a la conducta deliberada del actor, se aprecia que no existió motivos o agentes que le hayan perjudicado en el desempeño de su rendimiento a su cuota de venta en el mes de octubre - 2014, como problemas de salud o a la adaptación de sus labores como Consultor de Ventas Mayores ya que a la fecha del procedimiento de despido el actor contaba con más de 10 años desarrollando las mismas labores, máxime si el actor no ha explicado en su carta de descargos los motivos que conllevaron que en el mes de octubre de 2014 obtuvo el 1.26 % de ventas; además, debe señalarse que con fecha 20 de agosto de 2014 la demandada inicia un procedimiento de despido en contra del demandante por la causal prevista en el literal b) del artículo 23 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral, otorgándole la demandada al demandante 30 días calendario para que demuestre su capacidad para realizar de manera óptima las funciones y obligaciones propias de su cargo, requerimiento que el actor cumplió pues alcanzó en el mes de septiembre el porcentaje de 98.92 %; en ese sentido, *no resulta razonable que ejerciendo las mismas funciones el actor al mes de octubre y posterior a alcanzar un promedio superior al 98 % luego obtenga el 1.26 %, razón por la cual, se determina que el demandante ha tenido un actuar deliberado en el rendimiento de sus labores como Consultor de Ventas Mayores (§ 11).*

Si bien la probanza sobre el actuar deliberado, intencional o voluntario no tiene una aceptación pacífica por parte de la jurisprudencia, lo que sí es importante es que se presenten elementos suficientes que permitan entender o, en todo caso, inferir la intencionalidad en la disminución.

Como se puede observar, los tres elementos que la norma establece para la configuración de la causal de despido contenida en el literal b del artículo 25 de la LPCL son tres. En primer lugar, el incumplimiento o infracción contractual que implica la disminución efectiva del rendimiento, en segundo lugar, la gravedad de la falta que supone la reiteración de la conducta y, en tercer término, la culpabilidad basada en el proceder intencional o voluntario del trabajador en reducir su rendimiento.

Sin perjuicio de lo mencionado, la norma también establece que los elementos que configuran la causal mencionada deben estar fehacientemente acreditados, abriendo la posibilidad de que la investigación la realice el empleador de manera directa o mediante el apoyo de un tercero, que puede ser la autoridad administrativa de trabajo, o peritos privados. En ese sentido, tanto la norma legal como la reglamentaria no impiden al empleador llevar a cabo esta investigación en forma directa, lo que interesa es que la conclusión a la que llegue la empresa cree convicción en el juez laboral (AELE, 2002, p. 26). Si bien la norma establece que, para la verificación de la disminución del rendimiento, el empleador puede solicitar el concurso de la Autoridad Administrativa de Trabajo, la participación de esta entidad no es obligatoria (Blancas, 2013, p. 233).

De acuerdo a algunos autores, cuando la autoridad de trabajo o el sector al que pertenece la empresa son los que concluyen su labor de investigación determinando al o los responsables, la situación resulta terminal, es decir, no se requieren actuaciones o comprobaciones adicionales por parte del empleador. Asimismo, cuando la prueba debe ser aportada por el empleador, se permite también la presentación de pericias o informes técnicos de terceros que avalen el planteamiento de la empresa frente a los hechos irregulares de aquellos trabajadores que afectan la producción del centro de trabajo. Cabe mencionar que la situación de disminución de rendimiento se puede tornar más complicada cuando no resulta fácil identificar al causante por tratarse de una línea de actividad en la que intervienen varias personas que cumplen funciones complementarias pero concatenadas entre sí (AELE, 2002, p. 26), en este supuesto, se deberá encontrar la manera de individualizar al responsable.

En este punto, consideramos importante citar a Blancas quien realiza un resumen de los elementos necesarios para la configuración de la causal señalando que el empleador debe acreditar lo siguiente (Blancas, 2013, p. 232):

- a) Que el rendimiento del trabajador es inferior a su promedio personal habitual, al que fue pactado o al habitual, en el centro de trabajo.
- b) Que, con una diligencia y esfuerzo, el rendimiento del trabajador podría recobrar los récords antecedentes.
- c) Que no existe motivo alguno imputable al empleador que pueda ocasionar la disminución, y que el trabajador ha tenido en todo momento los medios apropiados para realizar sus labores.
- d) Que la disminución del rendimiento no es un hecho aislado o esporádico, sino un registro continuo.

Sobre el particular, la jurisprudencia se ha pronunciado sobre los elementos necesarios para la configuración de la disminución deliberada y reiterada del rendimiento. En ese sentido, en la Casación Laboral N° 4988-2013-Lima, la Corte Suprema indica lo siguiente:

“Décimo: En dicho sentido, atendiendo que la causal en la cual se ha sustentado el despido del actor se circunscribe al artículo 25 literal b) del Decreto Supremo N° 003-97-TR, el cual establece que constituye falta grave: 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 empresa”, el razonamiento del Colegiado Superior deberá verificar:

- a) Si la disminución deliberada y reiterada imputada por la empresa, está referida al rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción,*
- b) Cuál o cuáles han sido el término de referencia utilizado para imputar dicha disminución deliberada,*
- c) Si dicha disminución deliberada ha sido reiterada, y,*
- d) Si su verificación fue realizada por la propia empresa (en cuyo caso deberá meritarse si la falta grave es fehaciente) o, si en dicha verificación participó el servicio inspectivo de la Autoridad Administrativa de Trabajo”.*

Como se puede observar, existe un correlato entre las posiciones doctrinarias expuestas y la jurisprudencia laboral que efectivamente se ha aplicado en casos reales. No obstante, en la jurisprudencia se indica “el término de referencia”, sobre el particular, nosotros consideramos que se trata justamente de los criterios con los cuales se ha validado la disminución del rendimiento, que

no es otra cosa que la evaluación y, por supuesto, las metodologías utilizadas para ello, como hemos indicado, creemos que lo ideal es utilizar tanto una evaluación individual como colectiva para que se determine con precisión el índice de rendimiento, e incluso si se trata de una cuestión individual o que todo el grupo se encuentra afectado (lo cual debe dar indicios si se trata de algo coyuntural o no).

En atención a todo lo expuesto, podemos resumir los elementos abordados de la siguiente manera:

- (i) La efectiva disminución del rendimiento evidenciada con la existencia de evaluaciones de rendimiento periódicas que revelen la diferencia entre el rendimiento pasado con el actual. De preferencia, se deberían aplicar evaluaciones individuales y colectivas.
- (ii) La reiteración del incumplimiento es crucial para revestir de gravedad la falta, caso contrario no se puede aplicar el despido. Es necesario dejar constancia de que al trabajador se le exhortó a mejorar su rendimiento, esto se puede lograr con sanciones menores previas como amonestaciones y/o suspensiones que también aporten a la gradualidad de la sanción, o en su defecto, comunicaciones de exhortación sin contenido sancionador.
- (iii) La intencionalidad o deliberado del actuar del trabajador debe evidenciarse, sin embargo, antes deben descartarse que factores ajenos a la voluntad se hayan presentado durante la evaluación y que hayan afectado el rendimiento, dichos factores pueden ser coyunturales como crisis del mercado o la empresa, asimismo, cuestiones o condiciones médicas como accidentes, enfermedades, absentismos, u otros (por ejemplo, embarazo). Luego de ello, se debería buscar algún motivo que justifique o que haya detonado la disminución del rendimiento, lo ideal sería que el trabajador declare (como la sentencia del Exp. 7020-97-IND (PS)), de no ser así, se debe establecer una correlación causa-efecto que por lo menos ofrezca indicios de que el trabajador tenía motivos suficientes para disminuir libre y voluntariamente su rendimiento.
- (iv) La acreditación fehaciente que supone que el empleador demuestre los tres elementos previos. No es necesario el involucramiento de instancias administrativas, sin embargo, su intervención como tercero puede aportar mayor objetividad. Asimismo, también pueden intervenir otros

terceros no estatales que evalúen la investigación del empleador, como peritos que emitan informes dando opinión técnica al respecto.

Luego de haber definido cada uno de los elementos que configuran la causal de despido por disminución deliberada y reiterada del rendimiento, es importante hacer una referencia a aquellas modalidades atípicas de huelga vinculadas a una disminución del rendimiento. Como ya hemos adelantado, las modalidades conocidas como brazos caídos o trabajo a ritmo lento, podrían llegar a ser objeto de sanción con un despido por esta causal contenida en el artículo 25, literal b.

Como señalan Gonzales y Valencia, en nuestro ordenamiento, el derecho de huelga está regulado en el Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (D.S. N° 010- 2003-TR y su reglamento), norma en la que establece como única modalidad de huelga procedente aquella que se materializa con suspensión total de las actividades debiendo abandonar el centro de trabajo (Gonzales & Valencia, 2019, p.12).

Sobre el particular, Michael Vidal precisa que, en nuestra normativa, únicamente se ha regulado la visión clásica o típica de huelga entendida como una suspensión total de labores, por tanto, quedarían fuera aquellas modalidades que no consisten en una suspensión de labores denominadas atípicas (Vidal, 2004, p. 55).

Al respecto, dentro de estas modalidades llamadas atípicas podemos mencionar dos grandes grupos, por un lado, se encuentran las huelgas que impactan en la presencia parcial de trabajadores, por ejemplo, la huelga neurálgica que implica el paro de un trabajador o un grupo de trabajadores cuyas funciones son de crucial posición en el sistema productivo, o la huelga rotatoria que supone el paro sucesivo, y no simultáneo, de los establecimientos y secciones de la empresa (Vidal, 2004, p. 55).

Por otro lado, podemos mencionar las huelgas que impactan parcialmente en la ejecución del trabajo como la huelga a reglamento que implica el rechazo de las tareas habitualmente realizadas, pero no contempladas en el contrato o en la categoría; la huelga japonesa que supone llevar la prestación laboral más allá de lo debido; y por supuesto, la huelga de bajo rendimiento que significa la disminución concertada del ritmo laboral por debajo de los niveles normales (Vidal, 2004, p. 55).

Al respecto, nuestra norma se ha referido de manera expresa a algunas de estas modalidades, veamos el texto legal: citemos el artículo.

“Artículo 81.- No están amparadas por la presente norma las modalidades irregulares, tales como paralización intempestiva, paralización de zonas o secciones neurálgicas de la empresa, trabajo a desgano, a ritmo lento o a reglamento, reducción deliberada del rendimiento o cualquier paralización en la que los trabajadores permanezcan en el centro de trabajo y la obstrucción del ingreso al centro de trabajo”.

Como se puede observar, se ha señalado de manera expresa que la reducción deliberada del rendimiento de un grupo de trabajadores es una modalidad irregular de huelga. Si bien es cierto, algunos autores como Gonzales Hunt, Cortés Carcelén o Villavicencio Ríos opinan que la restricción del derecho de huelga a sola una modalidad no está acorde a la normativa de la OIT (Gonzales & Valencia, 2019, p. 15), la realidad es que si el empleador identifica que un grupo de trabajadores ha disminuido su rendimiento sin ninguna situación exógena que lo justifique (por ejemplo, crisis del mercado) u otros indicios concurrentes, podría sancionarse a los trabajadores que incurrieron en dichas conductas, pudiendo llegar a configurar un despido por falta grave (artículo 25, literal b, de la LPCL) en caso de que la disminución deliberada sea reiterada.

En conclusión, es posible que, en otras latitudes, un grupo de trabajadores que disminuye su rendimiento como medida de presión no reciba mayor consecuencia jurídica. No obstante, si ello ocurriese en nuestro país, los trabajadores podrían ser sancionados, incluso pudiendo configurarse un despido. Es preciso indicar que, de presentarse este supuesto, reiteramos que deberá aplicarse la causal de despido por conducta, ya que se trata de una disminución intencional, y de ningún modo podrá aplicarse un despido por capacidad.

2. La incidencia del principio de *non bis in idem* en las causales de despido por rendimiento por capacidad y conducta

Como se ha señalado, si bien esta investigación gira en torno a la causal de despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad, empero, consideramos que es relevante estudiar la causal de disminución reiterada y deliberada del rendimiento, ya que, a pesar de ser diferentes, tienen ciertos puntos de encuentro que son necesarios conocer a fin de alcanzar un conocimiento profundo del despido por rendimiento deficiente. En ese sentido, consideramos que existe un punto en el cual el principio *non bis in idem*

intersecan tanto a un procedimiento de despido por capacidad frente a otro procedimiento de despido por conducta. A continuación, explicaremos con mayor detalle este asunto.

En primer lugar, debemos precisar que si bien el principio *non bis in idem* tiene su origen en el Derecho Penal, también tiene raigambre en el derecho administrativo (Vidal, 2009, p. 287), sin perjuicio de ello, también ha sido recogido en materia laboral, principalmente, para el ejercicio de la facultad sancionadora (en específico para la aplicación del despido por falta grave o conducta) y básicamente consiste en que “no puede sancionarse al trabajador por la misma falta que motivó una sanción anterior” (Vidal, 2009, p. 287).

De acuerdo a Carlos Blancas, acerca del principio *non bis in idem*, este consiste en que una misma falta no puede ser objeto de doble o reiterada sanción. Es decir, respecto del despido, el trabajador no puede ser despedido por una falta que, anteriormente, mereció una sanción menor, se trata de una cuestión de seguridad jurídica fundamental (Blancas, 2013, p. 307). En el mismo sentido, Jorge Toyama indica que una falta que fue sancionada con una amonestación no puede ser nuevamente sancionada con una suspensión, o con un despido disciplinario (Toyama, 2015, p. 499).

Las referencias doctrinales precitadas han tenido un correlato jurisprudencial, así, como indica Vidal, la sentencia N° 2050-2002-AA/TC indica que el principio bajo análisis “expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de Derecho”, asimismo, la sentencia N° 8123-2005-HC/TC advierte que este principio “impide que una persona sea sancionada o castigada dos (o más) veces por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento” (Vidal, 2009, p. 288).

Sobre este último punto que aborda la jurisprudencia, Vidal indica que la triple identidad del principio *non bis in idem* implica una identidad de persona (identidad subjetiva), una identidad de objeto (identidad objetiva), y una identidad de causa de persecución. La primera vinculada a la persona que recibe la sanción; la segunda, vinculada al hecho o comportamiento materia de sanción y la última, se refiere al fundamento de la prohibición que da origen a la falta (Vidal, 2009, p. 288).

En atención a lo mencionado, se transgrede el principio *non bis in idem* cuando los tres aspectos que componen la triple identidad se transgreden. Así, no se

transgrediría si no se repiten los tres elementos, y cabe preguntarse: ¿puede una persona recibir varias sanciones en su vida laboral? Por supuesto, solo si no se tratan de los mismos hechos, si bien hay identidad subjetiva, una misma persona puede incurrir en diferentes conductas que merezcan sanción, sea por conductas iguales en diferentes momentos (faltar reiteradamente) o diversas conductas (llegar tarde, incumplir con sus funciones, hurtar, etc.).

¿Puede sancionarse a la misma persona y por la misma causa de persecución? En efecto, siempre y cuando no sea por los mismos hechos, por ejemplo, cuando se trata de la sanción de infracciones o faltas reiteradas, como indica Toyama, no se vuelve a castigar la conducta anterior, sino se sanciona la reiterada resistencia a observar la misma prohibición normativa (Toyama, 2015, p. 499) como podría ser faltar injustificadamente al trabajo. En este caso, si bien se trata de la misma persona (identidad subjetiva) y de la misma norma infringida (identidad de causa de persecución), no se trata del mismo hecho (identidad objetiva), ya que, por ejemplo, una inasistencia del día 2 de enero de 2020 es diferente de la del 2 de febrero de 2020.

En base a lo señalado, es preciso preguntarse: ¿puede sancionarse dos veces a la misma persona por el mismo hecho, pero por diferente causa de persecución? La respuesta es sí, según nos indica Carlos Blancas, un mismo hecho puede generar una sanción laboral que habilite el despido, y a la vez una sanción penal, por ejemplo, la apropiación ilícita. Según nos indica este autor, la jurisprudencia en la sentencia N° 5712-2009-PA/TC ha precisado que no se vulnera el principio *non bis in idem* ya que se tratan de sanciones de distinta naturaleza (Blancas, 2013, p. 308).

En virtud de lo expuesto, es preciso preguntarse: ¿cómo se aplica este principio *non bis in idem* en el despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad?

Sobre el particular, se ha establecido que los incumplimientos del deber de rendimiento atribuibles a la capacidad afectan el elemento personal del contrato de trabajo, lo cual es diferente al despido por falta grave toda vez que afecta el elemento de subordinación al ser configurado por actos intencionales o negligentes. En ese sentido, en principio, desde una primera aproximación se tratan de causales de despido diferentes por naturaleza.

En ese sentido, el incumplimiento del deber de rendimiento puede ser reputado tanto a la capacidad como a la conducta, es decir, que tiene dos causas de persecución diferentes, ambas son laborales, pero tienen una naturaleza

diferente, en base a ello, es preciso preguntarse: ¿es posible ejercer el poder de dirección en su manifestación sancionadora sobre periodos que han sido objeto de análisis y acción en base a la capacidad? En otras palabras, ¿si se ha aplicado la norma sobre rendimiento deficiente en relación con la capacidad a ciertos periodos, es posible, posteriormente aplicar la norma sobre disminución reiterada y deliberada del rendimiento sobre los mismos periodos?

No creemos que sea una pregunta banal y, ciertamente, no tiene una respuesta simple. En ese sentido, para entender este asunto hemos encontrado un caso que nos puede ayudar, sintetizaremos algunos extremos del Exp. 3367-2015:

- La empresa evaluó a un trabajador e identificó que este incurrió en rendimiento deficiente en virtud del artículo 23, literal b, de la LPCL. En ese sentido, luego de cuatro periodos mensuales de resultados deficientes, se le notificó preaviso de despido por la causal de despido mencionada (capacidad), otorgándole treinta días (un mes) para que compruebe su capacidad.
- El trabajador durante el periodo otorgado (septiembre 2014), alcanzó una de las mayores calificaciones respecto del grupo de evaluados (98 %), con lo cual acreditó contar con la capacidad para laborar en el puesto. De modo que no se procedió con el despido por rendimiento deficiente, cuestión que le fuese informada al trabajador.
- Inmediatamente después de ello, en el siguiente periodo (octubre 2014), el mismo trabajador obtuvo un resultado radicalmente menor (1.26 %). Ante esto, la empresa notifica carta de preaviso de despido por disminución deliberada y reiterada del rendimiento (despido por conducta), indicando, en esencia, que el trabajador siempre fue capaz de obtener resultados óptimos, por ende, los resultados negativos se deben a una negligencia consciente, lo cual se comprueba con el descenso abrupto de un mes a otro en sus resultados, por tanto, los resultados anteriores que, en un primer momento, se interpretaron como producto de una falta de capacidad, en realidad fueron deliberados.
- Según la sentencia de primera instancia (Sentencia N° 180-2016-9°JET), el trabajador alegó la vulneración del principio *non bis in idem* de la siguiente manera: “[...] en un anterior procedimiento de despido efectuado mediante carta de pre aviso de fecha 19 de agosto de 2014 se le imputaron los mismos hechos que le fueron perdonados al haber demostrado capacidad y rendimiento, al haber superado las metas indicadas, tomando la demandada la decisión

de no despedirlo, resultando ilógico que nuevamente la empleadora le impute los mismos hechos para argumentar la presunta falta grave como causa de despido”.

- En respuesta a esta afirmación, la empresa indicó el hecho de que no se le haya despedido en el primer procedimiento de despido que fue iniciado en relación con la capacidad que no suprime los resultados obtenidos, más aun cuando posteriormente se ha determinado que dichos resultados no fueron producto de la falta de capacidad, sino de un actuar deliberado.
- Sobre el particular, el juzgado de primera instancia no se pronuncia sobre la afectación del principio *non bis in idem*, y resuelve el caso declarando fundada la demanda del trabajador, entre otros argumentos, puesto que se consideró que el descenso abrupto del rendimiento de un mes a otro no acredita el elemento intencional, por tanto, no se configura la causal de disminución deliberada y reiterada debiendo encausarse por la vía de la capacidad.
- En segunda instancia, la mayoría de la Sala confirmó la decisión de la primera instancia, sin embargo, dos magistrados consideraron que el despido fue justo, y que se había configurado la disminución deliberada y reiterada del rendimiento. Veamos la opinión de los jueces Fernando Monets Minaya y Adriana Serpa Vergara:

“DÉCIMO PRIMERO: En cuanto a la conducta deliberada del actor, se aprecia que no existió motivos o agentes que le hayan perjudicado en el desempeño de su rendimiento a su cuota de venta en el mes de octubre - 2014, como problemas de salud o a la adaptación de sus labores como Consultor de Ventas Mayores ya que a la fecha del procedimiento de despido el actor contaba con más de 10 años desarrollando las mismas labores, máxime si el actor no ha explicado en su carta de descargos los motivos que conllevaron que en el mes de octubre de 2014 obtuvo el 1.26 % de ventas; además, debe señalarse que con fecha 20 de agosto de 2014 la demandada inicia un procedimiento de despido en contra del demandante por la causal prevista en el literal b) del artículo 23 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral, otorgándole la demandada al demandante 30 días calendario para que demuestre su capacidad para realizar de manera óptima las funciones

y obligaciones propias de su cargo, requerimiento que el actor cumplió pues alcanzó en el mes de septiembre el porcentaje de 98.92 %; en ese sentido, no resulta razonable que ejerciendo las mismas funciones el actor al mes de octubre y posterior a alcanzar un promedio superior al 98 % luego obtenga el 1.26 %, razón por la cual, se determina que el demandante ha tenido un actuar deliberado en el rendimiento de sus labores como Consultor de Ventas Mayores”.

“DÉCIMO SEGUNDO: En cuanto a la reiteración en el rendimiento de las labores del actor; conforme se aprecia de la Carta de Pre Aviso de Despido la demandada refiere como antecedente que con fecha 20 de agosto de 2014 la Empresa inició un procedimiento de despido debido a que el actor de febrero a julio de 2014 tuvo un rendimiento deficiente en relación con su capacidad como Consultor de Cuentas Mayores y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares de otros consultores, razón por la que le otorgó 30 días calendario para que demuestre su capacidad para realizar de manera óptima las funciones y obligaciones propias de su cargo, y seguidamente señala que el demandante desde varios meses (Feb-14, Mar-14, Abr-14 y Jul-14) no alcanza su objetivo de ventas, habiendo incluso el demandante alcanzado en octubre de 2014 el 1.26 % de ventas, siendo este hecho reiterado habida cuenta que febrero, marzo, abril y julio de 2014 el actor también había disminuido su rendimiento en sus labores, lo que motivó que la demandada le curse la carta de pre aviso de despido el 19 agosto de 2014 imputándole la causa justa de despido contemplada en el literal b) del artículo 23 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral; que si bien la demandada no adoptó en dicha oportunidad la decisión de despedir al actor, esta situación no determina el olvido de la reiterancia de la disminución de su rendimiento en sus labores del actor, siendo este hecho un antecedente para la configuración de la reiterancia en el rendimiento de sus laborales del accionante”.

“DÉCIMO TERCERO: En consecuencia, se concluye que el actor ha cometido la falta grave prevista en el literal b) del artículo 25 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 - Ley

de Productividad y Competitividad Laboral, motivo por el cual, corresponde amparar los agravios expuestos de la demandada, y revocar la sentencia apelada”.

A partir del caso reseñado, hay varios puntos para analizar, sin embargo, consideremos que lo importante es el momento en que se conoce el elemento que diferencia una causal de despido de la otra, dicho elemento es la intencionalidad.

Si bien las causales de despido por rendimiento por conducta y capacidad refieren a un mismo hecho (el incumplimiento del deber de rendimiento), no son conciliables, porque se tratan de normas laborales, pero con caracteres, naturaleza y esencia, no solo diferentes, sino, incluso contrapuestos. En otras palabras, si bien tanto en el artículo 23, literal b) y el artículo 25, literal b, de la LPCL se regula como consecuencia el despido a causa del incumplimiento del deber de rendimiento, los supuestos de hecho no son iguales, por tanto, no se trata exactamente de los mismos hechos.

Así, mientras en el artículo 23, literal b) se requieren básicamente tres elementos para configurar la causal que son la disminución del rendimiento, la evaluación (individual y colectiva), y las condiciones similares, por su parte, en el artículo 25, literal b) se requieren otros elementos que son, principalmente, la disminución del rendimiento y el proceder deliberado y reiterado.

En ese sentido, si se descubre que la disminución del rendimiento no fue involuntaria, pues, en esencia, los hechos no son los mismos, toda vez que su naturaleza cambia. La naturaleza de una disminución de rendimiento intencional es radicalmente diferente de una disminución involuntaria, por tanto, al tratarse de hechos diferentes, se aplican normas diferentes, toda vez que el tipo o causa legal de despido cambia por completo. Al cambiar la norma aplicable, pues se trata de una diferente causa de persecución, lo cual descarta una afectación al principio *non bis in idem*.

Adicionalmente, debemos recordar que la aplicación de la norma de rendimiento deficiente en relación con la capacidad como primera medida ante el incumplimiento del deber de rendimiento responde a una cuestión de buena fe: la empresa presume favorablemente que el trabajador está aplicando toda su capacidad y que, a pesar de ello, aquel no logra alcanzar el rendimiento adecuado. Sin embargo, si, posteriormente, el empleador descubre que el trabajador, en realidad, había disminuido su rendimiento voluntariamente

(por ejemplo, negligencia, dejadez, flojera, mala fe, etc.), pues, el hecho cambia por completo. Al agregarse el factor intencional a los hechos, los hechos se transforman: la presunción de buena fe puede ser rebatida.

Por ejemplo, tanto en el “hurto” como en el “robo” existe una afectación del derecho a la propiedad mediante sustracción indebida de bienes. Es decir, ambos tipos penales comparten el hecho común de la “sustracción de bienes”, sin embargo, mientras en el hurto, la sustracción se realiza mediante destreza o habilidad, en el robo, la sustracción se realiza con violencia o intimidación. Como se puede observar, si bien, en ambos tipos penales hay afectación del derecho a la propiedad, no son lo mismo, tanto así, que son tipos penales diferentes.

Así, en el caso del incumplimiento del deber de rendimiento, si bien tanto en el artículo 23, literal b como en el artículo 25, literal b, de la LPCL se comparte el elemento “incumplimiento del deber de rendimiento”, este no es más que un solo elemento de una serie de elementos que en su conjunto generan hechos y supuestos de hecho normativos radicalmente distintos y, por tanto, con consecuencias jurídicas diferentes. En ese sentido, si el empleador en un primer momento imputa rendimiento deficiente en relación con la capacidad y, posteriormente, conoce que dicho rendimiento no fue involuntario sino intencional, pues puede imputar disminución deliberada y reiterada.

En este punto, es preciso preguntarse: ¿no se afecta el principio de inmediatez si se imputa la causal de despido contenida en el artículo 25, literal b, a periodos pasados? A nuestro criterio no, pues la inmediatez se mide desde la toma de conocimiento del hecho en toda su dimensión. En ese sentido, si bien el empleador ya conocía que el trabajador había incumplido el deber de rendimiento, no conocía que dichos incumplimientos fueron intencionales. Así, recién cuando se conoce que la disminución fue intencional es cuando se puede imputar dicha causal, antes no.

En el caso reseñado anteriormente, el empleador imputa en noviembre de 2014 incumplimientos al deber de rendimiento de los meses de febrero, marzo, abril, julio y septiembre, esto bajo el entendido que recién en noviembre conoció que los resultados negativos de febrero, marzo, abril y julio, en verdad, fueron producto de un actuar deliberado. Es decir, para la empresa recién en octubre se configuró el supuesto de hecho del artículo 25, literal b, de la LPCL, ya que en dicho mes se percató que el trabajador, sin motivo aparente, disminuyó radicalmente su rendimiento de 98 % a 1.2 %.

Sobre el particular, las sentencias de primera y segunda instancia no emiten pronunciamiento sobre si hubo o no afectación del principio *non bis in idem*, y ciertamente, tampoco, sobre la inmediatez respecto de imputar recién en noviembre, hechos supuestamente ocurridos casi 10 meses atrás. Cabe la posibilidad de interpretar este silencio judicial de manera positiva, en otras palabras, el juzgado y la sala no observaron irregularidad en imputar causal de despido por conducta a hechos que previamente fueron materia de imputación en virtud de causal de despido por capacidad, sin embargo, esto no es más que una interpretación incierta.

Lo cierto es que, en el caso en cuestión, el despido fue declarado arbitrario, principalmente, por la dificultad que implica acreditar el elemento intencional, en ese sentido, la disertación jurídica se centró alrededor de la suficiencia de la prueba, toda vez que la intencionalidad se pretendió acreditar con una inferencia a partir de la abrupta disminución entre un mes y la magnitud de tal disminución, no se trataba de un descenso de 10 o 20 puntos porcentuales, sino de más de 96 puntos porcentuales, cuestión que escapa a cualquier razonamiento. Como hemos mencionado anteriormente, el empleador debe presentar una serie de elementos que acrediten, no solamente indicios, o, en este caso, inferencias. Sin perjuicio de ello, los hechos del caso han sido de gran utilidad para analizar otras aristas como el principio *non bis in idem*, e incluso la inmediatez.

Finalmente, en atención a lo expuesto, podemos concluir que el principio *non bis in idem* también se manifiesta en el despido por capacidad. Toda vez que, a pesar de que se hayan evaluado periodos anteriores en virtud de la norma de despido por capacidad, si luego se logra acreditar intencionalidad, se puede contar tales periodos a efectos de configurar la reiterancia, y aplicar el literal b) del artículo 25 de la LPCL, ya la “intencionalidad” modifica lo acontecido en su integridad, lo cual cambia la causa de persecución, e incluso, los hechos, por lo cual no se transgrede el principio *non bis in idem*.

3. Viabilidad de la integración por analogía del despido por rendimiento deficiente y el despido por disminución deliberada y reiterada

Habiendo revisado la causal de despido por rendimiento deficiente y por disminución deliberada y reiterada del rendimiento, e incluso el rol del principio *non bis in idem*, es inevitable apreciar que entre ambas causales existen similitudes interesantes que podrían dar a pensar en la posibilidad de conjugar ambas normas para generar una complementación de las deficiencias de una

norma y la otra, ya que, en esencia, ambas normas abordan el rendimiento como causa de despido. En ese sentido, surge la interrogante: ¿es posible aplicar la analogía como método de integración normativa en estas normas bajo análisis?

Antes de dar respuesta a dicha interrogante, consideramos de suma utilidad realizar un cuadro resumen que detalle cada punto de ambas normas y nos pueda ayudar a identificar los puntos de coincidencia que existen. Veamos el siguiente cuadro comparativo con las diferencias y similitudes en la regulación de ambas causales:

NORMA		Observaciones
<i>b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares;</i>	<i>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 [...]</i>	
Rendimiento	Rendimiento	Igualdad plena entre ambas normas
Aportación de una utilidad (producto que rinde o da alguien o algo)	Aportación de una utilidad (producto que rinde o da alguien o algo)	
Deficiencia	Disminución	Semejanza legal, ambos refieren al decaimiento del rendimiento.
Déficit de la aportación	Reducción de la aportación	
Capacidad	Deliberado (intencional)	Diferencia radical, incompatibles en su naturaleza
Aptitudes personales (involuntario)	Actitudes conductuales (voluntario)	
Medición individual	Medición individual	Igualdad plena entre ambas normas
Evaluación de rendimiento individual	Evaluación de rendimiento individual	
Medición colectiva (promedio)	No precisa	Diferencia literal normativa, pero, similitud interpretativa en doctrina y jurisprudencia.
Evaluación de rendimiento por comparación con pares y/o determinación de rendimiento promedio.	Legalmente no se precisa, pero la jurisprudencia y la doctrina opinan que se debe establecer un promedio.	

Similitud de condiciones	No precisa	Diferencia literal normativa, pero, similitud interpretativa en doctrina.
Se establece expresamente que la evaluación debe atender el principio de igualdad.	No se establece, pero la igualdad es un principio transversal del derecho y debe ser aplicable en todos sus aspectos, incluso en la evaluación de rendimiento.	
No precisa	Reiterancia	Diferencia literal normativa, pero, similitud interpretativa en doctrina y jurisprudencia.
La jurisprudencia y la doctrina coinciden en que no sería razonable calificar como un supuesto de incapacidad cuando el rendimiento deficiente se ha dado en una sola oportunidad, por lo cual es necesario que la deficiencia se repita en el tiempo.	Se requiere expresamente la repetición en el tiempo, esto configura la gravedad de la falta	
No precisa	Cantidad de producción	Diferencia literal normativa, pero, similitud interpretativa en doctrina y jurisprudencia.
La jurisprudencia y la doctrina coinciden en que el rendimiento debería ser cuantificable para poder aplicar la causal. En ese sentido, la cantidad de la producción sería un criterio implícito en el tipo de evaluación de rendimiento necesaria para aplicar esta causal.	La cuantía de producción se puede configurar como un criterio de la evaluación de rendimiento, es decir, la cantidad que un trabajador produce. Esto sería una mera una precisión del contenido de la evaluación.	
No precisa	Calidad de producción	Diferencia literal de la redacción de las normas. Además, doctrina y jurisprudencia no se ha pronunciado
Ni la doctrina ni la jurisprudencia se han pronunciado sobre este aspecto.	La calidad también es un criterio de la evaluación, en ese sentido, es una mera precisión de la evaluación de rendimiento.	

A partir de lo recogido en el anterior cuadro, es posible identificar que la norma sobre despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad no hace mención expresa a tres cuestiones que son la reiteración del déficit de rendimiento, la cantidad de la producción y la calidad de la producción. En otras palabras, la norma de capacidad tiene tres cuestiones sobre las cuales no tiene regulación expresa a diferencia de lo que sucede con la causal de disminución deliberada y reiterada.

Sobre el particular, en definitiva, estas tres cuestiones son algunas de las más grandes dudas que genera la norma de capacidad, ya que al no prescribirse de manera expresa la reiteración del déficit en el rendimiento, puede dar lugar

a interpretaciones que entiendan que basta un solo resultado negativo para imputar el preaviso por rendimiento deficiente, sobre este punto, es posible identificar un vacío legal. Esta no es una idea banal, de hecho, más adelante se revisará un caso en el que, en efecto, ocurrió ello. Y esa situación se debe, en gran medida, a la falta de precisión de la norma de despido por capacidad.

Por otro lado, la norma tampoco precisa si la imputación del rendimiento deficiente es por cantidad o calidad de producción. Como se recordará, en España, por ejemplo, el despido por ineptitud acepta la deficiencia cuantitativa y cualitativa, por lo que, al no haber mención expresa, también podría dar lugar a interpretaciones que traten de incorporar ambas formas de deficiencia. Por lo que, aunque la doctrina y jurisprudencia han dado razones de por qué se considera solamente el decaimiento de tipo cuantitativo, de igual manera, al no estar expreso, se puede generar un déficit normativo que requiere ser cubierto mediante algún mecanismo de aplicación normativa.

Así, en atención a los vacíos identificados y a las similitudes vistas, pues, es inevitable preguntarse: ¿es posible aplicar por analogía la norma de despido por conducta (falta grave) para llenar ciertos vacíos de la norma de despido por capacidad? En principio, debemos recordar algunas definiciones fundamentales de esta institución. De acuerdo con Marcial Rubio, la analogía es un método de integración jurídica que consiste en aplicar una determinada consecuencia jurídica de una norma a un supuesto distinto al previsto (o viceversa), basándose en la semejanza de la naturaleza normativa (Rubio, 2009, p. 264).

Según este autor, este método se puede ejemplificar de la siguiente manera: existe una norma cuya estructura es “si A, B, C y D, entonces, X”, sin embargo, en los hechos se da un supuesto “A, B, C, y E”, no existiendo norma que lo regule. Al momento de analizar el caso, se observa que los elementos “A, B, y C” son elementos sustanciales de la norma, y los elementos “D” y “E” son accesorios, por tanto, existe una semejanza que permitiría aplicar la consecuencia “X” de la referida norma al supuesto de hecho mencionado, a pesar de que no se trata exactamente del supuesto normativo regulado (Rubio, 2009, p. 264).

Sobre el particular, al ser un método que podría deformar el sistema jurídico, la analogía debe ser empleada de manera restrictiva y con determinados

impedimentos. En ese sentido, Rubio indica que uno de los límites o impedimentos principales de la analogía es que no se puede utilizar en normas de sanción, siendo una de ellas, por excelencia, la ley penal. Este planteamiento tiene sustento normativo en el artículo 139 de la Constitución Política del Perú que indica “son principios de la función jurisdiccional: [...] 9. El principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal y de las normas que restrinjan derechos” (Rubio, 2009, pp. 268-271). De igual modo, el Código Civil indica que la ley que establece excepciones o restringe derechos no se aplica por analogía (artículo IV del Título Preliminar).

En atención a esto, si bien entre las normas relativas al despido por rendimiento por conducta y por capacidad existen elementos comunes como, por ejemplo, la disminución efectiva del rendimiento y la preexistencia de una evaluación individual, lo cierto es que la norma de despido por falta grave es una de tipo sancionatoria y restrictiva de derechos capaz de despojar del derecho al trabajo de una persona, en ese sentido, uno de los principales impedimentos para la aplicación de la analogía son justamente la no aplicación de este tipo de normas sancionatorias. Así, ante la pregunta planteada: ¿es posible aplicar por analogía la norma de despido por conducta (falta grave) para llenar ciertos vacíos de la norma de despido por capacidad? La respuesta es que no, más aún cuando el núcleo de ambas normas difiere en su naturaleza, la falta grave afecta el elemento subordinación (voluntariedad) y la capacidad el elemento personal (ausencia de voluntariedad).

Como hemos podido observar, existen claras similitudes entre las normas abordadas, sin embargo, a pesar de ser normas de naturaleza laboral, dentro de la rama tienen caracteres medulares completamente diferentes. Así, la norma de capacidad no es una norma de sanción, mientras que la norma de conducta sí lo es, cuestión que imposibilita de raíz algún tipo de aplicación analógica, por lo cual quedaría descartado este método de integración jurídica, quedando únicamente la aplicación de principios que se desarrollará en el siguiente capítulo.

Finalmente, si bien no es posible la analogía entre ambas normas, es posible que algunos aspectos accesorios sirvan como referencia para dar una solución jurídica apoyados en un sustento jurídico principista, por ejemplo, la reiterancia del incumplimiento que figura en la norma de conducta, podría incorporarse en la interpretación de la norma de capacidad, sin embargo, ¿bajo qué principio se podría incorporar la exigencia de reiterancia? Pues, esto lo veremos en el siguiente capítulo.

IX. Conclusiones preliminares

- El despido en relación con la capacidad es la resolución unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador, justificado en el hecho de que el trabajador carece de condiciones personales necesarias para la ejecución del contrato de trabajo. No existe voluntad o intención en el decaimiento del rendimiento por parte del trabajador.
- El despido puede ser ejecutado sin causa justa generando que devenga en arbitrario (incausado, fraudulento o nulo). En general, el despido por rendimiento deficiente que se ha ejecutado siguiendo meridianamente los criterios legales pero que no cumplió algún aspecto ha sido calificado como un despido de tipo fraudulento por hechos inexistentes.
- Las tres causales legales de despido por capacidad están vinculadas a las cualidades, aptitudes y/o características de la persona del trabajador que impiden el cumplimiento de la prestación de trabajo generando un rendimiento inferior al de un trabajador promedio.
- Lo más importante para la aplicación de la causal de despido por rendimiento deficiente es la evaluación de rendimiento, pues es la herramienta mediante la cual se determina la idoneidad del rendimiento del trabajador.
- Una evaluación de rendimiento genera consecuencias jurídicas sobre los trabajadores, por lo que la evaluación debe ajustarse a normas y principios del ordenamiento jurídico.
- La evaluación de rendimiento para efectos del despido por capacidad debe darse aplicando un criterio individual y colectivo, los cuales se materializan mediante el empleo de tres metodologías de evaluación cuantitativa: fijación de objetivos, normas de trabajo y comparación por pares.
- El criterio individual de evaluación coincide con el tipo de evaluación por fijación de objetivos que consiste en establecer objetivos o metas a los trabajadores y medir el nivel de rendimiento en atención al grado o índice de consecución del objetivo.
- El criterio colectivo coincide con los métodos por normas de trabajo que consiste en hallar el rendimiento promedio del grupo de trabajo, y la

comparación entre pares que implica un cuadro de mérito que compara los rendimientos de los trabajadores del grupo evaluado.

- Las evaluaciones se deben aplicar en simultáneo: el criterio individual (mediante la evaluación por establecimiento de metas) y el criterio colectivo (mediante las evaluaciones por normas de trabajo y comparación por pares).
- El procedimiento de despido no necesariamente inicia con el preaviso de despido, sino que con el inicio de la aplicación de la evaluación de rendimiento según los parámetros normativos, es decir, cuando se aplica la evaluación individual y colectiva de manera simultánea.
- El derecho al debido proceso se debe respetar en el marco de un procedimiento de despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad. De este modo, hay ocho derechos propios de la garantía del debido proceso que se encuentran dentro del procedimiento que son los siguientes: derecho a que se inicie y tramite el procedimiento, derecho a la notificación, derecho a participar del procedimiento (no ser exonerado de labores), derecho a ejercer su derecho de defensa (presentar defensa escrita), derecho a ejercer derecho a la prueba (presentar evidencias por escrito), derecho a recibir una decisión objetiva y justa, derecho a recibir una decisión motivada, y derecho a recibir la decisión en un plazo razonable.
- El concurso de la Autoridad Administrativa de Trabajo no es obligatoria ni necesaria para la configuración del rendimiento deficiente. A pesar de ello, algunos jueces, equivocadamente, han resuelto que es obligatoria tal intervención. Asimismo, se debe acotar que la Autoridad no cuenta con un procedimiento especial y específico para su participación.
- El principio *non bis in idem* tiene una implicancia respecto de la aplicación de las causales de despido contenidas tanto en el artículo 23, literal b, como en el artículo 25, literal b, de la LPCL. En la medida de que ambos dispositivos regulan causas de despido vinculadas al incumplimiento del deber de rendimiento, es posible que se confunda que aquellos periodos que han sido valorados en virtud de la causal de capacidad ya no puedan ser revisados o sancionados por la causal de conducta. Sobre el particular, en la medida de que regulan hechos diferentes (uno carece de

intencionalidad y el otro no), si se descubre intencionalidad en el decaimiento del rendimiento, sí es posible aplicar el artículo 25, literal b, a pesar de que se haya aplicado el artículo 23, literal b, con anterioridad.

- No es posible aplicar por analogía la norma de despido por conducta (falta grave) para llenar ciertos vacíos de la norma de despido por capacidad, ya que se trata de una norma sancionatoria.

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS LABORALES APLICABLES AL DESPIDO POR RENDIMIENTO DEFICIENTE

CAPÍTULO III

PRINCIPIOS LABORALES APLICABLES AL DESPIDO POR RENDIMIENTO DEFICIENTE

Como hemos mencionado al inicio de esta investigación, la regulación del despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad cuenta con dos marcados problemas jurídicos, por un lado, normas poco claras y, por otro lado, vacíos normativos. De acuerdo con Rubio, la falta de claridad se puede superar mediante la interpretación jurídica y, de otra parte, los vacíos o lagunas jurídicas mediante métodos de integración jurídica. En atención a ello, hemos observado que el desarrollo de ciertos principios del derecho del trabajo tiene un rol fundamental en la superación de la problemática planteada. En ese sentido, estamos seguros de que los principios que abordaremos específicamente respecto de esta causal de despido nos ayudarán a clarificar el sentido de la norma existente y, definitivamente, ayudarán a generar una solución jurídica a los referidos vacíos normativos.

De esta manera, debemos recordar que, según Marcial Rubio, los principios del derecho son conceptos o proposiciones de naturaleza axiológica o técnica que informan la estructura, forma de operación y el contenido mismo de las normas, grupos normativos, conjuntos del derecho en su totalidad. Dichos principios pueden estar recogidos expresamente en normas o no, empero, ello no afecta la efectiva existencia y vigencia del principio en el ordenamiento jurídico (Rubio, 2012, p. 284). En la misma línea, Neves Mujica, citando a Plá, define a los principios como líneas directrices que informan a las normas e inspiran soluciones y sirven en diversas fases de la vida normativa (Neves, 2014, p. 129) no siendo indispensable la recepción normativa de todos los principios para su plena vigencia (Neves, 2014, p. 130).

Sobre el particular, los principios tienen diversas funciones dentro del derecho, por ejemplo, inspiran el contenido de las leyes, sustentan interpretaciones normativas, y ofrecen soluciones jurídicas normativas en caso de deficiencia

o vacío legal (Rubio, 2012, p. 287). Del mismo modo, Neves indica que entre las funciones de los principios en el derecho del trabajo se puede mencionar la producción de normas (principio protector), la interpretación normativa (*in dubio pro operario*), la aplicación de la norma (norma más favorable), o para la integración jurídica (Neves, 2014, p. 129). Como indica Plá, hay una clara triple función de los principios: informadora (inspiran la ley), interpretadora (orientan el entendimiento de la ley) y normativa (método de integración) (Plá, 1978, p. 11).

Según Rubio, los principios se utilizan normalmente para la interpretación jurídica mediante el método sistémico, que implica dotar de sentido a la norma atribuyéndole los principios o conceptos que quedan claros en otras normas (o grupos normativos) y que no están claramente expresados en la norma materia de análisis (Rubio, 2012, p. 245). Cabe acotar que este método se puede aplicar cuando los principios y conceptos son los mismos (Rubio, 2012, p. 248), en este caso, se aplicarán principios que no solo están expresamente contenidos en las normas de despido por rendimiento deficiente (como es el caso del principio de igualdad y de inmediatez), sino que se aplicarán principios acogidos o asimilados por el derecho laboral, por tanto, no habría incompatibilidades que impidan la aplicación del método interpretativo mencionado.

Por otro lado, según Marcial Rubio, la recurrencia a los principios del derecho también es un método de integración jurídica reconocido por la teoría del derecho y por nuestra normativa. Al respecto, el inciso 8 del artículo 139 de la Constitución indica que no se debe de dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley, en cuyo caso se deberán aplicar los principios generales del derecho¹². Asimismo, el Código Civil, en el artículo VII del Título Preliminar, se indica lo mismo: “Los jueces no pueden dejar de administrar justicia por defecto o deficiencia de la ley. En tales casos, deben aplicar los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano” (Rubio, 2009, pp. 278-279).

Al respecto, a criterio de Marcial Rubio, el funcionamiento de los principios en la integración jurídica radica en que a partir de la esencia del principio se genere una solución jurídica a la laguna específica (Rubio, 2009, p. 287). Como indica Neves, los principios son criterios fundamentales que inspiran el ordenamiento, a

12 Constitución Política del Perú: “Artículo 139.- Son principios y derechos de la función jurisdiccional: [...] 8. El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”.

los cuales los jueces pueden recurrir para construir una solución específica cuando no existe norma directamente aplicable, ni tampoco existe la posibilidad de aplicar otros métodos como la analogía (Neves, 2014, pp. 149-151).

En atención a lo mencionado, a continuación, desarrollaremos los principios laborales presentes en el despido por rendimiento deficiente y que ayudarán a resolver la oscuridad de las normas vigentes, y generarán soluciones jurídicas a los vacíos que se identifiquen. Por supuesto, estos principios no solo tendrán incidencia en lo expresamente regulado y formal, sino también en lo más importante que viene a ser la evaluación de rendimiento. Así, los principios nos brindarán los principales parámetros jurídicos que se deberán observar en la evaluación para efectos de un eventual despido por capacidad.

Al respecto, como parte de las funciones de interpretación e integración, los principios nos brindan lineamientos que fungen como límites para el mismo ejercicio de la facultad directriz del empleador. Como lo mencionamos en el primer capítulo, si bien se ha alcanzado una noción sobre los límites de la facultad fiscalizadora, no obstante, mediante un estudio minucioso de los principios laborales se podrán identificar mayores parámetros para la aplicación del despido por rendimiento deficiente.

De este modo, detallaremos los principios laborales que deben observarse en la aplicación de un despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad, haciendo un especial ahínco en el perfil de los trabajadores materia de análisis, es decir, el personal de fuerza de ventas. En ese sentido, se generarán supuestos de hecho propios de la dinámica de trabajo de estos trabajadores, y que normativamente no tienen una respuesta clara, a fin de que, a través de la aplicación de los principios, se pueda dar una solución jurídicamente válida.

I. Principio de igualdad (Condiciones similares)

El principio de igualdad es uno de los principios laborales expresamente contenido en la norma específica sobre despido por rendimiento deficiente. Como hemos citado, la normativa indica que la evaluación del personal se debe dar “bajo condiciones similares”, sin embargo, es preciso preguntarse: ¿qué se puede entender por condiciones similares en personal que labora en fuerza de ventas?

En primer lugar, la Constitución Política del Perú (CPP) reconoce el principio de igualdad en general en el artículo 2, inciso 2 de la siguiente manera: *“Toda persona tiene derecho: [...] A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por*

motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”. Asimismo, específicamente, en el ámbito laboral, la Constitución establece el principio de igualdad en las relaciones laborales en el artículo 26 de la siguiente manera: “[...] *En la relación laboral se respetan los siguientes principios: [...] 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación [...]*”.

Sobre el particular, la doctrina y la jurisprudencia nacional coinciden en que la igualdad es un principio-derecho de alcance general que recorre todo nuestro ordenamiento jurídico (Lalupu, 2017, p. 126). Del mismo modo, Miguel Rodríguez-Piñero indica que la igualdad es una norma general de máximo grado y concierne al ordenamiento jurídico en su totalidad (Rodríguez-Piñero, 1979, p. 383). En ese sentido, independientemente de la prescripción expresa en la norma de despido, en virtud de un mandato constitucional, debe aplicarse el principio de igualdad en la ejecución del despido por rendimiento deficiente. Ahora bien, para efectos laborales, ¿qué debemos entender sobre el principio de igualdad?

En primer lugar, se debe mencionar dos concepciones sobre el principio-derecho a la igualdad. Por un lado, la igualdad ante la ley (igualdad formal) que implica la proscripción de que la ley imponga un trato diferenciado sin justificación razonable. Esta concepción impone una obligación al Estado de generar normas igualitarias para la sociedad y además que estas normas se apliquen del mismo modo (Lalupú, 2017, p. 127).

Por otro lado, la segunda concepción es la igualdad de condiciones y oportunidades (igualdad sustancial) que supone la superación de desigualdades reales (Belleza, 2010, p. 47), más allá de la mera norma, la igualdad sustancial busca superación de las desventajas de ciertos grupos (Perez, 2010, p. 258). Al respecto, cuando la Constitución regula el principio de igualdad en la relación laboral hace referencia, principalmente, a esta segunda concepción, es decir, a la igualdad sustancial. Así, la Constitución impone la obligación de trato igualitario no solo al Estado, sino también a todo empleador (sea privado o público) (Lalupu, 2017, pp. 126-127).

En ese sentido, el principio de igualdad en el ámbito de las relaciones laborales implica que el empleador disponga un trato igualitario respecto de sus trabajadores, ofreciéndoles las posibilidades reales de desarrollarse por igual. Sobre este aspecto, Rodríguez-Piñero afirma que, en materia laboral, el principio de igualdad proscribire el trato desigual de situaciones sustancialmente iguales, en ese sentido, el principio de igualdad es un límite a las decisiones

empresariales (manifestación de los poderes empresariales), ya que, si bien no se impide un margen de discrecionalidad empresarial, sí se impide la existencia arbitraria de diferencias de trato (no razonabilidad) (Rodríguez-Piñero, 1979, pp. 392-403).

Asimismo, debemos recordar que, en el primer capítulo, se indicó que uno de los límites al poder de dirección, en específico, de fiscalización supone que los criterios y/o lineamientos para supervisar al trabajador no deben lesionar derechos del trabajador o causarle un perjuicio como, por ejemplo, establecer criterios de rendimiento libres de discriminación.

Sobre este punto, aplicado a la evaluación de rendimiento, se puede entender que la validez de la comparación del rendimiento de un grupo de trabajadores depende de la igualdad de oportunidades que hayan tenido los trabajadores para alcanzar el rendimiento debido. Por ejemplo, el tiempo de trabajo durante el periodo de evaluación debe ser igual o razonablemente igual, para considerar que existió una similitud o igualdad de condiciones (más similitudes que diferencias para dar el mismo trato).

Así, en el supuesto que dos trabajadores laboren el mes completo, y el trabajador 1 alcance el 100 % de cumplimiento y el trabajador 2, el 50 %; este último, a pesar de haber trabajado igual, no rindió. Asimismo, también es posible que el trabajador 2, no trabajó un mes completo, sino 28 días, en ese supuesto, si bien no es el mismo número de días trabajados, tampoco es razonable que en dos días el trabajador 2 alcance el 100 % de rendimiento que no ha logrado en el resto del mes. Por lo cual, en estos casos no se debería considerar que se ha afectado la igualdad, ya que ambos, por número de días, han estado en condiciones similares.

Por otro lado, ¿qué sucede en los casos en los que no existe igualdad de condiciones? Como se indicó, el principio de igualdad prohíbe el trato desigual de situaciones sustancialmente iguales, ello supone, que sí permite (y de hecho promueve), el trato desigual de situaciones desiguales. En palabras de Belleza, el principio de igualdad implica tratar igual a los iguales y diferente a los diferentes (Belleza, 2008, p. 48).

Sobre el particular, volviendo al ejemplo del tiempo de trabajo, el trabajador 1 alcanza el 100 % de cumplimiento y el trabajador 2, el 50 %. Sin embargo, el trabajador 2 tuvo un descanso médico de 10 días. En este caso, no es posible considerar que ambos trabajadores hayan estado con similitud o igualdad

de condiciones, en ese caso, el empleador deberá aplicar soluciones que garanticen la igualdad como, por ejemplo, no considerar el mes como evaluado, o prorratear el rendimiento ajustando la meta e índices de rendimiento a 20 días y no a mes completo, con lo cual el nivel de cumplimiento sube y sincera el número a un 75 % (índice que puede ubicar en mejor posición del ranking al trabajador). En este caso, se ha dado un trato desigual a un trabajador, en atención a que, por motivos justificados, no ha tenido las posibilidades de rendir como el resto de sus compañeros.

Llegado a este punto, es importante mencionar que es posible que se generen supuestos en los que, a pesar de que se utilicen criterios formalmente iguales e imparciales al ser aplicados por igual a todas las personas involucradas en diferentes condiciones de la realidad, afectan negativamente a un determinado grupo de trabajadores más que a otro, sin justificación razonable (por ejemplo, necesidad del negocio) (Belleza, 2008, p. 54). ¿Por qué es importante tocar este tipo de afectación para efectos del despido por rendimiento deficiente? Pues, si bien es cierto, en abstracto, se deben aplicar los mismos criterios de evaluación, puede ser que algún criterio en específico, al ser aplicado por igual, termine impactando de forma negativa a un determinado grupo de evaluados por diferentes razones inocuas (por ejemplo, ubicación geográfica), y así afectar y/o distorsionar los resultados de la evaluación de rendimiento.

Por ejemplo, una empresa de alcance nacional que se dedica a vender teléfonos celulares establece a todos sus vendedores la misma meta de venta, con la cual mide el nivel de rendimiento. En este caso, es posible que la meta establecida sea fácilmente alcanzada por los vendedores de Lima Metropolitana que es la ciudad más poblada del Perú con más de nueve millones de habitantes. Sin embargo, puede darse el caso que para un vendedor de Cajamarca (capital) cuya ciudad tiene menos población (alrededor de trescientos mil habitantes), el objetivo sea más difícil de alcanzar, ya que el mercado que tiene es más pequeño (INEI, 2013).

Aunque, no se debe pensar que la misma meta en dos regiones con diferente población es *a priori* o *per se* injusta, ya que, si bien ambos son evaluados bajo la misma meta, se tendrá que observar el índice de repartición de mercado, ya que si bien Cajamarca es un mercado más pequeño que Lima, si se distribuye en menos vendedores, pues, cada vendedor abarca un mercado potencial más grande: Lima puede ser un mercado más grande, pero hay dos mil vendedores vendiendo, a comparación de Cajamarca en la que hay dos, lo importante

será que, luego de un análisis, los vendedores tengan posibilidades similares de venta independientemente de su ubicación.

Como se ha señalado, para alcanzar el requisito de similitud o igualdad de condiciones que la ley establece expresamente (y que se complementa con los alcances del principio de igualdad) es necesario observar varias aristas de la evaluación de rendimiento que pueden impactar en este aspecto, lo cual, definitivamente, añade una cuota de dificultad, pero también de justicia y transparencia. Como indica Mariela Belleza, la complejidad del principio radica en determinar cuándo dos situaciones pueden ser equiparadas a fin de tratarlas igual (en donde las similitudes priman sobre las diferencias), y cuándo son diferentes y, por tanto, no equiparables (Belleza, 2010, p. 48).

En ese sentido, para determinar lineamientos de evaluación que cumplan con lo establecido por la norma, se debe conocer con detalle la realidad de los trabajadores evaluados; para, de esta forma, establecer criterios de evaluación iguales para aquellas situaciones sustancialmente iguales (o con más similitudes que diferencias) y también establecer excepciones o lineamientos especiales para aquellas situaciones que presenten algunas diferencias o particularidades. Como indica Carlos Cadillo, lo que debe primar en las comparaciones son criterios homogéneos que brinden equidad y objetividad (sin distorsiones) respecto a los resultados de la evaluación (Cadillo, 2013, p. 89).

Ahora, sin perjuicio de los ejemplos que hemos adelantado sobre tiempo de trabajo y metas, a continuación, expondremos algunos otros aspectos comunes que tiene el personal de fuerza de ventas y que definitivamente tiene un impacto en la similitud o igualdad de condiciones. En ese sentido, enumeraremos algunos criterios importantes para determinar la similitud de condiciones que son útiles:

i) El puesto de trabajo

Según Carlos Cadillo, la similitud del puesto de trabajo es un primer criterio de homogeneidad y objetividad para la comparación de situaciones similares (Cadillo, 2013, p. 89). En ese sentido, probablemente, el primer filtro para determinar similitud de condiciones en el grupo de trabajadores evaluados es verificar si estos ostentan el mismo puesto (por ejemplo, ejecutivo de ventas).

De esta manera, resulta razonable que trabajadores con un mismo puesto sean evaluados bajo una misma metodología, sin embargo, el nombre

del puesto no resulta suficiente para determinar una similitud de condiciones. Sobre el particular, una empresa, comúnmente, se organiza en unidades (direcciones, divisiones, áreas, subáreas, etc.) con el fin de ordenar de la manera más eficiente posible el trabajo del personal bajo su mando. En ese sentido, puede existir personal con un mismo nombre de puesto pero que pertenecen a áreas o subáreas distintas, cuestión que impacta en la similitud de las condiciones de trabajo.

Así, respecto de los puestos de venta, es posible que de un universo de, por ejemplo, mil trabajadores con el mismo puesto (por ejemplo, ejecutivos de ventas), no obstante, pertenezcan a diferentes unidades organizativas, tienen productos diferentes, metodologías diferentes, entre otros aspectos que los diferencian entre sí.

ii) Funciones de trabajo

La similitud de funciones también es otro criterio importante que refleja homogeneidad y objetividad para la comparación de situaciones similares. En ese sentido, se deberán comparar las labores efectivamente realizadas por el trabajador, así como las labores que realmente ejecuta el resto de personal para efectos de determinar al grupo al que pertenece (Cadillo, 2013, p. 89). Como lo advierten Quispe y Mesinas, citando la jurisprudencia, la comparación debe realizarse siempre dentro de la misma actividad que realiza periódicamente. No deben tomarse en cuenta aquellas tareas que no le corresponden al trabajador (Exp. 2960-2004-IDA (S) (Quispe & Mesinas, 2004, p. 18).

Por su parte, Vanessa Obregón indica que la similitud o igualdad de las funciones se debería acreditar mediante un Manual de Organización y Funciones (MOF), esto a partir de lo indicado por la jurisprudencia en el Exp. 2545-2002-BS (Obregón, 2015, p. 13):

“[...] no resulta suficiente el memorándum de fojas 41 a los efectos de acreditar la configuración del rendimiento deficiente en tanto no se advierte informe evaluativo de la empresa que contenga como requisito mínimo los parámetros de habitualidad, reiterancia y comparación estadística del nivel de rendimiento de otros trabajadores con similares obligaciones y responsabilidades dentro de un manual y/o reglamento de funciones, motivo por el que el Colegiado estima que el despido del trabajador, al no haberse comprobado la causa justa invocada por la demandada, resulta arbitrario y por ende

pasible de ser resarcido con la indemnización que contempla el artículo 38 del Decreto Supremo N° 003-97-TR [...]”.

Sobre el particular, coincidimos con lo anterior, puesto que es necesario que el trabajador esté plenamente enterado de cuáles son sus funciones, y la mejor forma de acreditar ello es mediante un documento escrito que puede ser un MOF o el mismo contrato de trabajo.

Como se mencionó en el capítulo anterior, esta acotación es similar a lo indicado por la OIT sobre el despido por desempeño insatisfactorio, ya que se indica que lo primero que se debe evidenciar es que el empleador dio adecuadamente las labores o tareas al trabajador. Esto cobra mayor relevancia cuando se trata de comparar situaciones semejantes, ya que, si en el grupo evaluado todos tienen el mismo MOF o las mismas obligaciones en el contrato, pues es fácilmente demostrable que se tratan de las mismas funciones.

Si bien Cadillo refiere que, si el contrato o los documentos laborales indican labores distintas, primará la realidad (Cadillo, 2013, p. 89), ya que, como se ha señalado, debe primar la igualdad en los hechos (sustancial), por nuestra parte no coincidimos con dicha opinión, toda vez que, si el trabajador fue contratado para asumir determinadas funciones, no es posible asignar funciones diferentes (o que no están relacionadas) y, además de ello, evaluar el rendimiento respecto de tales funciones. Ello no solo no es razonable, sino que sería un incumplimiento por parte del empleador al utilizar abusivamente la facultad de dirección asignando funciones ajenas a las contratadas. ¿Cómo es posible despedir por capacidad, si evalúo al trabajador por funciones para las cuales no ha sido contratado? Evidentemente, un despido basado en ello sería abiertamente arbitrario, por tanto, inválido.

iii) Área específica (Canal de venta)

Como se adelantó en el punto anterior, no todos los trabajadores que tienen el mismo nombre de puesto hacen sus labores de la misma manera. Así, no todos los trabajadores que realizan actividades a rendimiento tienen exactamente la misma metodología o flujo de producción. Por ejemplo, los vendedores de una misma empresa pueden pertenecer a diferentes fuerzas de venta con productos diferentes asignados a cada uno, lo cual genera que el método de venta no sea igual. Lo que se debe

valorar es que el trabajador no solo tenga el mismo puesto, sino que también se trate de un grupo de trabajadores que pertenezcan a un mismo equipo de ventas con productos y metodologías iguales.

Sobre el particular, hemos encontrado un caso en el cual se aborda brevemente este aspecto (Sentencia de Vista Exp. 23886-2015), así, la parte demandante correspondiente al trabajador alegó que el área o canal de venta era un factor que influyó en el decaimiento del rendimiento laboral. Según el trabajador, durante un primer periodo, trabajó en un área de venta en la cual tuvo un buen rendimiento, sin embargo, posteriormente fue cambiado a otra área, en la cual su rendimiento descendió. De acuerdo con lo que indica, el grado de deficiencia fue más notorio porque se lo comparó con otros trabajadores que llevaban más tiempo en dicha área y que, por consiguiente, tenían mayor experiencia. Sobre este punto, la Corte, de manera genérica, indicó que la empresa no había logrado acreditar que las condiciones en las cuales se dio la evaluación fueron similares. Veamos la sentencia:

*“El a quo en los numerales 9.4, 9.5, 9.6, 9.7 y 9.8 no toma en cuenta el contenido de la demanda y sus pruebas, porque **no toma en cuenta que cuando eran trabajadores de venta de Pymes él y su compañero eran los mejores vendedores y que cuando son trasladados a otras áreas no son capacitados para competir en esas nuevas áreas de ventas [...]** no toma en cuenta que les someten a comparación con trabajadores que ya venían trabajando durante años en el área donde habían sido trasladados. [...]*

*DÉCIMO CUARTO: [...] **Tampoco se explicó cómo se llega a obtener el rendimiento promedio en labores y si las condiciones objetivas fueron similares tanto para el demandante como para el resto de sus compañeros que desempeñaban el mismo cargo que él y lograron alcanzar el porcentaje exigido de cumplimiento de la meta,** lo cual está contemplado en el inciso b) del artículo 23 del Decreto Supremo N° 003-97-TR”.*

Como se puede observar, la jurisprudencia reconoce al área específica como un factor que influye en el rendimiento, y que no solo se trata de la igualdad del puesto, sino de que el área, efectivamente, es un aspecto que impacta en la similitud de condiciones.

Al respecto, consideramos que una manera de reconocer que los trabajadores pertenecen a la misma área es que todos los vendedores reporten a un mismo supervisor o jefe, que tengan una cartera de productos similar (o igual), un flujo de trabajo igual, metodología similar, etc.

iv) El potencial comercial de la cartera de clientes

La similitud de clientela también es un criterio de homogeneidad y objetividad para la determinación de situaciones similares (Cadillo, 2013, p. 89). En ese sentido, en caso de que los trabajadores laboren con una cartera de clientes determinada, los vendedores deben contar con una distribución de carteras de trabajo con un potencial de venta similar.

Por ejemplo, no es lo mismo que un trabajador tenga asignada una cartera que tiene un universo de venta de diez mil personas, y a otro trabajador se le asigne una cartera con un universo de cinco mil, definitivamente, el potencial público de venta de ambos trabajadores es diferente, de manera que no sería equitativo que se le exija la misma meta de venta cuando uno de ellos está en desventaja. Si la meta es vender mil productos, mientras el trabajador uno debe tener una penetración del 10 % en su mercado potencial, por otro lado, el trabajador dos debe tener una penetración del 20 %. Las carteras deberían ser similares (no necesariamente iguales), pero razonablemente homogéneas, por ejemplo, que fluctúen entre nueve mil hasta once mil.

Sobre el particular, se puede citar un caso semejante analizado por la SUNAFIL en la Resolución de Intendencia N° 051-2018-SUNAFIL/IRE-LIB, en la cual un trabajador denuncia haber sufrido una reducción de su remuneración debido a que se le redujo la cartera de clientes. Según indica la resolución, los trabajadores con las mismas funciones tienen carteras de clientes de un promedio de ciento treinta clientes, sin embargo, el denunciante era el único que tenía una cartera de cuarenta. Al respecto, el empleador indicó que, efectivamente, se realizó una reducción de cartera toda vez que el trabajador no se ha desempeñado adecuadamente.

En este caso, la Sunafil concluyó que la reducción de cartera, definitivamente, tuvo un impacto en la remuneración del trabajador quien comisionaba según el número de clientes que tenía. Además de ello, validó la

conclusión de los inspectores de trabajo quienes indicaron que *“la conducta arbitraria del sujeto inspeccionado, de despojarlo, sin justificación razonable, del estatus laboral (otorgada por la asignación de una cartera) respecto de los demás trabajadores que laboran en el mismo puesto de trabajo; por tanto, el sujeto inspeccionado ha cometido un acto de discriminación salarial y ha atentado contra el derecho fundamental a la igualdad”*.

Como podemos observar, en este caso, si bien no existe una evaluación de rendimiento para efectos de un despido por rendimiento deficiente (al menos no se evidencia así del contenido de la resolución), sí existe una medición del rendimiento con base en comisiones. En ese sentido, del contenido de la resolución se evidencia el hecho de que trabajadores con las mismas funciones deberían tener carteras de clientes similares (u homogéneas), de lo contrario se afecta el principio de igualdad. Este criterio claramente se puede aplicar no solo para efectos de medición del rendimiento para comisiones (salario), sino también para la evaluación de rendimiento para el despido por capacidad.

En atención a lo mencionado, efectivamente, la similitud de las carteras de clientes es un factor o aspecto relevante para determinar la semejanza de las condiciones en las cuales se evalúa un trabajador. Evidentemente, no estarán en las mismas posibilidades de alcanzar una meta de evaluación quien tiene ciento treinta clientes, respecto de quien tiene solamente cuarenta, como lo ha reconocido la inspección de trabajo, una diferenciación de tal magnitud implica una afectación al principio de igualdad.

v) La ubicación del lugar de trabajo.-

En caso de que no se trate de venta con cartera de clientes, sino de venta abierta al público, el grupo de trabajadores evaluados debería laborar en la misma ubicación o zona geográfica. Según Carlos Cadillo, no solo la similitud de clientela, sino también la complejidad del mercado son criterios de homogeneidad y objetividad para la comparación de situaciones similares. Así, definitivamente, la zona geográfica es un elemento determinante en estos criterios, ya que, como adelantamos, en principio, no es lo mismo vender en Lima que en Cajamarca.

Otro ejemplo, no es similar que un trabajador labore en la venta de equipos telefónicos en el centro comercial Megaplaza del distrito de Independencia que tiene una afluencia trimestral promedio que supera las trescientas cincuenta mil personas, a que el trabajador labore en la

misma actividad en el centro comercial Open Plaza de Surquillo cuya afluencia trimestral promedio no supera las sesenta mil personas (El Comercio, 2018). Como se adelantó, acompañado a la ubicación del centro de labores debe ir un estudio sobre la distribución de vendedores por zona, a fin de que donde hay más venta haya más vendedores, y donde hay menos venta haya menos vendedores y así el mercado se reparta de manera más equitativa favoreciendo la igualdad de condiciones.

Independientemente de la distribución, ciertamente, lo más igualitario a efectos de una comparación de pares debería realizarse entre los vendedores no solo con el mismo puesto, equipo y metodología de venta, sino también, con una ubicación geográfica similar, es decir, que los vendedores sean comparados con sus compañeros de equipo y agencia o sede, esto definitivamente incrementa las similitudes.

vi) El tiempo de trabajo.-

Otro aspecto importante para analizar es el tiempo de trabajo. Como lo adelantamos, en los periodos de evaluación, los trabajadores pueden contar con diferentes números de días trabajados. Esto puede ocurrir por diversas razones de absentismo (por ejemplo, descansos médicos, licencias legales, vacaciones, licencias particulares, etc.).

Es por ello, que el absentismo (justificado o no) y la extensión de la jornada de trabajo deben ser consideradas al momento de establecer metas u otros criterios de evaluación. Como se observará en un caso más adelante, no es posible que un trabajador a tiempo completo y uno a tiempo parcial tengan las mismas metas, ya que uno tiene menos tiempo para cumplir con el objetivo.

Todos estos aspectos que hemos indicado son algunas de las aristas que se deben observar al momento de segmentar el universo de evaluados. En ese sentido, como hemos indicado, es muy importante conocer la realidad de los trabajadores a evaluar, así como las condiciones (más allá de la mera formalidad) en las cuales ejecutan sus labores.

No solo de un grupo en general, sino también de alguna situación particular que podría presentarse con frecuencia como, por ejemplo, las contingencias médicas de los trabajadores (enfermedad u otros). Sobre este punto, volvemos a citar a Arce quien coloca como ejemplo a una mujer embarazada (Arce, 2013, p. 523), coincidimos con este autor ya que, un embarazo naturalmente

dificulta el movimiento de una persona, lo cual puede complicar el trabajo, más aún si se tratase de un trabajo que requiera constante desplazamiento o de un embarazo riesgoso o complicado, incluso el disfrute del descanso pre y post natal, o la hora de lactancia que reduce fácticamente las horas de trabajo son factores legítimos que podrían afectar el rendimiento, y que deberían tener una solución igualitaria y razonable. Estos aspectos y otros que puedan surgir en cada actividad o rubro de negocio deberían identificarse y preverse a fin de contar con una evaluación completa y que se ajuste a los lineamientos jurídicos de igualdad.

Al respecto, reiteramos que, cuando la legislación establece condiciones similares, si bien no se trata de una igualdad rígida (cuestión que, a nuestro criterio, es imposible en cualquier aspecto de la realidad), sí es necesario que todos los trabajadores estén en las posibilidades de alcanzar el rendimiento esperado, y para ello se debe establecer lineamientos equitativos y que incorporen las particularidades de la población evaluada de ser el caso, ya que el rendimiento deficiente debe radicar en las aptitudes del trabajador, y no en aspectos externos.

De lo contrario, una evaluación de rendimiento con resultados distorsionados no solo no justificará el despido por capacidad (ya que el rendimiento deficiente no radica en las cualidades personales del trabajador), sino también proporciona indicadores no sinceros de la realidad productiva del equipo de ventas de una determinada zona o cartera, cuestión vital para la toma de decisiones comerciales (por ejemplo, incremento de meta, cierre de canal, etc.). Como señala Carlos Cadillo, la afectación de alguno de estos criterios puede gatillar resultados engañosos, ya que las situaciones son diferentes y responden a condiciones y circunstancias distintas (Cadillo, 2013, p. 89).

A partir de lo expuesto, en resumen, la igualdad implica un trato igual para los iguales y diferente para los diferentes, así, al hablar de “condiciones similares” entendemos que no solo los trabajadores evaluados deben contar con características uniformes, sino que la evaluación también debe incluir criterios particulares en aquellas situaciones que lo ameriten, para que, de esta manera, se permita el pleno respeto de este principio.

II. Principio de inmediatez

Al igual que el principio de igualdad, el principio de inmediatez es uno de los principios que se prevé expresamente en la normativa para el caso del despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad. Sobre el particular,

de acuerdo con Carlos Blancas, el principio de inmediatez no solo rige para el caso del despido por conducta (basado en una falta grave, principalmente), sino también para los despidos por capacidad (Blancas, 2015, p. 307), esto de acuerdo a lo establecido en el artículo 31 de la LPCL que indica lo siguiente:

“Artículo 31°.- El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulan, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

[...] Tanto en el caso contemplado en el presente artículo, como en el artículo 32, debe observarse el principio de inmediatez”.

Al respecto, lo indicado por Blancas tiene un correlato en la administración pública y la jurisprudencia, así, en consulta con el Ministerio de Trabajo, esta entidad indicó que *“el empleador no podrá despedir por causa relacionada con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia. Debe observarse el principio de inmediatez”* (Anexo VII). Del mismo modo, la jurisprudencia en la sentencia de vista del Exp. 529-2008 lo precisó de la siguiente manera:

“[...] la carta de despido se realiza conforme a lo prescrito por el artículo 23 inciso b) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, para lo cual se debe de seguir el procedimiento establecido por Ley y uno de los rasgos característicos de todo régimen de protección contra el despido reside en la exigencia que la realización de este se sujete a determinados procedimientos. Así el acto del despido requiere del cumplimiento de requisitos de fondo (tipicidad, proporcionalidad, inmediatez, non bis in idem) y de forma (notificación del despido); por supuesto con el debido respeto del derecho de defensa del trabajador”.

En atención a lo señalado, está claro que el principio de inmediatez rige en la aplicación del despido por rendimiento deficiente, sin embargo, ¿cómo se debe comprender y aplicar este principio? ¿Cuál es su real dimensión sobre la causal de rendimiento deficiente?

Sobre el particular, el desarrollo doctrinario de este principio está enfocado principalmente en el despido por conducta, es decir, faltas graves. Es por ello que, la mayoría de definiciones de este principio contiene referencias

a la facultad sancionadora, no obstante ello, como lo veremos más adelante, en realidad, el principio de immediatez es un principio transversal en las relaciones laborales y que, de alguna forma u otra, debe ser observado en todo ámbito, no solo por el empleador, sino también por el trabajador y, definitivamente, tiene una especial aplicación en el despido relacionado por la capacidad (rendimiento deficiente) que es materia de este estudio.

En primer lugar, respecto de las definiciones doctrinarias sobre el principio de immediatez, podemos citar a Carlos Blancas, que señala que este principio consiste en que el momento en que se produzca el despido debe guardar relación inmediata con el momento en que el empleador conoció o comprobó la falta cometida por el trabajador (Blancas, 2013, p. 209). Por su parte, Jorge Toyama indica que este principio consiste en que la oportunidad en que el empleador conozca la infracción laboral debe tener relación inmediata con el momento en que se ejerce de manera efectiva la facultad sancionadora, es decir, entre el conocimiento de la infracción y la sanción de la misma no debe transcurrir un plazo muy dilatado, puesto que, de lo contrario, se entenderá condonada dicha falta (Toyama, 2015, p. 498).

Incluso, en consulta con el Ministerio de Trabajo, la definición que prima en la administración pública sobre el principio de immediatez está vinculada a la facultad sancionadora: *“Basándonos en el principio de immediatez, las sanciones deben aplicarse de manera inmediata a cuando son conocidas por el empleador [...]. De no haberse aplicado en el plazo correspondiente, se entiende perdonada por el empleador”* (Anexo VIII).

Sobre el particular, Michael Vidal indica que el principio de immediatez tiene como objetivo otorgar un mínimo nivel de seguridad jurídica al trabajador, a fin de que este no permanezca con la constante preocupación de que existe una falta por sancionar (Vidal, 2009, p. 281). En ese sentido, el principio de immediatez busca una sanción inmediata de la falta cometida, es decir, que transcurra el menor tiempo posible. Al respecto, como resalta Vidal, el principio se aplica no desde que ocurre el incumplimiento, sino desde el momento que se toma conocimiento del mismo (Vidal 2009, p. 283). Al respecto, es importante precisar que este principio también no solo se aplica en un procedimiento de despido, sino también en la aplicación de sanciones menores, como amonestaciones o suspensiones (Vidal 2009, p. 287).

Como podemos observar, en síntesis, la doctrina indica que el principio de immediatez implica que entre la toma de conocimiento de la ocurrencia de

una infracción y el momento en que se sanciona transcurra el menor tiempo posible. Esta concepción tiene un correlato en la jurisprudencia, la cual ha definido al principio de inmediatez como un límite temporal a la facultad del empleador de sancionar al trabajador por la comisión de una falta (Exp. N° 543-2007-PA/TC).

Asimismo, es preciso indicar que la Casación N° 1754-2003-ICA señala “*la palabra inmediatez es una cualidad de inmediato, expresión que en los términos del diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (22° edición, año 2011, página 866) significa contiguo o muy cercano a algo o a alguien o que sucede enseguida y sin tardanza, lo que permite concluir que la sanción disciplinaria del despido, debe imponerse tan pronto sea conocida la falta cometida, ya que si el empleador no actúa en su debido momento es porque ha ‘perdonado’ u ‘olvidado’ dicha infracción*”.

Además de ello, la misma jurisprudencia también ha precisado que el principio de inmediatez tiene dos etapas definidas: (i) El proceso cognitivo que implica la toma de conocimiento del incumplimiento susceptible de sanción por parte de los responsables de la aplicación de sanciones dentro de la organización, y (ii) El proceso volitivo que implica la toma de decisión del empleador para configurar la voluntad del despido, dentro de la cual se observan las repercusiones del incumplimiento, los antecedentes del trabajador, etc., que depende de la complejidad de la organización empresarial (Exp. 543-2007-PA/TC). Sobre el proceso volitivo, según Vidal, en la Casación N° 150-2005-Piura se ha reafirmado que el empleador tiene derecho a investigar, consultarse o tomarse su tiempo para adoptar la decisión (Vidal, 2009, p. 285).

En virtud de lo mencionado, si bien las precitadas definiciones doctrinales y jurisprudenciales desarrollan el principio de inmediatez respecto del despido por conducta, es posible sintetizar este principio como la ejecución más inmediata posible de la facultad sancionadora luego del conocimiento de una falta. Ahora bien, es preciso preguntarse, si el principio de inmediatez es transversal, además del despido por conducta, ¿en qué otro ámbito de la relación laboral podemos observar sus efectos?

De acuerdo con Michael Vidal, este principio también se aplica en el supuesto de que el trabajador impute un acto de hostilidad, en ese sentido, tanto el empleador como el trabajador deben comunicarse sin el mayor intervalo de tiempo, los actos que, importando la violación de sus derechos u obligaciones, configuren actos de hostilidad o hacerla de manera extemporánea

supondrá el olvido de los hechos ocurridos y sería tardía cualquier imputación posterior (Vidal, 2009, p. 282).

Según Blancas, la LPCL recurre al principio de inmediatez para determinar la oportunidad del emplazamiento al empleador por acto de hostilidad, en ese sentido, no se establece un plazo de prescripción o caducidad. De modo que, el juzgador deberá observar si el trabajador actuó oportunamente o, de lo contrario, se entendió un consentimiento tácito de las nuevas condiciones de trabajo. En este punto, el actuar oportunamente implica que no haya demorado un largo tiempo en imputar la hostilidad, poniendo como referencia un caso en que el trabajador acusó hostilidad por un cambio acontecido seis años atrás (Blancas, 2013, pp. 708-709).

Incluso, el Ministerio de Trabajo ha opinado que el principio de inmediatez también se manifiesta en el tiempo que el trabajador se toma para responder o ejercer su derecho de defensa ante la imposición de una sanción: *“Basado en el mismo principio de inmediatez, el trabajador ejerciendo su derecho a la defensa podrá responder las comunicaciones con las que no se encuentre de acuerdo, como amonestaciones o suspensiones, presentando los descargos de cada imputación, de forma inmediata”* (Anexo VIII). En vista de esto, podemos colegir que si luego de la aplicación de una sanción, el trabajador no se defiende de manera inmediata, se entiende consentida.

Como podemos observar, el hecho de que los actos de hostilidad deban ser imputados tan pronto como sean conocidos por el trabajador es una evidencia tangible de lo transversal de este principio, al igual que el ejercicio del derecho de defensa respecto de la imposición de sanciones.

En atención a lo desarrollado, se puede concluir que el principio de inmediatez es un principio transversal que debe ser observado tanto por el empleador al momento de ejecutar la facultad sancionadora, como por el trabajador al momento de denunciar la lesión de alguno de sus derechos. En ese sentido, el mandato del principio se puede resumir en que, entre la toma de conocimiento de una infracción y las acciones que realice el afectado respecto de dicha infracción, deben darse en el menor tiempo posible.

Ahora bien, respecto del empleador, el principio de inmediatez implica un límite temporal a la facultad sancionadora, sin embargo, puesto que la facultad sancionadora forma parte del poder de dirección y, además, dicho principio es de carácter transversal, es posible afirmar que el principio de inmediatez

es un límite temporal, no solo para la facultad sancionadora sino para el poder de dirección en su totalidad.

Como podemos observar, el principio de inmediatez está íntimamente relacionado con el tiempo (cualquier acción debe darse en el menor tiempo posible), sin embargo, ¿qué se debe entender como el menor tiempo posible?

Sobre el particular, a diferencia de lo que sucede en otras latitudes como en Colombia, nuestra legislación no ha establecido un plazo para el cual ejecutar acciones (por ejemplo, sanciones). En ese sentido, se aprecia que no se delimita a un periodo específico esta exigencia de inmediatez, la cual debe ser evaluada a la luz del principio de razonabilidad, según Vidal, ello se puede observar en la Casación N° 677-2006-La Libertad del 27 de marzo de 2006 (Vidal 2009, p. 283). Al respecto, la jurisprudencia ha indicado que una característica del principio de inmediatez es que es sumamente elástico, siendo que los términos o plazos existentes son variados y se dan de acuerdo con la complejidad de la falta cometida, así como de la organización empresarial (Exp. 543-2007-PA/TC).

Cabe señalar que la elasticidad de este principio no implica necesariamente un problema o deficiencia, sino que su apreciación tal vez es más compleja ya que se tendría que analizar la razonabilidad de los periodos de tiempo utilizados con mayor reflexión. Sin embargo, si bien la aplicación de una regla es más simple (por ejemplo, suponiendo que exista un plazo legal de 15 días fijo y general), la elasticidad del principio permite una mayor adaptabilidad a las necesidades de las variedades de modalidades y metodologías de trabajo que existen en la realidad, lo cual, ciertamente, es más positivo. Por ejemplo, para algunas industrias el plazo razonable puede ser de dos meses por la complejidad de sus productos y la demora en el procesamiento de datos, y para otra industria podría ser un mes, ya que son más simples sus controles y procesos. Por lo que la flexibilidad del principio resulta más adecuada.

Como señala Pla sobre el principio de razonabilidad, en la medida que se trata de un criterio muy general pues posee una gran dosis de imprecisión y vaguedad que asegura su fecundidad. Esta elasticidad genera una amplitud ilimitada que proporciona una variedad indefinida de formas de aplicación (Plá, 1978, pp. 289-290).

En síntesis, para el empleador, el principio de inmediatez no es otra cosa que la razonabilidad del tiempo en que se ejerce la facultad de dirección. Así, los

plazos serán más cortos o más largos dependiendo de diferentes factores que tengan impacto en la situación concreta como, por ejemplo, la complejidad de la situación, el tamaño de la empresa, la cantidad de trabajadores implicados, etc. Así, considerando lo desarrollado, es preciso realizar la siguiente interrogante: ¿cómo se manifiesta el principio de inmediatez en el despido por rendimiento deficiente?

- (i) Desde un primer acercamiento, el principio de inmediatez se manifiesta en la toma de conocimiento del rendimiento deficiente, lo cual se produce luego de que se procesan los resultados de la evaluación de rendimiento. Y, posteriormente, la toma de decisión sobre dichos resultados, que puede ser, por ejemplo, la notificación de la carta de preaviso. Es decir, desde que se conocen los resultados no debe pasar un lapso temporal muy dilatado para imputar el incumplimiento.

Como indica Carlos Cadillo, la toma de acción se debe realizar lo más rápido posible (inmediatamente después de detectado), ya que, de lo contrario, se entenderá que el empleador consintió dicha situación y asumió los resultados defectuosos del trabajador (Cadillo, 2013, p. 92), es decir, la prestación defectuosa resultó “satisfactoria” para el empleador, y el incumplimiento del deber de rendimiento quedó perdonado (ya que no olvidemos que el rendimiento deficiente implica un incumplimiento de obligaciones propias del contrato de trabajo).

En este punto, es preciso preguntarse: ¿respecto del despido por rendimiento deficiente, el principio de inmediatez se reduce a únicamente la toma de acción luego de conocido el déficit en el rendimiento? ¿Cuál es su real dimensión?

- (ii) Sobre el particular, debemos recordar que el principio de inmediatez actúa, mide o calibra la razonabilidad del tiempo en que se ejerce el poder de dirección, y justamente, como lo señalan Quispe y Mesinas, el tiempo es un factor esencial para determinar la existencia del rendimiento deficiente pues se requiere que sea una situación permanente (Quispe & Mesinas, 2009, p. 18). En la misma línea, Carlos Cadillo afirma que el rendimiento deficiente que justifica la ruptura del vínculo laboral es aquel que evidencia una situación constante, continuada o reiterada, en lapsos prolongados, de modo que no será suficiente un rendimiento deficiente en base a resultados momentáneos u ocasionales (Cadillo, 2013, p. 91).

Sobre el particular, es preciso preguntarse: ¿por qué la necesidad de evidenciar una constancia en la deficiencia del rendimiento? Pues, principalmente porque el rendimiento es dinámico, ya que, como señala Carlos Blancas, el ser humano —el trabajador— no es una máquina, por lo cual, su rendimiento difícilmente es parejo. Así, factores de diversa índole (aspectos anímicos o psicológicos) alteran en ciertos momentos o épocas el rendimiento del trabajador como, en general, de cualquier persona en cualquier tipo de actividad (Blancas, 2013, p. 178). Del mismo modo, Vinatea y Toyama indican que la capacidad del trabajador puede sufrir variaciones afectando la labor que desempeña, sin mediar voluntariedad en este detrimento (Vinatea & Toyama, 2015, p. 379).

En el mismo sentido, Quispe y Mesinas opinan que la capacidad puede sufrir variaciones, afectándose la labor desempeñada (Quispe & Mesinas, 2009, p. 17). Por nuestra parte, coincidimos con las opiniones de los precitados autores y, además, consideramos que la LPCL reconoce el dinamismo del rendimiento y la capacidad del trabajador, toda vez que establece que a aquel que se encuentre incurso en esta causal se le otorga treinta días para que demuestre su capacidad. El hecho de que un trabajador pueda demostrar capacidad y revertir el rendimiento deficiente implica un reconocimiento implícito por parte de la ley del referido dinamismo, ya que se admite que una determinada situación puede cambiar y revertirse. Como indica Cadillo, si el trabajador logra un rendimiento promedio (según los criterios individual y general), el empleador no podrá ejecutar la causa de despido porque el rendimiento deficiente dejó de existir (Cadillo, 2013, p. 92).

En atención a lo precitado, consideramos que el principio de inmediatez, no solo se manifiesta en el momento en que se toma acción luego de conocido el déficit de rendimiento, sino también en la extensión de la evaluación de rendimiento que justamente identifica la deficiencia.

Como se ha explicado anteriormente, la evaluación de rendimiento es un procedimiento que busca verificar que aquel rendimiento de las labores ejecutadas por el trabajador es el esperado y, de esta manera, determinar si este es productivo para la organización empresarial. Al ser la evaluación de rendimiento un procedimiento, ergo, se desarrolla y despliega efectos en uno o varios intervalos de tiempo. En ese sentido, la razonabilidad del tiempo se podrá observar en diferentes aspectos y

momentos, principalmente, dos: el intervalo de tiempo que se evalúa, y la cantidad de periodos evaluados.

- a) Respecto de lo primero, para poder medir el rendimiento de un trabajador es necesario establecer el intervalo de tiempo en el cual se evaluará, la cual puede ser mensual, bimestral, trimestral, etc. Al respecto, algunos autores han coincidido en que la medición del desempeño de los trabajadores debe medirse constantemente, por lo menos de forma mensual (AA. VV., 2016, p. 309). Con relación a la referencia a la evaluación mensual, es posible encontrar un sustento en la ley, toda vez que el artículo 31 de la LPCL establece que el empleador no podrá despedir por causa relacionada a la capacidad sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia, asimismo, se indica expresamente que debe observarse el principio de inmediatez.

Como es posible colegir del texto de la propia ley, se hace referencia a la razonabilidad del plazo dentro del cual se evaluará si el rendimiento del trabajador es adecuado o si, por el contrario, se trata de un rendimiento deficiente que justifique el despido. Asimismo, se indica que lo mínimo razonable para evaluar a un trabajador son treinta días naturales seguidos, periodo que se asemeja a un mes natural. Es por ello que consideramos que tomar como baremo una periodicidad mensual es lo mínimo indispensable, sin embargo, la misma ley abre la posibilidad a periodos más amplios, siempre y cuando sean periodos razonables, lo importante es que el intervalo de la evaluación esté determinado con exactitud y precisión.

Al respecto, si bien legalmente se puede considerar una evaluación mensual como mínimo, lo importante es verificar si dicho periodo mensual coincide con la dificultad de colocación de los productos. Naturalmente, no tiene la misma dificultad vender inmuebles que vender celulares, por ende, dependiendo del producto que vende el trabajador debería ir aparejada una razonabilidad en el plazo que se le evalúa. Por más que la ley indique un mes, si la realidad del producto o el rubro del negocio exigen un mayor plazo, se debería ajustar la evaluación a ello, de lo contrario, la aplicación de la norma de manera literal podría generar una situación perjudicial para el trabajador.

Sin perjuicio de que los intervalos de evaluación deben ajustarse a la realidad del producto y/o rubro de negocio y no pueden ser inferiores a un mes, es preciso preguntarse: ¿entonces no es posible establecer evaluaciones semanales? Sobre este punto, consideramos que, siguiendo el texto legal, una evaluación semanal en sí misma es contraria a la norma, sin embargo, si se juntan cuatro evaluaciones semanales y se saca un promedio de las mismas, entonces se obtiene como resultado una evaluación mensual compuesta del promedio de cuatro notas, lo cual sí se ajustaría a la ley.

Por otro lado, también es pertinente preguntarse: ¿si la evaluación es trimestral, es correcto notificar un preaviso dando solamente treinta días? Pues no es totalmente correcto, toda vez que lo razonable sería realizar la evaluación del preaviso con las mismas condiciones que las evaluaciones anteriores, es decir, otorgar tres meses. Sin embargo, si el empleador evalúa el rendimiento prorrateando los estándares esperados en tres meses y los ajusta a un mes, pues es posible otorgar treinta días naturales a pesar de que el resto de las evaluaciones fueron trimestrales, cabe mencionar que en este punto se deberá observar que la igualdad de condiciones no se vea afectada con el prorrateo, de lo contrario será inválido el despido. Por ejemplo, si el rendimiento esperado es vender nueve productos en tres meses, prorratear los estándares implicaría vender tres productos en un mes, y de lograrse dicho objetivo, pues se acreditaría la corrección de la deficiencia, siempre y cuando la igualdad de condiciones no se vea afectada.

Al respecto, es importante advertir que, si se implementa una evaluación que abarque más de un mes (bimestrales, trimestrales, etc.), la composición de tales “macro periodos” también debe atender a criterios de razonabilidad. Sobre este punto, nos gustaría traer como ejemplo, el Exp. 23886-2015, en el cual, la empresa repetía los resultados de las evaluaciones de un trimestre a otro.

Así, por ejemplo, un trimestre se componía por los resultados de febrero, marzo y abril, luego de ello, se promediaban los resultados, y se le comunicaba al trabajador para que mejore en el futuro. Hasta este punto, todo correcto, sin embargo, el siguiente trimestre evaluado era marzo, abril y mayo. Así, los resultados de los meses de

marzo y abril nuevamente eran considerados, y definitivamente se volvía a aplicar medidas sobre tales periodos.

Si bien no conocemos con precisión el contenido de la política que regulaba la evaluación, ni tampoco los resultados exactos de dichos meses, por lo que no se podría decir de manera concluyente de que no era razonable. Puede ser el caso, que del trimestre “febrero, marzo y abril”, justamente, los meses de marzo y abril fueron meses en los que le fue mejor al trabajador y, por ello, tales periodos se repitieron, cuestión que, a pesar de todo, le favorece al evaluado. No obstante, si fuera al contrario, es decir, que sin importar que tales meses fueran positivos o negativos, de todos modos, entren al promedio, tal vez sería una composición no razonable del trimestre evaluado.

De modo que, lo más razonable, comprensible y transparente hubiera sido que, si se trataba de evaluaciones trimestrales, un primer trimestre sea febrero, marzo y abril, y el siguiente trimestre sea mayo, junio y julio, así los resultados que ya fueron analizados no impactan nuevamente en el siguiente trimestre y se trata de una nueva oportunidad de recuperarse desde cero. En este caso, consideramos que, si un periodo ya ha sido evaluado, analizado, comunicado e incluso, se le ha aplicado una medida al trabajador (no una sanción, claro está), pues, no es razonable volver a tomar dicho periodo (más aún si es negativo), ya que no es posible que el trabajador pueda cambiar ese pasado con el mismo que deberá arrastrar innecesariamente (en estricto, no se trata de una nueva oportunidad).

En atención a lo explicado, una manifestación del principio de inmediatez respecto del despido por rendimiento deficiente radica en la razonabilidad del intervalo de tiempo que se evalúa a un trabajador, pudiendo tratarse de periodos preferentemente mensuales, aunque también pueden ser periodos mayores bajo criterios de razonabilidad (bimestrales, trimestrales, semestrales, anuales, etc.).

- b) Ahora bien, una vez determinado el intervalo razonable de tiempo que será evaluado, es preciso definir la segunda manifestación señalada: la cantidad de periodos evaluados. En ese sentido, nos preguntamos lo siguiente: ¿después de cuántos intervalos o periodos evaluados puede proceder un despido por rendimiento deficiente,

es decir, después de cuántas evaluaciones negativas procedería un despido?

Sobre este punto, es importante tomar como referencia valiosa lo que ocurre en Colombia, como lo señalamos en el anterior capítulo, la normativa colombiana prevé que el empleador realice, por lo menos, dos exhortaciones previas al preaviso de despido, este requisito implica una clara alusión a un parámetro de reiterancia, ya que se refiere a dos evaluaciones o periodos evaluados con resultados negativos (Obregón, 2015, p. 22). Sin embargo, en nuestra legislación carecemos de referencia alguna a “reiterancia” y, menos aún de una delimitación de un mínimo de periodos. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia han proporcionado algunas luces sobre este aspecto.

Como señalan Quispe y Mesinas, debe tratarse de un rendimiento deficiente que evidencie una situación permanente (Quispe & Mesinas, 2009, p. 18), de igual modo, Carlos Cadillo señala que el rendimiento deficiente debe tratarse de una situación continuada o reiterada, en lapsos prolongados. Asimismo, Blancas indica que, para que se trate de un rendimiento deficiente motivo de despido, no debe ser un evento pasajero o circunstancial, sino una cuestión habitual (Blancas, 2013, p. 179). Sin embargo, es preciso preguntarse: ¿qué debe entenderse por permanente, reiterado, continuado, o habitual? ¿Son lo mismo? ¿De dónde vienen estas exigencias?

En principio, debemos indicar que si bien, aparentemente, la doctrina hace referencia a los conceptos de “reiterancia”, “continuidad”, “habitualidad” y “permanencia” como similares o equiparables en la medida que refieren que el rendimiento deficiente no es una cuestión meramente ocasional, es importante precisar que dichos conceptos no son lo mismo, a pesar de estar íntimamente ligados en la construcción de la evaluación de rendimiento.

Sobre el particular, los conceptos referidos no están recogidos normativamente, incluso en consulta, el Ministerio de Trabajo indicó que “[e]l Decreto Supremo N° 003-97-TR (LPCL) no establece un tiempo para determinar que la situación es permanente, cabe precisar que el literal b) no señala que la situación deba ser permanente” (Anexo VII). De modo que la fuente principal de dichas exigencias

son elaboración doctrinaria, sin embargo, consideramos que es posible encontrar un sustento jurídico (más allá de la doctrina) para definir dichos conceptos y para exigir su cumplimiento.

Respecto a la reiterancia, la exigencia de esta podría entenderse de modo implícito de la propia legislación sobre despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad. Así, debemos partir del hecho que una alternativa para evidenciar el déficit del rendimiento es comparar el rendimiento anterior o pasado con el actual, este proceso permite observar la evolución del rendimiento en el tiempo. En ese sentido, por mera lógica, para establecer una comparación, se necesitan por lo menos dos periodos. Así, si el periodo mínimo razonable corresponde a la evaluación mensual, entonces, por lo menos se necesitan dos meses, un primer mes con un rendimiento suficiente o satisfactorio (o simplemente con un rendimiento mayor), y un segundo mes en el cual el rendimiento desciende por debajo del estándar normal configurándose un supuesto de rendimiento deficiente. Hasta este punto la evaluación se compone de por lo menos dos meses, antes de la imputación del preaviso, es decir, del inicio formal del procedimiento de despido.

Ahora bien, es preciso preguntarse: ¿basta con un solo mes de rendimiento deficiente para imputar el preaviso de despido por capacidad? Es en este punto donde empieza la cuestión sobre la reiterancia. Así, a diferencia de lo que ocurre con la causal de disminución de rendimiento por falta grave en la cual expresamente se exige que el detrimento del rendimiento sea reiterado, es decir, que se repita en el tiempo, en el caso de la norma sobre rendimiento deficiente en relación con la capacidad no se establece literalmente dicha exigencia de reiteración y, como hemos mencionado, no es posible una aplicación analógica de la norma de falta grave.

Sin embargo, como hemos mencionado, la normativa reconoce que el rendimiento de un trabajador es dinámico, es decir, que es normal que dicho rendimiento tenga variaciones en el tiempo (a veces más, a veces menos), por lo cual un resultado negativo dado en una sola oportunidad estaría dentro del margen razonable del dinamismo propio del rendimiento humano (“el hombre no es una máquina”). Como indica Blancas, para que se trate de un rendimiento deficiente motivo de despido, no debe ser un evento pasajero o

circunstancial, sino una cuestión habitual (Blancas, 2013, p. 179). Es decir, que la deficiencia escape de los márgenes razonables del dinamismo del rendimiento, así, para que suceda esto, el rendimiento deficiente debe repetirse. Cabe señalar la opinión de Aguinaga, quien indica que, toda vez que el rendimiento deficiente no es una falta grave, el despido no puede ser la primera medida correctiva (Aguinaga, 2018, p. 165).

Como hemos indicado, la inmediatez trata sobre la razonabilidad del tiempo, en ese sentido, no resulta razonable que el decaimiento en una sola oportunidad sustente un preaviso de despido. Este criterio lo hemos observado en la jurisprudencia en la sentencia de primera instancia del Exp. 2094-2016, la cual señala lo siguiente:

“Décimo Cuarto: Ante la falta de precisión legal respecto al rendimiento deficiente, podemos establecer que para analizar su existencia resulta importante corroborarla en el tiempo y que se haya presentado, se entiende, en más de una vez, como conducta reiterativa en el trabajador, argumento referido por la defensa de la demandante en el minuto 5.44 de la audiencia de juzgamiento, indicando además que no puede considerarse rendimiento deficiente por un solo mes. Teniendo como referencia ello, la demandada indicó en el minuto 21.37 de la audiencia de juzgamiento que la evaluación realizada al mes de abril de 2016 fue el primer antecedente de rendimiento deficiente, explicando en dicha diligencia cómo es que se arribó a los porcentajes alcanzados por debajo del 70 % de persistencia para las pólizas de vida y accidentes personales, limitándose la empresa a imputar un hecho relacionado a la capacidad de la demandante en el trabajo por una sola evaluación (mes de abril de 2016: minuto 47.10 de la audiencia de juzgamiento), sin tener en cuenta que sería la primera vez en que habría existido una labor por debajo del nivel mínimo de producción y persistencia requeridos, bastando que se haya presentado (una sola vez reiteramos) para que se adopte la decisión de despedirla”.

Como se puede observar, a criterio del juez, no basta con incurrir en una oportunidad en el bajo rendimiento, sino que es necesario que los resultados negativos se repitan. De igual manera, Vanessa Obregón cita la sentencia de segunda instancia del Exp. 2545-2002-BS (Obregón, 2015, pp. 13-14) que indica lo siguiente:

“[...] el rendimiento deficiente a que alude la ley que afectará la relación laboral, es, como señala Blancas Bustamante, Carlos en el Despido en el Derecho Laboral Peruano p. 143, el 'rendimiento deficiente en cuanto este devenga constante, continuado o habitual, lo que indicaría un nivel de rendimiento insuficiente o inadecuado, establecido en función del rendimiento precedente del mismo trabajador o el promedio de los demás trabajadores que realizan labores similares en las mismas condiciones'”

A partir de ello, la referida autora indica que “reiterar” significa “volver a hacer o decir algo”, de modo que, con un segundo resultado negativo se configura un supuesto de rendimiento deficiente pasible de generar una imputación de preaviso (Obregón, 2015, p. 14). Esta opinión coincide con la de De Lama, quien indica que, en general, nuestra legislación no ha especificado el número de veces que debe repetirse un incumplimiento, sin embargo, el término “reiterancia” indicaría que el incumplimiento se debe dar por lo menos más de una vez, es decir, dos veces y que dicha infracción haya sido acusada por escrito en tales oportunidades. Por otro lado, con relación al periodo de tiempo, este autor opina que debe darse dentro de un periodo razonable (De Lama, 2015, p. 38), dicha razonabilidad podría variar según las características y particularidades de cada actividad o negocio.

En virtud de lo mencionado, si bien la reiteración del rendimiento deficiente no está literalmente establecida en la norma (tal como lo señalamos en el segundo capítulo), es posible comprender la exigencia de este aspecto con base en la naturaleza dinámica del rendimiento y en la razonabilidad del tiempo que implica el principio de inmediatez, cuestión que ha sido comprendida así tanto por la jurisprudencia como por la doctrina: no basta un solo resultado negativo para que se configure el rendimiento deficiente.

De modo que la evaluación de rendimiento necesaria para sustentar una imputación de rendimiento deficiente en relación con la capacidad requiere de, por lo menos, tres meses, que se pueden ejemplificar de la siguiente manera:

Periodo	Enero	Febrero	Marzo
Resultado	Satisfactorio	Deficiente	Deficiente

Esto evidencia que se trata de una persona que demostraba capacidad, y que devino en deficiente, es decir, la capacidad se afectó por incumplimiento de su deber de rendir. Ahora bien, definida la exigencia de reiterancia, cabe preguntarse: ¿es lo mismo la continuidad? ¿Rendimiento deficiente reiterado es lo mismo que rendimiento deficiente continuo?

- *Rendimiento deficiente continuado*

A nuestro criterio, “reiterancia” y “continuidad” no son exactamente lo mismo, como hemos indicado la reiterancia implica una repetición, es decir, que un evento (en este caso, el decaimiento del rendimiento) se repita en más de una vez. Sin embargo, la “continuidad” va más allá de la repetición, de acuerdo a la Real Academia de la Lengua Española (RAE), continuo es algo “que dura, obra, se hace o se extiende sin interrupción” (RAE, 2020). De igual modo, en el Diccionario Panhispánico de Español Jurídico se define “plazo continuado” como aquel que corre “sin interrupción alguna” (DPEJ, 2020).

En otras palabras, la continuidad en el rendimiento deficiente no solo implica que se repita, sino que los periodos evaluados en los que se repite el rendimiento deficiente son contiguos. En atención a lo señalado, un ejemplo de rendimiento deficiente reiterado y continuado se vería como el graficado líneas arriba: enero (rendimiento satisfactorio), febrero (rendimiento deficiente) y marzo (rendimiento deficiente). Definitivamente, el supuesto descrito configura la causal de despido contenida en el artículo 23, literal b, de la LPCL. Sin embargo, es preciso preguntarse: ¿qué sucede si el rendimiento deficiente es reiterado (se repite más de una vez) pero no es continuo? ¿Ya no se configura la causal de despido?

- *Rendimiento deficiente habitual*

En este supuesto, estamos frente a un supuesto de un trabajador cuyo rendimiento es irregular, es decir, que, si bien no incurre en rendimiento deficiente todos los meses seguidos, su rendimiento tiene una clara tendencia a resultados negativos. Sobre el particular, autores como Blancas no solo hablan de un rendimiento deficiente continuado, sino también “habitual”, pero, ¿qué quiere decir rendimiento deficiente habitual?

Al respecto, de acuerdo con la RAE, lo habitual refiere un hábito, lo cual significa un “modo especial de proceder o conducirse adquirido por repetición de actos iguales o semejantes, u originado por tendencias instintivas”. De igual modo, Cabanellas ha definido el término “habitualidad” como la permanencia de los hábitos o inclinaciones que perseveran en un sujeto (Cabanellas, 1993, p. 148). Como podemos observar, el hábito implica una repetición en el tiempo (una reiterancia), sin embargo, a diferencia de lo “continuado”, no necesariamente es algo que es contiguo o consecutivo (DRAE, 2020).

Del mismo modo, según algunos autores lo han señalado cuando han abordado el tema de la reiterancia, ante este silencio de nuestra norma, los autores opinan que de no tratarse de una reiteración inmediata o consecutiva (como la que hemos visto en el punto anterior sobre “rendimiento deficiente continuado”), corresponderá al empleador fijar una pauta razonable a cada caso en concreto (AELE, 2002, p. 25).

Por ejemplo, luego de establecer la metodología de evaluación por “normas de trabajo” se determinó que, en un centro de trabajo, un trabajador promedio obtiene cinco evaluaciones con rendimiento satisfactorio y una con rendimiento deficiente en un semestre. Es decir, que, en el dinamismo natural del rendimiento humano, es normal que un trabajador obtenga, como máximo, un resultado negativo en un semestre en este centro de trabajo. Sin embargo, existe un trabajador que en el semestre obtiene tres evaluaciones con rendimiento satisfactorio y tres con rendimiento deficiente:

Periodo	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio
Resultado	Satisfactorio	Deficiente	Satisfactorio	Deficiente	Satisfactorio	Deficiente

Si bien en el ejemplo dado no se observa una “continuidad” puesto que los resultados deficientes no son contiguos, sí se observa una “habitualidad” de resultados negativos que escapa a la media de un trabajador estándar. En atención a esta anormalidad, resulta razonable considerar que se trata de un supuesto de rendimiento deficiente, ya que no solo se cumple la reiterancia, sino que se evidencia que la deficiencia no es un evento aislado o pasajero, sino que se presenta habitualmente.

En este caso, toma una relevancia mayor la comparación del trabajador respecto del promedio de sus semejantes, ya que, como se planteó en el ejemplo, no solo se trata de que los resultados deficientes se repitan, sino que se repitan por encima del promedio. Esto abre la posibilidad de que el procedimiento de evaluación no solo prevea meses continuos, para lo cual se necesitan al menos tres meses, sino que se pueda extender a periodos mayores, como el planteado, donde hay seis meses bajo observación.

Hasta este punto, podemos concluir que la reiterancia es la repetición en más de una vez (por lo menos dos) del rendimiento deficiente, lo cual implica dos resultados negativos en la evaluación de rendimiento, y su exigencia si bien no es expresa en la norma, se puede sustentar jurídicamente en el principio de inmediatez, y en la naturaleza dinámica del rendimiento reconocido implícitamente en la ley. Por otro lado, la continuidad y habitualidad, más que exigencias jurídicas son características de la reiterancia, es decir, la reiterancia se puede manifestar de dos formas, de modo continuo cuando se presenta en periodos seguidos, y de modo habitual (o discontinuo) cuando el déficit del rendimiento no se presenta en meses seguidos, pero sí se presenta en mayor medida que un trabajador promedio o estándar en un determinado periodo de tiempo más amplio.

Ahora bien, definidos los tres conceptos anteriores, solo resta definir uno (probablemente, el que más se repite en la doctrina): permanencia. ¿Qué se debe entender por rendimiento deficiente permanente?

- *Rendimiento deficiente permanente*

En este punto, volvemos a citar lo indicado por el Ministerio de Trabajo, sobre el hecho de que “[e]l Decreto Supremo N° 003-97-TR (LPCL), no establece un tiempo para determinar que la situación es permanente, cabe precisar que el literal b) no señala que la situación deba ser permanente” (Anexo VII). A pesar de ello, como indica Cadillo, para que el detrimento de la capacidad justifique el despido, pues dicha incapacidad debe ser permanente (Cadillo, 2013, p. 79), de lo contrario, si se trata de una cuestión reversible, pues no debería finalizarse el contrato de trabajo.

Ahora bien, se ha indicado que el rendimiento es dinámico por tanto sufre variaciones en el tiempo, así, tal y como se ha reconocido la posibilidad de que una situación de rendimiento deficiente puede revertirse, pues, a contrario sensu, también se debe admitir la posibilidad de que una situación de rendimiento no se revierta y, por tanto, el detrimento en la capacidad devenga en lo que se entiende como “permanente”. En otras palabras, el dinamismo del rendimiento también debe admitir el hecho de que un trabajador haya mantenido un buen rendimiento durante bastante tiempo, pero, sin embargo, en algún momento de la relación laboral ello cambia e incurre en rendimiento deficiente, sin que necesariamente sea consecuencia de un evento desafortunado como una enfermedad o accidente.

Sobre el particular, la RAE define permanente como “sin limitación de tiempo” o “mantenerse sin mutación en un mismo lugar, estado o calidad” (DRAE, 2020). Si a estas definiciones le sumamos el concepto de incapacidad definido anteriormente como la carencia de calificaciones o aptitudes necesarias para ejecutar las tareas propias del puesto, se puede concluir que rendimiento deficiente permanente no es otra cosa que la determinación de que las carencias personales del trabajador para ejecutar su prestación de trabajo se mantendrán inmutables en el tiempo, sin reversión posible, y por tanto siempre habrá rendimiento deficiente.

Esta opinión coincide con lo señalado por Cabanellas quien indica que la incapacidad significa inhabilidad, ineptitud, incompetencia, es decir, una carencia de disposiciones o calidades necesarias para hacer, dar, recibir, transmitir o recoger alguna cosa. Siendo de carácter permanente en el trabajo cuando la de duración de tal situación es indefinida o para siempre (Cabanellas, 1993, p. 160).

En este punto, es preciso preguntarse: ¿cuándo se puede entender que el rendimiento deficiente deviene en permanente?

Al respecto, es interesante tomar como referencia la causal de despido por capacidad contenida en el artículo 23, literal a, de la LPCL, y el artículo 33° del Reglamento de la Ley de Fomento:

“Artículo 23.- Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

a) Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros”.

“Artículo 33.- El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de las tareas a que se refiere el inciso a) del Artículo 56 de la Ley, deberá ser debidamente certificado por el Instituto Peruano de Seguridad Social, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador. [...]”.

En la referida causal, se establece que la resolución del contrato de trabajo por motivos vinculados a la salud se entiende porque el detrimento genera que el trabajador no pueda cumplir con su prestación laboral de manera satisfactoria nunca más, cuestión que es definida por un acto médico que define si la situación de salud es temporal o permanente. Es decir, el elemento y momento en que la incapacidad deviene en permanente está definida por un acto emitido por un organismo calificado y especializado en salud.

Sin embargo, en el caso del literal b, es decir, del rendimiento deficiente, ¿cuándo es permanente? A nuestro criterio, antes del preaviso por rendimiento deficiente, no hay manera de saber si la situación es permanente o temporal, básicamente porque el dinamismo del rendimiento admite la posibilidad de revertir una situación de rendimiento deficiente, cuestión que está recogida en la misma norma (artículo 31 de la LPCL), y que establece que, antes del despido, el empleador está obligado a otorgar un plazo de por lo menos treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia.

Si el trabajador tiene la oportunidad de corregir su deficiencia, ¿cómo es posible que antes del preaviso se requiera que se trate de un rendimiento deficiente permanente? Esto, evidentemente, no es jurídicamente lógico ni coherente, pues, si en el plazo de treinta días después de notificado el preaviso, el trabajador corrige su deficiencia, entonces no se trataba de una situación permanente. En ese sentido, consideramos que el rendimiento deficiente deviene en permanente y, por tanto, habilita la aplicación del despido, recién cuando luego de la notificación del preaviso, y después de los treinta

días de plazo de ley, los resultados de la evaluación reflejan que el trabajador sigue incurso en rendimiento deficiente. Es recién en ese momento que se trata de un rendimiento permanente.

Sobre el particular, hemos encontrado una referencia a este planteamiento en la sentencia de primera instancia del Expediente N° 2094-2016, en la cual se indica lo siguiente:

“8. [...] la recurrente no ha alcanzado los niveles de producción requerido, motivo por el cual se le remite la carta de preaviso de despido antes mencionada a fin que corrija su deficiencia, otorgándole para ello un plazo de más de 30 días [...]; sin embargo, cumplido dicho plazo la accionante no alcanzó el nivel de producción que se le requirió, tal y conforme lo ha acreditado la demandada a folios 97; infiriéndose que su rendimiento deficiente fue continuado [...]”.

Si bien la jurisprudencia indica que, luego de los treinta días de plazo para corregir la deficiencia, se ha configurado un rendimiento deficiente continuado que habilita el despido, en realidad, la jurisprudencia se refiere a que el rendimiento deficiente deviene en permanente. De modo que, si bien terminológicamente existe una confusión, la idea es la misma, es decir, que solo luego del plazo de treinta días se puede saber si la situación de rendimiento deficiente es o no reversible.

En este punto es preciso preguntarse: ¿qué sucede si dentro del plazo de los treinta días otorgados el trabajador no logra corregir su deficiencia, pero por una demora en el procesamiento de los resultados, en el siguiente periodo de evaluación sí obtiene buenos resultados? Por ejemplo, al trabajador se le notifica preaviso de despido por rendimiento deficiente el 31 de marzo, y se le otorga treinta días naturales para que corrija su deficiencia desde el 1 al 30 de abril. Durante el plazo, el trabajador vuelve a incurrir en rendimiento deficiente, sin embargo, los resultados demoran en procesarse y recién son conocidos el 15 de mayo, pero del 1 de mayo al 15 de mayo se han presentado buenos resultados ¿Correspondería no aplicar el despido? Consideramos que, a pesar de dichos resultados positivos, ello no enerva la naturaleza permanente del rendimiento deficiente.

Recordemos que existe la posibilidad de que un trabajador tenga un rendimiento deficiente no continuo, pero sí habitual. En este

caso, los resultados positivos posteriores no acreditan capacidad, sino simplemente precisan que se trata de un rendimiento deficiente permanente de tipo habitual, pero que, en definitiva, sí justifica el despido. A esto, sumemos que la demora de quince días en la toma de acción responde a que recién se tomó conocimiento de los resultados quince días después, así en atención al mismo principio de inmediatez, antes de los referidos quince días no se podría aplicar ningún tipo de medida ya que no se había conocido el incumplimiento.

En virtud de lo mencionado, los conceptos de reiterancia, continuidad, habitualidad y permanencia están íntimamente relacionados, pero tienen diferencias relevantes.

En resumen, la reiterancia implica incurrir en rendimiento deficiente en más de una oportunidad (es decir, al menos dos), la continuidad supone que la reiteración de resultados negativos ha sido contigua; y, por su parte, la habitualidad refiere a que existe una reiterancia, pero discontinua y no razonable. Finalmente, la permanencia implica que el rendimiento deficiente se mantendrá inmutable, y sucede luego del plazo otorgado para la corrección de la deficiencia. Graficaremos estos conceptos de manera que configuren un supuesto de despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad:

Rendimiento deficiente reiterado, continuo y permanente		
Periodo	Resultado	Observación
Enero	Satisfactorio	Evaluación 1, referencia de rendimiento superior.
Febrero	Deficiente	Evaluación 2, primera disminución del rendimiento.
Marzo	Deficiente	Evaluación 3, cumple la reiterancia y la continuidad, con lo cual se habilita la notificación del preaviso de despido y el otorgamiento del plazo de treinta días para corregir la deficiencia.
Abril	Deficiente	Evaluación 4, no se corrige la deficiencia, y el rendimiento deficiente reiterado y continuado adquiere calidad de permanente habilitando el despido.
Mayo	-	Se notifica carta de despido inmediatamente después de conocidos los resultados de la cuarta evaluación.

Como se puede observar, la mínima extensión de un procedimiento de despido por rendimiento deficiente, tanto etapa formal como etapa de evaluación de rendimiento, debe tener al menos cuatro evaluaciones de extensión mensual.

Sobre esto, a discrecionalidad del empleador, se puede ampliar los periodos evaluados, es decir, que la reiterancia no sea la mínima de dos periodos, sino de tres o cuatro evaluaciones negativas antes de imputar.

Rendimiento deficiente reiterado, habitual y permanente		
Periodo	Resultado	Observación
Enero	Satisfactorio	Evaluación 1, referencia de buen rendimiento.
Febrero	Deficiente	Evaluación 2, primera disminución del rendimiento.
Marzo	Satisfactorio	Evaluación 3, se recupera el buen rendimiento.
Abril	Deficiente	Evaluación 4, cumple la reiterancia y la habitualidad, con lo cual se habilita la notificación del preaviso de despido y el otorgamiento del plazo de treinta días para corregir la deficiencia.
Mayo	Deficiente	Evaluación 5, no se corrige la deficiencia, y el rendimiento deficiente reiterado y habitual adquiere calidad de permanente habilitando el despido.
Junio	-	Se notifica carta de despido inmediatamente después de conocidos los resultados de la quinta evaluación.

Al igual que en supuesto anterior, este sería la extensión mínima de un procedimiento de despido por rendimiento deficiente habitual, tanto etapa formal como etapa de evaluación de rendimiento.

Así para que se configure la habitualidad, al menos, debe haber cuatro periodos evaluados, de los cuales dos tienen resultados positivos y dos, negativos, de manera intercalada (o similar). Luego de ello, recién se habilita la posibilidad de imputar preaviso.

Cabe mencionar que, lo más común es que el rendimiento disminuya de manera gradual, por lo cual el detrimento no se suele observar en periodos tan cortos, sino que son resultado de varios meses, por ejemplo, un trabajador que solía cumplir el 100 % de su meta, disminuye gradualmente (mes a mes) un 5 % en sus resultados, al cabo de un año su rendimiento oscilará en un 40 % de cumplimiento de meta. En este caso, se tendría que extender el periodo en el cual se observa el rendimiento, incluso el rendimiento positivo de referencia estaría lejos del rendimiento actual.

En atención a lo mencionado, la extensión de la evaluación de rendimiento podrá ampliarse según las necesidades del negocio. Recordemos que los periodos expuestos son lo mínimo indispensable (el piso), por encima de ello, en la medida que no afecte al trabajador, existe una amplia flexibilidad para diseñar la evaluación.

En resumen, el principio de inmediatez está expresamente previsto en la norma para su aplicación respecto del rendimiento deficiente. Si bien su desarrollo ha sido principalmente respecto de la facultad sancionadora, el principio de inmediatez es transversal a las relaciones laborales, y respecto del empleador, supone un límite temporal al ejercicio del poder de dirección, la inmediatez no es otra cosa que la razonabilidad del tiempo.

En ese sentido, respecto del despido por rendimiento deficiente tiene una especial dimensión, no solo se manifiesta en el periodo en el cual el empleador imputa la causal de despido luego de conocido el déficit del rendimiento, sino que también se manifiesta en la razonabilidad de los tiempos que se toma el empleador para evaluar el rendimiento como lo son la amplitud del periodo

evaluado (que por norma debe ser al menos mensual), la cantidad de evaluaciones negativas que sustentan la imputación de la falta, asimismo, ayuda a determinar si se trata de una situación continua, habitual o permanente.

III. Principio de razonabilidad

Este principio no es recogido expresamente en la norma sobre despido por rendimiento deficiente, sin embargo, consideramos que es plenamente aplicable, toda vez que se trata de un principio transversal en el derecho laboral. Como lo ha señalado Américo Pla, en las relaciones laborales, los sujetos deben proceder de acuerdo con la razón (Pla, 1978, p. 284). Asimismo, Michael Vidal señala que este principio es considerado como parte de los límites a las facultades del empleador (Vidal, 2009, p. 279), así, en la medida que la evaluación de rendimiento es una manifestación del poder de dirección (facultad fiscalizadora), pues, el principio de razonabilidad debe ser necesariamente observado tanto en el diseño como en la ejecución de la medición.

Sin embargo, es preciso preguntarse: ¿qué se debe entender por razonabilidad? Al respecto, consideramos preciso citar a Plá, quien indica lo siguiente: *“Todo el orden jurídico se estructura en torno de criterios de razón y de justicia que parten de la naturaleza de la persona humana y buscan concretar un ideal de justicia [...] el supuesto del régimen jurídico es que el hombre actúa razonablemente y no arbitrariamente, ya que la arbitrariedad puede mirarse como la contrapartida de la razonabilidad”* (Plá, 1978, p. 284).

Como indica Plá, si bien el empleador tiene a su cargo el manejo y organización del trabajo, gozando de una amplia discrecionalidad para conducir su actividad, también es cierto que cada acto que se ejerce debe poder justificarse desde un punto de vista de la razón. Así, cada decisión debe contar con una razón objetivamente válida que justifique su ejercicio (Pla, 1978, pp. 285-299). Esta definición tiene un correlato en la jurisprudencia, así en la sentencia recaída en el Exp. 090-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional indica lo siguiente:

“Por ello, el principio de razonabilidad, implícitamente derivado del principio de igualdad, y expresamente formulado en el artículo 200 de la Constitución, no tolera ni protege que se realicen o expidan actos o normas arbitrarias. Razonabilidad, en su sentido mínimo, es lo opuesto a la arbitrariedad y a un elemental sentido de justicia”(Fundamento 38).

En atención a lo expuesto, podemos concluir que la razonabilidad es, principalmente, el antónimo de la arbitrariedad, lo cual implica que las decisiones del empleador cuenten con un sustento objetivamente válido.

Ahora bien, consideramos que una manifestación del principio de razonabilidad en el diseño de la evaluación se puede encontrar en los criterios para evaluar, por ejemplo, la meta u objetivo que debe alcanzar el vendedor. Anteriormente, hemos señalado que una meta igual para contextos diferentes no se ajusta a criterios de igualdad, sin embargo, también debe considerarse que una meta excesiva, es decir, el establecimiento de objetivos que sean difícilmente alcanzables (o casi inalcanzables) por el trabajador promedio, puede traer como resultados que todo (o casi todo) el grupo de evaluados tenga resultados negativos. Así, si la magnitud de los resultados es ampliamente más negativa que positiva, pues probablemente el problema no sean los trabajadores, sino los parámetros de evaluación.

Al respecto, Carlos Cadillo ha opinado que el nivel de rendimiento que se utiliza como referencia (parámetro o meta) para las comparaciones individuales y colectivas debe encontrarse dentro de lo normal o promedio, ya que, si se establece un mínimo superior a este, se podrá considerar que existe un abuso de derecho por parte del empleador al exigirse al trabajador un rendimiento sobre el promedio real (Cadillo, 2013, p. 88). Evidentemente, un abuso en el poder de dirección supone un uso no razonable de dicha facultad, lo cual afecta el principio materia de este acápite.

Sobre el particular, en consulta con el Ministerio de Trabajo, con fecha 26 de junio de 2020, la Dirección de Promoción de la Formalización Laboral y Capacitación en la Normativa Laboral nos respondió lo siguiente: “[...] si el trabajador opta por ir a la instancia judicial para impugnar el despido, deberá probarse que el trabajador como resultado de **una evaluación con criterios razonables** y aplicable a todos los trabajadores con funciones similares, ha obtenido un resultado por debajo del promedio” (Anexo III). Claramente, la autoridad administrativa de trabajo tiene la posición de que el principio de razonabilidad tiene una incidencia directa en los criterios de la evaluación de rendimiento.

En este punto, es preciso recordar lo señalado en el primer capítulo sobre los límites de la facultad fiscalizadora, así, se mencionó que la fiscalización debe tener como finalidad satisfacer una necesidad razonable del negocio (límite interno), por ejemplo, el empleador establece lineamientos que tienen como

objetivo verificar que el trabajador cumple con ciertos índices de venta para incentivar una mayor producción del personal (metas de venta).

Así, los criterios o parámetros que componen la evaluación de rendimientos deben seguir criterios de razonabilidad (por ejemplo, metas u objetivos, formas de cálculo, pesos de cada aspecto evaluado, etc.) a fin de que los resultados sean lo más objetivos posibles y sin distorsiones. Como hemos mencionado, si una evaluación arroja resultados ampliamente más negativos que positivos (o viceversa) no se tendrá un diagnóstico sincero de la capacidad del trabajador (ni de la productividad real del equipo), lo cual invalidará cualquier medida que se tome en contra de los trabajadores que obtengan bajos resultados.

Como se mencionó en el primer capítulo, entre los criterios que deben guiar a la evaluación del rendimiento se debe mencionar, en primer lugar, la finalidad de satisfacer una necesidad razonable del negocio como, por ejemplo, promover una mayor productividad del personal. De ninguna manera, la evaluación de rendimiento puede ser utilizada para forzar un despido, puesto que este devendría en fraudulento (Exp. 130-2012-PA/TC); y, en segundo lugar, que los aspectos relevantes para la evaluación de rendimiento (por ejemplo, metas requeridas, criterios de evaluación, materias o indicadores evaluados, etc.) deben ser razonables, proporcionales, no perjudiciales: la evaluación de personal se debe realizar sobre la base de parámetros objetivos que permitan el alcance razonable de las metas establecidas por la organización (Res. N° 663-2014-SERVIR/TSC-SEGUNDA SALA, fundamento 20).

Sobre el particular, hemos encontrado un correlato de este planteamiento en la jurisprudencia, así, en la sentencia de vista del Exp. 23886-2015, la primera sala laboral permanente precisó lo siguiente:

“DÉCIMO SEGUNDO: De la revisión de los actuados se advierte que la demandada no ha señalado el método que ha empleado para verificar el bajo rendimiento del trabajador, ni cuál ha sido el criterio para establecer la meta de producción asignada, así como tampoco ha especificado técnicamente los parámetros o lineamientos que ha utilizado para determinar el rendimiento promedio en labores y no ha demostrado que se dieron las condiciones similares respecto del escenario en el que prestó sus servicios el demandante en relación con el escenario en que prestaron sus servicios los otros trabajadores que desempeñaron el mismo cargo del actor, que sí llegaron a alcanzar el 80 % de cumplimiento de la meta

asignada. Y menos aún, han sido explicados en la carta de pre aviso de despido, lo cual resultaba necesario en virtud de que se le imputó al hoy demandante la causa justa de despido de rendimiento deficiente en relación con su capacidad”.

“DÉCIMO TERCERO: En la Audiencia Pública de Vista de la Causa, la parte demandada al ser interrogada sobre estos aspectos, no respondió en forma válida en cuanto al método que se utilizó para verificar el rendimiento deficiente del hoy demandante, ni respecto de las condiciones objetivas similares que tuvo el actor en relación con sus otros compañeros de trabajo, limitándose a señalar que las metas asignadas y los porcentajes de producción de cumplimiento de la meta los establece el Banco demandado, de acuerdo a las políticas de la empresa, y agregó que la fórmula que se emplea para obtener el porcentaje de producción de cada trabajador es un cálculo matemático que se hace por trimestre, consistente en la suma de los porcentajes de los tres meses del período, este resultado se divide entre tres y si ese porcentaje obtenido supera el 80 % de la meta asignada , no es rendimiento deficiente [...]”.

“DÉCIMO CUARTO: De lo antes expuesto, se evidencia que el banco demandado fijó en forma unilateral y arbitraria la meta y el porcentaje requerido (80 %) para el cumplimiento de la meta, puesto que se verifica que estos no tuvieron un sustento técnico que lo respalde. Tampoco se explicó cómo se llega a obtener el rendimiento promedio en labores y si las condiciones objetivas fueron similares tanto para el demandante como para el resto de sus compañeros que desempeñaban el mismo cargo que él y lograron alcanzar el porcentaje exigido de cumplimiento de la meta, lo cual está contemplado en el inciso b) del artículo 23° del Decreto Supremo N° 003- 97-TR”.

Como se puede observar, efectivamente, al momento en que la Corte analizó la manera o criterio mediante el cual se estableció la meta usada para medir el rendimiento de los trabajadores, pues no se encontraron razones objetivamente válidas que lo sustenten. Incluso el empleador al responder este extremo, solamente se limitó a indicar que la meta la establece la empresa en base a sus criterios internos, sin precisar cuáles son dichos criterios. Evidentemente, a partir de lo expuesto se puede colegir que la meta se estableció de manera arbitraria, ya que no se exhibió ningún sustento o razón objetiva al respecto.

En el mismo sentido, hemos encontrado que la inspección de trabajo comparte el criterio judicial, así en el Informe de Actuaciones Inspectivas N° 004-2019-DRTPE-DIT-SDIL/HYO/YPP, se revisó un caso de incremento

arbitrario de meta. Sobre el particular, el inspector de trabajo verificó que, en el mes de noviembre de 2018, había dos metas de venta, por un lado, meta core de S/. 840; y, por otro lado, meta prima base de S/. 1200, sin embargo, en diciembre de 2018, tales metas incrementaron en casi más de un 60 % en ambos rubros, así la meta core pasó a ser de S/. 1400, y la meta prima base de S/. 2000.

En este caso, al verificarse que no existían razones objetivas que sustentaran el incremento de la meta, el empleador procedió a dejar sin efecto dicha medida, y restituyó las metas anteriores. Al respecto la Sunafil indicó lo siguiente:

“Respecto a la imposición de metas excesivas para el cálculo del pago de comisiones e incentivos por ventas que afecta el pago de la remuneración mensual; es preciso indicar que la inspeccionada acreditó la restitución de las metas iniciales que son la meta core de S/. 840 y meta prima base de S/. 1200, que eran las metas iniciales [...]”.

Como se puede observar, el principio de razonabilidad en el marco del despido por rendimiento deficiente se manifiesta en los parámetros y criterios que componen el diseño de la evaluación de rendimiento. En este caso, se trata del sustento de la meta, es decir, de una cuestión de fondo. Anteriormente, se ha indicado que evaluar en base a una meta es una forma válida y aceptada así por la jurisprudencia y doctrina, sin embargo, en este punto se trata de verificar si la meta es razonable. Como hemos indicado, la razonabilidad se manifiesta en la calibración de la cantidad de venta o rendimiento que se exige a los trabajadores.

En atención a lo mencionado, lo ideal sería establecer la meta valiéndose de razones objetivamente válidas, por ejemplo, un informe de análisis de mercado en el cual, con base en datos estadísticos, se establezca una estimación de potencial de mercado, y expectativas de penetración y crecimiento, con una proyección clara del futuro del negocio. Si la meta es una cifra, pues su sustento debe ser cifras, ya que, como se observa en la sentencia precitada, lo que trata de evidenciar la Corte es que la empresa estableció la meta que se le ocurrió, sin mayor argumento, lo cual, definitivamente, supone una arbitrariedad.

Ahora bien, por otra parte, como se ha señalado, no solo los criterios de fondo (como el caso de la meta) deben respetar el principio de razonabilidad, sino también la ejecución de tal evaluación. Así, como se ha manifestado anteriormente, el rendimiento deficiente se justifica en que la capacidad

del trabajador (es decir, en sus características personales intrínsecas) resulta menor al promedio del resto de trabajadores. Sin embargo, si dicho rendimiento deficiente tiene su origen en causas diferentes, pues no se justificará el despido.

Como señala Carlos Cadillo, no procederá el despido si la deficiencia es resultado de factores externos (por ejemplo, cambios de temporadas, alta competitividad, o crisis del mercado), factores imputables al empleador (por ejemplo, herramientas defectuosas, deficientes materiales, averías en los sistemas), infraestructura, escasez de productos, cambios en el sistema productivo), o factores que afectan a los trabajadores (por ejemplo, tratamiento médico, reinicio de relación laboral suspendida, adaptación a los cambios del sistema o puesto de trabajo) (Cadillo, 2013, pp. 89-90).

Al respecto, por ejemplo, en atención a una experiencia profesional, en el año 2017 tuvo lugar el fenómeno del Niño que en aquella oportunidad se denominó “Niño costero”. Este desastre natural afectó principalmente la zona norte del Perú durante los meses de enero, febrero, marzo, abril y mayo, generando inundaciones y huaicos tanto en zonas rurales como en urbanas, y fue catalogado como el tercer fenómeno del Niño más fuerte en los últimos cien años en el Perú (ENFEN, 2017).

En ese contexto, un grupo de trabajadores de fuerza de ventas cuya sede de labores se encontraba en el centro de la ciudad de Trujillo, y que eran objeto de evaluación por parte de la empresa, fue afectado, pues la agencia y los exteriores se inundaron durante varios días, e incluso luego de superar la inundación de esa sede y exteriores, otras zonas de la misma ciudad aún estaban enlodadas o inundadas.

Evidentemente, en ese contexto (agencia temporalmente inoperante y población perjudicada por el desastre natural) las ventas de la agencia fueron drásticamente inferiores durante los meses del fenómeno, por lo cual, la empresa decidió suspender la aplicación de la evaluación de rendimiento hasta el retorno de las condiciones normales, con lo cual se suspendieron preavisos de despido, cartas de despido, entre otras consecuencias jurídicas.

Como podemos observar, en el caso relatado, el empleador aplicó con razonabilidad la evaluación de rendimiento, puesto que los eventuales resultados negativos de los trabajadores no tenían su origen en sus habilidades o aptitudes profesionales, sino en el contexto de desastres naturales que acontecía en el centro de trabajo (fuerza mayor). En este ejemplo, se puede evidenciar la

afectación del rendimiento por factores externos, que no son imputables ni al empleador ni al trabajador, por lo cual se requiere la aplicación del principio de razonabilidad para resolver tal situación.

Del mismo modo, es posible señalar otro ejemplo, como lo es el cambio geográfico del vendedor. En la práctica común del personal de fuerza de ventas, es frecuente que el vendedor sea periódicamente movido entre diversas zonas de la ciudad o del país, y como es sabido, el empleador dentro de su poder de dirección se encuentra el *ius variandi* geográfico que le da la posibilidad de hacer efectivos estos constantes traslados que requiere el negocio.

Así, si un vendedor viene siendo evaluado sobre los resultados de sus labores realizadas en la agencia de ventas del centro comercial Open Plaza y luego es cambiado al centro comercial Megaplaza pues la evaluación de este trabajador sufrirá algunos impactos, puesto que, no solo el potencial de venta en dicho centro comercial no es el mismo, sino que el equipo de trabajadores respecto de los cuales se realiza la comparación es otro, y probablemente las metas también sean diferentes.

Como se puede colegir, en este caso se trata de una afectación del curso regular de la evaluación de rendimiento por una acción del empleador, es decir, un factor atribuible a uno de los sujetos de la relación laboral. Sobre el particular, Carlos Cadillo indica que algunas causas imputables al empleador que impactan en la evaluación de rendimiento son el cambio de puesto, funciones, sistemas o condiciones, como la introducción de una nueva tecnología, en tales casos el empleador debe otorgar un plazo razonable y prudencial de capacitación, entrenamiento y adaptación para el trabajador (Cadillo, 2013, p. 90). Como se puede observar, entre los motivos que menciona el precitado autor se puede incluir sin problema, el traslado o cambio de centro de trabajo que hemos ejemplificado anteriormente.

Así, la aplicación del principio de razonabilidad en la ejecución de la medición también interviene en estos supuestos, puede ser que algunos criterios ya se incorporen en el diseño, pero aquellos que no se puedan (o se hayan establecido con anterioridad) del mismo modo deberán observar el principio de razonabilidad como, por ejemplo, otros eventos atribuibles al empleador como una caída del sistema o desperfectos de los softwares de venta.

En ese sentido, en atención al principio de razonabilidad, el empleador deberá aplicar medidas que mitiguen los impactos que estos cambios puedan tener en los resultados, así, se puede reiniciar la medición (en caso de que

el trabajador no se encuentre en un procedimiento de despido iniciado, no tendrá mayor impacto), dar un periodo de gracia para su adaptación (en caso de que sea la primera vez en ese local), o diseñar una fórmula numérica para prorratear medidas o resultados al nuevo contexto.

Como lo había adelantado, Cadillo indica que una medida razonable es dar una adecuada capacitación al trabajador para que pueda rendir satisfactoriamente (Cadillo, 2013, p. 90). Al respecto, podemos observar que Carlos Cadillo enlaza el deber de capacitación en el marco de un procedimiento de despido por rendimiento deficiente. Desde nuestro punto de vista, consideramos que si bien, por mandato legal expreso, el empleador tiene el deber de capacitar a sus trabajadores, en el caso específico del despido por rendimiento deficiente dicha norma (artículo 84 y 86 de la LPCL) debe complementarse con el principio de razonabilidad. En ese sentido, no sería razonable que el empleador aplique un despido por rendimiento deficiente sin antes haber capacitado debidamente a sus trabajadores a fin de repotenciar sus cualidades.

De este modo, concretizando el deber de capacitación en el caso del despido por rendimiento deficiente, consideramos que dentro del diseño de la evaluación de rendimiento debe incorporarse un plan de capacitación enfocado en la corrección de las deficiencias de los trabajadores. Esta opinión es compartida por otros autores que señalan que se debe implementar un procedimiento de mejora continua en el cual el empleador brinde el apoyo necesario para que el trabajador pueda mejorar su rendimiento, este documento debe estar suscrito por trabajador y el empleador (AA.VV., 2016, p. 309).

Sobre este punto, hemos encontrado un caso en el cual se aborda brevemente lo referente a la capacitación (Sentencia de Vista Exp. 23886-2015), así, la parte demandante correspondiente al trabajador alegó que no se le dio una adecuada capacitación, lo cual fue un factor que influyó en el decaimiento del rendimiento laboral. Según el trabajador, durante un primer periodo, trabajó en un área de venta en la cual tuvo un buen rendimiento, sin embargo, posteriormente fue cambiado a otra área, en la cual su rendimiento descendió. De acuerdo con lo que indica, el grado de deficiencia fue más notorio porque se lo comparó con otros trabajadores que llevaban más tiempo en dicha área y que, por consiguiente, tenían mayor experiencia y más capacitados. Sobre este punto, la Corte, de manera genérica, indicó que la empresa no había logrado acreditar que las condiciones en las cuales se dio la evaluación fueron similares. Veamos la sentencia:

“El a quo en los numerales 9.4, 9.5, 9.6, 9.7 y 9.8 no toma en cuenta el contenido de la demanda y sus pruebas, porque no toma en cuenta que cuando eran trabajadores de venta de Pymes él y su compañero eran los mejores vendedores y que cuando son trasladados a otras áreas no son capacitados para competir en esas nuevas áreas de ventas [...] no toma en cuenta que les someten a comparación con trabajadores que ya venían trabajando durante años en el área donde habían sido trasladados [...]”.

DÉCIMO CUARTO: [...] Tampoco se explicó [...] si las condiciones objetivas fueron similares tanto para el demandante como para el resto de sus compañeros que desempeñaban el mismo cargo que él y lograron alcanzar el porcentaje exigido de cumplimiento de la meta, lo cual está contemplado en el inciso b) del artículo 23 del Decreto Supremo N° 003-97-TR”.

Como se puede observar, en el procedimiento de evaluación no se había establecido un periodo de capacitación, ni antes de ocupar el cargo ni durante la evaluación, por lo cual no se puede decir que hayan existido condiciones similares. Si bien hay una referencia al principio de igualdad, definitivamente, se puede vincular con el principio de razonabilidad en la medida que no es razonable evaluar sin capacitación previa en el puesto, recordemos que una evaluación mide conocimientos, habilidades y demás aspectos previamente transferidos en un proceso de enseñanza que no es otra cosa que una capacitación. Por tanto, sin capacitación no debe haber evaluación, lo contrario, sería no razonable.

En este punto es relevante recordar lo indicado en el primer capítulo sobre el contenido de la capacitación, como se pudo observar del voto singular del magistrado Calle Hayen recaído sobre el Exp. 130-2012-PA/TC, en el caso se observa que el empleador implementó un Plan de Mejora de Desempeño a fin de que el trabajador se recupere y pueda mejorar su rendimiento, sin embargo, el trabajador se negó a seguir las actividades del referido plan. Sobre el particular, el magistrado observó que las actividades del plan no tenían vinculación con las funciones que desempeñaba el trabajador, por lo cual resultaba desproporcionado e irrazonable que se le exija al trabajador seguir las actividades del plan.

Como podemos observar, la capacitación del empleador es un deber que se ejerce dentro de los parámetros de la razonabilidad y, por tanto, debe tener una vinculación directa con las labores del trabajador que se pretenden

potenciar, caso contrario dicho plan es inválido, y puede gatillar que el despido por capacidad devenga en un despido arbitrario por fraudulento.

Por otra parte, una manifestación adicional del principio de razonabilidad se encuentra en las medidas impuestas previas al despido. Anteriormente, en el acápite sobre el principio de inmediatez, hemos indicado que no se puede imputar la causal de rendimiento deficiente con un solo resultado negativo, sino que se requieren al menos dos resultados. En ese sentido, si bien no se puede imputar carta de preaviso en el primer incumplimiento, sí es razonable que se le informe al trabajador sobre su resultado negativo y se le exhorte a que mejore su rendimiento.

Como lo han señalado, algunos autores, en el marco de un procedimiento de despido por capacidad, los empleadores deberán implementar medidas correctivas con la finalidad de justificar adecuadamente el despido ejecutado. Así, en caso se dé un resultado negativo, debería adoptarse una medida, ante la reiterancia, se repite el procedimiento y se adopta una medida más severa (AAVV, 2016, pp. 310-311).

Sobre el particular, en la jurisprudencia hemos encontrado casos en los cuales el empleador, antes de notificar preaviso de despido por rendimiento deficiente, ha remitido comunicaciones informando del resultado negativo y exhortando a mejorar el rendimiento. Así, en la sentencia de vista del Exp. 23886-2015 se indica lo siguiente:

“[...] se advierte que previo al procedimiento de despido, la demandada cursó al hoy accionante dos cartas de fechas 1 y 24 de junio del 2015 mediante las cuales se le exhorta a que mejore su producción [...]”.

Como se puede apreciar, efectivamente, antes de iniciar un procedimiento formal de despido, el empleador busca que el trabajador mejore, para ello, le informa la baja en sus resultados y lo exhorta a subsanarlo. Si bien la corte no analiza este hecho, a nuestro criterio, consideramos que estas comunicaciones previas evidencian una razonabilidad en la aplicación de la causal de despido, que, como se ha señalado, no puede aplicarse al primer resultado negativo. Cabe anotar que las comunicaciones previas no son amonestaciones ni suspensiones, este punto se abordará en el siguiente acápite.

En virtud de lo expuesto, es posible concluir que el principio de razonabilidad está presente tanto en el diseño como en la aplicación y ejecución de la

evaluación de rendimiento. En ese sentido, cada aspecto que integra la evaluación como las metas, los criterios de evaluación, las formas de cálculo, los pesos, etc. deben ser sustentados con base en razones objetivamente válidas.

Asimismo, en la aplicación y ejecución, se debe obtener una evaluación sincera del rendimiento, en ese sentido, se deberá realizar ajustes necesarios en el desarrollo de la evaluación según las circunstancias que impacten en el procedimiento como, por ejemplo, los desastres naturales. Como indica Pla, en el devenir de la relación laboral existen diferentes situaciones que no están reguladas y que dejan un margen de discrecionalidad, para lo cual, el empleador deberá dar respuesta aplicando la flexibilidad y dinamismo del principio de razonabilidad (Pla, 1978, p. 289).

Por último, la incorporación de una capacitación en el puesto que sea previa al inicio de la evaluación es fundamental para el inicio de la medición, toda vez que no es razonable evaluar sin haber capacitado adecuadamente. Finalmente, la razonabilidad también se manifiesta en la aplicación de medidas previas al preaviso, de modo que se exhorte y brinde la oportunidad de mejorar.

IV. Principio de tipicidad (o principio de legalidad)

Si bien este principio tiene su origen en el Derecho Penal (Vidal, 2009, p. 270), también ha sido recogido materia laboral, principalmente, para el ejercicio de la facultad sancionadora, en específico para la aplicación del despido por falta grave o conducta. Como señala Carlos Blancas, nuestro sistema jurídico ha establecido un sistema de enumeración taxativo para la regulación del despido, de modo que solo será falta grave aquella tipificada expresamente en la ley (Blancas, 2013, p. 292).

Según Blancas, el texto del artículo 22 de la LPCL (aplicable tanto al despido por conducta como por capacidad) establece que el despido debe ajustarse al principio de legalidad (el despido debe tener causa justa establecida por ley), el cual exige una serie de requisitos de fondo y de forma que se pueden clasificar en una triple exigencia: (i) Ley previa, es decir anterior a los hechos y sin efectos retroactivos, (ii) Ley escrita, o sea, formalizada por norma, y (iii) Ley estricta, es decir, no se puede aplicar analogía.

Así, para ejercer el poder sancionador, primero se debe calificar una determinada conducta como falta laboral de manera expresa en una norma (Vidal, 2009, p. 270). Esta postura tiene un correlato en la jurisprudencia, ya que

en la sentencia recaída sobre el Exp. 3169-2006-PA/TC, se concluye que la falta que se le imputó al trabajador estaba previamente regulada en la ley y el reglamento interno de trabajo, en los cuales se describe específicamente la conducta sancionable. Así, se cumplen los presupuestos de ley escrita, previa y estricta, de modo que el despido no vulnera el principio de tipicidad.

Asimismo, otro ejemplo se puede encontrar en la STC N° 1058-2004-AA/TC que declaró la afectación de la tipicidad por haberse sancionado con un despido faltas que estaban establecidas como simples infracciones en el Reglamento Interno de Trabajo (Vidal, 2009, p. 271). Así, el Tribunal fundamentó que el trabajador conocía que por los hechos cometidos no se le podía despedir, ya que, según lo dispuesto en el Reglamento Interno de Trabajo, correspondía una sanción menor (Vidal, 2009, p. 272)¹³.

En atención a lo expuesto, es importante resaltar que lo que busca el principio en cuestión es asegurar que las conductas prohibidas (faltas laborales) que conllevan sanciones de índole laboral estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita que cualquier trabajador de formación básica comprenda sin dificultad lo que se está proscribiendo bajo amenaza de imponérsele alguna sanción disciplinaria prevista por ley, evitando que las disposiciones normativas resulten genéricas, indeterminadas e imprecisas, esto según la STC N° 3169-2006-PA/TC (Vidal, 2009, p. 271). Asimismo, el principio también asegura que se cumpla con aplicar la consecuencia jurídica tipificada a la conducta sancionable, es decir, si la norma (por ejemplo Reglamento Interno de Trabajo) establece que corresponde aplicar amonestación, y se aplica despido, entonces se afecta el principio de tipicidad o legalidad.

Ahora bien, ¿cómo se vincula el principio de legalidad o tipicidad respecto del despido por capacidad (rendimiento deficiente)? Desde nuestro punto de vista, el principio de legalidad o tipicidad en el caso del despido por capacidad (específicamente, en el rendimiento deficiente) se manifiesta en la estructura de la evaluación de rendimiento, específicamente, en tres frentes: (i) primero,

13 Este mismo criterio se ha empleado en un caso similar tramitado en un proceso ordinario laboral (Sentencia de Vista del 24 de junio de 2015), en el que la Tercera Sala Laboral de Lima (Exp. 1137-2005-IDA-S) declaró como arbitrario un despido por sustentarse en una falta que, de acuerdo al Reglamento Interno de Trabajo, debía ser castigada con una sanción menor (Vidal, 2009, p. 272).

en la correcta calificación de los hechos respecto de la norma jurídica aplicable, (ii) segundo, los estándares de rendimiento, es decir, metas, objetivos, criterios de evaluación, etc., y (iii) tercero, las medidas jurídicas aplicables al incumplimiento del deber de rendimiento previo al despido por capacidad.

- Respecto del primer punto, aunque parezca una cuestión natural o lógica, puede ocurrir que el empleador califique un supuesto de rendimiento deficiente atribuyendo el incumplimiento de otra norma. Como hemos mencionado en el primer capítulo, si bien el incumplimiento del deber de rendimiento puede ser reputado tanto a la conducta como a la capacidad, desde una perspectiva de buena fe, en la medida que no se cuente con evidencia que acredite que el trabajador bajó su rendimiento deliberadamente, en principio, se debe presumir que el déficit en el rendimiento se debe a una cuestión involuntaria atribuible a la capacidad, por tanto, aplicar el artículo 23, literal b, de la LPCL.

Como lo hemos abordado anteriormente, el despido por incumplimiento del deber de rendimiento se ha regulado en el artículo 23, literal b, de la LPCL cuando se trata de un déficit involuntario (capacidad), y en el artículo 25, literal b, de la LPCL cuando se trata de una disminución deliberada (falta grave por conducta). En ese sentido, se debe tener bastante cuidado al momento de realizar la operación de subsunción respecto de un hecho o conducta para que encaje en el supuesto normativo.

De esta manera, si se trata de un déficit en el rendimiento sobre el cual no existe prueba que acredite un déficit basado en intención o negligencia, sería incorrecto aplicar la norma de conducta, es decir, la falta grave contenida en el artículo 25, literal b, de la LPCL, toda vez que el hecho no encajaría con los requisitos normativos a pesar de que también se trate de un incumplimiento del deber de rendimiento.

Del mismo modo, no solo puede surgir la confusión respecto de las dos normas precitadas, es decir, entre lo regulado en el artículo 23, literal b) y en el artículo 25, literal b, de la LPCL, sino incluso con la aplicación de otras normas como la del artículo 25, literal a) de la LPCL. Para ello, hemos encontrado un caso analizado por la Corte Suprema.

Sobre el particular, se trata de un caso resuelto vía Casación Laboral N° 13119-2017-Lima. En resumen, este caso versa sobre un trabajador que fue despedido por falta grave (reiterada resistencia a cumplir con

sus labores) contenida en el artículo 25, literal a, de la LPCL, toda vez que fue amonestado e incluso suspendido por no haber cumplido con sus metas de ventas mensuales en varias oportunidades. Según se observa, la obligación de cumplir con la meta de ventas se enfocó como una obligación cualquiera, sin las particularidades propias del deber de rendimiento.

Así, si bien la mayoría de los jueces no observó problemas, cuestión que consideramos equivocada, debemos citar el voto en minoría del juez Malca Guaylupo quien fue el único que advirtió la transgresión del principio de tipicidad en una errada calificación entre hechos y normas. Veamos el texto de la sentencia:

“Décimo Cuarto: [...] Ahora bien, como se ha señalado en líneas anteriores, el actor fue despedido por haber cometido falta grave [...]; sin embargo, no se debe perder de vista que la sanción impuesta al trabajador es lo regulado en el inciso a) del artículo 25 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral [...], pese a que se señala en las cartas de despido, que el mismo obedece al hecho de no haberse cumplido con las metas señaladas por el empleador; por lo que, nos encontraríamos frente a una causa de despido relacionada con la capacidad del trabajador prevista en el inciso b) del artículo 23 del mismo cuerpo legal. Siendo esto así, la sanción impuesta no se encuentra tipificada en la norma antes señalada sino más bien se encuentra prevista en lo dispuesto en el inciso b) del artículo 23 del mismo cuerpo legal, la que se encuentra referida al desempeño adecuado que debe tener el trabajador en función a sus capacidades, y no a la conducta asumida por el trabajador”.

“Décimo Quinto: De lo antes expuesto se determina que el proceder de la demandada constituye un hecho arbitrario al extinguir el contrato de trabajo de manera unilateral, por un hecho que no se encuentra tipificado en la norma que se señala para el despido; por ende, el mismo resulta injustificado, al no subsumirse los hechos en la norma invocada como causal de despido, lo que importa un deficiente encuadramiento legal para tipificar el hecho por parte del empleador”.

En atención a lo expuesto, la primera y más básica expresión del principio de tipicidad respecto de la causal de despido por rendimiento deficiente

contenida en el artículo 23, literal b, de la LPCL supone calificar adecuadamente los hechos, es decir, identificar con claridad el rendimiento deficiente y aplicar la norma correcta.

- Con relación al segundo punto, respecto de los estándares de rendimiento. Hemos indicado que el principio de tipicidad busca asegurar que las conductas sancionables (faltas laborales) estén redactadas con un nivel de precisión suficiente que permita que el trabajador comprenda lo que se prohíbe.

Así, *mutatis mutandis*, podemos indicar que el principio de tipicidad en el despido por capacidad implica que los estándares de productividad con los cuales son evaluados los trabajadores (y cuyo incumplimiento gatilla consecuencias jurídicas de índole laboral que pueden ir desde la pérdida de un bono hasta el mismo despido) estén redactados de manera clara, expresa, precisa y sean debidamente conocidos. De modo que, permita que cualquier trabajador evaluado comprenda fácilmente lo que se le está pidiendo y lo que se espera razonablemente de él y su trabajo, bajo advertencia de ser despedido.

Cabe señalar que, además de la evaluación, es fundamental que el trabajador evaluado conozca con claridad cuáles son sus funciones, las mismas que serán materia de evaluación. Vanessa Obregón ha señalado, en base a la jurisprudencia, que el uso de un Manual de Organización y Funciones (MOF) puede servir para acreditar la similitud de funciones (Obregón, 2015, pp. 14-15), sin embargo, este documento también puede servir, principalmente, para acreditar que el trabajador conoce sus funciones y labores. Esta etapa previa también es mencionada por la normativa de la OIT, ya que, como hemos visto, el primer paso de un procedimiento de despido por rendimiento supone informar adecuadamente al trabajador de cuáles son sus funciones. Ergo, lo primero que se debe tutelar es que el empleador haya puesto de conocimiento al trabajador de sus labores, sea mediante el contrato de trabajo o mediante una norma interna.

Así, superado el primer nivel de notificación de las funciones a evaluar, se puede mencionar que el documento que contenga los parámetros de evaluación y criterios de calificación (puede ser una política, reglamento, etc.) debe constar por escrito, debe existir con anterioridad al inicio de la evaluación, y debe tener certeza y precisión sobre todo su contenido. Además de ello, debe existir constancia de que este documento

es conocido por los trabajadores evaluados, en ese sentido, debe estar publicado en un medio por el cual los trabajadores puedan tener acceso a su contenido (intranet, periódico mural, correo electrónico, cargo firmado, etc.).

Esta posición es compartida por otros autores que opinan que las metas de evaluación deben ser claras y razonables, asimismo, deben ser comunicadas a todos los trabajadores antes que el empleador proceda con su implementación, y contar con un documento que acredite ello (cargo de recepción) (AA VV, 2016, p. 309). A nuestro criterio, los aspectos mencionados son presupuestos y condiciones necesarias para la aplicación del despido en relación con la capacidad.

Cabe mencionar que, anteriormente, ya se había abordado que uno de los sustentos jurídicos para exigir la necesidad de notificar los criterios de la evaluación de rendimiento se puede encontrar en los límites jurídicos de la facultad fiscalizadora. Incluso, posteriormente, se indicó que el criterio de informar sobre todos los aspectos relevantes de la evaluación era parte de los límites de ejercicio legítimo del derecho de evaluación, y que de no realizarse se afectaría el derecho de defensa (STC N° 969-96-AA/TC).

En ese sentido, la comunicación previa de la evaluación de rendimiento no solo tiene una base en el principio de tipicidad, sino que también encuentra un sustento en los límites para el ejercicio legítimo de la facultad fiscalizadora, ya que como lo hemos visto en el primer capítulo, la doctrina y jurisprudencia coinciden en que el empleador debe informar de manera suficiente cuáles son las actividades y labores que serán fiscalizadas.

Adicionalmente, se debe considerar que al igual que un reglamento interno de trabajo, una política o reglamento de evaluación también tiene la misma naturaleza normativa en la medida que se tratan de disposiciones generales y abstractas. Recordemos que la facultad directriz autoriza al empleador a emitir disposiciones normativas sobre los trabajadores, en ese sentido, las disposiciones de una evaluación de rendimiento tienen un carácter normativo, de modo que, debe observarse un principio vinculado al principio de tipicidad (ley previa) que es el principio de irretroactividad de las normas (artículo 103 de la Constitución vigente) que indica que, por regla general, las normas rigen desde su publicación hacia

adelante y no hacia atrás, en ese sentido, la nueva norma tiene aplicación a hechos nuevos (Neves, 1990, p. 287).

En virtud de lo mencionado, hemos encontrado algunos ejemplos que presentan manifestaciones del principio de tipicidad, así, en la sentencia de primera instancia del Exp. 23886-2015, se observó que el empleador normó la evaluación de rendimiento en una política interna, y la hizo pública en el intranet de la empresa:

“9.3 Analizando el documento denominado Políticas de la Gerencia Regional de Ventas que corre en autos de fojas 83 a 95, se aprecia que la empleadora ha establecido una metodología para verificar el cumplimiento de los trabajadores del área de ventas, así en el numeral 2.6 se encuadra el rendimiento deficiente en dos supuestos concurrentes: ubicarse en el último cuarto de producción y no alcanzar el 80 % de cumplimiento de la meta asignada, siendo que el actor no ha negado su existencia ni conocimiento al reconocer que estaba colgada en el intranet [...]”

Por otra parte, en la sentencia de primera instancia del Expediente N° 2094-2016 se identificó que la evaluación de rendimiento estaba en un documento adjunto al contrato de trabajo en el cual se especificaba las metas, los criterios de evaluación, forma de cálculo entre otros aspectos. Veamos el texto de la sentencia:

“DÉCIMO: De folios 03 a 10 obra el contrato de trabajo por tiempo indeterminado celebrado entre ambas partes donde en la cláusula novena punto 9.1.19, en relación a las faltas relacionadas con la capacidad de los asesores de seguros, se estableció que: ‘Una de las faltas relacionada con la capacidad, que prevé la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, es el rendimiento deficiente’. Para efectos de la labor que va a desempeñar ‘EL TRABAJADOR’, se considera ‘rendimiento deficiente’ a aquel que se encuentre por debajo de los mínimos de producción y persistencia que debe cumplir ‘EL TRABAJADOR’, los mismos que están detallados en el Manual de Incentivos de la Fuerza de Ventas que ‘EL TRABAJADOR’, declara conocer”, habiéndose indicado en el segundo párrafo de la cláusula segunda que: “... Los requisitos para los ascensos, la permanencia en el nivel y los beneficios, están establecidos en el ‘MANUAL DE INCENTIVOS DE LA

FUERZA DE VENTAS', documento que forma integrante del presente contrato y que 'EL TRABAJADOR' declara conocer en su integridad y haberlo recibido a la suscripción del presente documento", es decir, se entiende de la literalidad del contrato de trabajo que la accionante habría recibido el indicado manual a pesar que expresó que nunca se lo entregaron, alegando la empresa que no existe cargo de entrega, y si bien doña Sánchez Cruz adujo que no le entregaron documentación alguna ni la forma de cómo se realizaba el cálculo de los porcentajes y producción atribuida, en el desarrollo de la audiencia de juzgamiento puso en evidencia que sí conocía la existencia de los documentos, porcentajes y sumas de referencias para alcanzar el mínimo de producción, más si se entiende que la información de la persistencia de los asegurados no es ajena a la trabajadora quien pudo ir llevando el control de las metas a cumplir.

DÉCIMO PRIMERO: El Manual de Incentivos de la Fuerza de Ventas vigente desde el 1 de diciembre de 2015, ha sido presentado por la parte demandada y que obra en autos de folios 85 a 94, donde en relación a las causales de extinción de la relación laboral, y en específico a las faltas relacionadas con la capacidad de los asesores de seguros y el rendimiento deficiente, estableció los mínimos de productividad y persistencia que debe cumplir el asesor de seguros, indicando en relación al primero que al mes 18 (folios 90) deberá contarse con una prima total anualizada con IGV acumulada de \$ 42,300 dólares americanos y en relación al segundo (persistencia), deberá contarse con una persistencia mínima de pólizas de vida y accidentes personales de 70 % entre el 13 y 24 mes".

De lo anterior, se puede colegir que el empleador informó la evaluación de rendimiento al trabajador, en el primer caso, a través del intranet y en el segundo caso, a través del contrato de trabajo. En ambos casos se demostró la existencia de una evaluación y que el trabajador estaba enterado plenamente de lo que se esperaba de sus labores, contando con la información suficiente para poder llevar un control personal de su propio rendimiento. Evidentemente, el conocimiento del contenido de la evaluación de rendimiento proporciona la seguridad jurídica que el principio de tipicidad tutela.

Si bien en ninguno de los dos casos se aborda el principio de tipicidad como tal, consideramos que el hecho de que las evaluaciones de rendimiento hayan estado documentadas y conocidas por el trabajador anula cualquier posibilidad de cuestionamiento respecto de la tipicidad, ya que ello acredita que sí existía una norma que debía observar el trabajador, más allá que dichas disposiciones observen una adecuada razonabilidad, justamente, en estos casos el análisis de los jueces no se dirige a si había norma o no que regule el rendimiento, sino a si las normas que regulaban el rendimiento eran razonables o no.

En ese sentido, en este punto, este principio de tipicidad se transgrede si la evaluación de rendimiento no está documentada ni es conocida por el trabajador. Sobre el particular, hemos encontrado un ejemplo en la jurisprudencia en la Casación Laboral N° 8418-2017-Lima, si bien no se trata en estricto de un procedimiento de despido por rendimiento deficiente, el empleador justificó la no renovación de un contrato temporal de trabajo en resultados negativos de evaluaciones de rendimiento. Empero, no existía constancia de que dichas evaluaciones hayan sido informadas al trabajador:

“En cuanto a que las evaluaciones de rendimiento obrantes en fojas noventa y siete a ciento cuatro, habrían determinado un bajo rendimiento de los demandantes, que habría sido tomado en cuenta para la no renovación de los contratos, es de apreciarse que los mismos no cuentan con la firma de los actores, no se acompañan a ellos evaluaciones, informes, memorándums, declaraciones o exámenes realizados a los propios trabajadores o a otros trabajadores que permitan corroborar las calificaciones otorgadas; siendo suscritos dichos documentos únicamente por el gerente general y el supervisor de planta; estableciéndose que los mismos son medios probatorios de parte que no permiten acreditar lo señalado en ellos”.

Sobre este caso, incluso en la sentencia de primera instancia del proceso indicado, el juzgado precisa que la evaluación de rendimiento está vinculada a la causal de despido por capacidad regulada en el artículo 23, literal b, de la LPCL, en ese sentido, se vulnera dicha norma al no comunicar la evaluación de rendimiento a los trabajadores. Veamos el texto de la sentencia N° 157-2015-7°JEL:

“7.6 Por su lado **constituye argumento de defensa de la empleada que los demandantes fueron cesados por término de contrato, pues no se encontraba obligada a renovar el contrato modal, dado el bajo rendimiento en sus labores, como resultado de una evaluación sometida a ambos trabajadores obteniendo en ambos casos un puntaje de 1,13 de 5 puntos posibles, aportando el Formato de Evaluación del Desempeño de los demandantes** (anexos 1-I y 1-J) para acreditarlo, consultada si en los contratos pactaron dichas evaluaciones, respondió: “eso es facultad del empleador en virtud del artículo 9 de la LPCL, no se debe pactar”(sic), según audio y video (26:52). **Lo expuesto por la demandada por un lado alude al supuesto de causa justa del despido que prevé el artículo 23 del D.S. N° 003-97-TR, relacionada a la capacidad, quedando claro tal como lo expone la demandada que no comunicó a los demandantes de la existencia de las evaluaciones, por considerar que son documentos internos, pese a que alega bajo rendimiento en el trabajo de los demandantes, vulnerando de esta manera lo dispuesto en el Decreto Supremo N° 003-97-TR, artículo 31,** que dispone: “El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia”. De otro alude al vencimiento del contrato de trabajo modal, sin embargo al haberse desnaturalizado los contratos modales tal como se ha explicitado en el considerando sexto, determinándose la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado su cese debía producirse por causa justa prevista por ley”.

En la misma línea, en la Sentencia N° 249-96-AA/TC del Tribunal Constitucional se indicó que no informar los resultados de la evaluación de rendimiento (sean negativos o positivos) afecta el debido proceso. Se trata de un caso en el cual se había establecido un reglamento de evaluación en el cual solo se le informaba al trabajador en caso había obtenido un resultado positivo, lo cual, según el Tribunal era inválido:

“[...]es un derecho de todo trabajador sometido a proceso de evaluación, el ser informado acerca de los resultados de la misma, no puede invocarse como presunta prerrogativa de la administración, el hacer conocer al evaluado del resultado de su evaluación, solo en los casos en que se resulta aprobado, ya

que ello sería desnaturalizar la coherencia de un régimen que se supone debería ser igual para todos los trabajadores, independientemente de la situación que les tocara afrontar conforme a los resultados de su evaluación [...] como ha quedado acreditado [...] el demandante no fue informado de los resultados de la evaluación a la que se le sometió, y no pudo, por tanto, coincidir u objetar sus alcances, no cabe la menor duda que [...] ha transgredido su derecho al debido proceso y particularmente su derecho de defensa [...]”.

Al respecto, resulta interesante revisar la manera en la que en instancia administrativa se han analizado aspectos vinculados al principio de tipicidad respecto de la medición del desempeño. En ese sentido, es relevante reseñar el caso resuelto por la Sunafil en la Resolución de Intendencia N° 791-2020- SUNAFIL/ILM, en el cual un trabajador denunció actos de hostilidad debido a un cambio de puesto que afectó su categoría y remuneración. En este caso, el empleador alegó haber cambiado de puesto al trabajador porque su producción había disminuido (de 53 piezas a 43 piezas). Sobre el particular, la Sunafil concluyó lo siguiente:

“3.6 [...] se ha comprobado que la inspeccionada no ha acreditado contar con protocolos relativos al puesto de trabajo desempeñado por el trabajador Rodrigo Condori Huillca, que determinen, de forma previa y clara, la obligación del trabajador de hacer 53 piezas [...]”.

“3.7 Al respecto, aun cuando la inspeccionada refiere que los días 17 y 18 de agosto de 2017 el trabajador afectado cumplió con realizar 53 piezas de ovalines, ello no exime a la inspeccionada de demostrar que cuenta con unas metas de producción claras y que debieron ser informadas al señor Condori con antelación a fin de que este no pueda excusarse posteriormente de incumplir sus obligaciones”.

Como se puede observar, en este caso, el criterio que ha expresado la Sunafil coincide plenamente con lo abordado en esta investigación sobre los alcances del principio de tipicidad en el marco de una evaluación de rendimiento, y que coinciden con los criterios judiciales previamente citados. Así, el establecimiento formal y por escrito de los criterios de evaluación (por ejemplo, metas de producción) y la notificación oportuna (previa y clara) de dicha evaluación es un deber innegable del empleador.

Cabe mencionar que la Sunafil de cierta manera coincide con la exigencia establecida en la normativa de la OIT en la que se indica que el

primer nivel para medir el rendimiento es notificar claramente al trabajador cuáles son sus obligaciones, así, en esta resolución podemos observar que la autoridad administrativa observa que el empleador debió informar al trabajador de sus obligaciones a fin de que no sean desconocidas posteriormente. Así, es notoria la coincidencia entre el criterio de resolución de la Sunafil con la normativa internacional revisada en esta investigación.

En el mismo sentido, podemos mencionar el caso también resuelto por la Sunafil mediante Resolución de Intendencia N° 845-2020-SUNAFIL/ILM, en la cual se realizó una evaluación de desempeño a un docente, y como resultado de un aparente bajo desempeño, el empleador disminuyó las horas de clases, lo cual, impactó en la cuantía de su remuneración. Veamos lo resuelto por la autoridad administrativa:

“3.19. [...] del análisis del expediente de inspección observamos que el señor Augusto Peralta Aguilar [...] prestaba servicios como docente [...], sin embargo, [...], a partir del año 2015 como resultado de sus evaluaciones de desempeño y encuestas flash, se fueron recortando el número de horas de dictado de clases”.

“3.21. [...] en el Reglamento Interno de Trabajo del grupo UTP, artículo 6 literal h), se sostiene que los trabajadores serán evaluados periódicamente respecto de su rendimiento laboral, en este punto, cabe indicar que también se advierte en el artículo 2, literal g) del mencionado reglamento, que se establece la obligación de la inspeccionada de evaluar el rendimiento o desempeño de los trabajadores, así como informar los resultados de estas evaluaciones a los trabajadores, y, como se aprecia en autos, el trabajador afectado tuvo que solicitar el resultado de dichas evaluaciones al ver reducida la programación de sus horas lectivas”.

“3.22. Dicho esto, cabe precisar que el cuestionamiento gira en torno a que la inspeccionada no comunicó de manera previa al trabajador aspectos relevantes para el proceso de evaluación, como verificó el inspector comisionado en el décimo hecho verificado: ‘El sujeto inspeccionado no ha podido demostrar que previa a las evaluaciones que mencionan haber realizado o haya comunicado a todos los docentes de la UTP lo siguiente: qué iban a evaluar, quiénes iban a evaluar y cómo iban a evaluar, así como los puntajes que iban a asignarse para los ítems de evaluación

y los requisitos para aprobar las evaluaciones, todo ello dentro de un marco de igualdad de trato y respeto a la dignidad y condición de docentes de sus trabajadores que serían evaluados para luego sustentar la asignación de horas y dictado de clases'. Incluso, en los escritos presentados en el procedimiento inspectivo, la inspeccionada reconoce a través de su apoderado no contar con comunicaciones formales al trabajador sobre estos temas".

"3.23. Por lo que, realizar evaluaciones sin previamente haber puesto en conocimiento del trabajador afectado las condiciones que serían consideradas, constituyen actos de hostigamiento al colocar al trabajador afectado en estado de indefensión, toda vez que, se le restringe la posibilidad de prepararse para cumplir con los parámetros requeridos, limitando su capacidad de acción, afectando de esta manera su dignidad [...]".

Como se puede observar, en este caso, la Sunafil ha observado acertadamente el flagrante error en el que incurre el empleador al momento de establecer la evaluación de rendimiento, toda vez que no comunicó los criterios de la evaluación de rendimiento a los trabajadores evaluados. Como bien se señala en esta resolución y, en consonancia con lo abordado en este acápite sobre el principio de tipicidad, para que la evaluación de rendimiento tenga plenos y válidos efectos, debe ser notificada adecuadamente al trabajador, lo cual significa que debe comunicarse de manera previa, suficiente y, de preferencia, por algún medio escrito. De lo contrario, a criterio de la Sunafil, se incurriría en actos de hostilidad contra el trabajador.

Es relevante mencionar que, en este último caso, no solo no se notificó los criterios de evaluación, sino que tampoco se notificaron los resultados de las evaluaciones a los evaluados. Ello a pesar de que una norma interna (Reglamento Interno de Trabajo) establecía el deber del empleador de comunicar a los trabajadores los resultados de sus evaluaciones. Lo que sucedió, como hemos visto, es que el trabajador, al ver su carga de trabajo reducida, tuvo que solicitar que se le informen los resultados de la evaluación. En este extremo, podemos observar con mayor detalle la inobservancia del principio de tipicidad por parte del empleador que ni su normativa interna cumplió.

Esta convicción de que existe la necesidad de notificar los resultados de la evaluación (sea positiva o negativa) no solo concuerda con criterios del

Tribunal Constitucional sobre un respeto al debido proceso en el marco de las relaciones laborales, sino incluso con la normativa de la OIT que establece una exhortación previa al trabajador para que mejore sus resultados o, incluso, con la normativa colombiana que establece una serie de comunicaciones ante la ocurrencia de un rendimiento deficiente.

En síntesis, si bien en ambas resoluciones administrativas no vinculan el deber del empleador de comunicar la evaluación de manera previa y suficiente al principio de tipicidad ni a los límites de la facultad fiscalizadora, es claro que, en esencia, la Sunafil ha observado estos principios jurídicos para resolver ambos casos, determinando que, en efecto, hubo actos de hostilidad que afectaron la dignidad de los trabajadores.

A partir de lo abordado, en resumen, la triple exigencia del principio de tipicidad que son ley previa, escrita y estricta se manifiesta en que las reglas de la evaluación de rendimiento estén normadas en un documento general y abstracto y que sea conocido por los trabajadores evaluados de manera previa y suficiente, ya que esto permite establecer un marco normativo que proporcione la seguridad jurídica necesaria para el trabajador y el empleador, de modo que ambos ajusten su conducta a dichas disposiciones. De lo contrario, una evaluación sin reglas claras ni conocidas será inválida por afectar el principio de tipicidad.

- Por otro lado, respecto de las medidas jurídicas aplicables previas al despido, debemos indicar que, en virtud del principio de inmediatez, para que el rendimiento deficiente califique dentro de la causal de despido por capacidad, dicho rendimiento debe ser reiterado. En otras palabras, para que se impute la causal de rendimiento deficiente, el trabajador debe registrar resultados negativos durante un periodo razonable.

Si bien la norma no establece una reiterancia, hemos concluido que, por el mismo principio de inmediatez, se debe entender que no basta que el trabajador tenga resultados negativos durante un mes (o en una sola oportunidad), sino que previo a la imputación, ha habido meses o periodos de bajo rendimiento durante los cuales no se puede remitir una carta de preaviso de despido por capacidad.

Esta posición ha sido compartida por la jurisprudencia como lo citamos anteriormente en la sentencia de primera instancia del Expediente N° 2094-2016, en la cual señala que “[...] *ante la falta de precisión legal respecto al rendimiento deficiente, podemos establecer que para analizar su existencia*

resulta importante corroborarla en el tiempo y que se haya presentado, se entiende, en más de una vez, como conducta reiterativa en el trabajador”.

Así, puesto que los resultados negativos por una oportunidad no justifican una carta de preaviso, es preciso preguntarse: ¿qué medida o carta puede aplicársele al trabajador para notificarle su bajo rendimiento cuando ha incurrido en este por primera o segunda vez? ¿Es posible aplicar una amonestación o una suspensión?

Sobre el particular, en atención al principio de razonabilidad, ante estos primeros resultados negativos debería aplicarse otro tipo medida que no solo notifique y alerte al trabajador sobre su rendimiento, sino que también lo exhorte a mejorar sus resultados y cumplir con su deber de rendimiento para que, de esta manera, gradualmente se vaya observando y dejando constancia del bajo rendimiento. Sin embargo, estas medidas de ningún modo pueden ser sanciones disciplinarias como lo son las amonestaciones y suspensiones.

En primer lugar, debemos recordar que las sanciones son consecuencias jurídicas laborales que recaen sobre el trabajador, debido a que este (negligente o deliberadamente) incumplió deberes esenciales del contrato de trabajo, por ejemplo, presentar información falsa (falta al deber de honestidad). Como indica Toyama, la potestad sancionadora se puede manifestar mediante la amonestación, la suspensión y el despido (Toyama, 2015, p. 493). Así, son medidas que responden a incumplimientos sustentados en la conducta del trabajador, y que afectan el elemento subordinación del contrato de trabajo.

Si bien es cierto, el rendimiento deficiente es un incumplimiento al deber de rendimiento, hemos indicado que se trata de un incumplimiento particular ya que puede ser reputado a la conducta como a la capacidad del trabajador (el primero afecta al elemento subordinación y el segundo al elemento personal del contrato de trabajo). Además de ello, atendiendo al principio de buena fe, hemos indicado que cuando el trabajador incurre en un rendimiento deficiente se debería presumir que es debido a su capacidad, salvo que se pruebe que el trabajador ha actuado de mala fe y, por ende, ha disminuido intencionalmente su rendimiento, en cuyo caso se trataría de una falta de conducta.

Así, solamente el rendimiento deficiente intencional y, por tanto, basado en una falta de conducta puede ser objeto de sanciones como las

amonestaciones, suspensiones o incluso el despido por falta grave (artículo 25, b. LCPL). Por el contrario, el incumplimiento del deber de rendimiento por capacidad no puede ser sancionado ya que, al afectar el elemento personal, no es razonable que el trabajador sea sancionado por una cuestión intrínseca a su persona y sobre la cual no tiene control o intención alguna.

En virtud a lo mencionado, las cartas o medidas previas al preaviso de despido deben ser diferentes a las sanciones. Entonces, si no es posible aplicar sanciones al rendimiento deficiente relacionado con la capacidad, ¿qué medida se aplica? Al respecto, la legislación laboral no ha previsto la consecuencia laboral del rendimiento deficiente a diferencia de lo que sucede con los bajos rendimientos por conducta. Sin embargo, como hemos explicado, la naturaleza jurídica de las sanciones no coincide con la naturaleza del despido por rendimiento deficiente sustentado en la capacidad.

En atención a lo mencionado, consideramos que las comunicaciones que corresponde aplicar con anterioridad al preaviso de despido por capacidad deben ser tipificadas expresamente y de manera muy precisa en el mismo documento que contiene la evaluación de rendimiento. Asimismo, deben tener en cuenta dos criterios: (i) Por un lado, la nomenclatura de este tipo de medidas puede variar dependiendo de la discrecionalidad del propio empleador, sin embargo, no pueden llamarse “amonestación” ni “suspensión” ya que estos últimos son terminología técnica propia de una sanción disciplinaria; y (ii) Por otro lado, la cantidad de medidas previas también dependerá de lo que razonablemente se entienda como rendimiento continuado o reiterado, por ejemplo, tres evaluaciones de rendimiento continuas son rendimiento deficiente.

Sobre el particular, hemos encontrado algunos ejemplos en la jurisprudencia, así en el Exp. 23886-2015, se puede evidenciar que el empleador había previsto dos cartas de notificación de resultados negativos antes de la imputación del preaviso:

Sentencia de primera instancia: “9.4 *La ex empleadora sustenta la causal de rendimiento deficiente en: Los cuadros de Evaluación - Producción - % Cumplimiento de Meta - Puesto del Ranking - Promedio de % Cumplimiento FFVV Consumo, adjuntos en cada una de las cartas de preaviso y despido que obran en autos; dichos cuadros muestran que el actor se encontraba*

ubicado en el último cuarto del Ranking de Producción, no alcanzando el 80 % de cumplimiento de la meta asignada; así también en las Cartas de fecha 1 de junio de 2015 (fojas 100-101) y de fecha 24 de junio de 2015 (fojas 103-104), mediante las cuales se hizo de conocimiento al demandante sobre su rendimiento, así como su baja producción respecto del servicio que brindaba; se debe precisar que en cada una estas se le exhortaba al actor a procurar superar las metas establecidas, a fin de que ascienda del último cuarto del ranking de producción”.

Sentencia de vista: “[...] se advierte que previo al procedimiento de despido, la demandada cursó al hoy accionante dos cartas de fechas 1 y 24 de junio de 2015 mediante los cuales se le exhorta a que mejore su producción [...]”.

Como se puede observar, si bien dichas cartas no tienen una nomenclatura especial, no son ni amonestaciones ni suspensiones, por tanto, no tienen efectos sancionatorios. De modo que las comunicaciones únicamente cumplen con informar al trabajador sobre su bajo rendimiento, exhortar al mejoramiento, y dejar constancia de la reiterancia.

En la misma línea, en el Informe de Actuaciones Inspectivas (Orden de Inspección N° 15199-2016-SUNAFIL/ILM) se analizó un procedimiento de evaluación y despido por capacidad. De acuerdo a lo expuesto por el inspector, antes de la imputación del preaviso por rendimiento deficiente se realizaban dos comunicaciones de resultados negativos:

“En este documento constan los pasos para la aplicación del procedimiento para la medición de objetivos: primeros días de cada mes, enviar mensualmente a los trabajadores por correo electrónico las cuotas, objetivos y pesos; al finalizar cada mes, confirmar los días de ausentismo de cada uno de los trabajadores (incluye licencias sindicales), reportar las rotaciones de los consultores de un sector a otro y comunicar excepciones; de los resultados obtenidos [...] consta el ‘procedimiento legal’ ante el incumplimiento de objetivos durante un proceso de 3 meses continuos (al primer mes, correos electrónicos feedback; al segundo mes, primera carta de advertencia; al tercer mes, carta de preaviso de despido; al quinto mes, carta de despido) [...]”.

Como se puede observar, en este caso también se notifican comunicaciones al trabajador previo a la imputación del preaviso por capacidad,

sin embargo, en este ejemplo sí se le da una nomenclatura a cada una de las notificaciones previas. En ese sentido, en el primer resultado negativo detectado, se notifica un “correo electrónico de feedback”, y en el segundo resultado negativo se notifica una “carta de advertencia”, luego de ello, recién se inicia el procedimiento formal de despido.

Es preciso anotar que, en este caso, acertadamente, si bien se le da un nombre a cada una de las comunicaciones como “feedback” y “advertencia”, no se utilizan términos como “amonestación” o “suspensión”. Es interesante mencionar que tales terminologías tienen una similitud a lo que sucede en ordenamientos jurídicos de otras latitudes, por ejemplo, hemos encontrado un modelo de política de gestión disciplinaria y bajo rendimiento de Reino Unido (Kennedys, Mills & Reeve, Bond Dickinson, 2016, p. 2), en esta política se indica que si un trabajador incurre en un rendimiento deficiente (“poor performance”), el empleador puede notificar una “carta de advertencia escrita” (“written warning”), la misma que también se puede denominar “performance improvement note” que puede traducirse como un “exhorto de mejora de rendimiento”.

Asimismo, es importante resaltar que, como lo indica la inspección de trabajo, tales medidas se encontraban dentro del documento que regula la evaluación de rendimiento en claro respeto del principio de tipicidad.

Por otra parte, según lo hemos abordado, a diferencia de nuestra legislación, la normativa colombiana prevé que el empleador realice, por lo menos, dos exhortaciones previas al preaviso de despido (Obregón, 2015, p. 22). Adicionalmente a este punto, la norma colombiana establece taxativamente la obligación de notificar un cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas (Obregón, 2015, p. 22). Claramente, nuestra norma no tiene ese grado de detalle, pero consideramos que esta precisión de la normativa colombiana podría acogerse en nuestro país bajo el alcance del principio de tipicidad, ya que el contenido de la comunicación de los resultados debe tener un grado de detalle suficiente para que el trabajador conozca realmente su rendimiento. En ese sentido, se podría indicar que sería mandatorio anexar un informe de la evaluación de rendimiento a la carta de notificación de resultados a fin de notificar adecuada y legalmente los resultados al trabajador.

En síntesis, dentro del alcance del principio de tipicidad podemos mencionar a las medidas o acciones anteriores al inicio formal del

procedimiento de despido por capacidad. En ese sentido, puesto que no es posible utilizar sanciones ya que es contrario a la naturaleza jurídica del despido por capacidad, se deben establecer cuáles serán las medidas a aplicar, las mismas que deben tener como finalidad informar sobre el resultado negativo, impulsar a la mejora del desempeño, y dejar constancia de la reiterancia. Estas medidas pueden tener diversos nombres, pero de ninguna manera pueden denominarse “amonestación” o “suspensión”, asimismo, deben estar contenidas en el documento que norma la evaluación de rendimiento y ser conocidas por los trabajadores.

Adicionalmente a lo señalado, debemos indicar que el documento mediante el cual el empleador establezca la estructura de la evaluación de rendimiento no solo ofrece al trabajador la seguridad de lo que se espera de su trabajo, sino que también funge como límite del poder de dirección, toda vez que el empleador deberá sujetarse a lo dispuesto en dicho documento. Si bien es cierto, es posible que no todas las situaciones que se presenten en la realidad estén reguladas (tal como existe en la misma legislación), por lo cual, el empleador mantendrá un margen de discrecionalidad para resolver las discrepancias o vacíos que se pudiesen presentar siempre manteniendo un criterio de razonabilidad (Vidal, 2009, p. 274)¹⁴.

Sobre el particular, es relevante precisar que, en la medida que, la regulación de la evaluación de rendimiento se da de forma general y abstracta, pues se trata de un producto normativo, de la misma naturaleza que un reglamento interno de trabajo (RIT). En ese sentido, al tratarse de una norma laboral, pues en caso de duda insalvable sobre el sentido de lo regulado deberá aplicarse el principio *in dubio pro operario* para su adecuada interpretación.

Como indica Carlos Cornejo, para aplicar el *in dubio pro operario* es necesaria la presencia de una norma, así, solo se podrá recurrir a este principio cuando debamos interpretar normas jurídicas, como por ejemplo, la Constitución, los convenios OIT, los tratados internacionales, la ley emanada del Congreso,

14 Respecto de este punto, hemos aplicado lo que Vidal ha manifestado sobre el despido por conducta, indicando que la regulación de los actos pasibles de sanción (por norma legal, convencional o unilateral) limita el poder sancionador del empleador, quien deberá sujetarse a lo dispuesto en dichas disposiciones. Es cierto que no todas las situaciones estén reguladas, para lo cual el empleador mantendrá un margen de libertad para calificar la conducta como sancionable o no, siempre manteniendo un criterio de razonabilidad (Vidal, 2009, p. 274).

el decreto legislativo dictado por el Poder Ejecutivo, los decretos supremos, los decretos de urgencia, los convenios colectivos, la costumbre objetiva y el reglamento interno de trabajo (Cornejo, 1995, p. 109).

Finalmente, es importante indicar que el empleador en ejercicio legítimo de su poder de dirección puede modificar (dentro de los parámetros de la razonabilidad) metas, criterios u objetivos de evaluación. No obstante ello, cualquier tipo de modificación en el texto del documento que contiene la estructura de la evaluación de rendimiento debe respetar el principio de tipicidad. En ese sentido, la modificación o actualización debe ser informada a los evaluados previo a su entrada en vigencia, y cualquier acto se regirá bajo los nuevos criterios, siendo inaplicables los criterios anteriores¹⁵.

V. Principio de buena fe

Como se ha adelantado en el primer capítulo, este es un principio transversal en el ordenamiento jurídico (civil, laboral, etc.), si bien no es necesaria una norma jurídica para su existencia, en nuestro sistema, existe una disposición en el artículo 1362 del Código Civil peruano que señala que los contratos deben negociarse, celebrarse, y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes. Por lo cual, doctrinaria y normativamente, este principio está omnipresente en las relaciones jurídicas intersubjetivas, lo que incluye las relaciones laborales.

Asimismo, como se ha indicado el principio de buena fe implica actuar como una persona de bien o quien pretende hacer el bien (Jiménez, 2014, pp. 8-9), supone un comportamiento adecuado para el cumplimiento de los deberes del trabajador, de manera que se impone la observancia de un esfuerzo volitivo y técnico para realizar el interés del empleador, así como para no lesionar derechos ajenos (Casación Laboral N° 6503-2016-Junín y 9483-2012-Cusco).

15 Sobre el particular, con relación a las modificaciones a la política o reglamento de evaluación, se puede citar el contenido de la Sentencia N° 2339-2004-AA/TC, en la cual se despidió a un trabajador por no cumplir con una disposición del RIT (no comunicar que tenía un familiar en la empresa). Sin embargo, dicha disposición estuvo vigente hasta el año 1992, luego de ello, se modificó el RIT, y dicha norma se suprimió. Por lo cual el Tribunal Constitucional concluye que no es válido el despido ya que este se fundamentó en el incumplimiento de una disposición que ya no estaba vigente en el nuevo plexo normativo, lo cual, definitivamente, afecta el principio de tipicidad (Vidal, 2009, p. 273).

Al respecto, consideramos que este principio tiene específicas manifestaciones en la evaluación de rendimiento y en el procedimiento de despido por capacidad. En primer lugar, la implementación de una evaluación de rendimiento no debe tener como finalidad despedir trabajadores, sino, por el contrario, la finalidad debe ser conocer el grado de aportación del trabajo del personal, identificar aquellos trabajadores que tengan dificultades o deficiencias para alcanzar indicadores favorables, e impulsar o potenciar el rendimiento del trabajador a fin de que su prestación sea adecuada. Si a pesar de ello, el trabajador incurre reiteradamente en su incumplimiento del deber de rendimiento, pues se aplica el despido como una de las varias consecuencias posibles de la evaluación.

En ese sentido, la primera manifestación corresponde a la finalidad de la evaluación de rendimiento (¿para qué se crea o implementa?), así, si solamente se busca despedir personal, pues se trata de una transgresión al principio de buena fe, toda vez que lo único que busca el empleador es una herramienta para desvincular sin reparar en si el trabajador puede corregir o no su deficiencia, esto podría hacer que el despido devenga en fraudulento.

En segundo lugar, como indica Santiago González, comunicar previamente los mecanismos de fiscalización, entre ellos, la evaluación de rendimiento es una clara expresión de la buena fe de la relación laboral (Toyama & Girao, 2014, p. 178). Si bien es un precepto vinculado al principio de tipicidad, también es posible vincular esta comunicación al principio de buena fe. Como se ha observado anteriormente, si el empleador realiza evaluaciones subrepticias u ocultas como en el caso resuelto en la Sentencia N° 157-2015-7°JEL en la cual “la demandada (empresa) que no comunicó a los demandantes (trabajadores) de la existencia de las evaluaciones, por considerar que son documentos internos”, es decir, los trabajadores nunca se enteraron que su rendimiento era fiscalizado, medida que se presta no solo para la arbitrariedad, sino también que es un indicio de falta de transparencia (esas evaluaciones podrían ser fraguadas), cuestión que evidentemente afecta la buena fe.

Asimismo, una tercera manifestación de este principio está en la presunción inicial de ausencia de voluntariedad en el detrimento del rendimiento. Como se ha indicado, desde una perspectiva de buena fe, se debe presumir que el trabajador cumple su trabajo de manera diligente y con la intención de rendir, salvo prueba en contrario. En ese sentido, ante un eventual incumplimiento del deber de rendimiento, no debería reputarse automáticamente a una conducta indisciplinada, negligente o de mala fe por parte del trabajador, sino

que se debe proceder asumiendo que el trabajador aun realizando diligentemente su trabajo, no ha podido rendir según lo esperado. En este supuesto, y tomando por descontado que el empleador ha cumplido con capacitar y otorgar las herramientas necesarias para la ejecución de las labores¹⁶, es posible colegir que el incumplimiento del rendimiento tenga como origen una falta de capacidad para el trabajo contratado.

Al respecto, resulta interesante analizar un caso abordado por la jurisprudencia nacional en el que se califica equivocadamente una situación de rendimiento deficiente como una situación atribuible a la conducta del trabajador, de hecho, ya hemos adelantado algunos extremos de este caso en el acápite sobre el principio de tipicidad, empero, ahora profundizaremos un poco más. Veamos el caso en cuestión:

- Se trata de un proceso signado con Exp. 11596-2014 iniciado por el Sr. Manuel Jesús Alejandro Guevara Vera (en adelante, “Sr. Guevara”) contra la empresa Reprodata S.A.C. En este caso, según se detalla en la sentencia de primera instancia (Sentencia N° 175-2015), el Sr. Guevara demanda el pago de una indemnización por despido arbitrario.
- Sobre el particular, la empresa respondió a la demanda indicando que el Sr. Guevara fue despedido por haber incurrido en falta grave, cuestión que fue imputada siguiendo el procedimiento legal. Al respecto, según se desprende de los hechos, la empresa imputó el incumplimiento de obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral y la reiterada resistencia a las órdenes relacionadas con sus labores contenida en el artículo 25, literal a) de la LPCL. Ello sustentado en los siguientes hechos:
 - i) El incumplimiento de la cuota mensual mínima de venta, debido a que en los meses de agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 2013 y enero de 2014, el Sr. Guevara no colocó ninguna venta.

16 Como indica Poquet, no será válida una extinción en la que existan elementos objetivos que justifiquen el rendimiento inferior (donde no hay culpa del trabajador), por deberse a circunstancias excepcionales, imprevistas, ajenas al trabajador. De lo contrario, se trataría de una actuación empresarial contraria a la buena fe (ejercicio abusivo de derechos) (Poquet, 2014, pp. 123-128).

- ii) El incumplimiento de la cuota mínima de visitas diarias a clientes durante los periodos agosto, septiembre, octubre, noviembre, diciembre de 2013 y enero de 2014. Sobre este punto, la meta de visitas eran cinco diarias, y el trabajador realizó entre tres y cuatro en promedio.
- iii) La continuada resistencia y obstinación en no corregir su conducta y producción a pesar de que se le sancionó con una amonestación escrita y una suspensión por las faltas precitadas.
- Según valoró el juzgado de primera instancia, la empresa acreditó que comunicó las cuotas ventas, y que le informó en varias oportunidades al Sr. Guevara sobre sus bajos resultados, y lo exhortó a mejorar, asimismo, acreditó razonabilidad en el cálculo de resultados en periodos de absentismo. Del mismo modo, puesto que el trabajador aceptó que no cumplió con la meta de visitas diarias, el juzgado interpretó que las visitas están plenamente vinculadas al cumplimiento de la cuota de venta por lo que, en efecto, el Sr. Guevara incurrió en falta: “II.5. [...] estando que las ventas de los productos de la demandada estaba supeditado a las visitas que realizaba el demandante ‘[...] situación que no se cumplía con el demandante por cuanto sus ventas en el periodo imputado eran USD 0.00 [...]’”. En atención a ello, el juzgado de primera instancia declara infundada la demanda, por tanto, válido el despido por falta grave.
- Esta sentencia fue impugnada, y en segunda instancia la Corte analizó algunos otros aspectos del caso, como las comisiones percibidas por el trabajador, así como los resultados de venta y cumplimiento de otros trabajadores, y concluyó que la baja producción de los meses imputados coincide con su designación como jefe interino (cumpliendo doble rol de jefe y vendedor), por lo que el despido había sido desproporcionado.
- Posteriormente, la empresa interpone recurso de casación y, mediante Casación Laboral N° 13119-2017-Lima, la Corte Suprema revoca la sentencia de segunda instancia, y convalida el criterio del juzgado indicando lo siguiente:

“Octavo: [...] Al respecto, en el caso en concreto debemos decir que no se ha evidenciado la configuración de un despido arbitrario, en razón de que ha quedado acreditado que el demandante incumplió con sus respectivas obligaciones de trabajo conforme se ha verificado del caudal probatorio aportado al proceso [...] en la medida

que la falta grave imputada existió previamente a poner fin a la relación laboral existente entre las partes, decisión que ahora el actor pretende cuestionar alegando que la demandada lo despidió de forma injusta; por cuanto **los reiterados incumplimientos laborales del actor han sido probados por la demandada, pues se le requirió en más de una ocasión el cumplimiento de las metas (cuotas de ventas y visitas diarias) y pese a ello hizo caso omiso [...]**”.

- Sin perjuicio de lo decidido en mayoría por los jueces Calderón Puertas, Ubillús Fortini, Yaya Zumaeta y Ato Alvarado, nos parece sumamente importante el voto en minoría del juez Malca Guaylupo que fue el único jurista que analizó la incidencia del despido por capacidad en este caso. Veamos el texto de la sentencia:

“Tercero: En el caso de autos, respecto a la infracción normativa del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, [...] **Aunado a ello es preciso concatenar lo dispuesto en el inciso b) del artículo 23 del mismo cuerpo legal: “[...] b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares; [...]**”

“Décimo Tercero: [...] Es así, que de acuerdo a los medios probatorios presentados por las partes, **resulta pertinente señalar los cargos imputados al demandante, que se encuentra en la carta de preaviso [...]; y carta de despido [...], en la que se le imputa la falta grave consistente en no haber realizado ni una sola venta en el transcurso de un mes por varios meses consecutivos,** en su calidad de Representante de Ventas de la empresa demandada, pese a que tenía conocimiento de las metas de ventas que se habían programado”.

“Décimo Cuarto: [...] Ahora bien, como se ha señalado en línea anteriores, el actor fue despedido por haber cometido falta grave [...]; sin embargo, no se debe perder de vista que la sanción impuesta al trabajador es lo regulado en el inciso a) del artículo 25 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, [...], **pese a que se señala en las cartas de despido, que el mismo obedece al hecho de no haberse cumplido con las metas señaladas por el empleador; por lo que, nos encontraríamos frente a una causa de despido relacionada con la capacidad del trabajador prevista**

en el inciso b) del artículo 23 del mismo cuerpo legal. Siendo esto así, la sanción impuesta no se encuentra tipificada en la norma antes señalada sino más bien se encuentra prevista en lo dispuesto en el inciso b) del artículo 23 del mismo cuerpo legal, la que se encuentra referida al desempeño adecuado que debe tener el trabajador en función a sus capacidades, y no a la conducta asumida por el trabajador”.

“Décimo Quinto: De lo antes expuesto se determina que el proceder de la demandada constituye un hecho arbitrario al extinguir el contrato de trabajo de manera unilateral, por un hecho que no se encuentra tipificado en la norma que se señala para el despido; por ende, el mismo resulta injustificado, al no subsumirse los hechos en la norma invocada como causal de despido, lo que importa un deficiente encuadramiento legal para tipificar el hecho por parte del empleador”.

- En este caso es preciso realizar un análisis cuidadoso de los hechos, ya que se tratan de incumplimientos que deberían correr por vías diferentes:
 - Por un lado, tenemos el incumplimiento de la meta de ventas, sobre este incumplimiento, en efecto, coincidimos con la opinión del juez Malca, quien indica que se trata de un supuesto de rendimiento deficiente contenido dentro de los alcances del artículo 23, literal b, de la LPCL. En ese sentido, como hemos señalado, si bien el deber de rendimiento es una obligación del trabajador, se trata de una obligación muy particular que podría ser reputada a la capacidad (dentro de los alcances del artículo 23, literal b, de la LPCL) o a la conducta.

Ahora bien, dentro de las posibles imputaciones del incumplimiento del deber de rendimiento fundadas en la conducta, observamos que es posible calificarla dentro de lo regulado en el artículo 25, literal b, de la LPCL, sin embargo, en este caso, hemos visto que el empleador calificó el rendimiento deficiente dentro del artículo 25, literal a), cuestión que ya no solo escapa del principio de buena fe que debe presumir el bajo rendimiento debido a una cuestión de aptitud personal, sino que incluso lesiona el principio de tipicidad al calificar el incumplimiento del deber de rendimiento fuera de las normas posibles en las que está tipificada.

En ese sentido, el juzgado de primera instancia, la Corte Superior en segunda instancia, y el voto mayoritario de los jueces de la Corte Suprema analizaron de manera equivocada los alcances del incumplimiento del deber de rendimiento respecto del cumplimiento de cuotas de ventas. Esto es preocupante, toda vez que, demuestra que no existe un tratamiento jurídico adecuado de los despidos ejecutados por rendimiento deficiente o que impliquen un supuesto de rendimiento deficiente.

- Por otro lado, este caso no solo versó sobre el incumplimiento de cuotas de ventas que, como hemos mencionado debió canalizarse mediante un procedimiento de despido por capacidad por rendimiento deficiente, sino que también existió un incumplimiento que puede ser completamente reputado a la conducta como lo es el incumplir con el número de visitas diarias.

Sobre el particular, fue correcto que el empleador establezca un número de visitas diarias que deben ser cumplidas, indiferentemente, de si el vendedor logra venta o no. Sobre este punto, observamos que el juzgado de primera instancia se equivoca al indicar que el cumplimiento de la cuota de ventas está supeditada al cumplimiento de visitas a clientes. Esto, toda vez que, como hemos visto anteriormente, cumplir con el procedimiento o metodología de venta supone el cumplimiento del deber de diligencia (como, en este caso, cumplir con las visitas diarias), el cual, si bien puede influir en el cumplimiento del deber de rendimiento, no es determinante, mucho menos supeditado.

En ese sentido, si bien el trabajador pudo haber cumplido con realizar íntegramente las visitas, y aun así no haber colocado la cuota completa de productos al mes. De modo que, a pesar de que exista alguna relación entre un deber y otro, son de caracteres distintos, por lo que, evidentemente, debían ir por otra vía.

En síntesis, el empleador pudo elegir la vía del despido por conducta únicamente imputando el no cumplimiento de las visitas diarias, apoyándose en la reiterancia del incumplimiento de la misma conducta, sin incorporar el no cumplimiento de metas, ya que eran incumplimientos de diferente naturaleza. Por lo que incorporar ambos incumplimientos en un mismo procedimiento disciplinario

era jurídicamente incorrecto, y al lesionar el debido procedimiento, debió declararse la invalidez del despido.

En conclusión, es una manifestación del principio de buena fe presumir que el incumplimiento del deber de rendimiento se debe, en primera instancia, a una cuestión involuntaria y, por tanto, atribuible a la capacidad. De lo contrario, reputar la deficiencia del rendimiento automáticamente a una cuestión de conducta sea por infracción del artículo 25, literal b, de la LPCL (y peor aún, por supuesta infracción del artículo 25, literal a) de la LPCL) supone una afectación del principio de buena fe. En ese sentido, solo se podrá atribuir un rendimiento deficiente a la conducta si se tienen evidencias de que el trabajador de manera deliberada disminuyó su rendimiento, de lo contrario, debe ir por la vía de la capacidad.

En atención a lo mencionado, si bien hemos mencionado tres manifestaciones claras del principio de buena fe en la evaluación de rendimiento, es claro que este principio no se agota en tales menciones, sino que, definitivamente, deberá observarse en todas y cada una de las acciones y decisiones que tomen tanto el empleador como el trabajador dentro de la relación laboral, por tanto, también en el marco de la evaluación de rendimiento y el procedimiento formal de despido.

VI. Principio de continuidad (estabilidad laboral)

Con relación a este principio, si bien no cuenta con una aplicación práctica en el ejercicio de la causal de despido por rendimiento deficiente, es importante abordarlo en la medida que podría tener un impacto si el despido no es ejecutado de manera adecuada, ya que, recordemos que, de no probarse la causa de despido, tal despido deviene en inválido, trayendo como consecuencia la reposición o indemnización.

Así, primero definamos los alcances de este principio. De acuerdo con Américo Plá, el principio de continuidad se puede definir como la tendencia 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 (Blancas, 2013, pp. 103-104). En la misma línea, el *Diccionario del Régimen Laboral* peruano indica que el principio de continuidad busca que las partes estimen la mayor duración del contrato de trabajo, de este modo, la relación laboral no se agota en la realización de un solo acto, sino que supone una vinculación que se prolonga en el tiempo (AAVV, 2016, p. 107).

Al respecto, Plá enumera seis manifestaciones del mencionado principio de continuidad que son las siguientes (Blancas, 2013, pp. 103-104):

- Preferencia por los contratos de duración indefinida.
- Amplitud para las transformaciones del contrato.
- Facilidades en que se haya incurrido.
- Resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato por voluntad patronal.
- Interpretación de las interrupciones de los contratos con simples suspensiones.
- Prolongación del contrato en caso de sustitución del empleador.

Sobre el particular, se puede observar que la primera y la cuarta manifestación son las que están más vinculadas a la estabilidad laboral de manera más estrecha. En ese sentido, Plá hace una precisión sobre la nomenclatura del principio ya que algunos lo han nombrado como “permanencia” y otros como “estabilidad”. No obstante, como indica este autor, “la estabilidad” designa un instituto concreto que tiene relación con uno de los aspectos del principio de continuidad. La estabilidad se fundamenta con el principio de continuidad, pero no se confunden, se identifica con este del cual viene a ser una expresión concreta vinculada a aquella resistencia a la disolución de la relación laboral por acto unilateral del empleador (Blancas, 2013, p. 111). Así, este principio se establece en favor de la parte más débil de la relación laboral (el trabajador), siendo, obviamente, un principio derivado del principio protector (AA VV, 2016, p. 107).

La misma opinión la comparten Vinatea y Toyama, quienes indican que la estabilidad laboral se sustenta en el principio de continuidad que, a su vez, se deriva del principio protector y cuya finalidad es procurar que el contrato de trabajo tenga la mayor duración posible a favor del trabajador. Asimismo, refieren que la estabilidad laboral es la protección legal contra la posibilidad de terminar la relación laboral, en ese sentido, busca la permanencia del contrato de trabajo y que aquel mismo no se extinga por una causa no prevista en la ley (Vinatea & Toyama, 2015, pp. 365-366).

Del mismo modo, según el *Diccionario del Régimen Laboral* peruano, la estabilidad laboral se puede definir como el derecho que tiene el trabajador de conservar su empleo mientras no se configure ninguna de las causales de

extinción de la relación laboral regulada por ley (AA VV, 2016, p. 172). De igual manera, Zamora señala que la estabilidad laboral es un derecho por el cual se busca la conservación del contrato de trabajo ante las vicisitudes que se presentan en la relación laboral siendo una manifestación del principio de continuidad (Zamora, 2014, p. 31).

Asimismo, Plá agrega que la continuidad se impone sobre el fraude, la variación, la infracción, la arbitrariedad, la interrupción y la sustitución. Entre todas estas aplicaciones concretas del principio de continuidad destaca una: “Quizá la principal expresión del principio de continuidad sea la resistencia que el empleador pueda interrumpir el contrato por su sola voluntad” (Blancas, 2013, pp. 103-104). Como indica Blancas, podemos afirmar que la estabilidad en el trabajo concebida como el derecho del trabajador a no ser despedido sin causa justa y como una limitación a la facultad de poner término discrecionalmente a la relación de trabajo tiene como fundamento el principio de continuidad (Blancas, 2013, p.111).

Hasta este punto se ha definido que el principio de continuidad supone la mayor extensión de la relación laboral, en estricto, procura la preferencia de la contratación indeterminada y la proscripción de la extinción discrecional de la relación por parte del empleador. En ese sentido, dicho principio contiene dentro de sus alcances al derecho a la estabilidad laboral.

Ahora bien, es preciso indicar que existen dos tipos de estabilidad laboral que se identifican, justamente, con las referidas manifestaciones del principio de continuidad:

1. *Estabilidad de entrada.*- Por la cual se da preferencia por la contratación de duración indeterminada dando un papel secundario a la contratación temporal (AA VV, 2016, pp. 172-173). Como indica Blancas, no tendría lógica establecer un principio de continuidad si las relaciones laborales fueran, por regla general, de carácter temporal (Blancas, 2013, p. 111).
2. *Estabilidad de salida.*- Según Víctor Ferro, la estabilidad laboral de salida se configura como una garantía destinada a limitar la capacidad extintiva del contrato de trabajo por iniciativa del empleador (Alba López, 2014, p. 69). Así, prohíbe el despido arbitrario pudiendo tener dos modalidades:
 - i. Estabilidad absoluta.- Donde la decisión arbitraria, al ser nula, da al trabajador el derecho a la reposición (AA. VV., 2016, pp. 172-173).

- ii. Estabilidad relativa.- Donde sí se reconocen los efectos extintivos a la decisión del empleador teniendo el trabajador solo derecho a una indemnización (AA.VV., 2016, pp. 172-173).

Sobre el particular, respecto de la estabilidad laboral, según el profesor Martín Carrillo, el Tribunal Constitucional ha venido estableciendo la necesidad de la causalidad en el despido debido a la proclividad de los empleadores a ejercerlo en forma abusiva. En ese sentido, el TC viene desarrollando jurisprudencia que sostiene que “el contenido esencial del derecho constitucional al trabajo implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa” (Carrillo, 2011, p. 185). Veamos el texto de la Sentencia recaída sobre el Exp. 1124-2001-AA/TC:

“El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22 de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa”(Fundamento 12).

Como nos explica Carrillo, la exigencia de causas justas de despido de un trabajador se sustenta en la estrecha relación existente entre el derecho al trabajo y la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, tal como lo ha reconocido el artículo 7, inciso d), del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, por lo que la causalidad del despido integra el contenido esencial del artículo 22 de la Constitución, y proyecta sus efectos sobre el artículo 27, tal como lo ha reconocido en su jurisprudencia el Tribunal Constitucional peruano (Carrillo, 2011, p. 185).

Así, el autor concluye indicando que el principio de continuidad, el mismo que se sustenta en el carácter tuitivo del derecho del trabajo, comprende, por un lado, la “estabilidad laboral de entrada”, referida a la preferencia por la

contratación de duración indefinida sobre la temporal y, por otro, la “estabilidad laboral de salida”, referida a la prohibición del despido libre (sin causa). Asimismo, ha sido reconocido en el marco constitucional peruano que tanto el inicio (contratación) como la extinción de la relación laboral por iniciativa del empleador (despido) son instituciones causales (Carrillo, 2011, p. 186). En base a lo señalado, y como ya se ha desarrollado en el anterior capítulo, frente a un despido sin causa (probada o no) corresponden como vías de reparación alternativas, la reposición y la indemnización.

En virtud de lo abordado, es posible cuestionarse, ¿en qué podría tener implicancias este principio respecto de la aplicación del despido por rendimiento deficiente?

Sobre el particular, si bien desde el momento que se aplica el artículo 23, literal b, de la LPCL se está recurriendo a la ejecución de un despido según causa prevista en la ley, por lo que se pasa un primer filtro que establece el principio de continuidad, en específico, sobre la estabilidad laboral (nadie puede ser despedido sin causa justa), ello no termina ahí. Sino que dicha causa tendrá que ser probada, de lo contrario, podría ser declarada como inexistente y devenir en un despido arbitrario (fraudulento) con subsecuente reposición o indemnización.

Los anteriores principios desarrollados que tienen una aplicación práctica en el desarrollo previo y formal del procedimiento legal de despido servirán para verificar si el despido realmente tiene un sustento y que no transgreda justamente el derecho a la estabilidad laboral del trabajo y, por consiguiente, el principio de continuidad.

De modo que, en caso de que la ejecución del despido por rendimiento deficiente no se realice de manera adecuada, no solo afectaría alguno de los principios previamente abordados como, por ejemplo, los principios de igualdad, inmediatez, razonabilidad, tipicidad, etc., sino que también, al no cumplir con parámetros legales que sustenten una adecuada evaluación, ergo, el sustento pierde validez, y también se afecta este principio de continuidad.

En atención a lo abordado, es sumamente importante que las evaluaciones de rendimiento y los procedimientos de despido por rendimiento deficiente respeten los criterios jurídicos que cada principio desprende, de modo que se genere un sustento sólido que no afecte la estabilidad laboral.

VII. Conclusiones preliminares

- Los principios pueden ser utilizados para una finalidad interpretativa e integradora, de manera que ayudan a darle sentido a la norma y a generar soluciones jurídicas a situaciones no reguladas expresamente.
- El principio de igualdad está presente expresamente en la norma sobre despido por rendimiento deficiente cuando se hace mención a “condiciones similares”. No se trata de una igualdad rígida, sino que, sobre todo, de una igualdad de oportunidades, que implica que todos los trabajadores que son evaluados puedan tener las mismas posibilidades de rendir, para lo cual se deben observar diferentes factores (como lo son el puesto de trabajo, las funciones, el área, la cartera de clientes, la ubicación geográfica, la metodología de trabajo, etc.).
- El principio de inmediatez tiene una regulación expresa para el despido por capacidad, e implica, principalmente, la toma de acción inmediata sobre una conducta o hecho que se conoce. Sin embargo, respecto del despido por rendimiento deficiente, el señalado principio tiene una dimensión más amplia. Así, en la medida de que la inmediatez significa la razonabilidad del tiempo, este principio tiene impacto sobre diversos aspectos de la evaluación de rendimiento como el periodo de evaluación, la reiterancia, la continuidad, etc.
- El principio de razonabilidad implica, básicamente, la proscripción de la arbitrariedad. En ese sentido, cada medida adoptada por el empleador debe tener un sustento objetivo. De esta manera, la razonabilidad se debe manifestar en la estructura y diseño de la evaluación, la capacitación, la aplicación sensata de las disposiciones, y las medidas a tomar.
- El principio de tipicidad implica normar los lineamientos de la evaluación de rendimiento a fin de dar seguridad jurídica al trabajador sobre lo que se espera de él. En ese sentido, se requiere que la evaluación esté documentada, que las conductas se ajusten a lo normado, que sea informada al trabajador, y que no se aplique de forma retroactiva. Asimismo, las medidas ante la detección del rendimiento deficiente deberían estar previstas en el documento.
- El principio de buena fe es transversal a todo el ordenamiento jurídico y se manifiesta en el despido por rendimiento deficiente en la finalidad de la evaluación, la comunicación de las medidas de fiscalización, y la

presunción de diligencia por parte del trabajador. Sin perjuicio de ello, este principio debe primar en todo acto de las partes.

- El principio de continuidad y, en estricto, el derecho a la estabilidad laboral podría afectarse en caso de que no se respeten los criterios jurídicos que cada principio aporta al diseño de una evaluación de rendimiento, de modo que la afectación de un principio podría generar un impacto en este derecho de manera inmediata.

CAPÍTULO IV

EL DESPIDO POR RENDIMIENTO DEFICIENTE EN LA JURISPRUDENCIA

CAPÍTULO IV

EL DESPIDO POR RENDIMIENTO DEFICIENTE EN LA JURISPRUDENCIA

En este capítulo abordaremos tres casos en los cuales la jurisprudencia ha analizado despidos por rendimiento deficiente en relación con la capacidad. Sobre el particular, es preciso indicar que todos los datos que se reseñan han sido extraídos de las sentencias dictadas por las distintas instancias jurisdiccionales. En ese sentido, todo lo que se expone a continuación ha sido reconstruido en base a documentación de carácter público.

En atención a lo mencionado, procederemos a abordar los aspectos relevantes de cada caso, haciendo los comentarios respectivos en atención a lo abordado en los capítulos anteriores.

I. Paredes Tiza vs. Banco de Crédito del Perú (BCP)

En el presente proceso signado con Exp. 23886-2015-0-1801-JR-LA-09, el Banco de Crédito del Perú (en adelante, “BCP” o “Banco”) despidió al Sr. Ramón Efraín Paredes Tiza (en adelante “Sr. Paredes Tiza”) en aplicación de la causal de despido contenida en el artículo 23, literal b, de la LPCL. Sin embargo, antes de analizar los hechos propios del caso, reconstruiremos el diseño de la evaluación de rendimiento, la misma que, como hemos mencionado, es la herramienta fundamental para la aplicación del despido por rendimiento deficiente, luego analizaremos el criterio judicial aplicado al caso, y finalmente comentaremos tanto los hechos como el criterio jurisprudencial en virtud de lo desarrollado a lo largo de esta investigación:

1. Antecedentes

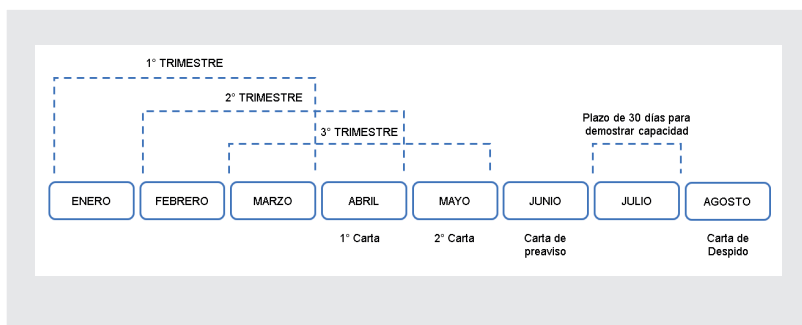
En principio, quisiéramos reconstruir los aspectos fundamentales de la evaluación de rendimiento creada por el Banco de Crédito del Perú. Así, a partir de lo revisado, la evaluación se encontraba normada en un documento titulado “Política de la Gerencia Regional de Ventas”, la cual era

de conocimiento público de todos los trabajadores al estar publicada en la intranet de la empresa.

En dicha política se indicaba que la evaluación consistía en dos aspectos:

- i) *Cumplimiento individual del 80 % de la meta establecida.*- Las metas asignadas y los porcentajes de producción de cumplimiento de la meta los establece el Banco. La fórmula para obtener el porcentaje de producción de cada trabajador es un cálculo matemático que se hace por trimestre, consistente en la suma de los porcentajes de los tres meses del período, este resultado se divide entre tres y si ese porcentaje obtenido supera el 80 % de la meta, ergo, no es rendimiento deficiente.
- ii) *No ubicarse en cuarto inferior del ranking total de evaluados.*- El grupo de trabajadores evaluados se divide en cuatro grupos (cuartos), el cuarto superior que engloba a los trabajadores con mejor rendimiento, el segundo y tercer cuarto los que tienen un rendimiento aceptable, y el último cuarto con más bajos resultados se considera rendimiento deficiente.

El periodo de evaluación es trimestral, luego de cada trimestre, se notifica al trabajador sus resultados, y se le exhorta a mejorar. Los periodos evaluados se pueden representar de la siguiente manera:

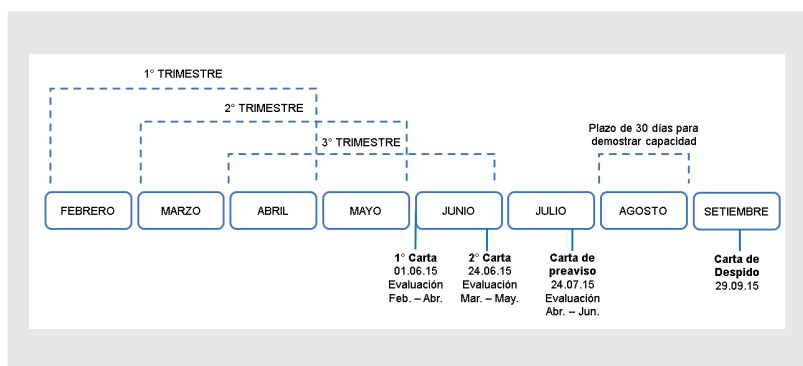


Ahora bien, una vez definida la estructura de la evaluación de rendimiento, veamos la situación laboral del trabajador, el Sr. Paredes Tiza. Así, de acuerdo al contenido de las sentencias revisadas, el trabajador ingresó al

Banco el 1 de febrero de 2010 y se desempeñó en el puesto de “Profesional de Ventas” por más de cinco años, hasta su fecha de cese el 29 de septiembre de 2015.

Durante su periodo laborado, el Sr. Paredes perteneció a dos áreas diferentes, desde su fecha de ingreso hasta julio de 2014 estuvo en el canal de venta Pyme, y luego de ello, estuvo en el canal de Banca de Consumo. Si bien se tratan de áreas (o canales de venta) distintos (productos diferentes), las funciones en esencia eran las mismas: “colocación de productos y/o servicios”.

En este punto, resumiremos el procedimiento de despido por rendimiento deficiente del Sr. Paredes Tiza, para ello, utilizaremos el siguiente gráfico:



De acuerdo con lo revisado, el trabajador fue evaluado los meses de febrero, marzo y abril, y los resultados negativos de dicho trimestre fueron notificados el 1 de junio de 2015, en dicha carta se le exhortó al Sr. Paredes Tiza a mejorar en el siguiente trimestre (que era marzo, abril y mayo). En este punto, podemos notar una irregularidad en el tiempo y sentido de la comunicación, pues los resultados del periodo evaluado se notificaron un mes después, es decir, debieron notificarse los primeros días de mayo, no obstante, se notificaron el primer día de junio.

Además, el 1 de junio de 2015 se le exhorta al trabajador a mejorar en el mes de mayo, cuando ello es materialmente imposible ya que el mes

de mayo ya había pasado para dicha fecha, no tiene sentido exhortar a alguien a mejorar sobre un periodo que ya pasó.

Esta irregularidad se repite en los resultados negativos del trimestre marzo, abril y mayo, los mismos que se notificaron el 24 de junio de 2015, en dicha comunicación se exhortó a la mejora del rendimiento en el siguiente trimestre que comprende abril, mayo y junio. En otras palabras, el 24 de junio de 2015, cuando el mes ya está finalizando, se le exhorta al trabajador a mejorar el periodo junio.

Posteriormente, el 24 de julio de 2015, se le notifica preaviso al trabajador por los resultados negativos del periodo abril, mayo y junio. La diferencia de esta carta respecto de las demás es que en esta oportunidad se le pide al trabajador mejorar en un periodo futuro, no en un periodo pasado. Como se podrá observar, el preaviso se notifica en julio y el plazo para mejorar es agosto de 2015, cuestión que no ocurrió con las cartas anteriores.

Finalmente, luego del mes de agosto, los resultados negativos de este mes fueron notificados en septiembre, exactamente el 29 de septiembre de 2015, en el cual se notifica la carta de despido y se extingue la relación laboral.

2. Criterio jurisprudencial

En primer lugar, es importante referirnos a los principales argumentos de defensa del trabajador y del empleador. Cabe señalar que, únicamente, nos enfocaremos en aquellos argumentos íntimamente relacionados con el despido por rendimiento deficiente.

En ese sentido, el trabajador demanda la reposición por despido fraudulento (hechos inexistentes), argumentando que al momento que fue trasladado del canal de venta Pyme al canal Banca de Consumo no recibió capacitación alguna, asimismo, indica que no contaba con las herramientas de trabajo necesarias para rendir adecuadamente, por tanto, su bajo rendimiento no se debe a una cuestión de capacidad, sino a otros aspectos atribuibles al empleador. De modo que no es cierta la existencia de una falta de capacidad por parte del trabajador, por tanto, el despido no tiene causa justa.

Por su parte, el empleador indica que el trabajador siempre tuvo pleno conocimiento de sus funciones y labores, la cual siempre fue la colocación

de productos y/o servicios. Asimismo, el rendimiento deficiente se evidenció mediante una evaluación de rendimiento trimestral que arrojó resultados negativos ya que el trabajador no logró alcanzar el 80 % de la meta y, además, estuvo en el último cuarto de sus compañeros con los cuales se le comparó.

Al respecto, mediante la Sentencia N° 038-2017-9°JET, la primera instancia declaró infundada la demanda en virtud de lo siguiente:

1. El procedimiento de despido en relación con la capacidad se cumple con la mera acreditación de la entrega de la carta de preaviso y de despido (en este caso de manera notarial), y además, el otorgamiento del plazo de treinta días para corrección de la deficiencia.

“7.3 Que, en autos, se acredita el hecho del despido con las cartas notariales [...] (carta de preaviso de despido y carta de despido) y si bien el demandante sostiene que dicho procedimiento no se ha cumplido al haberse vulnerado su derecho de defensa, se ha de tener en consideración que la demandada sustentó el despido en la causal de capacidad contenida en el artículo 23 del Decreto Supremo 003-97-TR, siendo que el procedimiento a seguir según lo prescrito en el artículo 31 del mismo dispositivo, era cursar la comunicación para que en el término de treinta días naturales demuestre su capacidad o corrija su deficiencia; tal como se encuentra especificado en las misivas aludidas con lo cual se desprende que el empleador ha cumplido con el procedimiento de despido previsto en la ley”.

2. La situación de rendimiento deficiente fue informada en un primer momento en mayo de 2015, luego de la evaluación de rendimiento por el periodo febrero de 2015 a abril de 2015, en esta carta se incorporó el cuadro de producción (ranking). Asimismo, la reiteración del bajo rendimiento fue nuevamente comunicada en junio de 2015 por el periodo marzo de 2015 a mayo de 2015, asimismo se adjuntó el ranking de producción. En ambos rankings el trabajador se ubicó en el último cuarto.

“9.2 Que, según aparece de la carta de preaviso [...], con fecha 24 de julio de 2015 se le comunicó al actor lo siguiente: ‘Como es de tu conocimiento, según los cuadros de ranking de producción que le

fueron enviados en los meses de mayo 2015 (período evaluado: Febrero 2015 - Abril 2015) y Junio 2015 (período evaluado: Marzo 2015 - Mayo 2015), así como el último periodo evaluado Abril 2015 - Junio 2015, usted se ubicó en el último cuarto de producción en los periodos evaluados antes señalados sin alcanzar el porcentaje de cumplimiento de la meta asignada en dichos periodos, lo cual te fue comunicado por escrito, exhortándote a mejorar tu desempeño con la finalidad de lograr los objetivos asignados' [...]. 'Conforme lo expuesto, es evidente que usted está incurriendo en una causa justa de despido relacionada con la capacidad del trabajador, la cual se encuentra tipificada en el literal b) del artículo 23 de la LPCL, por lo que en estricto cumplimiento de lo dispuesto por el artículo 31 de la LPCL, cumplimos con concederle plazo hasta el 31 de agosto de 2015 (incluye los 30 días naturales exigidos por ley), con el fin de que pueda demostrar su capacidad respecto de los rubros que componen la evaluación de su desempeño. Si transcurrido el plazo no verificamos una recuperación en sus resultados, es decir, comprobamos que usted sigue ubicado en el último cuarto del Ranking de Producción y sigue sin alcanzar el 80 % de cumplimiento de meta asignada, nos encontramos habilitados a extinguir su contrato de trabajo por una causa justa relacionada a su capacidad'; luego de ello a través de la carta de despido de fecha 29 de septiembre de 2015 [...], se hizo de conocimiento al actor que: 'Tal como le comunicamos en nuestra carta de pre aviso cursada el 24 de julio de 2015, se le otorgó un plazo mínimo de 30 días para que demuestre su capacidad y corrija su rendimiento deficiente, al encontrarse en causa justa de despido establecido en el inciso b) del artículo 23 de la LPCL. No obstante, y habiendo transcurrido el citado plazo, apreciamos que usted no ha logrado ubicarse fuera del último cuarto de producción en el periodo evaluado, ni ha logrado alcanzar el 80.00 % de cumplimiento de la meta asignada en dicho periodo, lo cual justifica que procedamos a extinguir el vínculo laboral con usted por la causal antes señalada'".

3. En la carta de preaviso de despido del 24 de julio de 2015, se le comunicó al trabajador el cuadro de producción (ranking), consignando como periodo evaluado abril, mayo y junio de 2015. Y se otorgó como periodo de 30 días para corregir la deficiencia del 25 de julio de 2015 al 25 de agosto de 2015. Así, el 29 de septiembre se comunican los resultados negativos de dicha evaluación y se efectúa el despido.

En el contenido de las cartas de preaviso y de despido se encontraban los cuadros de evaluación y producción, el porcentaje de cumplimiento de meta, el puesto en el ranking, y el promedio de porcentaje de cumplimiento del equipo de trabajo (FFVV Consumo). A criterio del juzgado esta metodología acredita de manera suficiente si el rendimiento ha sido deficiente o no.

“9.4 La ex empleadora sustenta la causal de rendimiento deficiente en: Los cuadros de Evaluación - Producción - % Cumplimiento de Meta - Puesto del Ranking - Promedio de % Cumplimiento FVV Consumo, adjuntos en cada una de las cartas de preaviso y despido que obran en autos; dichos cuadros muestran que el actor se encontraba ubicado en el último cuarto del Ranking de Producción, no alcanzando el 80 % de cumplimiento de la meta asignada; así también en las Cartas de fecha 1 de junio de 2015 [...] y de fecha 24 de junio de 2015 [...], mediante las cuales se hizo de conocimiento al demandante sobre su rendimiento, así como su baja producción respecto del servicio que brindaba; se debe precisar que en cada una estas se le exhortaba al actor a procurar superar las metas establecidas, a fin de que ascienda del último cuarto del ranking de producción”.

4. Se ha verificado que la metodología de evaluación se encuentra publicada en la Política de la Gerencia Regional de Ventas, la misma que se encuentra en el intranet de la empresa. En este documento se establece una metodología de evaluación que indica expresamente que el rendimiento deficiente se obtiene de la concurrencia de dos elementos. En primer lugar, el trabajador debe ubicarse en el último cuarto de producción y, en segundo lugar, no alcanzar el 80 % de cumplimiento de la meta asignada. El trabajador no ha desconocido la política ni su publicación en el intranet.

“9.3 Analizando el documento denominado Políticas de la Gerencia Regional de Ventas [...], se aprecia que la empleadora ha establecido una metodología para verificar el cumplimiento de los trabajadores del área de ventas, así en el numeral 2.6 se encuadra el rendimiento deficiente en dos supuestos concurrentes: ubicarse en el último cuarto de producción y no alcanzar el 80 % de cumplimiento de la meta asignada, siendo que el actor no ha negado su existencia ni conocimiento al reconocer que estaba colgada en el intranet del Banco (declaración de parte tomada en audiencia de juzgamiento video 00:47:05-00:47:44)”.

5. El rendimiento deficiente no ha sido negado por el trabajador, sino que este afirma que esa deficiencia no es por capacidad sino por razones imputables al empleador como la falta de capacitación y herramientas. Esto puesto que, antes de ser trasladado al área de consumo, el trabajador no tuvo problemas de producción en el área Pyme. El trabajador no discrepa de la metodología de evaluación.

“9.5 Es importante destacar que el bajo rendimiento o rendimiento deficiente, no ha sido negado por el actor, muy por el contrario ha sido aceptado por este, tanto en su demanda como en la Audiencia de Juzgamiento, sino más bien, argumenta que los resultados obtenidos se justifican en el hecho de que la demandada no le brindó las herramientas y materiales necesarios para el cumplimiento cabal de funciones, ello debido a que mientras se desempeñó como profesional de ventas Pyme no tuvo problemas de producción, sino que estos se producen cuando es cambiado a profesional de venta de consumo, donde tuvo que compartir una computadora con otros tres compañeros, etc.; por efecto de lo anterior, se determina que no existe discrepancia respecto de la producción alcanzada por el actor ni el puesto asignado en el ranking de trabajadores durante el periodo materia de evaluación”.

6. Con relación a las herramientas de trabajo, el trabajador alegó que compartía la computadora con sus compañeros. Sin embargo, el juzgado estimó que las labores del trabajador son primordialmente en campo, por lo cual no es determinante contar con una computadora para cumplir con sus funciones materia de evaluación (colocación de productos), más aún cuando todos los evaluados comparten computadora. Así, el juzgado desestimó el argumento de carencia de herramientas de trabajo.

“9.6 Respecto a las alegaciones del actor, efectivamente de los correos electrónicos [...], se aprecia que los equipos de cómputo eran compartidos con otros compañeros de trabajo, al respecto el apoderado de la demandada, durante la audiencia de juzgamiento justificó dicha medida en el hecho de que estos trabajadores desarrollan sus labores esencialmente en la calle, esto es, fuera del centro de trabajo a buscar clientes, por lo que no se justifica que tenga una computadora a exclusividad sino que entre ellos se turnan para usarla; lo que resulta coherente a criterio de

esta juzgadora toda vez que en toda actividad empresarial se busca la eficiencia en el uso de sus recursos humanos y materiales, por lo tanto, tratándose de trabajadores que ejecutan labores predominantemente fuera del centro laboral no resulta imprescindible que cada trabajador tenga un equipo computarizado a exclusividad, como tampoco existe justificación que el uso compartido del equipo haya ocasionado que el actor no pueda captar más clientes o colocar más productos para alcanzar sus metas”.

7. El trabajador alegó que sus ventas también se vieron afectadas por eventos externos como son la subida y caída del dólar, desaceleración de la económica, caída de exportaciones, etc. Sin embargo, el juzgado indicó que dichas situaciones son generales y si bien pudieron afectar al trabajador, también afectaron al resto de evaluados que estuvieron en iguales condiciones. Por tanto, no se trata de una cuestión particular que afectó al trabajador.
8. En cuanto al cambio de área, no se observa ánimo de perjuicio al trabajador, ya que el trabajador desde el inicio de su relación laboral conocía el tipo de cargo y labor que desempeñaba y que tenía que cumplir metas asignadas a través de cada crédito, situación que es normal en el giro comercial. Más aún cuando no existen comunicaciones en las cuales el trabajador haya mostrado su disconformidad con el cambio.

Este pronunciamiento fue impugnado por el trabajador, siendo evaluado en segunda instancia, donde se revocó el pronunciamiento y se declaró fundada la demanda en base a lo siguiente:

1. El despido fraudulento se da en los siguientes supuestos: a) se imputan hechos inexistentes, falsos o imaginarios; b) se imputa una falta no prevista en la ley (principio de tipicidad); c) cuando hay vicio de voluntad; d) cuando el empleador fabrica pruebas; y e) modalidad fraudulenta de contratación.

“SEXTO: De acuerdo a lo anotado anteriormente, y de las sentencias que ha venido emitiendo el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de la República, puede concluirse que se configura un despido fraudulento en los siguientes supuestos: 1) cuando se le imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, 2) cuando se le

atribuye al trabajador una falta no prevista legalmente, vulnerándose el principio de tipicidad, 3) cuando la extinción del vínculo laboral se produce con vicio de voluntad, 4) cuando la imputación al trabajador se basa en pruebas fabricadas por el propio empleador, y 5) en la utilización fraudulenta de una modalidad de contratación”.

2. La Corte coincide con el juzgado sobre el hecho de que el empleador cumplió con el procedimiento legal formal de despido con la remisión notarial de la carta de preaviso y de despido y el otorgamiento del plazo de treinta días naturales.

“NOVENO: La demandada cumplió con el procedimiento de despido contemplado en el artículo 31 del Decreto Supremo N° 003-97-TR que señala: ‘El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formule, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia. [...]’. Este procedimiento se verifica con la Carta Notarial de Pre aviso de Despido del 24 de julio de 2015 por rendimiento deficiente, literal b) artículo 23 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, [...] y la Carta Notarial de Despido del 29 de septiembre del 2015 [...].

3. Se advierte que previo al procedimiento de despido, la empresa cursó por correo electrónico al trabajador dos cartas de fechas 1 y 24 de junio de 2015, mediante las cuales exhorta el mejoramiento del rendimiento.

“[...] la demandada cursó al hoy accionante dos cartas de fechas 1 y 24 de junio de 2015 mediante las cuales se le exhorta a que mejore su producción [...]”.

4. La segunda instancia identifica los siguientes defectos en la evaluación de rendimiento:

“DÉCIMO SEGUNDO: De la revisión de los actuados se advierte que la demandada no ha señalado el método que ha empleado para verificar el bajo rendimiento del trabajador, ni cuál

ha sido el criterio para establecer la meta de producción asignada, así como tampoco ha especificado técnicamente los parámetros o lineamientos que ha utilizado para determinar el rendimiento promedio en labores y no ha demostrado que se dieron las condiciones similares respecto del escenario en el que prestó sus servicios el demandante en relación con el escenario en que prestaron sus servicios los otros trabajadores que desempeñaron el mismo cargo del actor, que sí llegaron a alcanzar el 80 % de cumplimiento de la meta asignada. Y menos aún, han sido explicados en la carta de pre aviso de despido, lo cual resultaba necesario en virtud de que se le imputó al hoy demandante la causa justa de despido de rendimiento deficiente en relación con su capacidad”.

Lo anterior se puede resumir de la siguiente manera:

- “No se ha señalado el método empleado para verificar el bajo rendimiento”.
 - “No se ha señalado el criterio para establecer la meta asignada”.
 - “No se ha especificado técnicamente los parámetros o lineamientos que se ha utilizado para determinar el rendimiento promedio”.
 - “No ha demostrado que se dieron las condiciones similares respecto del escenario en que prestó servicios el demandante en relación con el escenario en que prestaron servicios los otros trabajadores que sí llegaron a la meta”.
 - “Estos aspectos no han sido explicados en la carta de preaviso, lo cual resulta necesario en virtud de lo que se imputó”.
5. La Sala indicó que el empleador fijó en forma unilateral y arbitraria la meta y el porcentaje requerido (80 %) para el cumplimiento de la meta, puesto que se verifica que estos no tuvieron un sustento técnico que los respalde. Tampoco se explicó cómo se llega a obtener el rendimiento promedio en labores y si las condiciones objetivas fueron similares tanto para el trabajador como para el resto de sus compañeros que desempeñaban el mismo cargo que él y lograron alcanzar el porcentaje exigido.

*“DÉCIMO TERCERO: En la Audiencia Pública de Vista de la Causa, la parte demandada al ser interrogada sobre estos aspectos, **no respondió en forma válida en cuanto al método que se utilizó para verificar el rendimiento** deficiente del hoy demandante, ni respecto de las condiciones objetivas similares que tuvo el actor en relación con sus otros compañeros de trabajo, **limitándose a señalar que las metas asignadas y los porcentajes de producción de cumplimiento de la meta los establece el Banco demandado, de acuerdo a las políticas de la empresa, y agregó que la fórmula que se emplea para obtener el porcentaje de producción de cada trabajador es un cálculo matemático que se hace por trimestre, consistente en la suma de los porcentajes de los tres meses del período, este resultado se divide entre tres y si ese porcentaje obtenido supera el 80 % de la meta asignada, no es rendimiento deficiente [...]**”.*

*“DÉCIMO CUARTO: De lo antes expuesto, **se evidencia que el banco demandado fijó en forma unilateral y arbitraria la meta y el porcentaje requerido (80 %) para el cumplimiento de la meta, puesto que se verifica que estos no tuvieron un sustento técnico que lo respalde. Tampoco se explicó cómo se llega a obtener el rendimiento promedio en labores y si las condiciones objetivas fueron similares tanto para el demandante como para el resto de sus compañeros que desempeñaban el mismo cargo que él y lograron alcanzar el porcentaje exigido** de cumplimiento de la meta, lo cual está contemplado en el inciso b) del artículo 23 del Decreto Supremo N° 003-97-TR”.*

6. Asimismo, la Sala consideró que la Autoridad Administrativa de Trabajo y el sector al que pertenece la empresa debieron participar en la verificación del rendimiento del trabajador. En ese sentido, como no obran pruebas de estas intervenciones, se habría incumplido con la normativa.

*“DÉCIMO QUINTO: El Decreto Supremo N° 001-96-TR - Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, en su artículo 34, establece que: “Para la verificación del rendimiento deficiente a que se contrae el inciso b) del Artículo 56 de la Ley, **el empleador podrá solicitar el concurso de los servicios de la Autoridad Administrativa***

de Trabajo, así como del Sector al que pertenezca la empresa'. Sin embargo, de la revisión de autos se aprecia que **no obra ningún informe de la Autoridad Administrativa de Trabajo ni del Sector al que pertenece la demandada. Así también, en la Audiencia Pública de Vista de la Causa, la parte demandada reconoció que estas entidades no habían participado en la determinación del bajo rendimiento del actor [...]; incumpléndose así con el dispositivo legal antes citado**".

7. La inobservancia de los cuestionamientos realizados por la Sala fueron entendidos como afectaciones del principio de debido procedimiento y de defensa del trabajador. Asimismo, al no haberse acreditado los referidos cuestionamientos, la Sala concluye que se imputaron hechos inexistentes, falsos o imaginarios, por ende, sí hubo un despido fraudulento.

Finalmente, el empleador interpuso recurso de casación, pero fue declarado improcedente por cuestionar aspectos fácticos y no normativos o de interpretación normativa (Casación Laboral N° 30055-2018-Lima).

3. Análisis jurídico

En atención a lo descrito, procederemos a analizar distintos puntos de este caso, en ese sentido, dividiremos el análisis en dos partes:

Respecto de los antecedentes del caso:

En este apartado analizaremos la estructura y aplicación de la evaluación, la misma que, desde un primer acercamiento, tiene aspectos positivos y negativos.

En principio, respecto de los aspectos positivos, se puede observar que la evaluación cumple con los criterios de medición individual y colectiva aplicando, por un lado, la evaluación por establecimiento de metas y/u objetivos, y por otro lado, utilizando la comparación por pares. Como hemos indicado, estas metodologías de evaluación de tipo cuantitativa cumplen con los criterios normativos, por tanto, se puede afirmar que la evaluación es jurídicamente adecuada desde un punto de vista procedimental formal.

Asimismo, se puede identificar el cumplimiento de los principios de tipicidad y buena fe, ya que, el hecho de que la evaluación está normada en

un documento escrito y de público conocimiento, permite afirmar que el trabajador conoce lo que se espera de su rendimiento y sabe que es sometido a un procedimiento de fiscalización.

Otro aspecto positivo es que la imputación del preaviso de despido no se realiza con el primer incumplimiento, sino que se esperan dos resultados negativos previos. Este procedimiento comulga con lo desarrollado en el principio de inmediatez, así, como se ha mencionado, la reiterancia es un elemento fundamental para configurar un supuesto de rendimiento deficiente (no basta un solo resultado negativo).

Del mismo modo, se puede observar el cumplimiento del principio de razonabilidad, toda vez que hay una gradualidad en las medidas previas a la imputación del preaviso. Como se ha visto, antes de la imputación, se notificaron dos cartas informando al trabajador del bajo rendimiento, cabe resaltar que dichas comunicaciones no eran sanciones, por tanto, también hay un cumplimiento del principio de tipicidad en este aspecto.

Además de ello, el hecho de que se haya imputado rendimiento deficiente en relación con la capacidad, evidencia que se ha presumido que el trabajador no ha actuado de mala fe, sino que, a pesar de haber aplicado toda su capacidad, no ha logrado rendir según lo esperado. Esto es una clara manifestación del principio de buena fe.

Sin embargo, a pesar de que hay varios aspectos en los cuales se ha cumplido la normativa, también existen otros puntos importantes en los cuales se incumplió. Así, como se ha observado, supuestamente, el periodo de evaluación respeta el principio de inmediatez al observar una razonabilidad en la extensión del periodo evaluado (trimestral), sin embargo, en el presente caso, consideramos que la evaluación podría no cumplir con este aspecto.

Según se indicó, la evaluación arroja resultados de manera trimestral, sin embargo, los trimestres son poco comunes. En ese sentido, se puede observar que dos de los tres primeros meses evaluados, son nuevamente considerados en el segundo trimestre. Es decir, en el primer periodo están los meses febrero, marzo y abril de 2015, y en el segundo periodo están los meses de marzo, abril, y mayo. O sea, los meses de marzo y abril han entrado en el cómputo de rendimiento de dos periodos.

Como lo hemos adelantado, si bien no conocemos con precisión el contenido de la política que regulaba la evaluación, ni tampoco los resultados exactos de dichos meses, no se podría decir de manera concluyente de que no era razonable. Puede ser el caso, que del trimestre “febrero, marzo y abril”, justamente, los meses de marzo y abril fueron meses en los que le fue mejor al trabajador y, por ello, tales periodos se repitieron, cuestión que, a pesar de todo, le favorece al evaluado. No obstante, si fuese al contrario, es decir, que sin importar que tales meses fueran positivos o negativos, de todos modos, entren al promedio, se trataría de una composición no razonable del trimestre evaluado.

Una situación de ese tipo sería incorrecta, toda vez que una vez que se notifica el rendimiento deficiente y se exhorta a mejorar, se debería dar la oportunidad a que el trabajador se recupere luego de ser informado, y no contabilizar de manera retroactiva aquello que ya ha sido materia de análisis. En ese sentido, más razonable hubiera sido que se evalúe el trimestre de febrero, marzo, y abril, y el primer día hábil de mayo (o la primera semana de mayo) se le informe al trabajador el rendimiento deficiente y en adelante comience una nueva evaluación que mida los resultados de la primera comunicación. Es decir, medir mayo, junio y julio como un nuevo trimestre.

De lo contrario, si resultados negativos impactaran doblemente en dos evaluaciones, incluso tres veces, esto también supone que las comunicaciones que exhortan al trabajador a mejorar pierdan sentido, ya que, como se ha visto, las comunicaciones piden que el trabajador mejore sobre periodos pasados y cerrados, sobre los cuales es imposible hacer modificación alguna.

De modo que, como se ha adelantado, lo más razonable, comprensible y transparente hubiera sido que, si se trataba de evaluaciones trimestrales, un primer trimestre sea febrero, marzo y abril, y el siguiente trimestre sea mayo, junio y julio, así, los resultados que ya fueron analizados no impactan nuevamente en el siguiente trimestre, se trata de una nueva oportunidad de recuperarse desde cero. En este caso, consideramos que, si un periodo ya ha sido evaluado, analizado, comunicado e incluso, se le ha aplicado una medida al trabajador (no una sanción, claro está), pues, no es razonable volver a tomar dicho periodo (sobre todo si es que fuese

un periodo negativo), ya que, no es posible que el trabajador pueda cambiar ese pasado con el mismo que deberá arrastrar innecesariamente (en estricto, no se trata de una nueva oportunidad).

En ese sentido, lo más lógico, razonable e imparcial sería que, si durante tres meses se registran resultados negativos (febrero, marzo y abril), la oportunidad para mejorar también deberían ser tres meses (mayo, junio, julio). Sin embargo, en este caso, la oportunidad de mejora no era de un trimestre, sino de un solo mes (mayo) ya que el trimestre ya comprende los resultados pasados de marzo y abril. En este escenario, si los resultados negativos se repetían y perjudicaban al trabajador, no es posible afirmar que existe una razonabilidad en el periodo evaluado.

Además de afectar el principio de razonabilidad, evidentemente, los periodos de evaluación no permitirían identificar el verdadero aporte productivo del trabajador (se genera el riesgo de arrojar resultados distorsionados), con lo cual la evaluación de rendimiento pierde su verdadero objetivo que es impulsar y potenciar la productividad y, además, perjudica al trabajador. Esta distorsión en los trimestres no solo afecta el principio de inmediatez, sino también la tipicidad, toda vez que los resultados de los trimestres tienen una aplicación retroactiva, lo cual transgrede el principio general que toda disposición tiene efectos en adelante, y no sobre periodos pasados, obviamente, a menos que beneficie al trabajador.

Adicionalmente, se puede señalar que una evaluación que duplique (o triplique) el impacto de resultados negativos, en definitiva, afectaría el principio de buena fe, ya que, es ilógico considerar que los resultados de una evaluación negativa sean considerados en más de una ocasión. Esto podría evidenciar un afán de forzar la generación de evaluaciones negativas a fin de generar una parafernalia que justifique un despido.

En atención a lo mencionado, este aspecto de la evaluación ya es suficiente para que se trate de un despido fraudulento ya que afecta el principio de razonabilidad, inmediatez, tipicidad y de buena fe. A pesar de ello, este aspecto no fue identificado por los jueces ni de primera ni de segunda instancia.

Por otra parte, otro aspecto importante de la evaluación de rendimiento es que se prevé que luego del periodo de evaluación se notifican los resultados al trabajador. Esto, en abstracto, es lo correcto, toda vez que

el trabajador tiene derecho a conocer el resultado de su desempeño a fin de corregir sus deficiencias. Este caso se cumple con el principio de tipicidad y de razonabilidad.

Asimismo, como se ha indicado, es razonable que, antes de la notificación del preaviso, se le entreguen comunicaciones al trabajador para que mejore. Esto no solo implica una razonabilidad en la gradualidad de las medidas, sino también aporta medios probatorios para la acreditación de la reiterancia.

Sin embargo, en el caso en concreto, las fechas en que se notificaron las cartas trasgreden el principio de razonabilidad e inmediatez, toda vez que no es razonable que se le exhorte al trabajador mejorar sobre un periodo que ya pasó. Asimismo, la notificación de los resultados que denotan el rendimiento deficiente debe ser de inmediato (la ley expresamente indica la observancia de tal principio), de modo que la carta debe llegar de manera oportuna. Así, si bien el lineamiento es razonable, la aplicación en los hechos no lo fue, por tanto, se vulneraron los referidos principios.

Como hemos mencionado, previo a la notificación de la carta de preaviso de despido, se remitieron dos cartas que exhortaban a mejorar el rendimiento. Sin embargo, la primera carta que informaba los resultados de febrero, marzo, y abril, y que tenía como objetivo exhortar al trabajador a que mejore en mayo, recién fue entregada el 1 de junio de 2015. Es decir, recién en junio se le pedía al trabajador que mejore en mayo, cuando esto es un requerimiento materialmente imposible. Lo mismo ocurrió con la segunda carta, que fue notificada el 24 de junio de 2015, y que tenía como objetivo exhortar al trabajador que mejore en junio, es decir, a seis días de que acabe el mes, recién se le exhorta a mejorar, lo cual es absurdo, y completamente, inoportuno.

Cabe mencionar que los jueces de primera y segunda instancia tampoco observaron la irregularidad de las fechas en las que se notificaron las comunicaciones de exhortación de mejora, a pesar de ser cuestiones fehacientemente probadas y que afectan el principio de razonabilidad e inmediatez, toda vez que la notificación del resultado debe ser en el menor plazo posible, inmediata u oportuna.

Ahora bien, luego de revisados algunos aspectos de la evaluación de rendimiento, procederemos a abordar el razonamiento judicial sobre el caso.

Respecto de los criterios jurisdiccionales:

En principio, debemos partir por el hecho de que, tanto la primera como la segunda instancia, coinciden en que el procedimiento de despido en relación con la capacidad se cumple con la mera acreditación de la entrega de la carta de preaviso y de despido (en este caso de manera notarial), y además, el otorgamiento del plazo de treinta días para corrección de la deficiencia. Es decir, las instancias jurisdiccionales entienden que el procedimiento de despido por capacidad únicamente consiste en lo formalmente establecido, sin incluir expresamente la evaluación de rendimiento dentro de dicho procedimiento. Sobre el particular, consideramos que, si bien no hay un reconocimiento expreso de la evaluación dentro del procedimiento de despido, sí existe una observación de la legalidad de los criterios de la evaluación (sobre todo, del principio de razonabilidad), por lo cual, si bien no lo incluyen de manera formal, sí se le reconoce como un instrumento jurídico que activa, legitima y valida el procedimiento legal.

Ahora bien, quisiéramos comentar las apreciaciones de las instancias jurisdiccionales respecto de los argumentos del trabajador. En ese sentido, hay tres puntos fundamentales de la defensa sobre los cuales se emite pronunciamiento:

- Con relación a la falta de capacitación, la primera instancia valida el argumento de la empresa que señalaba que el trabajador siempre tuvo las mismas funciones, por lo tanto, se entendería que no era necesaria una capacitación. La segunda instancia no emite pronunciamiento sobre este punto.

Sobre el particular, hemos indicado que el deber de capacitación no solo tiene sustento legal en los artículos 84 de la LPCL y en el artículo 82 del reglamento de la referida ley, sino también en el principio de razonabilidad. Asimismo, como hemos explicado, la capacitación tiene como objetivo transmitir una serie de conocimientos y habilidades para potenciar el rendimiento del trabajador, por lo cual, en el marco de un procedimiento de evaluación de rendimiento, se vuelve de vital importancia implementar una adecuada capacitación.

En ese sentido, consideramos que el juzgado de primera instancia no valoró adecuadamente la necesidad de una capacitación en este

caso. De este modo, creemos que, a pesar de que el trabajador siempre tuvo como obligación principal la colocación y venta de productos, sí era necesaria una capacitación, más aún cuando hubo un cambio de área o canal de venta. Como hemos mencionado, dentro de una misma empresa pueden existir dinámicas, procesos y metodologías de venta diferentes, por lo cual, en vista que el Sr. Paredes Tiza cambió del canal de venta Pyme al canal de venta Banca de Consumo, debió recibir una primera capacitación al momento del cambio para que se le trasladen todos los conocimientos necesarios sobre la metodología de venta, los productos, la clientela, etc.

Asimismo, una vez que el trabajador incurre en bajo rendimiento, también se debió implementar una capacitación para lograr que el trabajador alcance el rendimiento adecuado, cuestión que no sucedió. Es por ello que disentimos respetuosamente de la posición del juzgado de primera instancia, así, el hecho de que el núcleo de las actividades sea esencialmente la misma (venta), no implica que no sea necesaria una capacitación, más aún cuando es un deber del empleador proporcionarla. En ese sentido, consideramos que, efectivamente, el trabajador tiene razón al afirmar que la falta de capacitación es imputable al empleador.

- Respecto de la falta de herramientas de trabajo, el trabajador afirma que compartía la computadora con sus compañeros, factor que influyó en su rendimiento deficiente. Sin embargo, el juzgado estimó que las labores del trabajador son primordialmente en campo, por lo cual no es determinante contar con una computadora permanentemente para cumplir con las funciones materia de evaluación (la segunda instancia no se pronuncia sobre este tema).

Al respecto, coincidimos con la opinión judicial, ya que la falta de herramientas debe estar plenamente vinculada con la labor evaluada, de lo contrario, no debería ser justificación para un bajo rendimiento. En este caso, la computadora no tenía un rol crucial en la labor de venta, incluso todos los evaluados trabajaban compartiendo dicha herramienta.

- Otro punto que el trabajador alega es que sus ventas también se vieron afectadas por eventos ajenos a su voluntad como son la subida y caída del dólar, desaceleración de la economía, caída de

exportaciones, etc. Sin embargo, el juzgado indicó que dichas situaciones son generales y, si bien pudieron afectar al trabajador, también afectaron al resto de evaluados. Por tanto, no se trata de una cuestión particular que afectó al trabajador.

Sobre el particular, coincidimos con el juzgado, toda vez que la igualdad de condiciones debe referirse sobre una situación particular, no sobre cuestiones generales y difusas como la situación económica del país porque esto afecta a todos por igual y no justifica un bajo rendimiento.

Por otro lado, respecto de los aspectos vinculados al procedimiento de evaluación, hay varios aspectos importantes sobre los cuales la jurisprudencia se pronunció y que iremos comentando punto por punto. Sin embargo, no hay duda que el aspecto más relevante sobre el cual se emitió pronunciamiento fue la determinación de la meta y su relación con el principio de razonabilidad. Se puede sintetizar las observaciones de la siguiente manera:

- a) “No se ha señalado el método empleado para verificar el bajo rendimiento”

Al respecto, la Corte parece no entender que el establecimiento de meta y la comparación por pares son métodos de evaluación. Como hemos explicado anteriormente, existen diferentes tipos de evaluaciones en la literatura de recursos humanos, sin embargo, de todo el repertorio de métodos o metodologías de evaluación, hemos determinado que los métodos objetivos o cuantitativos son los que comulgan con la normativa nacional sobre despido por capacidad.

En ese sentido, los métodos de evaluación empleados por la empresa son formalmente válidos, a pesar de ello, parece que la Corte no lo comprendió. Sin embargo, es posible que esto no se haya comprendido debido a que la empresa no lo explicó de manera formal. En ese sentido, consideramos que es importante que tanto en la política de evaluación como en las cartas de notificación de resultados se explique o proporcione un detalle de en qué consisten las metodologías usadas, más aún si se tratan de evaluaciones estándar de recursos humanos, de lo contrario podría generar confusiones tanto en el trabajador como en el juzgador, este detalle pudo haber cambiado la percepción de la Sala.

b) “No se ha señalado el criterio para establecer la meta asignada”

Este cuestionamiento recae básicamente sobre las siguientes consideraciones: ¿por qué la meta es vender cien productos y no cincuenta? ¿Cuál es el sustento para fijar esa meta? Este aspecto es válido ya que está vinculado al principio de razonabilidad, toda vez que se debería fijar una meta razonable que todos los trabajadores estén en la capacidad de cumplir.

Lo más razonable es que dicha meta tenga como sustento un estudio o análisis del mercado el cual fundamente que es posible que un trabajador en condiciones normales puede vender cien con un esfuerzo razonable. Esto tutela el hecho de que la meta no sea una mera parafernalia para despedir, es decir, que se coloque una meta irreal que no se pueda alcanzar (o que solo excepcionalmente se pueda alcanzar) y que en base a esto se despida.

En este caso, la empresa no logró acreditar la razón de la cuantía de la meta, ni del porcentaje requerido. Así, en la medida que no existe razón objetiva que sustente la decisión del empleador, pues se trata de una medida arbitraria, contraria al principio de razonabilidad. Sobre este punto, coincidimos con la Corte, toda vez que el Banco no pudo sustentar con datos reales las razones de la cuantía de la meta.

c) “No se ha especificado técnicamente los parámetros o lineamientos que se ha utilizado para determinar el rendimiento promedio”

Este cuestionamiento recae sobre la metodología para calcular el rendimiento de un trabajador promedio, es decir, el método por normas de trabajo. Consideramos que estos parámetros se refieren a la operación matemática y los factores que se utilizaron para hallar el promedio. Sin embargo, ¿es necesario colocar esta operación matemática en la carta? Mediante el cuadro se puede hacer referencia al cálculo del promedio y además añadir una referencia sobre el nombre del método (“normas de trabajo”), no obstante, lo importante es que en la carta se explique de manera suficiente lo que el trabajador debe conocer para que su rendimiento se considere satisfactorio.

- d) “No ha demostrado que se dieron las condiciones similares respecto del escenario en que prestó servicios el demandante en relación con el escenario en que prestaron servicios los otros trabajadores que sí llegaron a la meta”

Sobre el particular, la empresa debe estar en la posición de acreditar que todos los compañeros comprendidos en el marco de comparación estuvieron en condiciones similares (por ejemplo, mismo potencial de cartera, distribución geográfica, ubicación en la estructura empresarial, etc.). De lo contrario, se afectará el principio de igualdad.

En este caso, la empresa no aportó material probatorio de las condiciones de los compañeros que fueron evaluados junto con el Sr. Paredes Tiza, por lo cual, no se logró acreditar la similitud de condiciones. Así, no basta que los evaluados pertenezcan a una misma fuerza de ventas, sino que compartan la mayor cantidad de similitudes que permitan establecer la existencia de condiciones iguales, por ejemplo, mismas metodologías, misma ubicación geográfica, etc.

- e) “Estos aspectos no han sido explicados en la carta de preaviso, lo cual resulta necesario en virtud de lo que se imputó”

De acuerdo a lo señalado por la Corte, los aspectos mencionados constituyen medios probatorios de la causal de despido aplicada. En ese sentido, en la carta de imputación deben mencionarse y, de ser el caso, adjuntarse todas las evidencias que acrediten la metodología de evaluación, la razonabilidad de la meta, la similitud de condiciones, el incumplimiento de los parámetros, etc. De lo contrario, se afectaría el debido procedimiento.

En atención a lo señalado, evidentemente, la evaluación de rendimiento establecida por la empresa afectaba el principio de razonabilidad, razón por la cual, los resultados que generará dicha evaluación no pueden ser considerados completamente fidedignos y, por lo tanto, no prueban el rendimiento deficiente. Así, principalmente, por esta razón, en segunda instancia se declara fundada la demanda y, por tanto, el despido es calificado como fraudulento.

Sin perjuicio de lo mencionado, y que define el resultado del proceso judicial, es de interés hacer referencia a otros aspectos sobre los cuales también se emitió pronunciamiento tanto en primera como en segunda instancia:

- En ese sentido, se puede identificar una referencia al principio de tipicidad, ya que la primera instancia consideró que la publicación de la política de evaluación en el intranet es suficiente para acreditar que el trabajador se encuentra informado de las reglas que rigen su fiscalización. Sobre el particular, la segunda instancia no realiza cuestionamiento alguno sobre este aspecto.

En atención a ello, no sería necesario un cargo firmado, siempre y cuando, se pueda acreditar que el documento que contiene la evaluación es de público conocimiento.

- Por otra parte, con relación al contenido de las cartas de notificación de resultados, incluida la de preaviso y la de despido, la primera instancia observa de manera favorable que existan comunicaciones previas al preaviso de despido, además, califica positivamente su contenido (cuadros de evaluación y producción, el porcentaje de cumplimiento de meta, el puesto en el ranking, el promedio de porcentaje de cumplimiento del equipo de trabajo, etc.)¹⁷.

A diferencia de la Corte, el juzgado de primera instancia reconoce que los cuadros de producción y el establecimiento de metas son metodologías válidas para medir el rendimiento de un trabajador. Como se observa, en este caso, se utilizaron cuartiles para la comparación, esta metodología la hemos descrito anteriormente. Sobre este aspecto, coincidimos que la forma de evaluación es adecuada, sin embargo, como se indicó, el fondo transgredió el principio de razonabilidad, por lo cual se invalida el despido.

Es preciso comentar que consideramos correcto que en las cartas de comunicación del rendimiento se coloque los aspectos formales ya mencionados, no obstante, además de ello, la Corte ha indicado que en las cartas se debe explicar con mayor precisión no solo los

17 En la normativa colombiana, se indica de manera expresa que se deben incluir en las cartas los cuadros comparativos de rendimiento.

aspectos formales de la evaluación, sino también los criterios de fondo que sustentan los baremos con los que se mide el rendimiento. Además de ello, si bien fue un punto que no se abordó, la notificación no solo debe ser suficiente, sino también oportuna, lo cual no sucedió en este caso.

- Un aspecto sobre el cual diferimos radicalmente es que la Sala consideró que la Autoridad Administrativa de Trabajo y el sector al que pertenece la empresa debieron participar en la verificación del rendimiento del trabajador. En ese sentido, como no obran pruebas de estas intervenciones, se habría incumplido con la normativa.

Al respecto, la Sala interpretó de manera incorrecta la normativa, toda vez que, de acuerdo a la misma normativa (artículo 34 del RLPCL: “*Para la verificación del rendimiento deficiente a que se contrae el inciso b) del Artículo 56 de la Ley, el empleador podrá solicitar el concurso de los servicios de la Autoridad Administrativa de Trabajo, así como del Sector al que pertenezca la empresa*”), no es obligatoria la intervención de la autoridad administrativa ni otros, sino que queda a criterio del empleador si solicita o no el apoyo de dichas entidades.

Como se puede observar, la norma indica “el empleador podrá solicitar”, en otras palabras, es potestad de la empresa determinar si pide el auxilio de un tercero, o si realiza la medición por cuenta propia. Por tanto, la valoración de la Sala fue totalmente equivocada.

- Finalmente, el hecho de que la Sala haya entendido que el establecimiento arbitrario de metas (entre otros cuestionamientos) son afectaciones del principio de debido procedimiento y de defensa del trabajador, puede entenderse como una incorporación de criterios legales procedimentales en la evaluación de rendimiento. Esto es un reconocimiento tácito de que la evaluación de rendimiento es un procedimiento jurídico anexo al procedimiento propiamente legal establecido en el artículo 31 de la LPCL.

4. Conclusiones

A partir de lo abordado, se pueden extraer algunas conclusiones y enseñanzas. En primer lugar, se debe comprender que la evaluación de rendimiento debe guiarse principalmente por la buena fe, en ese sentido, cualquier aspecto relacionado a la evaluación tanto en su construcción como en su aplicación debe regirse por tal principio: la evaluación no

debe ser (ni parecer) una herramienta cuyo único fin sea despedir. De dicho postulado se deben desprender los criterios jurídicos que componen la evaluación.

Así, con base en lo expuesto del presente caso, debemos concluir que no basta con la elección de metodologías de evaluación cuantitativas para acreditar el rendimiento deficiente, sino que las metas y criterios que componen la evaluación deben contar con un sustento técnico que justifique la exigencia y, además, se le debe explicar al trabajador evaluado en qué consisten las evaluaciones.

En caso no se logre acreditar documentalmente los motivos que justifiquen una determinada meta o un factor de evaluación, se entiende que, si bien la decisión de evaluar al personal es legítima, la forma de evaluar no cumple con observar el principio de razonabilidad, por tanto, se trata de una decisión arbitraria. Lo que se pretende tutelar en este extremo es que el empleador no coloque metas y criterios antojadizos y cuyo cumplimiento sea sumamente complicado o casi imposible para el evaluado, ello con el único afán de forzar la generación de resultados negativos que sirvan para justificar indebidamente un rendimiento deficiente.

Además de ello, en el supuesto de que la composición de la evaluación cuente con sustento técnico y/o documental de la razonabilidad de las metas y criterios de evaluación (como, por ejemplo, un estudio de mercado que analice las posibilidades de penetración en el mercado, el crecimiento proyectado tomando en consideración las variables que afectan el entorno, un procedimiento para hallar el rendimiento del trabajador promedio, etc.), es necesario que el empleador explique la metodología de evaluación, es decir, no basta aplicar directamente el método (a pesar de que sea de tipo cuantitativo y normativamente adecuado), sino que el trabajador debe conocer la metodología y mejor aún si se indica que dicho método se ajusta a la normativa y a estándares y/o tipologías de evaluaciones modelo en recursos humanos con la respectiva adecuación a las necesidades y actividades del negocio evidentemente.

Del mismo modo, la evaluación no solo debe ceñirse a una metodología adecuada (cuantitativa) y componerse de metas y criterios razonables (sustentados), sino que debe constar por escrito en un documento de carácter general y abstracto que el empleador deberá emitir y notificar al trabajador por medios idóneos, como, por ejemplo, cartas individuales o

de uso público (intranet). En dicho documento se puede (y debería) explicarse las metodologías de evaluación y, además, siguiendo el principio de tipicidad, debe publicarse o notificarse antes de que entre en vigencia, y cualquier modificación posterior debe seguir el mismo trámite.

Por otro lado, con respecto al principio de inmediatez, si bien la razonabilidad de la extensión del tiempo evaluado es flexible (mensual, bimestral, trimestral, etc.), se debe ser cuidadoso al momento de diseñar la composición de los periodos que componen un bimestre o trimestre, no es lo ideal que periodos con resultados negativos se repitan, ello no solo podría generar una distorsión en los resultados y en la verdadera capacidad del trabajador, sino que afectaría justamente la razonabilidad del tiempo. Así, la reiterancia debe ser real, y procurar que los nuevos periodos no arrastren resultados negativos del pasado que no puedan ser cambiados.

Además de ello, como se indicó, la razonabilidad no solo debe manifestarse en la composición de la evaluación (metas razonables), sino también en la aplicación. Así, si bien es razonable informar al trabajador de su rendimiento negativo y exhortarlo a mejorar, cuestión que refuerza la vigencia del principio de inmediatez inclusive, en los hechos, no resulta razonable si la comunicación de resultados se da de manera inoportuna o no inmediata, ya que dicha demora anula la posibilidad de que el trabajador se reivindique.

Adicionalmente, la comunicación no solo debe ser oportuna, sino también suficiente. De modo que, el contenido de las cartas de notificación de resultados (incluida la de preaviso y la de despido) deben explicar con mayor precisión la metodología de evaluación, los criterios que sustentan los baremos con los que se mide el rendimiento, cuadros de evaluación y producción, el porcentaje de cumplimiento de meta, el puesto en el ranking, el promedio de porcentaje de cumplimiento del equipo de trabajo (método que se usó para establecer el promedio), y todos aquellos aspectos necesarios para que el trabajador conozca sus deficiencias y pueda corregirlas.

En la misma línea, sin perjuicio de lo regulado en la LPCL (artículo 82), la razonabilidad también justifica la obligatoriedad de una capacitación al trabajador, tanto antes de asumir funciones como durante la ejecución, y más aún si el trabajador se encuentra incurso en rendimiento deficiente.

Como se ha indicado, la evaluación no busca despedir, en ese sentido, si mediante la evaluación se identifica bajo rendimiento, lo razonable es que el empleador busque la forma de potenciar al trabajador para que supere dicha situación y, evidentemente, una de las vías para lograr ello es la capacitación correspondiente. De lo contrario, no sería razonable despedir sin previamente haber aplicado medidas que pudiesen evitarlo: el despido no debe ser la primera opción ante la identificación del rendimiento deficiente, sino la capacitación.

De igual manera, respecto de las herramientas de trabajo, efectivamente, deben tener una vinculación con la actividad, pero más allá de ello, el empleador debe estar en la capacidad de acreditar que todo el grupo evaluado tuvo las mismas o similares condiciones para alcanzar las metas y criterios exigidos en la evaluación. Es decir, que, por ejemplo, todos trabajan en la misma sede, reportan al mismo jefe, venden los mismos productos, tienen carteras de clientes similares, etc. Sin ello no es posible determinar una evaluación que respete el principio de igualdad y, por tanto, que se trate de una evaluación justa.

Finalmente, un aspecto preocupante es que la judicatura entiende que la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo es obligatoria para configurar la causal de despido del artículo 23, literal b, de la LPCL, cuando ello, no es así. Hemos aclarado que la eventual participación de la autoridad es potestativa y no obligatoria, de modo que el empleador puede verificar y acreditar el rendimiento deficiente directa y fehacientemente, con lo cual se configura el supuesto de despido. A pesar de ello, hoy por hoy, al parecer este es un tema que no está claro en instancias judiciales, por lo que, debido a esta falta de claridad sobre el tema, existe el riesgo de que se pueden generar sentencias contrarias a la ley.

II. Gómez Ríos vs. Teleatento del Perú S.A.C. (Teleatento)

El presente caso signado con Exp. 00592-2008-0-1601-JR-LA-05, fue un proceso iniciado en el año 2008 por la Sra. Ana María del Carmen Gómez Ríos (en adelante, “Sra. Gómez” o “la trabajadora”) no solo contra Teleatento del Perú S.A.C. (en adelante, “Teleatento”), sino contra dos empresas más que fueron Telefónica Multimedia S.A.C. (en adelante, “Telefónica Multimedia”) y Telefónica del Perú S.A.A. (en adelante, “Telefónica del Perú”). Sin embargo, al haber sido Teleatento el último empleador de la Sra. Gómez, y,

justamente, bajo su dirección fue que se dieron los hechos referentes al despido por rendimiento deficiente, hemos optado por únicamente enfocarnos o abordar el estudio del caso tomando como únicos intervinientes a la Sra. Gómez y Teleatento.

Al respecto, debemos indicar que en este proceso no se discute exclusivamente el devenir de un despido por rendimiento deficiente, sino que se abordan diversos temas laborales como los grupos empresas, el despido nulo por represalia, la desnaturalización del contrato y el despido por rendimiento deficiente. En ese sentido, solamente uno de los tantos temas abordados y analizados en este proceso fue el despido por rendimiento deficiente, por lo cual, sin desmerecer la riqueza teórica y temática de este caso, hemos decidido focalizar el análisis respecto de la discusión sobre el rendimiento deficiente.

Sin perjuicio de que se enfocará el análisis respecto de dos sujetos (la Sra. Gómez y Teleatento) consideramos importante sintetizar los otros temas abordados por la judicatura a fin de generar una idea clara del contexto en el cual se dieron los hechos. En virtud de lo señalado, haremos una breve descripción general del caso y luego ahondaremos en aquellos elementos y criterios que nos sirven para el análisis de dicha causal de despido en relación con la de rendimiento deficiente.

1. Antecedentes

Al respecto, la Sra. Gómez demandó a Teleatento, Telefónica Multimedia y Telefónica del Perú, indicando que entre dichas empresas existía un grupo empresarial, siendo Telefónica del Perú la empresa matriz que lidera y agrupa bajo su estrategia de negocio a Telefónica Multimedia y Teleatento. En ese sentido, la trabajadora indica que, si bien laboró un primer periodo en Telefónica Multimedia y, luego, en Teleatento, dichas empresas prestaban servicios a Telefónica del Perú, por tanto, las tres empresas conformarían una sola unidad empresarial que funge como un único empleador.

Sobre este punto, la primera instancia indicó que la normativa vigente no establece ni define a los grupos de empresas, sin embargo, la doctrina ha dilucidado ciertos indicios que definirían a un grupo de empresas como, por ejemplo, una misma unidad física, coincidencia de objeto social, caja única, identidad de domicilio, mismos mecanismos de distribución y venta, y mayoría de capitales en mano de un titular. Luego de analizar

diversos elementos de prueba, el juzgado concluyó que existía un grupo de empresas entre las tres empresas demandadas.

Este extremo de la demanda fue confirmado en segunda instancia, ya que en un anterior proceso por pago de beneficios sociales entre la Sra. Gómez y las mismas tres empresas se sentenció con carácter de cosa juzgada que, efectivamente, existía un grupo de empresas, por tanto, no se podían emitir pronunciamientos contradictorios cuando existía identidad de causa, objeto y partes.

Luego de definido dicho punto, corresponde indicar los periodos laborados por la Sra. Gómez, sobre los cuales hubo controversia, detallamos las versiones:

Empresa	Versión trabajadora	Versión empleador	Postura Juzgado
Telefónica Multimedia	01.12.2003 - 31.03.2007	05.11.2003 - 31.03.2007	05.11.2003 - 31.03.2007
Teleatento	01.04.2007 - 01.04.2008	01.04.2007 - 31.03.2008	01.04.2007 - 01.04.2008

La discusión sobre las fechas está íntimamente ligada con el cese, respecto del primer periodo en Telefónica Multimedia no existe mayor controversia ya que, finalmente, el juzgado optó por la versión del empleador, que reconocía un periodo más amplio que el indicado por la Sra. Gómez, coincidiendo que la fecha de cese fue el 31 de marzo de 2007.

Sin embargo, respecto del periodo laborado en Teleatento, la trabajadora indicó que su relación laboral inició el 1 de abril de 2007 y culminó el 1 de abril de 2008, acumulando de dicha entidad un año y un día. Sin embargo, de acuerdo al empleador, la relación laboral culminó el 31 de marzo de 2008 a consecuencia de la finalización del contrato temporal suscrito por la modalidad de incremento de actividad.

En la primera instancia, el juzgado concluyó que la fecha de cese fue el 1 de abril de 2008 debido a que en dicha fecha se llevó a cabo una verificación de despido arbitrario por parte de la inspección de trabajo, y se indicó en el acta que tal día, la trabajadora asistió a laborar, y a firmar su contrato de renovación, el cual finalmente no se firmó. Si bien Teleatento negó ello e indicó que el vínculo culminó el 31 de marzo de 2008 porque la trabajadora se negó a firmar la renovación, en segunda

instancia, la corte señaló que estaba acreditado que previo a la reunión para la firma de la renovación de contrato, la trabajadora asistió a una capacitación programada por Teleatento y, posteriormente, se entregaron los contratos para su firma.

Por tanto, al haberse puesto la fuerza de trabajo a disposición del empleador sin un contrato firmado de por medio, la relación laboral deviene en una de plazo indeterminado, por ende, el cese se debió dar por una causa justa de despido.

En este punto se discuten los criterios relacionados con el despido nulo y el despido por rendimiento deficiente. Según lo revisado, la trabajadora demandó que el cese ocurrido el 1 de abril de 2008 fue un despido nulo por represalia (artículo 29, literal c.), ya que el cese se habría producido a consecuencia de un proceso judicial por pago de beneficios sociales iniciado el 12 de noviembre de 2007.

En primera instancia, el juzgado concluye que debido a que entre la fecha de interposición de la demanda (12 de noviembre de 2007) y la fecha del cese (1 de abril de 2008) no existe una proximidad que evidencie un actuar casi inmediato entre la toma de conocimiento del proceso y la finalización del vínculo, e incluso se ha evidenciado la voluntad de continuar con la renovación de contrato, pues no se habría producido un despido por represalia y al no observar inmediatez se concluye que no existe un claro nexo causal entre un evento y otro.

Por el contrario, en segunda instancia, la corte no solo se enfocó en determinar la existencia de inmediatez entre la interposición de la demanda por pago de beneficios y el cese, sino que también analizó algunas conductas de Teleatento que ocurrieron de manera previa al cese, concluyendo que, en los hechos, Teleatento realizó una serie de conductas y actos irregulares que evidencian un maltrato hacia la Sra. Gómez.

Entre dichas conductas indebidas podemos mencionar la falta de notificación adecuada de la estructura remunerativa de la trabajadora (la trabajadora no conocía el esquema de comisiones que supuestamente tenía para el cálculo de su remuneración), el contexto irregular en el cual se produce la renovación del contrato a plazo fijo, y la existencia de un procedimiento de despido por rendimiento deficiente que no tenía ningún sustento razonable. Por tales motivos, en segunda instancia, la corte revocó la sentencia y declaró fundada la demanda sobre despido nulo.

Si bien este proceso llegó a ser analizado por la Corte Suprema a consecuencia de que las tres empresas demandadas presentaron recursos de casación, tales recursos fueron declarados improcedentes sin mayor análisis sobre los temas mencionados (Cas. Lab. N° 2523-2011-La Libertad).

Luego de este breve resumen del proceso, es preciso preguntarse: ¿dónde se abordó el despido por rendimiento deficiente? Al respecto, esta figura fue abordada desde diferentes enfoques tanto en la primera como en la segunda instancia judicial. Cabe señalar que la Sra. Gómez demandó como pretensión principal el despido nulo por represalia, y como pretensión subordinada el despido arbitrario por cese sin expresión de causa.

De modo que, como en la primera instancia se declara infundado el petitorio sobre despido nulo, el juzgado analizó el despido por rendimiento deficiente como parte del petitorio por despido arbitrario. Sin embargo, puesto que, en la segunda instancia, el despido nulo se declara fundado, la figura del despido por rendimiento deficiente se analiza como parte de las conductas que aportan indicios sobre la intencionalidad del empleador de despedir a consecuencia de la demanda iniciada por la trabajadora por beneficios sociales.

Sin perjuicio del enfoque de la judicatura, que será materia de análisis en el siguiente acápite, nos gustaría reconstruir los hechos referentes al desarrollo del procedimiento de despido por rendimiento deficiente establecido por Teleatento, así, señalamos lo siguiente:

1. A partir de lo revisado en las sentencias, es posible indicar que Teleatento había establecido un procedimiento de evaluación de rendimiento a través de una política interna denominada “Política Comercial - Gerencia de Negocios - Venta Presencial”. A pesar de que este documento no fue presentado, se pueden reconstruir los aspectos principales que componían esta política a partir de los medios de prueba valorados por la judicatura.
2. Con relación al flujo y estructura de evaluación, podemos mencionar los siguientes aspectos:

- i. *Periodicidad*. - Se evaluaban periodos mensuales.
- ii. *Criterio individual*. - Se establecían metas de cumplimiento individuales (metodología por objetivos):

Periodo	Meta propuesta	Rendimiento del trabajador
Mes 1		

- iii. *Criterio colectivo*. - Se determinaba un rendimiento promedio y se lo comparaba con el rendimiento individual del trabajador (metodología por normas de trabajo).

Periodo	Rendimiento promedio del equipo	Rendimiento del trabajador
Mes 1		

3. Con relación al caso de la Sra. Gómez quien se desempeñaba como Ejecutiva de Ventas, el procedimiento de despido por rendimiento deficiente no se inició de manera formal, es decir, nunca se remitió preaviso de despido, ni tampoco se otorgó plazo para demostrar capacidad. Sino, únicamente, se le remitió, con fecha 6 de diciembre de 2007, una primera comunicación exhortando la mejora del rendimiento (no fue una sanción en sentido estricto).
4. Si bien no se conoce el contenido exacto de dicha carta, la Corte indica que se observa, primero, una incitación a la mejora del rendimiento, segundo, no existe una amenaza de efectivizar el despido, y tercero, se imputa como norma incumplida el artículo 23 inciso b) de la LPCL, es decir, la causal de rendimiento deficiente en relación con la capacidad.
5. Como se puede observar, la judicatura no nos aporta mayor información sobre el periodo evaluado que tuvo resultados deficientes, y que justamente debió motivar la remisión de dicha carta de exhortación de mejora del rendimiento que fue notificada el jueves 6 de diciembre de 2007 (primeros días del mes).
6. Razonablemente, se podría sospechar que el periodo con resultados negativos fue el inmediatamente anterior, es decir, noviembre de 2007, ya que, en el proceso, no solo se determinó que se evaluaban periodos mensuales, sino que también Teleatento presentó cuadros de rendimiento de la Sra. Gómez desde el mes de abril hasta el mes

de noviembre de 2007, siendo el último mes evaluado, justamente, noviembre. Sin embargo, preferimos reservarnos tal inferencia y enfocarnos específicamente en los aspectos expresamente acreditados y valorados por la judicatura, los mismos que analizaremos en la siguiente sección.

Como se puede colegir, la Sra. Gómez no transitó un procedimiento de despido por rendimiento deficiente como tal, sin embargo, sí es claro que la referida trabajadora tuvo una evaluación continua y periódica, al menos, desde abril de 2007.

En ese sentido, la judicatura, si bien no tuvo la oportunidad de profundizar en el análisis del procedimiento formal, sí analizó los aspectos de fondo de la evaluación de rendimiento como, por ejemplo, la igualdad en la determinación de metas, la toma de conocimiento por parte de la trabajadora, entre otros aspectos valiosos para el análisis de la figura del despido por rendimiento deficiente.

2. Criterio jurisprudencial

En principio, es importante referirnos a los principales argumentos de defensa de la trabajadora y del empleador. Cabe señalar que, únicamente, nos enfocaremos en aquellos argumentos íntimamente relacionados con el despido por rendimiento deficiente.

En ese sentido, por parte de la Sra. Gómez, esta señala que fue maltratada por Teleatento por haberle imputado “rendimiento deficiente” y requerírsele el cumplimiento de metas cuyos promedios eran fijados en forma diferente respecto de otros ejecutivos que realizaban labores similares. Así, la trabajadora asegura que, si se le hubiese aplicado las metas de otros trabajadores, su rendimiento promedio nunca hubiera estado por debajo de la meta requerida por Teleatento. Como se puede observar, la Sra. Gómez cuestiona específicamente la determinación de la meta, la cual, aparentemente no cumpliría con criterios de igualdad o similitud.

Por otro lado, respecto del empleador, Teleatento responde indicando que la Sra. Gómez pretende comparar su rendimiento promedio con el de un trabajador a tiempo parcial (*part time*), cuestión que no es aceptable ya que la diferencia entre el rendimiento exigido a la Sra. Gómez respecto del otro trabajador radica en la diferencia de tipo de contrato

laboral (que, evidentemente, tiene impacto en la jornada de trabajo), siendo esta la única razón por la cual los rendimientos promedios entre los trabajadores son distintos. En ese sentido, la trabajadora sí tuvo una actitud deficiente e irresponsable que motivó la remisión de la comunicación del 6 de diciembre de 2007.

Al respecto, como hemos adelantado, el juzgado de primera instancia y la corte de segunda instancia abordaron el análisis de la figura del despido por rendimiento deficiente de maneras distintas. En el primer caso, el juzgado lo abordó como parte del petitorio sobre despido arbitrario, sin embargo, la corte lo analizó como parte de los indicios que evidencian la nulidad del despido por represalia. Realizada la precisión, procederemos a reseñar los criterios jurisprudenciales en cada sentencia.

Así, con fecha 27 de julio de 2010, mediante Resolución N° 18 se emite la sentencia de primera instancia que declaró infundada la demanda respecto de despido nulo, y fundada en relación con el despido arbitrario. Sobre el despido por rendimiento deficiente, se indicó lo siguiente:

1. En principio, el juzgado se enfoca en analizar dos puntos: (i) si el despido cumplió con el procedimiento legalmente establecido (carta de preaviso, plazo de descargos, y carta de despido), y (ii) si la conducta imputada encaja en la causal de despido alegada:

“DÉCIMO.- [...] En tal sentido, resulta menester precisar en un caso de Despido Arbitrario, dos puntos que devienen en esenciales para determinar si resulta existente la causa justa de despido o si por el contrario la inexistencia de dicha causa genera la existencia de un despido arbitrario; primero, si se ha llevado a cabo el debido procedimiento de un despido, mediante Carta de Pre Aviso de Despido y Carta de Aviso de Despido; y segundo, si la conducta del trabajador encaja en el supuesto jurídico de una causa justa de despido; una vez corroborados estos dos puntos se puede afirmar que estamos ante un despido justificado, sin derecho a indemnización alguna; sin embargo, cabe la posibilidad de que no puedan ser corroborados y generen a su vez la existencia de un despido arbitrario, con derecho a su respectiva indemnización”.

2. Con relación al primer punto de análisis, es decir, sobre la obligación de seguir el procedimiento legalmente establecido, naturalmente, el juzgado concluyó que, a pesar de haberse imputado rendimiento deficiente en virtud de lo establecido en el artículo 23, literal b,

de la LPCL, Teleatento no había cumplido con lo dispuesto en el artículo 31 de la LPCL, afectando el derecho al debido proceso.

*“DÉCIMO PRIMERO.- [...] Así pues el Derecho al debido proceso; no solo es aplicable a nivel judicial y administrativo, sino también en los procedimientos de las entidades privadas; es decir, se aplica a los particulares, y en especial en el procedimiento del despido, conforme se encuentra regulado en el artículo 31 de la LCPL; y si bien en el caso de autos la codemandada Teleatento del Perú S.A.C., imputa mediante carta que corre a fs. 02, a la actora un ‘rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares’, previsto en el artículo 23, inciso b); es de señalar que esta **no ha cumplido con respetar el debido procedimiento que se exige para un despido, como es el caso de cursar una Carta de Pre Aviso de Despido, otorgarle 6 días a la actora para que formule sus descargos correspondientes, para luego de ser el caso cursar la correspondiente Carta de Aviso de Despido; pasos que a decir del caso en estudio, no han sido respetados** por el grupo empresas codemandadas, tal como lo establece la Ley (el énfasis es nuestro)”.*

3. Respecto al segundo punto de análisis, en otras palabras, la coincidencia entre la causal prevista en la norma laboral y la conducta del trabajador, el juzgado considera que no se habría configurado el rendimiento deficiente, toda vez que Teleatento no solicitó la intervención de la autoridad administrativa de trabajo para la verificación del rendimiento deficiente, por tanto, la imputación no es objetiva ni imparcial:

“DÉCIMO SEGUNDO.- Respecto a la Configuración de Causa Justa de Despido, la codemandada Teleatento del Perú S.A.C., atribuye a la actora un ‘rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares’, el cual se encuentra previsto en el artículo 23, inciso b); siendo que el rendimiento deficiente, aparentemente será apreciado en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares; sin embargo, ello resulta insuficiente e incompleta y que, en modo alguno, ha sido perfilada con mayor nitidez por vía reglamentaria, pues la norma respectiva se limita a agregar una regla sobre la prueba de esta causa al

indicar que para su verificación ‘el empleador podrá solicitar el concurso de los servicios de la Autoridad Administrativa de Trabajo, así como del Sector a que pertenezca la empresa’, tal como lo establece el artículo 34 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 728, aprobado mediante D.S. N° 001-96-TR; de ahí que, siendo el caso que la demandada no ha solicitado de manera alguna la supuesta verificación del rendimiento deficiente de la actora, por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo; es de precisar que dicha imputación del supuesto rendimiento deficiente deviene en una imputación que acrece indefectiblemente de objetividad e imparcialidad, por lo cual es que queda desvirtuada dicha imputación del rendimiento deficiente hacia la actora”.

4. Como lo indicamos anteriormente, en la primera instancia, el juzgado abordó el despido por rendimiento deficiente como parte del análisis de un despido arbitrario, en ese sentido, aplicó los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sin embargo, lo hizo como si se tratase de un supuesto de despido disciplinario o sancionatorio:

“DÉCIMO SEGUNDO.- [...] Asimismo, por otro lado, es de manifestar que la sanción de despido a la actora transgrede a todas luces el principio de razonabilidad, entendiéndose a este como ‘la aplicación de las sanciones debe adecuarse a criterios racionales, evitando pasar bruscamente de la indulgencia al rigor, de la benignidad a la exigencia estricta’ (Alonso Olea); es decir, la aplicación de sanciones debe darse, de acuerdo a una progresión de sanciones; y siendo que en el caso en concreto, en el supuesto de haber existido causa justa alguna, el empleador debió aplicar sanciones en forma escalonada; es decir, primero aplicar una sanción de advertencia, que le haga previsible y susceptible de enmendar dicha conducta, como por ejemplo haber aplicado una llamada de atención, luego una suspensión temporal, para después pasar a la sanción máxima que es el despido, y dado que la demandada optó por el despido sin haber realizado siquiera una progresión de sanciones la sanción de extinción del vínculo sale fuera toda racionalidad; y el principio de proporcionalidad, entendiéndose a este como ‘que la medida debe ser proporcional a la gravedad de la falta cometida’; y del análisis de los hechos sucedidos en el presente caso, se advierte que la supuesta inconducta

*de la actora, no ha causado perjuicio alguno a las codemandadas, ello en virtud a que estas **no han probado el daño ocasionado por dicha conducta; por lo que no resulta ser proporcional la sanción impuesta por una inconducta laboral***”.

Como se puede observar, en todo momento se trata al despido por rendimiento deficiente como una supuesta sanción, en la cual corresponde aplicar un flujo escalonado de sanciones como lo son las amonestaciones, suspensiones y despido por conducta. Si bien hemos visto que los principios de razonabilidad y proporcionalidad son completamente aplicables al despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad, la forma en la que lo interpretó el juzgado no es la adecuada.

5. Finalmente, la primera instancia determinó que se trataba de un despido arbitrario toda vez que no se había cumplido con el procedimiento legal, tampoco se había configurado todos los elementos de la causal de despido (falta de intervención de la autoridad administrativa de trabajo), y tampoco se habían respetado los principios de razonabilidad ni proporcionalidad:

“DÉCIMO TERCERO.– *En tal sentido, de lo esbozado líneas arriba, es de precisar que debido a la afectación e Inobservancia del Derecho Constitucional de Defensa, al no observar las codemandadas el debido proceso a nivel administrativo entre particulares, como es el cursar la carta de Pre Aviso y Aviso de Despido; así como también al no haber solicitado la verificación del supuesto rendimiento deficiente de la actora, por parte de la Autoridad Administrativa de Trabajo, tal como se encuentra previsto en la Ley; y al transgredir la sanción del despido los principios de razonabilidad y proporcional; es que ha quedado evidenciado fehacientemente la existencia de un Despido Arbitrario, [...]*”.

Esta sentencia fue apelada, de modo que, con fecha 19 de mayo de 2011, se emite Resolución N° 28 con la Sentencia de Vista que resuelve revocar la sentencia de primera instancia respecto del despido arbitrario, y declarar fundado el despido nulo. Con relación al extremo sobre despido por rendimiento deficiente, se manifestó lo siguiente:

1. El primer gran cuestionamiento de la Sra. Gómez fue la existencia de irregularidades en el establecimiento de la meta ya que ella afirma que se le aplicó una meta diferenciada sin justificación alguna, de

modo que la aplicación de estas metas diferenciadas distorsionaba su real rendimiento. Veamos el texto de la sentencia:

*“**VIGÉSIMO**.- [...] Dentro de estas, anotemos también que la demandante afirma haber sido víctima de maltrato por parte de la codemandada Teleatento del Perú S.A.C. al habersele acusado de un ‘rendimiento deficiente’ y **requerírsele el cumplimiento de metas cuyos promedios eran fijados en forma diferente respecto de otros ejecutivos que realizaban labores similares (fojas 87), afirma asimismo que considerando las metas previstas para los otros trabajadores, se obtiene que su rendimiento promedio nunca estuvo por debajo del requerido por la demandada** [...]”.*

2. Sobre tal punto, Teleatento indicó que las metas diferenciadas sí tienen una razón objetiva, la misma que es el tipo de contrato, ya que la diferencia entre la meta de la Sra. Gómez y la de otro trabajador con el que se compara es que este último tenía un contrato a tiempo parcial, mientras que la trabajadora tenía uno de jornada completa:

*“**VIGÉSIMO**.- [...]; **respecto al modo de operar de la demandada para establecer las metas de productividad de sus trabajadores y, en general, respecto a esta justificación de la actora; dentro de los fundamentos de hecho que sustentan la contestación de demanda de la codemandada Teleatento del Perú, S.A.C., a fojas 203-205 alude una deficiente e irresponsable actitud de la demandante en su relación laboral, y que además **la actora pretende comparar la información respecto a su rendimiento promedio con un trabajador que mantenía un contrato de trabajo distinto a la actora, pues era part time, como acredita con el contrato de fojas 168 y que esta es la única razón por la que los rendimientos promedios entre los trabajadores son distintos****; [...]”.*

3. Sin embargo, la corte recoge las declaraciones testimoniales de los trabajadores que fueron evaluados junto con la Sra. Gómez, quienes indicaron que tal diferenciación de metas por tipo de contrato no era real, que incluso los trabajadores con contrato a tiempo parcial tenían las mismas metas que los que tenían jornada completa. Veamos el texto de la sentencia:

*“**VIGÉSIMO.**- [...] nótese la declaración del señor Víctor Giovanni Cevallos Villavicencio como se aprecia de fojas 97, fue ofrecida como medio probatorio por la parte demandante en calidad de testigo y este, en la audiencia única de pruebas a fojas 287, ante la pregunta de la demandada respecto a que ‘...diga ser cierto que él inicia su relación laboral con Teleatento mediante un contrato de trabajo con jornada parcial y en consecuencia las metas asignadas eran distintas: Dijo: Que, es falso porque inició con part time para después pasar a full time pero que mis metas desde un inicio fueron igual a las de full time’; en el mismo sentido, la testigo Dalitza Figueroa Solórzano sostuvo en relación a ello: ‘Que, por lo general siempre mandaba cuotas mensuales o compromisos mensuales, y que manda cartas por rendimiento deficiente pero era a algunas personas’, ‘Que, había dos grupos uno de part time y otro de full time, pero que las cuotas eran iguales y que había dos o tres personas que recibían dos o tres ventas que eran de las personas más antiguas’. Asimismo, observamos que a fojas 206 **la demandada inserta dos cuadros que detallan las metas propuestas, el rendimiento promedio de número de ventas de trabajadores por mes y el rendimiento tanto de la demandante como del trabajador Víctor Cevallos Villavicencio que comprende los meses de abril a noviembre de 2007, observándose que ciertamente existe una considerable diferencia entre las metas propuestas para cada uno de los trabajadores; ahora bien, también debe considerarse que doña Dalitza Figueroa Solórzano, como se constata del contrato de fojas 481, también estuvo sometida a un contrato de trabajo a tiempo parcial en el año 2007 y sin embargo sus metas de producción, según se constata del documento de fojas 482, fueron inclusive superiores o iguales a las de la demandante –fojas 69– como por ejemplo en los meses de agosto y noviembre, con ello, queremos evidenciar que la demandada no ha tenido un procedimiento coherente de medición del ‘rendimiento promedio’ de sus trabajadores, a lo que debe agregarse que la demandada no ha adjuntado a los actuados el documento denominado ‘Política Comercial - Gerencia de Negocios - Venta Presencial’ que, según señala, regula la política de la empresa en cuanto a la evaluación de los ejecutivos comerciales”.***

Como se puede observar, el juzgado concluye que no existe método ni sustento para la fijación de metas a los trabajadores, toda vez que el motivo dado por Teleatento basado en el tipo de contrato no tuvo un correlato con las pruebas valoradas.

4. Por otro lado, con relación a la primera y única carta remitida por Teleatento a la Sra. Gómez en la cual se le incita a la mejora, la corte indica que si bien no se trata de un preaviso, ya que no existe una promesa de eventual materialización del despido, lo que sí se evidencia es que se imputa rendimiento deficiente en virtud del artículo 23, literal b, de la LPCL (nótese que la corte indica que se trata de una falta grave), sin que se le haya informado a la Sra. Gómez sobre los motivos que justifican la forma de determinación de metas y la evaluación de rendimiento.

*“**VIGÉSIMO.** - [...] Resulta sintomático también la carta remitida a la demandante incitando la mejora de su rendimiento, como es la carta de fojas 2 remitida con fecha 6 de diciembre de 2007, la misma que, **aun cuando no contiene una amenaza de efectivizar un despido, imputa a la actora la comisión de una falta grave prevista en el artículo 23 inciso b) de la LPCL sin mediar en la determinación de metas y evaluación de rendimiento alguna justificación debidamente puesta a conocimiento de la trabajadora** [...]”.*

5. Estas irregularidades detectadas por la Corte en la evaluación de rendimiento como la falta de una metodología o sustento para la fijación de metas, la falta de comunicación de la evaluación de rendimiento y de las metas (y sus sustentos), las inconsistencias sobre la diferenciación de metas, entre otros puntos, generaron que la Corte observe tal evaluación como una herramienta de maltrato hacia la Sra. Gómez antes que como un procedimiento legítimo de evaluación. De modo que, finalmente, la evaluación de rendimiento, antes de evidenciar una mala performance, aportó indicios para la determinación de un despido nulo por represalia.

Finalmente, habiendo realizado la síntesis de los principales criterios expuestos por la judicatura, procederemos a analizar tanto los hechos como la jurisprudencia.

3. Análisis jurídico

En atención a lo descrito, procederemos a analizar distintos puntos de este caso, en ese sentido, dividiremos el análisis en dos partes:

Respecto de los antecedentes del caso:

En principio, consideramos que, según lo descrito en las sentencias abordadas, la evaluación acaece de varios defectos e inconsistencias, sin embargo, consideramos que tiene algunos aspectos positivos que es importante resaltar.

Así, según los datos revisados, la evaluación tenía una antigüedad de al menos nueve meses anteriores a la remisión de la carta de incitación de mejora, toda vez que esta última fue notificada en diciembre de 2007, y Teleatento presentó cuadros con los resultados mensuales de la Sra. Gómez desde abril de 2007 hasta noviembre de 2007. Asimismo, no se trataba de una evaluación exclusivamente individual a la Sra. Gómez, ya que, de la declaración de los otros dos trabajadores, a ellos también se les aplicaba dicha evaluación, por tanto, se trataba de una regla de aplicación general a los trabajadores que se dedicaban a las mismas funciones.

Asimismo, los trabajadores que fueron testigos en el proceso declararon que Teleatento remitía cartas y/o compromisos sobre rendimiento deficiente a algunos trabajadores, de modo que, no se trataba de un solo caso. Es decir, la Sra. Gómez no habría sido la única que recibió una carta con el referido tenor. Si bien la carta, se remite en diciembre de 2007, es decir, poco tiempo después de que la Sra. Gómez demandó el pago de beneficios sociales (12 de noviembre de 2007), por lo cual existe una relativa coincidencia de tiempos, no consideramos que tal coincidencia necesariamente nos pueda hacer concluir que la referida demanda gatilló la mencionada carta, ya que existía una evaluación de nueve meses antes precediendo la tal carta.

Si, por ejemplo, la Sra. Gómez se hubiera afiliado a un sindicato, o incluso hubiera formado uno en noviembre de 2007, y en diciembre se le hubiera remitido la carta de rendimiento deficiente, ¿podría concluirse que un evento fue causa del otro de manera automática? Consideramos que no es así, si bien no contamos con la data de los resultados de la Sra. Gómez y del resto de sus compañeros para cotejar que la carta de

diciembre de 2007 fue motivada por un rendimiento negativo en noviembre de 2007, la posibilidad de que esto haya sido así es más alta, que lo que asume la judicatura.

Además de ello, solamente fue una carta la que se remitió, ya que en enero, febrero y marzo no hubo comunicaciones por rendimiento deficiente, si la voluntad de Teleatento hubiera sido forzar un despido por rendimiento deficiente, ¿no hubiera sido lo más lógico que en enero o en febrero se remitan más cartas de rendimiento deficiente, incluso un preaviso de despido? ¿Por qué no se continuó imputando dicha causal? Nuevamente, si bien no contamos con los resultados de las evaluaciones de diciembre 2007, enero 2008, febrero 2008 y marzo 2008, pues lo más probable es que la Sra. Gómez haya cumplido con las metas requeridas y alcanzado el rendimiento mínimo requerido, lo que trajo como consecuencia que no se remitan más comunicaciones solicitando la mejora del rendimiento.

Estos puntos abordados consideramos que son importantes ya que, como hemos indicado anteriormente, la evaluación no puede crearse como una herramienta cuyo único objetivo es despedir personal, sino que la finalidad de la evaluación es identificar la aportación productiva del trabajador y potenciar su rendimiento. Este postulado, definitivamente, está alineado al principio de buena fe, de modo que, si bien la evaluación tiene defectos, el hecho de que se haya aplicado de manera general, que tenga una antigüedad razonable (anterior a la demanda de beneficios sociales), que se prefiera solicitar la mejora antes que imputar abruptamente el preaviso, que luego de la comunicación no se hayan remitido más comunicaciones, pues refleja que la evaluación no era una creación cuya finalidad era maltratar a la Sra. Gómez.

Por estos motivos, consideramos que, dentro de todo, no existen razones suficientes para concluir que la evaluación de rendimiento fue una herramienta malintencionada cuyo fin fue maltratar a la trabajadora. De modo que, por el contrario, es posible concluir que, a pesar de los errores y defectos de la evaluación, esta se creó para hacer un seguimiento de la performance de los trabajadores e incitarlos a la mejora, por tanto, respetando el principio de buena fe.

Por otro lado, otro punto que también nos parece positivo sobre la comunicación de diciembre de 2007 es que no se trata de una sanción, como hemos visto que los despidos disciplinarios son la extinción unilateral del vínculo laboral motivado en un incumplimiento laboral a consecuencia de una conducta del trabajador, la cual afecta, principalmente, el elemento subordinación del contrato de trabajo. En ese sentido, se trata de una sanción, ya que la conducta es un acto voluntario o negligente donde interviene el libre albedrío del trabajador. Sin embargo, el despido en relación con la capacidad es un incumplimiento generado por una deficiencia personal y/o profesional del trabajador, por ende, afecta, principalmente, el elemento personal del contrato de trabajo. Así, no se trata de una sanción, ya que no es factible sancionar al trabajador por una cuestión intrínseca a su persona, donde no interviene su voluntad.

En ese sentido, fue jurídicamente correcto que Teleatento exhorté la mejora del rendimiento mediante una comunicación sin efectos sancionatorios, toda vez que de lo contrario se hubiera transgredido la naturaleza jurídica del despido por rendimiento deficiente por capacidad regulado en el artículo 23, literal b, de la LPCL. Según lo hemos abordado, este tipo de comunicaciones respetan el principio de tipicidad ya que no se mezclan instituciones jurídicas incompatibles como el despido por conducta y el despido por capacidad.

Por otra parte, como bien indica la judicatura, la carta de incitación de mejora de rendimiento no contenía una amenaza de materializar el despido, a pesar de citar expresamente el artículo 23, literal b, de la LPCL, es decir, no se trataba de un preaviso, ni menos de un despido, sino de una simple comunicación que le pedía a la Sra. Gómez que mejore sus resultados. Es cierto que no conocemos el resto del flujo establecido por Teleatento, sin embargo, nos queda claro que dicho flujo no comenzaba con la notificación directa de un preaviso a la primera identificación de un resultado negativo.

Como se ha visto, cuando se identifica que el trabajador incurrió en un rendimiento deficiente es razonable que se notifiquen comunicaciones solicitando la mejora del rendimiento lo más inmediatamente posible y de manera previa a la notificación del preaviso de despido. Esta acción

está alineada al principio de razonabilidad ya que permite que el trabajador pueda conocer sus resultados periódicamente y tener la oportunidad de recuperarse antes de un posible preaviso de despido y además con el principio de inmediatez ya que no basta un solo incumplimiento, sino que deja constancia de la reiterancia, e incluso al de debido procedimiento, ya que el trabajador debe estar enterado periódicamente de sus resultados, y conocer oportuna y suficientemente cuál ha sido su desenvolvimiento por el que se le imputaría un eventual preaviso más adelante.

Asimismo, otro punto interesante es que la carta se notificó en los primeros días del mes de diciembre (jueves 6 de diciembre de 2007, que era el cuarto día hábil del mes), si bien este es un tema operativo o logístico, ciertamente la oportunidad en la que se entrega la carta define si el trabajador tiene la posibilidad de mejorar o no. Como hemos visto en un caso anterior, si bien es razonable notificar los resultados y pedir la mejora, esta acción no tiene sentido si no se hace en el momento adecuado, es decir, si se hubiera notificado, por ejemplo, el 30 de diciembre de 2007, la Sra. Gómez no hubiera tenido posibilidad de conocer y mejorar su rendimiento durante diciembre. Probablemente, esta no volvió a solicitar la mejora de rendimiento en enero, ya que en diciembre logró obtener un buen rendimiento.

Con relación a los periodos de evaluación, se prevén periodos mensuales, como hemos visto anteriormente, lo mínimo legal para evaluar o medir el rendimiento de un trabajador son periodos mensuales, por tanto, este aspecto cumple con la norma. Por otro lado, en el criterio individual, si bien existe cuestionamiento sobre el método para la fijación de la meta, no existe cuestionamiento sobre el tipo de evaluación por objetivos. Así, si Teleatento hubiera podido sustentar consistentemente las metas diferenciadas, lo más probable es que el juzgado no hubiera cuestionado los puntos que finalmente observó.

De igual modo, con el criterio colectivo, tampoco existe un cuestionamiento sobre la metodología, únicamente sobre cuál promedio se utilizó como marco de referencia y comparación respecto del rendimiento individual. No obstante, la metodología por normas de trabajo no fue observada, por tanto, consideramos que, como hemos señalado, es una

metodología adecuada para configurar la causal de despido por rendimiento deficiente.

Finalmente, un último punto positivo y a la vez negativo es la regulación de la evaluación de rendimiento, toda vez que si bien, según Teleatento, dicha evaluación fue regulada en un documento escrito y formal llamado “Política Comercial -Gerencia de Negocios - Venta Presencial”, lo cual se condice con el principio de tipicidad, dicho documento nunca se presentó en el proceso, ni tampoco se presentó constancia de su publicación o notificación a la trabajadora. Es cierto que se conocía que la empresa evaluaba al personal, toda vez que ni la Sra. Gómez ni los testigos desconocieron la existencia de una evaluación (como sí ha ocurrido en otros casos), sin embargo, por respeto al principio de tipicidad y a la transparencia que debería tener un procedimiento, se debió acreditar la manera en la que dicho procedimiento de evaluación fue dado a conocer a los trabajadores evaluados, en este punto, se transgrede el referido principio de tipicidad.

Respecto de los criterios jurisdiccionales:

Puesto que primera y segunda instancia abordan el despido de maneras muy diferentes, analizaremos primero los criterios del juzgado y luego los de la Corte.

Al respecto, la sentencia de primera instancia aborda el rendimiento deficiente de manera equivocada toda vez que le da el tratamiento de un despido por conducta y, en segundo lugar, interpreta erróneamente la normativa sobre la intervención de la autoridad administrativa.

Con relación al primer punto, sobre el tratamiento como un despido por conducta debemos indicar lo siguiente:

- La sentencia refiere que se trataría de un despido arbitrario porque no se respetó el procedimiento legalmente establecido, ya que si bien se imputo rendimiento deficiente en virtud de lo establecido en el artículo 23, literal b, de la LPCL, Teleatento no cumplió con lo dispuesto en el artículo 31 de la LPCL. En este punto, el juzgado señala que el procedimiento consistía en la notificación del preaviso, plazo de descargos de seis días y, finalmente, el despido (fundamento Decimo Primero).

Definitivamente, de acuerdo con el mismo artículo 31 de la LPCL, el procedimiento legal para la aplicación del despido por capacidad se debe otorgar un plazo de treinta días para la demostración de la capacidad o la corrección de la deficiencia. El plazo de seis días corresponde a los despidos disciplinarios o por conducta. Por tanto, desde este punto, el análisis del juzgado empezaba defectuoso, ya que a pesar de haber citado un dispositivo normativo por capacidad (artículo 23 de la LPCL), aplicó el texto de un procedimiento por conducta, mezclando figuras e instituciones de naturaleza distinta.

- Asimismo, el juzgado aplicó los principios de razonabilidad y proporcionalidad, sin embargo, lo hizo como si se tratase de un supuesto de despido disciplinario o sancionatorio. Si bien, como se ha desarrollado anteriormente, dichos principios son aplicables al despido por rendimiento deficiente, sin embargo, el modo en que se aplican difiere del despido disciplinario.

Esto es preocupante, toda vez que en la jurisprudencia persiste la confusión entre la causal de despido por rendimiento deficiente que es de capacidad y la de disminución deliberada y reiterada del rendimiento que es por conducta. Como se puede ver en el considerando décimo segundo, el juzgado inserta términos como progresión de sanciones, sanción de advertencia, llamada de atención, suspensión, y el despido como sanción máxima. Como se puede observar, en todo momento se trata al despido por rendimiento deficiente como una supuesta sanción, en la cual corresponde aplicar un flujo escalonado de sanciones como lo son las amonestaciones, suspensiones y despido disciplinario.

Es decir, al parecer cuando se trata de un despido por causa justa, el juzgado parece entender que todo despido por causa justa es un despido disciplinario o por falta grave, cuando ello no es correcto. Los despidos disciplinarios o por falta grave están regulados expresamente en el artículo 25 de la LPCL. ¿Cómo es posible que el juzgado incluya a los supuestos o causales reguladas en el artículo 23 como despidos por falta grave? Esto no solo es totalmente incorrecto y transgrede la normativa, sino que distorsiona por completo el sentido del despido por capacidad.

Sin perjuicio de ello, es posible extraer una conclusión positiva, que supone que los jueces relacionan razonabilidad con gradualidad en la aplicación de medidas, lo cual sí es correcto. Sin embargo, en el caso del despido por capacidad, dichas medidas no deben ser disciplinarias como lo son las amonestaciones y suspensiones (ya que transgreden la naturaleza del despido por capacidad), sino que deben ser comunicaciones o cartas simples previas a la imputación de la carta de preaviso, como en este caso, en el que si bien no se notificó preaviso, sí existió una carta sin contenido sancionatorio que acusaba rendimiento deficiente y exhortaba a la mejora. Definitivamente la gradualidad es una manifestación del principio de razonabilidad, sin embargo, en esta sentencia se enfocó desde un punto de vista sancionatorio, lo cual transgrede la naturaleza del despido por capacidad.

Respecto al segundo punto de análisis, en otras palabras, los elementos necesarios para la configuración del rendimiento deficiente, debemos mencionar lo siguiente:

- Según el juzgado (fundamento décimo segundo), para la configuración de la causal de despido por rendimiento deficiente es necesaria la intervención de la autoridad administrativa de trabajo para que verifique tal rendimiento, de lo contrario, se desvirtúa la imputación porque no sería objetiva ni imparcial.

Esta creencia del juzgado es completamente contraria a la normativa, la cual establece que la intervención de la autoridad administrativa de trabajo queda a discreción del empleador si la solicita o no, no siendo necesaria para acreditar el supuesto de rendimiento deficiente.

- Un punto interesante de los motivos por los cuales el juzgado considera que la intervención de la autoridad administrativa es que la ley es incompleta o insuficiente. Es curioso (por decir lo menos) el grado de similitud entre el texto de la sentencia y el texto de la opinión de Carlos Blancas en su libro *El despido en el derecho laboral peruano*, en el cual indica de manera literal lo siguiente:

Sentencia de Primera Instancia	Carlos Blancas
“[...] atribuye a la actora un “rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares”, el cual se encuentra previsto en el artículo 23°, inciso b); siendo que <u>el rendimiento deficiente, aparentemente será apreciado en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares; sin embargo, ello resulta insuficiente e incompleto y que, en modo alguno, ha sido perfilado con mayor nitidez por vía reglamentaria, pues la norma respectiva se limita a agregar una regla sobre la prueba de esta causa al indicar que para su verificación “el empleador podrá solicitar el concurso de los servicios de la Autoridad Administrativa de Trabajo [...].”</u>	“La LPCL señala que el ‘<u>rendimiento deficiente</u>’, será apreciado ‘<u>en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares</u>’, fórmula que resulta, a nuestro juicio, insuficiente e incompleta y que, en modo alguno, ha sido perfilada con mayor nitidez por vía reglamentaria, pues la norma respectiva se limita a agregar una regla sobre la ‘<u>prueba de esta causal al indicar que para su verificación el empleador podrá solicitar el concurso de los servicios de la Autoridad Administrativa de Trabajo [...]</u>’ (Blancas, 2013, p. 178).

Si bien no existe una coincidencia total (tampoco hay una cita a Blancas), pareciese que el juzgado habría tomado como una exigencia normativa la intervención de la autoridad administrativa de trabajo, cuando en realidad, el sentido del texto que hace referencia a la insuficiencia y falta de completitud es una opinión sobre la técnica normativa que se utilizó para regular una determinada causal y que de ningún modo implica o significa que la intervención de la autoridad administrativa es obligatoria para la configuración de la causal, o que otorga la completitud y suficiencia necesaria.

En otras palabras, la referencia a “insuficiente” e “incompleto” es una crítica a un defecto normativo, de ningún modo es un requisito para la configuración de la causal de despido por rendimiento deficiente, tal como aparentemente lo entendió el juzgado.

Al respecto, concluido el análisis de la sentencia de primera instancia, procederemos a analizar la sentencia de vista, la misma que hace un análisis más detallado de la evaluación de rendimiento:

- Sobre el particular, en esta sentencia, si bien no existe una referencia literal, se aborda el principio de igualdad de modo muy claro. Como hemos indicado, la Sra. Gómez señala irregularidades en la

fijación de la meta ya que, ella afirma que se le aplicó una meta diferenciada sin justificación alguna, de modo que la aplicación de estas metas diferenciadas distorsionaba su real rendimiento. Así, si le hubiesen aplicado las metas de otros compañeros, pues su rendimiento hubiera sido mejor.

Hacer referencia a una “diferenciación de metas” o “metas diferenciadas” es una clara alusión al postulado de “condiciones similares”, que según hemos definido refiere al principio de igualdad de oportunidades que supone un trato igual para los iguales y diferente para los diferentes. Bajo ese entendido, la existencia de metas diferenciadas per se no es inadecuada o ilegal, sin embargo, la diferenciación debe sustentarse en un motivo objetivo que perfeccione o potencie la vigencia del principio de igualdad.

Según Teleatento, la diferencia entre la meta aplicada a la Sra. Gómez y a otros trabajadores radica en el tipo de contrato, ya que la Sra. Gómez tenía un contrato con una jornada completa, y los compañeros que refiere tenían un contrato a tiempo parcial que, evidentemente, supone una jornada inferior. En ese sentido, la diferenciación establecida sí corresponde a una cuestión objetiva y que potencia la vigencia de la igualdad de oportunidades, ya que no es adecuado exigir la misma meta de venta a un trabajador que trabaja cuatro horas diarias y cinco días a la semana, que a alguien que trabaja ocho horas diarias por cinco días. Así, la extensión de la jornada es un motivo válido para establecer metas diferentes.

- Sin embargo, si bien en abstracto, la extensión de la jornada es un motivo legítimo para aplicar metas y criterios de evaluación diferentes, en el caso en concreto, la diferenciación de las metas no tuvo dicho correlato, ya que trabajadores con contrato a tiempo parcial declararon que tenían las mismas metas que sus compañeros con jornada completa. Incluso, la Corte verificó en las pruebas presentadas por Teleatento que hubo meses que trabajadores a tiempo parcial tuvieron metas superiores a las de jornada completa.

Al identificarse tal discordancia entre la declaración de Teleatento y lo verificado en los medios de prueba, la Corte determinó que no había un criterio o método claro para establecer metas diferenciadas. Sin perjuicio de ello, evidentemente, la forma en que Teleatento fijó

metas no respetaba la igualdad de oportunidades que debía existir ya que, si bien la extensión de la jornada es un motivo legítimo para establecer metas diferentes, no es posible que a una jornada menos extensa se le apliquen metas superiores a los de jornadas completas.

Por lo mencionado, independientemente de que no existía un criterio claro para determinar la meta correspondiente a cada tipo de trabajador, lo cual refleja una falta de motivación o sustento a las metas requeridas (existiendo la posibilidad de arbitrariedad en la fijación de la meta que vulneraría el principio de razonabilidad), lo cierto es que en los hechos no se respetaba el principio de igualdad, ya que se le aplicaba criterios iguales a situaciones que no eran similares u homologables.

- En esta segunda instancia, la Corte nuevamente vuelve a incurrir en una confusión de causales de despido, ya que al momento de hacer referencia a la carta de imputación de rendimiento deficiente en virtud del artículo 23, literal b, de la LPCL, la Corte refiere que se trataría de la imputación de una falta grave (*“aun cuando no contiene una amenaza de efectivizar un despido, imputa a la actora la comisión de una falta grave prevista en el artículo 23 inciso b) de la LPCL”*) (fundamento vigésimo). Como ya hemos mencionado, esta mezcla de instituciones distorsiona el análisis y enfoque que debe tener la causal de despido por rendimiento deficiente.
- Finalmente, un último punto que resulta relevante es que, si bien Teleatento indicó que su evaluación de rendimiento estaba documentada en una política, no presentó dicho documento, ni tampoco logró acreditar que la trabajadora conocía realmente las metas y los criterios o métodos de evaluación, cuestión que la Corte vio irregular (fundamento vigésimo). Sobre el particular, efectivamente, este aspecto transgrede el principio de tipicidad ya que no existe constancia de la real existencia del documento escrito que contiene la evaluación, ni tampoco prueba de que se haya puesto a conocimiento.

4. Conclusiones

A partir de la revisión del presente caso, podemos extraer algunas conclusiones preliminares sobre la manera en la cual la judicatura está abordando la institución del despido por rendimiento deficiente.

En primer lugar, es preocupante que aun persista la confusión en las causales del despido, ya que se aborda la causal de despido por rendimiento deficiente como si se tratase de una sanción producto de una falta grave. En ese sentido, el enfoque y la interpretación que recibe la causal cuenta con distorsiones y matices incorrectos. Esta confusión tiene un antecedente relativamente antiguo, ya que en sentencias del Tribunal Constitucional que datan de la década de los noventa, justamente existe tal confusión sobre si se tratara de un despido sustentado en el rendimiento.

Por otro lado, otro asunto preocupante es que también sea difundida la creencia que la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo sea un requisito para la configuración de la causal de despido por rendimiento deficiente, cuando el texto de la misma norma establece que es una cuestión potestativa.

Sin embargo, aspectos positivos que podemos mencionar es la aplicación del principio de razonabilidad que, si bien se le enfoca como un despido por conducta, no es del todo incorrecto identificar a la razonabilidad con la gradualidad de medidas, como hemos explicado, es razonable primero exhortar a la mejora del rendimiento, antes que notificar un preaviso de manera directa.

Finalmente, con relación al principio de igualdad, efectivamente la Corte realizó un buen análisis sobre los sustentos y métodos para determinar la meta. Efectivamente, es posible aplicar diferenciaciones en la meta, sin embargo, las razones y las fórmulas para determinar la meta deben ser válidas y ser posible de ser acreditadas. De lo contrario, se desvirtúa el procedimiento de evaluación.

III. Sánchez Cruz vs. El Pacífico Vida Cía. de Seguros y Reaseguros S.A. (Pacífico)

En el presente caso signado con Exp. 02094-2016-0-2501-JR-LA-05, El Pacífico Vida Cía. de Seguros y Reaseguros S.A. (en adelante, “Pacífico” o “Compañía”) despidió a la Sra. Gloria Isabel Sánchez Cruz (en adelante, “Sra. Sánchez Cruz” o “la trabajadora”) en aplicación de la causal de despido contenida en el artículo 23, literal b, de la LPCL, sin embargo, tal y como lo venimos realizando, antes de analizar los hechos propios del caso, reconstruiremos el diseño de la evaluación de rendimiento, la misma que, como hemos mencionado, es la herramienta fundamental para la aplicación del despido por rendimiento deficiente, luego analizaremos el criterio judicial aplicado al caso, y

finalmente comentaremos tanto los hechos como el criterio jurisprudencial en virtud de lo desarrollado a lo largo de esta investigación:

1. Antecedentes

La Sra. Sánchez Cruz ingresó a la Compañía el 20 de octubre de 2014 prestando servicios en el puesto de Asesora Corporativa de Seguros hasta el 6 de julio de 2016, cesando a causa de un despido por rendimiento deficiente en relación a la capacidad.

A partir de lo revisado, se puede señalar que la evaluación de rendimiento se documentó en el texto denominado “Manual de Incentivos de la Fuerza de Ventas”, el mismo que entró en vigencia el 1 de diciembre de 2015 (en adelante, “el Manual”). En dicho Manual se establecían los criterios de evaluación como los niveles mínimos de rendimiento que deben alcanzar mensualmente los asesores de seguros.

Cabe mencionar que, se acreditó la notificación de este Manual con el contrato de trabajo, ya que en las estipulaciones de dicho contrato se hacía referencia expresa a que el Manual regulaba los criterios para determinar el rendimiento deficiente que podría gatillar un despido por capacidad.

La evaluación de rendimiento era compleja, contaba con dos rubros de evaluación perfectamente determinados, pero cada rubro tenía periodos y metas de evaluación diferenciados. Los rubros de evaluación eran, por un lado, productividad y, por otro lado, persistencia.

Productividad

Con relación al primer rubro, la productividad estaba vinculada al valor de las ventas y al número de productos vendidos, toda vez que se medía por el valor de las primas anualizadas y el número de pólizas que colocaban los trabajadores en el mercado. Sobre este punto, había tres periodos de evaluación:

- i. *Evaluación mensual:* Aquellos asesores cuya antigüedad oscile entre el mes 1 y el mes 24, es decir, durante los dos primeros años de servicios, tenía una medición de carácter mensual con metas que variaban cada mes.

Cabe mencionar que los productos que vendía la Sra. Sánchez Cruz eran de dos tipos seguros de vida (Vida) y seguros de accidentes personales (AP). Aparentemente, había una preferencia por que se venda en mayor medida los seguros de tipo AP, toda vez que la meta mensual pedía un acumulado total en valor de la sumatoria de productos Vida y AP, pero sobre productos AP, además se pedía colocar, independientemente del valor de la póliza, un mínimo de dos o tres productos AP mensuales.

Sobre este punto, debemos realizar una aclaración, ya que existe una diferencia entre una meta por valor de primas, y una meta por número de pólizas. Respecto de las primas, la prima es el precio del seguro que paga el asegurado y, por lo general, tiene un valor para una vigencia anual, aunque puede no ser así ocasionalmente (APESEG, 2020). Por otra parte, la póliza es como se denomina al contrato de seguros, mediante el cual, el asegurador, se compromete a cubrir el riesgo que pesa sobre el asegurado, a cambio de recibir una prima del pago de una suma predeterminada (APESEG, 2020).

Realizada la mencionada precisión, es preciso preguntarse: ¿cuál es la importancia de esta diferenciación? Pues, básicamente, porque las pólizas se cuentan de manera individual independientemente del valor de la prima, por tanto, se tratan de indicadores diferentes. Así, las pólizas pueden tener primas de diferente valor (esto depende de la siniestralidad del asegurado entre otros aspectos, por tanto, varía según las características del cliente), por ejemplo, el asesor puede vender una póliza con una prima anualizada de USD 1000, y vender otra póliza con una prima anualizada de USD 800. El resultado en el rubro pólizas será dos, y en el rubro prima USD 1800. Del mismo modo, otro trabajador puede vender tres pólizas con una prima anualizada de USD 600, y tener como resultado tres pólizas y USD 1800. Como se puede observar, a pesar de tener el mismo primaje, tienen diferente número de pólizas colocadas, por tanto, se tratan de metas e indicadores distintos, y que es importante notar tal diferencia. A continuación, mostramos las metas mensuales:

Evaluación por	Mes	Cantidad de AP's Acumuladas	Prima Total Anualizada con IGV Acumulada
Solicitudes	Mes 1	3	\$2,350
Solicitudes	Mes 2	5	\$4,700
Pólizas	Mes 3	7	\$7,050
Pólizas	Mes 4	10	\$9,400
Pólizas	Mes 5	12	\$11,750
Pólizas	Mes 6	15	\$14,100
Pólizas	Mes 7	17	\$16,450
Pólizas	Mes 8	20	\$18,800
Pólizas	Mes 9	22	\$21,150
Pólizas	Mes 10	25	\$23,500
Pólizas	Mes 11	27	\$25,850
Pólizas	Mes 12	30	\$28,200
Pólizas	Mes 13	32	\$30,550
Pólizas	Mes 14	35	\$32,900
Pólizas	Mes 15	37	\$35,250
Pólizas	Mes 16	40	\$37,600
Pólizas	Mes 17	42	\$39,950
Pólizas	Mes 18	45	\$42,300
Pólizas	Mes 19	47	\$44,650
Pólizas	Mes 20	50	\$47,000
Pólizas	Mes 21	52	\$49,350
Pólizas	Mes 22	55	\$51,700
Pólizas	Mes 23	57	\$54,050
Pólizas	Mes 24	60	\$56,400

En atención a lo explicado, las metas mensuales eran medidas por acumulado, y además se dividía en dos sub rubros. Por un lado, el rubro pólizas de accidentes personales (AP), el cual se medía por número de pólizas vendidas de dichos productos. Por otro lado, se evaluaba cuantía de primaje independientemente de la cantidad de

pólizas. Como hemos indicado, ambos sub rubros eran un acumulado del histórico de ventas desde el ingreso del trabajador.

Para poder explicar esta metodología de evaluación utilizaremos un ejemplo aplicando los números del cuadro. Como se puede observar, en el primer mes que aparecen en la columna “Mes”, se puede ubicar el recuadro que dice “Mes 1”, al costado se encuentra la columna “Cantidad de AP’s Acumuladas” donde dice “3” y en la columna “Prima Total Anualizada con IGV Acumulada” se indica USD 2350. ¿Qué quiere decir ello? Pues que, en su primer mes de labores, el trabajador deberá cumplir con vender un total de USD 2350 en seguros de vida y seguros de accidentes personales, siendo que al menos tres deben ser del tipo accidentes personales respecto del total de todos los productos. Por ejemplo, si un asesor vende tres seguros de accidentes personales con prima anualizada valorizada en USD 600, y un seguro de vida con prima anualizada de USD 600, pues se suma un primaje total de USD 2400, y se cumple con que tres de ellos son productos AP’s. Si estos fueren los resultados del trabajador, pues cumple con la meta del primer mes.

Ahora bien, ¿qué sucede con el segundo mes? Al respecto, las metas que se colocan son de cinco productos en el rubro “AP” y de USD 4700 en el rubro prima. ¿Eso quiere decir que el trabajador debe vender cinco productos AP y un total de primaje de USD 4700? La respuesta es no, toda vez que se trata de cifras acumuladas, en ese sentido, se debe restar lo alcanzado en el primer mes, es decir, si la meta es cinco, se debe restar la meta del mes anterior que es tres, en ese sentido, en el segundo mes el asesor debe vender al menos dos seguros de accidentes personales. Lo mismo ocurre con el rubro primaje, al monto USD 4700 se le debe restar la meta anterior USD 2350, en ese sentido, el monto efectivo que debe lograr el asesor en el segundo mes de primaje son USD 2350. Esta mecánica ocurría en todos los meses dentro de los primeros dos años de servicios.

Bajo esta mecánica, si se realiza la resta entre el mes actual y el precedente, se logra determinar que la meta mensual durante los dos primeros años era siempre de USD 2350 en el rubro prima, y en el rubro pólizas variaba entre 2 y 3 mensuales. Sobre el particular, lo complejo de colocar cifras acumuladas era que, si un mes no se cumplía, pues al siguiente mes se debía cumplir primero con la

meta no alcanzada para luego lograr la nueva meta. Es decir, si en el quinto mes, no se logra acumular 12 pólizas y USD 11 750 de primaje, pues en el sexto mes para poder alcanzar la meta de 15 pólizas y USD 14 100, el asesor primero tendrá que acumular la póliza 12, 13, 14 hasta llegar a la póliza 15, y lo mismo con el primaje. En otras palabras, para lograr la siguiente meta, siempre se debía lograr primero la anterior.

Es preciso indicar que, para la medición del primaje y las pólizas, se establece una meta total de cumplimiento, no existiendo margen mínimo porcentual. Es decir, se exigía el cumplimiento del 100 % de la meta, así, para que el trabajador supere satisfactoriamente este rubro, debía cumplir con vender en el mes dos, por ejemplo, con dos AP's y USD 2350, no se consideraba un cumplimiento parcial de la meta, es decir, si en caso se lograba un primaje de USD 1880 que significaba un 80 % de la meta, ello era tan incumplimiento como haber logrado el 50 % o el 99 %.

- ii. *Evaluación trimestral:* Aquellos asesores que tengan más de 25 meses en la Compañía, es decir, iniciando el tercer año de servicios, cambiaban su esquema de evaluación. De modo que, se realizaba una medición trimestral, para lo cual, la meta consistía en que como resultado de los tres meses evaluados se arroje una colocación promedio de, al menos, dos pólizas a más por cada tipo de producto (Vida y AP). En otras palabras, el asesor debía vender al menos un promedio de cuatro productos mensuales (dos de Vida y dos de AP).

Como se puede observar, en este esquema de evaluación se elimina el rubro primaje y, solamente, se mide en número de pólizas, así, el asesor debía vender cuatro productos por mes como mínimo, siendo dos de tipo AP y dos de Vida, independientemente del valor de la prima. Sin embargo, en caso un mes el trabajador no lograra tal meta, no había mayor impacto, ya que el siguiente mes podía lograr la meta, lo importante era que, en un periodo de tres meses, el asesor venda seis pólizas AP y seis pólizas Vida, si esto lo lograba en un mes, pues ya se lograba el objetivo del trimestre.

- iii. *Evaluación semestral:* Además de la medición mensual y trimestral que diferenciaba metas, objetivos y criterios de evaluación de acuerdo

a la antigüedad, había una evaluación semestral que se aplicaba a todos los asesores independientemente de su tiempo de servicios.

En esta evaluación, se medía la cantidad de pólizas colocadas en promedio en periodos de seis meses. Así, el trabajador debía lograr cualquiera de las siguientes dos metas: (i) Dos o más pólizas mensuales en promedio por cada tipo de producto (Vida y AP), o (ii) Acumular veinticuatro pólizas por cada tipo de producto (Vida y AP) en doce meses (tomando en cuenta el mes de vacaciones).

Respecto de la primera meta, hemos visto que mensualmente el trabajador debía cumplir con vender dos o tres seguros de accidentes personales, de modo que, si se cumplía este rubro mensual, automáticamente también se cumplía con la evaluación semestral.

Sin embargo, en la evaluación mensual, no se establece un mínimo mensual de pólizas de vida, sin embargo, de modo semestral sí había una meta, así, el asesor debía vender 12 pólizas de vida en un semestre, lo que en promedio eran dos mensuales, sin embargo, este cumplimiento no se medía mensual, por tanto, si un mes no se vendían dos pólizas de vida, pues no se entendía un incumplimiento de este rubro de manera automática.

Por ejemplo, en un caso extremo, se puede dar que un trabajador no venda ningún seguro de vida en cinco meses, sin embargo, en el sexto mes vende 12 seguros de vida. Si se saca el promedio, pues se obtiene que, en el semestre, se cumplió con vender un promedio de dos pólizas mensuales, por tanto se cumple con la meta.

Persistencia

Con relación al segundo rubro, según lo indicado por la trabajadora, la persistencia estaba vinculada al periodo de tiempo que un cliente permanece en la Compañía. Por ejemplo, si un cliente compra un seguro y solicita la anulación de la póliza luego de tres meses, su persistencia habrá sido, justamente, de tres meses.

Si bien no se menciona, consideramos que se le exigía una persistencia mínima a la trabajadora luego de la colocación de un producto, por ejemplo, tres meses. Es decir, del 100 % de sus ventas realizadas en un determinado periodo, al menos el 70 % de ellas debía cumplir con tener una persistencia mínima en la Compañía (por ejemplo, tres meses), de lo

contrario, se incumplía dicho rubro. Como indica expresamente la Sra. Sánchez Cruz, este rubro medía periodos pasados.

Asimismo, se establecía una diferenciación de meta por antigüedad. Los porcentajes de persistencia eran los siguientes:

Meses	Persistencia Vida y AP %
Entre 6 y 12 meses	75 %
Entre 13 y 24 meses	70 %
Más de 24 meses	65 %

Como se puede observar, las metas de persistencia variaban de manera anual. Cabe mencionar que, de acuerdo la información de las sentencias, para que se configure un supuesto de rendimiento deficiente, el asesor debía incumplir con los dos rubros de evaluación según el periodo que se esté evaluando. Es decir, incumplir con los rubros productividad y persistencia, con sus respectivos sub rubros.

Ahora bien, habiendo determinado, principalmente, las metas, rubros y periodos de evaluación, resta observar los criterios legales, es decir, la comparación individual y la colectiva. Así, con relación a la comparación individual tenemos el índice de cumplimiento de las metas establecidas, tomando como referencia un periodo anterior y uno actual. Esto estaba reflejado tanto en el rubro productividad como persistencia.

Por otro lado, respecto de la comparación colectiva, únicamente tenemos que se realizaba un promedio de los resultados del resto de los compañeros en el rubro persistencia. Si bien no hay una mención sobre el cálculo matemático, por lo general, la operación para obtener el promedio consiste en la sumatoria de los resultados individuales de los asesores evaluados, en ese caso, de antigüedad de 13 a 24 (segundo año de servicios), y luego el total de la sumatoria se divide entre el número de individuos.

Por ejemplo, en un equipo de tres trabajadores, el trabajador 1 tiene un resultado de 70 %, el trabajador 2 tiene un 75 % y el trabajador 3 tiene un 80 %, pues el promedio sería la sumatoria de 70 %, 75 % y 85 % que arroja una suma de 225, y dicho número se divide entre el número de evaluados que sería tres, con lo cual el promedio de rendimiento sería

75 %. Es decir, el trabajador 2 y 3 tienen un rendimiento promedio o superior, y solamente el trabajador 1 se encuentra por debajo.

Respecto del rubro productividad, no existe indicio que la meta individual haya sido resultado de una operación aritmética que arroje un promedio o estándar de cumplimiento de un trabajador en condiciones habituales (por ejemplo, la meta de primaje anualizado). Por tanto, en principio, no existe una comparación colectiva expresa respecto de este rubro.

Habiendo concluido con la reconstrucción de la evaluación de rendimiento, corresponde analizar el caso de la Sra. Sánchez Cruz quien ingresó en octubre de 2014, y se le evaluó el periodo abril 2016, acumulando una antigüedad de dieciocho meses en la Compañía. En base a dicha antigüedad, según el Manual, le correspondían las siguientes metas en el mes de abril 2016:

Criterio	Antigüedad	Meta	
Productividad	18 meses	Prima total anualizada con IGV Acumulada	USD 42 300
		Pólizas Acumuladas Accidentes Personales	45
Persistencia	13 a 24 meses	Pólizas de Vida:	70.00 %
		Pólizas de Accidentes Personales:	70.00 %

Con relación al caso de la Sra. Sánchez Cruz, de acuerdo con los criterios mencionados, en el mes de mayo se le notificaron dos cartas de preaviso de despido imputando rendimiento deficiente en relación con la capacidad debido a que en el mes de abril no había cumplido con superar las metas establecidas ni tampoco había superado el promedio de sus compañeros en condiciones similares.

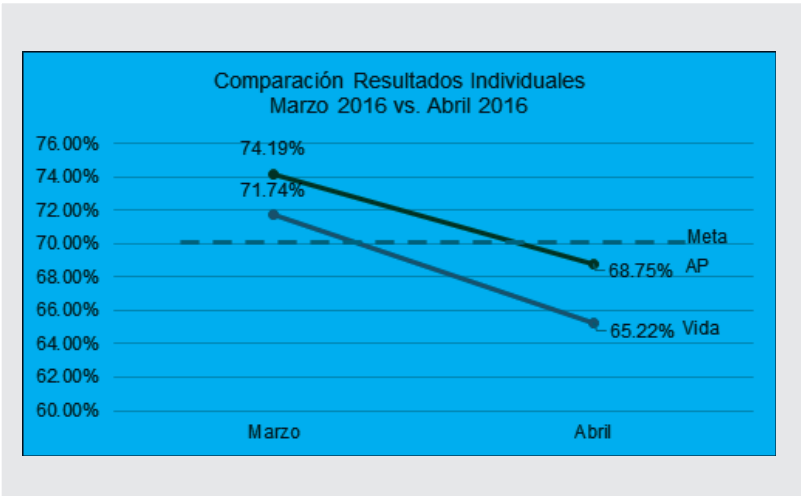
Respecto del rubro persistencia, se le notificó una primera carta el 23 de mayo de 2016, en la que se indicó que la evaluación de este rubro fue realizada al cierre del mes de abril, es decir, los resultados analizados fueron por la labor cumplida hasta el último día del mes de abril. Estos resultados se procesaron y calcularon el 13 de mayo de 2016, esta sería la fecha en la que, luego, del procesamiento de datos, cotejo de datos con indicadores (metas y promedios), y análisis de los resultados,

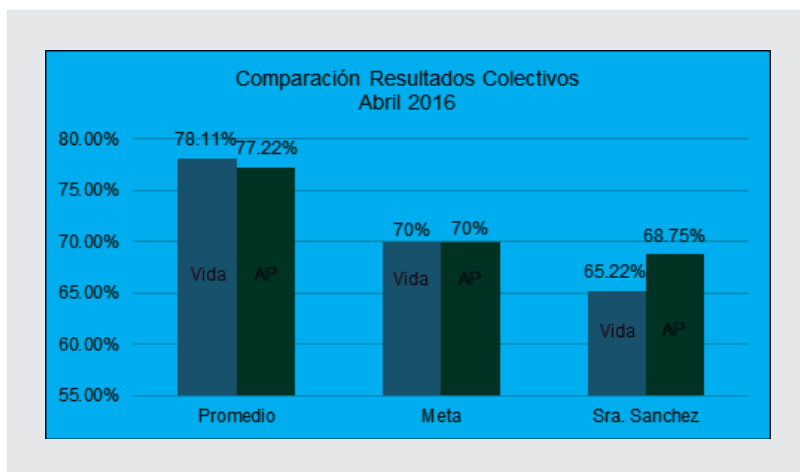
recién Pacífico toma conocimiento de que la Sra. Sánchez Cruz habría incurrido en un rendimiento deficiente, al menos, respecto del rubro persistencia.

Así, se le indicó a la Sra. Sánchez Cruz, quien contaba con 18 meses de antigüedad en la Compañía, que había incurrido en un rendimiento deficiente en el periodo evaluado correspondiente al mes de abril de 2016 en el rubro “persistencia”, puesto que, en primer lugar, no había cumplido con la meta individual para los asesores de 13 a 24 meses que era del 70 % (en los sub rubros de Pólizas de Vida y Accidentes Personales), y además, sus resultados se encontraban por debajo del promedio de los asesores de 13 a 24 meses. Estos resultados se pueden ordenar de la siguiente manera:

Criterio	Cumplimiento	Meta	Promedio
Pólizas de Vida	65.22 %	70.00 %	78.11 %
Pólizas de Accidentes Personales	68.75 %	70.00 %	77.22 %

Asimismo, se citaron los resultados obtenidos al cierre del mes de marzo y que se conocieron el 11 de abril de 2016, verificando un decaimiento entre el rendimiento de un mes y otro:





En atención a ello, se le otorgó un plazo para revertir el rendimiento deficiente y, por tanto, acreditar su capacidad superior a treinta días naturales, el cual comenzaba el 23 de mayo de 2016 y culminaba el 30 de junio de 2016. De modo que, al finalizar este plazo, la Sra. Sánchez Cruz debía obtener una persistencia de al menos 70 % en los dos sub rubros para acreditar su capacidad.

En la misma fecha (23 de mayo de 2016), se le notifica una segunda carta a la Sra. Sánchez Cruz en la cual se le imputaba rendimiento deficiente en el rubro “productividad” respecto del periodo evaluado correspondiente al mes de abril de 2016. Esto debido a que la Sra. Sánchez Cruz había obtenido un resultado de venta (prima anualizada) inferior al establecido para asesores con 18 meses de antigüedad. Estos resultados se pueden ordenar de la siguiente manera:

Criterio	Cumplimiento	Meta
Prima Anualizada	USD 42,215 Con IGV	USD 42,300 Con IGV

Cabe mencionar que no se tiene registro que en el mes de marzo de 2016 se haya incumplido con la meta, la cual era USD 39 950 para asesores con 17 meses en la Compañía. En ese sentido, el rendimiento de la Sra. Sánchez Cruz en el mes 17 debió ser de al menos USD 39 950,

es decir, el 100 % de la meta establecida. Sin embargo, como vemos en el mes 18, la asesora no logró el 100 % de la meta de USD 42 300, sino USD 42 215, lo que equivale porcentualmente a un logro del 98.8 % de la meta total.

En atención a ello, se le otorgó un plazo para revertir el rendimiento deficiente y, por tanto, acreditar su capacidad superior a treinta días naturales, el cual comenzaba el 23 de mayo de 2016 y culminaba el 30 de junio de 2016. A diferencia del rubro persistencia, la meta para acreditar la capacidad no era la misma que se le aplicó en el mes de abril (USD 42 300), sino una superior que era de USD 44 650 para asesores con 19 meses de antigüedad. Como hemos observado, esto obedece a que primero se debía cumplir la meta anterior, para proceder a la siguiente, sin embargo, en estricto, la meta mensual siempre era de USD 2350.

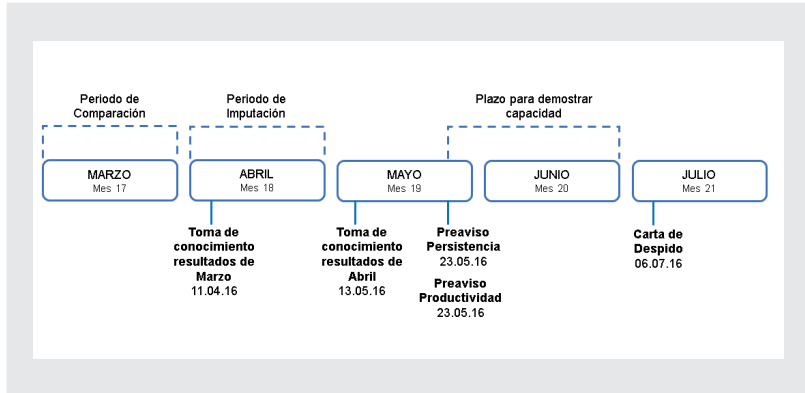
Con fecha 5 de julio de 2016, se notifica carta de despido que ponía fin a la relación laboral con fecha 6 de julio de 2016. En la referida carta de despido, se le indicó a la Sra. Sánchez Cruz que no había logrado acreditar su capacidad en base a los indicadores de rendimiento establecidos por Pacífico, de modo que la trabajadora obtuvo los siguientes resultados:

Persistencia		
Criterio	Meta	Resultado
Pólizas de Seguros de Vida	70.00 %	65.31 %
Pólizas de Seguros de Accidentes Personales	70.00 %	67.19 %

Productividad		
Criterio	Meta	Resultado
Prima Anualizada (Asesores con 19 meses)	USD 44 650 Con IGV	USD 44 134 Sin IGV

Como se puede observar, si bien se otorgó un plazo mayor a treinta días que abarcaba parte del mes de mayo y todo el mes de junio, se le aplicó como meta individual una para asesores de 19 meses de antigüedad, este dato es relevante para el análisis más adelante. En base a los referidos resultados, Pacífico procedió a extinguir la relación laboral en aplicación de la causal de despido contenida en el artículo 23, literal b).

En este punto, resumiremos el procedimiento de despido por rendimiento deficiente de la Sra. Sánchez, y, para ello, utilizaremos el siguiente gráfico:



Luego de haber reconstruido la evaluación de rendimiento, así como los hechos vinculados al procedimiento de despido de la Sra. Sánchez Cruz, procederemos a observar la manera en la que la judicatura analizó este caso.

2. Criterio jurisprudencial

En primer lugar, es importante referirnos a los principales argumentos de defensa de la trabajadora y del empleador. Cabe señalar que únicamente nos enfocaremos en aquellos argumentos íntimamente relacionados con el despido por rendimiento deficiente.

La Sra. Sánchez Cruz demanda reposición por despido fraudulento (hechos falsos), la argumentación de la trabajadora gira en torno a los siguientes argumentos:

- (i) Solamente no cumplió con los resultados en una primera y única ocasión, y respecto de un rubro, en el cual, si bien no alcanzó la meta por completo, se acercó bastante a lo requerido.
- (ii) Para que se configure la causal de rendimiento deficiente, la incapacidad debe ser habitual, continuada y permanente (no debe ser un evento pasajero o circunstancial), y además debe determinarse en función del rendimiento precedente del mismo trabajador o el

promedio de los demás trabajadores que realizan labores similares en las mismas condiciones. Sin embargo, en este caso, la trabajadora indica que se le imputó preaviso luego de no alcanzar el promedio en esa única ocasión.

- (iii) El rubro de evaluación que no alcanzó fue el denominado “Persistencia”, criterio que no es objetivo toda vez que mide el tiempo de permanencia que tiene un cliente captado por la trabajadora durante un determinado periodo de tiempo. Si el cliente decide anular su póliza antes de tal periodo, los resultados de la Sra. Sánchez Cruz se ven perjudicados. Sobre el particular, la Sra. Sánchez Cruz indica que la permanencia o no del cliente escapa a sus facultades y decisiones como asesora.
- (iv) Se le notificaron dos cartas referentes a la evaluación del rendimiento deficiente, sin embargo, indica que no se adjuntaron las pruebas correspondientes.

Por su parte, Pacífico contestó la demanda indicando que todas las afirmaciones de la Sra. Sánchez Cruz eran falsas, en ese sentido, el despido se ejecutó en aplicación del literal b) del artículo 23 de la LPCL respetando el procedimiento legal establecido. Asimismo, indicó que la trabajadora, como parte de la fuerza de ventas, tenía la obligación de cumplir con los parámetros de productividad fijados por Pacífico, ya que así estaba escrito en el contrato de trabajo, de modo que el juzgado solamente debe verificar si se cumplió con dicha obligación dentro de los periodos de evaluación dispuestos por la empresa.

Al respecto, mediante Resolución N° 7, se emite sentencia de primera instancia y se declaró fundada la demanda en virtud de lo siguiente:

1. El juzgado empieza su análisis situando la causal de despido en la norma que regula el despido por rendimiento deficiente, comienzo que es positivo tomando en cuenta la confusión generalizada existente sobre el tratamiento de tal causal como una de conducta. Veamos el texto de la sentencia:

“CUARTO: En relación a las causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador, el artículo 23 del Decreto Supremo N° 003-97-TR indica que: ‘Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador: [...]; b) El rendimiento deficiente en

relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares; [...]’, habiendo indicado la empresa demandada que el motivo del cese de la trabajadora estaría relacionada con el inciso b), esto es, haber mostrado un rendimiento deficiente, tal y conforme se desprende sus argumentos de defensa y de la carta de folios 18, sustentando por su parte la reclamante la existencia de un despido fraudulento con el propósito de alcanzar la reposición al puesto de trabajo que venía ocupando”.

2. Asimismo, es importante indicar que el juzgado no realiza ningún cuestionamiento sobre las metas y los índices de cumplimientos exigidos por Pacífico, toda vez que la trabajadora no cuestionó dichos puntos al momento que se le notificaron las cartas que imputaban rendimiento deficiente:

“SÉTIMO: Cabe precisar que si bien se reclama la reposición por despido fraudulento, la accionante no cuestionó el porcentaje ni las sumas consideradas como niveles mínimos de rendimiento que deben alcanzar mes a mes los asesores de seguro (cartas remitidas de fecha 19 de mayo de 2016), conforme al Manual de Incentivos de la Fuerza de Ventas vigente a partir del 1 de diciembre de 2015, no constituyendo óbice para ejercer reclamación en vía judicial pues lo peticionado constituye un derecho fundamental que merece análisis a nivel jurisdiccional”.

Si bien no se indica de manera expresa, pareciese que debido a que la trabajadora no cuestionó las metas e índices de cumplimiento, pues se entendería que estuvo conforme y no cabe revisión sobre tal punto, que sería como un acuerdo.

3. Con relación a la imputación, se puede observar que, efectivamente, se imputaron dos cartas de preaviso en la misma fecha (23 de mayo de 2016), luego de no cumplir con los indicadores requeridos en el mes de abril:

“OCTAVO: Conforme se desprende de la carta de folios 18, de fecha 19 de mayo de 2016, recepcionada por la demandante el 23 de mayo del mismo año, se le imputa hechos relacionados con la capacidad, consistente en un rendimiento promedio deficiente en sus labores bajo condiciones similares, previsto en el inciso b) del artículo 23 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, al no haber alcanzado el nivel mínimo en la variable persistencia de 70.00 % requerido en asesores entre 13 y

24 meses de permanencia en la compañía (en el mes de abril alcanzó 65.22 % en pólizas de vida y 68.75 % en pólizas de accidentes personales), y que la persistencia promedio de los asesores de seguros entre 13 y 24 ha sido de 78.11 % en pólizas de vida y de 77.22 % en pólizas de accidentes personales al cierre del mes de abril, lo que indicaría un rendimiento deficiente comparado con otros asesores en las mismas condiciones, otorgándole plazo hasta el 30 de junio de 2016 para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia en los cuales no hubiese alcanzado la persistencia mínima requerida por la compañía. A ello debemos sumar que existe otra carta (folios 19) que contiene la misma fecha de emisión y la misma fecha de recepción, donde se le hace conocer a doña Sánchez Cruz que no alcanzó los niveles mínimos requeridos en la variable prima logrando una prima anual de USD 42 215, siendo el mínimo requerido al mes 18 de USD 42 300, indicándole además que para su permanencia en la compañía debía alcanzar una prima anual acumulada de USD 44 650 al mes 19, otorgándole plazo hasta el 30 de junio de 2016 para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia”.

4. Asimismo, se analizó el contenido de las comunicaciones, precisando que en la primera carta se estableció el mínimo requerido para el rubro “persistencia”, pero para la persistencia promedio no se estableció un mínimo. Además, se deja en claro que se trata de un preaviso de despido, ya que se le otorga el plazo correspondiente para la demostración de la capacidad.

“NOVENO: Sobre la primera carta debemos hacer las siguientes precisiones: 1. Se estableció un nivel mínimo en la variable persistencia de 70.00 % entre los meses 13 y 24 para las pólizas de vida y pólizas de accidentes personales; 2. Para la persistencia promedio de los asesores de seguros entre 13 y 24 meses no se estableció un mínimo, ni mucho menos la forma de cálculo; 3. Se le otorgó plazo hasta el 30 de junio de 2016 para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia en aquellos rubros en los cuales no hubiese alcanzado la persistencia mínima requerida por la compañía, esto es de persistencia mínima del 70 % y producción de USD 42 300”.

Es interesante que el juzgado señale que no se estableció un mínimo al promedio, sobre el particular, no tiene sentido establecer un mínimo al promedio colectivo ya que este es el resultado de lo

obtenido fácticamente por los compañeros, siendo que no corresponde establecer un mínimo para medir dicho promedio grupal, sino que el promedio grupal es el baremo para medir el rendimiento de la trabajadora.

5. Por otro lado, el juzgado citó el contenido del contrato de trabajo, el mismo que especifica la definición de rendimiento deficiente para la Compañía, el documento que contiene las reglas de la evaluación de rendimiento y la constancia de que la trabajadora conoce dicho documento:

“DÉCIMO: De folios 03 a 10 obra el contrato de trabajo por tiempo indeterminado celebrado entre ambas partes donde en la cláusula novena punto 9.1.19, en relación a las faltas relacionadas con la capacidad de los asesores de seguros, se estableció que: ‘Una de las faltas relacionada con la capacidad, que prevé la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, es el rendimiento deficiente. Para efectos de la labor que va a desempeñar ‘EL TRABAJADOR’, se considera ‘rendimiento deficiente’ a aquel que se encuentre por debajo de los mínimos de producción y persistencia que debe cumplir ‘EL TRABAJADOR’, los mismos que están detallados en el Manual de Incentivos de la Fuerza de Ventas que ‘EL TRABAJADOR’, declara conocer’, habiéndose indicado en el segundo párrafo de la cláusula segunda que: ‘... Los requisitos para los ascensos, la permanencia en el nivel y los beneficios, están establecidos en el ‘MANUAL DE INCENTIVOS DE LA FUERZA DE VENTAS’, documento que forma integrante del presente contrato y que ‘EL TRABAJADOR’ declara conocer en su integridad y haberlo recibido a la suscripción del presente documento’, es decir, se entiende de la literalidad del contrato de trabajo que la accionante habría recibido el indicado manual a pesar que expresó que nunca se lo entregaron, alegando la empresa que no existe cargo de entrega, y si bien doña Sánchez Cruz adujo que no le entregaron documentación alguna ni la forma de cómo se realizaba el cálculo de los porcentajes y producción atribuida, en el desarrollo de la audiencia de juzgamiento puso en evidencia que sí conocía la existencia de los documentos, porcentajes y sumas de referencias para alcanzar el mínimo de producción, más si se entiende que la información”

de la persistencia de los asegurados no es ajena a la trabajadora quien pudo ir llevando el control de las metas a cumplir”.

Lo interesante es que el documento que contiene la evaluación no solo tiene efectos para el despido por rendimiento deficiente, sino que también para otros ámbitos como, por ejemplo, ascensos y beneficios. Si bien en el contrato indica que se hizo entrega de la política de evaluación, no existía dicho documento; sin embargo, el juez percibió que a pesar de que no había documento, la trabajadora conocía las reglas de evaluación, por tanto, se tomó por correctamente notificado, por lo que la trabajadora pudo tener un control personal de sus propias ventas y cumplimiento.

6. Del mismo modo, acreditada la notificación de la evaluación de rendimiento, el juzgado precisó el contenido de dicho documento verificando que se indiquen los aspectos principales para la performance de los trabajadores:

“DÉCIMO PRIMERO: El Manual de Incentivos de la Fuerza de Ventas vigente desde el 1 de diciembre de 2015, ha sido presentado por la parte demandada y que obra en autos de folios 85 a 94, donde en relación a las causales de extinción de la relación laboral, y en específico a las faltas relacionadas con la capacidad de los asesores de seguros y el rendimiento deficiente, estableció los mínimos de productividad y persistencia que debe cumplir el asesor de seguros, indicando en relación al primero al mes 18 (folios 90) deberá contarse con una prima total anualizada con IGV acumulada de \$ 42 300 Dólares Americanos, y en relación al segundo (persistencia) deberá contarse con una persistencia mínima de pólizas de vida y accidentes personales de 70 % entre el 13 y 24 mes”.

7. Por otro lado, el juzgado identifica aquellos aspectos de la norma de despido por rendimiento deficiente que no son claros y que se necesitan precisar antes de determinar si el despido fue justificado o no. En ese sentido, hace referencia a que no existe una definición de “rendimiento deficiente”, ni el número de evaluaciones necesarias para determinar la existencia de un rendimiento deficiente, si debe haber reiterancia o qué se debe entender por condiciones similares. Veamos el texto de la sentencia:

“DÉCIMO SEGUNDO: Si bien el Decreto Supremo N° 003-97-TR recoge como causa justa de despido relacionada con la capacidad del trabajador, ‘El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares’ (inciso b del artículo 23), dicho dispositivo legal no ha establecido qué debemos entender por rendimiento deficiente, cómo y en qué momento podríamos establecer su existencia, si es por una o varias evaluaciones (en uno o dos meses), si debe existir o no actos reiterados (y en qué número), además tampoco se señaló cuáles serían las condiciones similares a tener en cuenta y de qué tipo, y si estas tienen que ver con el tiempo de servicio al interior de la empresa, lo que deberíamos clarificar a fin de establecer si en efecto existió un despido fraudulento, resultando necesario además señalar que el artículo 34 del Decreto Supremo N° 001-96-TR dispuso que: ‘Para la verificación del rendimiento deficiente a que se contrae el inciso b) del Artículo 56 de la Ley, el empleador podrá solicitar el concurso de los servicios de la Autoridad Administrativa de Trabajo, así como del Sector al que pertenezca la empresa, otorgando una facultad al empleador, dependiendo de las labores cumplidas, y que no necesariamente obliga a la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo’.”

8. Al respecto, no solo los cuestionamientos que realiza el juzgado son sumamente acertados, ya que justamente la norma acaece de oscuridad y vacíos que no permiten conocer la forma correcta de aplicarla, sino que también deja en claro que la intervención de la autoridad administrativa de trabajo no es necesaria, cuestión que no ha ocurrido en otros casos. En ese sentido, con relación al cuestionamiento a qué se debe entender por rendimiento deficiente, el juzgado recurre a la doctrina:

“DÉCIMO TERCERO: Ante la falta de precisión y desarrollo de lo que podríamos entender por rendimiento deficiente, resulta importante recoger lo indicado por el profesor Carlos Blancas Bustamante: ... Factores de diversa índole, entre ellos los de orden anímico o psicológico, alteran en ciertos momentos o épocas el rendimiento del trabajador, como en general de cualquier persona, cualquiera que sea la actividad que realice. Lo que, sin duda, ha de constituir una situación que afecte

la subsistencia de la relación laboral es el ‘rendimiento deficiente’ en cuanto este devenga ‘constante’, ‘continuo’ o ‘habitual’, lo que indicaría un nivel de rendimiento insuficiente o inadecuado, establecido en función del rendimiento precedente del mismo trabajador o el promedio de los demás trabajadores que realizan labores similares en las mismas condiciones. En tal sentido, el tiempo es un factor esencial para determinar la existencia del ‘rendimiento deficiente’, no como un evento pasajero o circunstancial, —en cuyo caso la extinción de la relación laboral vendría a resultar notoriamente injusta o irrazonable—, sino como una situación permanente...”.

Como se puede observar, el juzgado vincula íntimamente el bajo rendimiento con el tiempo en que se extiende tal situación. Es decir, un resultado negativo ocasional o intermitente no sería un supuesto de rendimiento deficiente que gatille el despido por capacidad, sino únicamente aquellos resultados negativos que son recurrentes y, por tanto, reiterativos.

9. En atención a ello, el juzgado determinó que debía existir reiteración en los resultados negativos, de lo contrario no podría tratarse de rendimiento deficiente. En ese sentido, se observó que Pacífico incumplió con tal criterio, toda vez que, efectivamente, imputó preaviso de despido luego del primer resultado negativo, no existiendo reiterancia.

“DÉCIMO CUARTO: Ante la falta de precisión legal respecto al rendimiento deficiente, podemos establecer que para analizar su existencia resulta importante corroborarla en el tiempo y que se haya presentado, se entiende, en más de una vez, como conducta reiterativa en el trabajador, argumento referido por la defensa de la demandante en el minuto 5.44 de la audiencia de juzgamiento, indicando además que no puede considerarse rendimiento deficiente por un solo mes. Teniendo como referencia ello, la demandada indicó en el minuto 21.37 de la audiencia de juzgamiento que **la evaluación realizada al mes de abril de 2016 fue el primer antecedente de rendimiento deficiente, explicando en dicha diligencia cómo es que se**

arribó a los porcentajes alcanzados por debajo del 70 % de persistencia para las pólizas de vida y accidentes personales, limitándose la empresa a imputar un hecho relacionado a la capacidad de la demandante en el trabajo por una sola evaluación (mes de abril de 2016; minuto 47.10 de la audiencia de juzgamiento), sin tener en cuenta que sería la primera vez en que habría existido una labor por debajo del nivel mínimo de producción y persistencia requeridos, bastando que se haya presentado (una sola vez reiteramos) para que se adopte la decisión de despedirla”.

10. Por otro lado, con relación a la determinación del rendimiento promedio, Pacífico indicó que no había un mínimo requerido, sino que dicho promedio obtenido de los resultados del equipo de trabajo servía como baremo para la medición del rendimiento individual de la Sra. Sánchez Cruz, sin embargo, contrariamente a la normativa, el juzgado manifestó que tal forma de determinación de cálculo era arbitraria.

“DÉCIMO QUINTO: Por otro lado, si bien para la persistencia promedio de los asesores de seguros entre 13 y 24 meses no se estableció un mínimo, la empresa indicó que la forma de cálculo no estaba establecida en el manual de incentivos de la fuerza de ventas (minuto 1:03:00 de la audiencia de juzgamiento) y si bien llegó a los promedios 78.11 % para pólizas de vida y 77.22 % para pólizas de accidentes personales, ello resultaría ser el promedio de lo alcanzado por los asesores de seguros agrupados en la agencia descentralizada 2 (que la componen 5 trabajadores), donde no se habría establecido cuál sería el porcentaje mínimo en promedio para ser considerado rendimiento deficiente, explicando la empresa que de lo producido por todos estos trabajadores se obtuvo el promedio y que serviría de base para medir el trabajo de los demás, criterio arbitrario pues toma como referencia algo que en efecto perjudicaría a la trabajadora, más si no estuvo establecido documentalmente la manera de cómo obtener el promedio mínimo a alcanzar. [...].”

Un dato no menor es que el juzgado consideró que la fórmula o criterios para determinar el promedio deberían estar incorporados por escrito en el documento que regula la evaluación.

11. Sin perjuicio de que, aparentemente, el juzgado no entendió la función del promedio para la determinación del rendimiento deficiente, sí ofrece algunos criterios necesarios para observar la similitud de condiciones que, como sabemos, refieren al principio de igualdad:

“DÉCIMO QUINTO: [...]A ello debemos sumar que si bien el inciso b) artículo 23 del Decreto Supremo N° 003-97-TR hace referencia al rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares, podríamos asumir que todos los trabajadores que integran la agencia descentralizada 2 realizan la misma función pero no se explicó ni demostró en la audiencia de juzgamiento que ellos se encuentran en las mismas condiciones, para lo cual se considera necesario analizar la realidad del lugar donde se asienta el puesto de trabajo, la frecuencia en la adquisición y persistencia de las pólizas contratadas, el tipo de empresas que contratan un seguro, entre otros, que permitirían afirmar si en efecto todos los trabajadores se encuentran en las mismas condiciones, que no debe entenderse únicamente como instalaciones (edificaciones) proporcionadas al asesor de seguro para cumplir con su función, aspecto que no ha sido desarrollado por la demandada, teniendo en cuenta que corresponde a ella demostrar la existencia de la causa justificada del despido”.

Como se puede observar, el juzgado indica que no solo basta que los trabajadores comparados tengan el mismo puesto (asesor de seguros), la misma área (agencia descentralizada 2), y la misma ubicación geográfica (oficina y/o instalaciones), sino que también es importante el potencial de venta que tiene la región en la que se ubica la sede (realidad del lugar), potencial de penetración en el mercado (frecuencia de adquisición de productos), perfil del cliente y/o cartera de clientes (tipo de clientes que contratan los productos). Este análisis del juzgado coincide con lo abordado en los capítulos anteriores y, efectivamente, estamos de acuerdo con lo indicado.

12. Otro punto relevante es el análisis sobre la meta aplicada luego del preaviso notificado el 23 de mayo de 2016, toda vez que, aparentemente, se habría fijado una meta correspondiente al mes 19 de labores, sin embargo, dicha meta corresponde al mes de mayo, por tanto, el tiempo para acreditar la capacidad sería de 8 días naturales ya que el mes evaluado es el mes 19, es decir mayo, y no junio. Veamos el texto:

“DÉCIMO SEXTO: Conforme es de verse de la carta de imputación de folios 18, dicho documento fue elaborado el 19 de mayo de 2016 conteniendo la evaluación de persistencia realizada al cierre del mes de abril (calculada el 13 de mayo de 2016 conforme lo indica la carta), es decir, el análisis realizado fue por la labor cumplida hasta el último día del mes de abril, carta de imputación que le fue entregada a la demandante el 23 de mayo de 2016 (conforme lo reconoció en el escrito de demanda originario y que no ha sido negada por la demandada). Sobre estos hechos debemos concluir lo siguiente: 1. Si bien la carta de imputación fue entregada a la demandante el 23 de mayo de 2016, se le otorgó el plazo hasta el 30 de junio de 2016 para que demuestre o corrija su deficiencia; 2. De la carta de despido de folios 20 se indicó que no alcanzó los niveles mínimos requeridos de persistencia logrando una persistencia de 65.31 % por pólizas de vida y 67.19 % por pólizas de accidente de trabajo, y que alcanzó una prima anualizada total sin IGV de USD 44 134 siendo el mínimo requerido de prima de USD 44 650 para asesores de su mismo nivel, donde conforme al manual de incentivos de la fuerza de ventas (véase folios 90 en específico), dicha cantidad es requerida para los trabajadores con 19 meses de labor, es decir, la evaluación como tal no se hizo al cierre del mes de junio sino al mes de mayo pues el número 19 representa a dicho mes, conclusión que se reafirma de la propia carta de imputación de folios 19 donde se consignó el mínimo requerido al mes 18 (abril de 2016), y que para su permanencia en la compañía debería alcanzar una prima anual acumulada de USD 44 650 cuota 19 (mes de mayo). 3. Las cartas de imputaciones hacen referencia que se le otorga a la demandante el plazo hasta el 30 de junio de 2016 para que demuestre o corrija su deficiencia, sin embargo, solo se le evaluó hasta el cierre del mes de mayo (19), es decir, desde la entrega de las cartas (23 de mayo) al cierre de la evaluación que decidió su retiro existieron únicamente 7 días y no los

más de 30 que se entiende la empresa pretendió dar conforme lo señala el artículo 31 del Decreto Supremo N° 003-97-TR que dispone: ‘El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia’, logrando justificar de manera formal el otorgamiento de los 30 días naturales cuando en realidad solo pasaron 7 días desde la imputación para completar el periodo utilizado como nueva evaluación, dejando en evidencia la única intención de cumplir con el procedimiento legal para retirar a la trabajadora de su puesto de trabajo, y que no puede dejarse de observar por el juzgado al ser parte del procedimiento legal a cumplirse, más si el caso de autos se relaciona con un derecho fundamental, esto es, el derecho al trabajo”.

13. Asimismo, aparentemente, habría un error en la determinación de los resultados de la Sra. Sánchez Cruz ya que, si bien la meta respecto del rubro productividad era medida con un monto con IGV, el resultado de la trabajadora se obtuvo sin sumarle el IGV, lo cual altera la cuantía del resultado:

“DÉCIMO SÉTIMO: En relación a la segunda carta de imputación debemos señalar que si bien los asesores de seguros al mes 18 deben tener una producción mínima de prima total anualizada con IGV acumulada de USD 42 300 (véase folios 90), la demandante habría alcanzado USD 42 215, otorgándole hasta el 30 de junio de 2016 para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia, pero como ya se dijo líneas arriba para su siguiente evaluación se utilizó el cierre del mes de mayo (mes 19), otorgándose en buena cuenta solo 7 días y no los 30 días que aparentemente otorgó (hasta el 30 de junio de 2016), a ello debemos sumar que conforme es de verse de la carta de despido de folios 20 se le indicó: ‘... Asimismo, usted ha alcanzado una Prima anualizada total sin IGV de USD 44 143 siendo el mínimo requerido de prima de USD 44 650 para asesores de su mismo nivel...’ (lo resaltado es nuestro), es decir se cambió el factor prima total anualizada con IGV por prima anualizada total sin IGV, que se entiende cambia el esquema de la imputación y del despido”.

14. Por otra parte, es interesante el análisis del principio de razonabilidad que realiza el juzgado, ya que a pesar de que se apoya en una sentencia del TC que aborda un despido disciplinario, intenta adaptar dicho razonamiento *mutatis mutandi* al despido por capacidad por rendimiento deficiente:

DÉCIMO OCTAVO: El Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el Exp. 00535-2009-PA/TC indicó que: “[...] 18. En este sentido, el análisis de la razonabilidad de una medida implica determinar si se ha dado: a. La elección adecuada de las normas aplicables al caso y su correcta interpretación, tomando en cuenta no solo una ley particular, sino el ordenamiento jurídico en su conjunto. b. La comprensión objetiva y razonable de los hechos que rodean al caso, que implica no solo una contemplación en ‘abstracto’ de los hechos, sino su observación en directa relación con sus protagonistas, pues solo así un ‘hecho’ resultará menos o más tolerable, confrontándolo con los ‘antecedentes del servidor’, como ordena la ley en este caso. c. Una vez establecida la necesidad de la medida de sanción, porque así lo ordena la ley correctamente interpretada en relación a los hechos del caso que han sido conocidos y valorados en su integridad, entonces el tercer elemento a tener en cuenta es que la medida adoptada sea la más idónea y de menor afectación posible a los derechos de los implicados en el caso”.

En ese sentido, para el juzgado la razonabilidad se aprecia en tres momentos, en primer lugar, al momento de la elección del cuerpo normativo aplicable, no solo valiéndose de la literalidad de la norma, sino de todo el ordenamiento jurídico, lo cual evidentemente, incluye los principios laborales. En segundo lugar, al momento de valorar los hechos sobre los cuales se pretende aplicar la normativa seleccionada, tal valoración debe observar no solo al hecho aislado, sino tener una visión lo más integral posible (por ejemplo, tomar en cuenta los antecedentes del trabajador). Finalmente, en el tercer momento que supone la efectiva aplicación de la consecuencia normativa, se debería aplicar la medida más adecuada que implique una afectación proporcional para ambas partes (trabajador y empleador).

15. En atención a lo mencionado, el juzgado realizó cinco conclusiones que detallamos a continuación:

“DÉCIMO NOVENO: De todo lo analizado hasta aquí podemos concluir que:

1. El rendimiento deficiente no debe medirse únicamente por la existencia de una baja en la producción y permanencia mínima en un solo mes, más si se trata de la primera vez;

2. Debe existir en el trabajador un acto reiterado o continuado de bajo rendimiento para ser considerado rendimiento deficiente;

3. No se otorgó a la demandante la oportunidad de 30 días que señala la ley para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia a pesar de haber indicado en las cartas de imputación el 30 de junio de 2016, siendo evaluada hasta mayo de 2016;

4. Tratándose de la primera oportunidad en que la reclamante no alcanzó los niveles mínimos de producción y persistencia requeridos en el Manual de Incentivos de la Fuerza de Ventas, la decisión de despedirla resulta ser una sanción drástica que atenta el principio de proporcionalidad, pues de por medio está la oportunidad legal con que cuenta el trabajador de revertir el estado de las cosas que ponen en riesgo su capacidad en el trabajo, donde razonablemente cabe la imposición de alguna otra sanción menos gravosa que no afecte su derecho al trabajo;

5. Considerando que no se observó el procedimiento legal para el despido por los hechos imputados (no se otorgó los 30 días), que no se pudo demostrar el rendimiento deficiente de manera constante o continuo, que no se acreditó que la demandante conocía la forma de cálculo del rendimiento promedio y que se encontraba en condiciones similares con el grupo de trabajadores que fue comparada, podemos concluir que la imputación como rendimiento deficiente que afecta la capacidad en el trabajo y que dio paso al cese en las labores, no existió como tal, existiendo por tanto imputaciones y actuaciones

contrarias a la ley que afectan su existencia misma y que calzan con la producción de un despido fraudulento”.

Como podemos ver, en este fundamento, el juzgado recapitula las conclusiones que fue indicando en su análisis precedente, en resumen:

- (i) El rendimiento deficiente para ser tal debe ser reiterativo (no ocasional).
 - (ii) Debe acreditarse la igualdad de condiciones más allá de las cuestiones básicas o formales (puesto, sede o área), de modo que se evidencie una igualdad real de oportunidades.
 - (iii) Los criterios principales de cálculo deben estar documentados de manera escrita.
 - (iv) La primera consecuencia ante un bajo rendimiento no puede ser un preaviso de despido, ya que es una medida no razonable.
16. En vista que estos aspectos no fueron observados y/o acreditados por Pacífico, pues se entiende que el supuesto rendimiento deficiente en realidad no habría existido (hecho inexistente), por tanto, contrario a la verdad que configura un despido fraudulento:

“VIGÉSIMO: Habiendo concluido que se produjo un despido fraudulento en relación al caso que nos ocupa, resulta procedente amparar la demanda, disponiendo la reposición de la demandante al puesto de trabajo como asesora de seguros que venía ocupando dentro de la empresa demandada”.

Esta sentencia fue apelada y en segunda instancia, mediante Resolución N° 11, se emite sentencia de vista que revocó la sentencia de primera y declaró infundada la demanda en virtud de lo siguiente:

1. En principio, la Corte indica que el despido por rendimiento implica una incapacidad permanente o continuada para puesto, precisando que esta causal no es aplicable a supuestos de falta de adaptación por falta de capacitación o incorporación de nuevas tecnologías. Asimismo, confirma que la participación de la autoridad administrativa de trabajo no es obligatoria, y que la posibilidad de intervención se debe a que, sobre todo, se trata de una causal cuya probanza es complicada.

“4. Que, resulta pertinente citar lo señalado por Jorge Toyama Miyagusuku, respecto al despido [...] refiere: ‘3.3.2. La causa justa: En concordancia con la causalidad del despido tenemos que nuestra legislación laboral ha agrupado las causas justas de despido en dos categorías: i) las que se derivan de la capacidad del trabajador y ii) de su conducta. Fuera de estas no existe motivo que permita al empleador despedir...’; y respecto a la causal de despido indica ‘... 3.3.2.1. Falta de capacidad: La falta de capacidad para laborar se puede verificar en tres (3) supuestos: [...], ii) el rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares, [...] (artículo 23 de la LPCL)’; del mismo modo en lo que respecta a la causal que nos atañe señala: ‘... Veamos ahora la segunda causal. El rendimiento deficiente por su parte supone la existencia de una incapacidad permanente, habitual, continuada, establecida en función del rendimiento precedente del mismo trabajador o el promedio de los demás trabajadores que realizan labores similares en las mismas condiciones atendiendo a la ratio legis de la norma. Este supuesto no se refiere a la falta de adaptación del trabajador en su puesto de trabajo dado que el empleador, por ejemplo, no podría despedir al trabajador cuyo rendimiento es deficiente si es que aquel no lo ha capacitado adecuadamente para operar con nueva tecnología. En la medida que la prueba del rendimiento deficiente es complicada la norma ha establecido que el empleador, con el objeto de acreditar la incapacidad defectuosa, podrá pedir el auxilio del Ministerio de Trabajo y del sector al cual pertenezca la empresa, lo que coadyuvaría su intención de evidenciar el rendimiento deficiente’”.

2. Por otro lado, se realiza un análisis sobre si la Sra. Sánchez Cruz cumplió efectivamente con el rubro prima:

“7. Que, en cuanto al nivel mínimo requerido en la variable de prima (carta de pre aviso de despido de fs.19); conforme se indica a folios 90, el monto exigido para dicha variable, considerando el mes 18 es de USD 42 300 dólares americanos, y al mes 19 el importe de USD 44 650 dólares americanos, los mismos que

incluyen IGV; ante esto, si bien al 19 de mayo de 2016 el monto era el menor al requerido, conforme a la documental de folios 20, al 5 de julio del mismo año, ya habría cumplido con corregir su deficiencia, ya que la suma de prima es de USD 52 078.12 (USD 44 134 + IGV 18 %); por lo que tal imputación no puede considerarse como causal de despido”.

3. Asimismo, también se analiza si la Sra. Sánchez Cruz efectivamente cumplió con el segundo rubro de evaluación, es decir, la persistencia:

“8. Que, en tal contexto, en relación al mínimo en la variable de persistencia; conforme se tiene de la carta de pre aviso de folios 18, la demandada imputa a la demandante lo establecido en el inciso b) del artículo 23 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, en relación al rendimiento promedio deficiente en sus labores, al indicarle que el porcentaje del nivel mínimo en la variable persistencia es de 70 %, cantidad que no ha superado; además, en la carta de folios 19, también señala que la actora no ha superado la cantidad requerida como variable de prima; otorgándole plazo para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia; situación que conforme lo señala la empresa, no ha cumplido, ya que con carta de despido de folios 20, indica los porcentajes o cantidades con las cuales sustenta el cese de la ex trabajadora”.

4. Se valida que la evaluación está adecuadamente documentada e informada a la Sra. Sánchez Cruz, prueba de ello es el contrato de trabajo:

“9. Que, conforme se tiene del Manual de Incentivos de la Fuerza de Ventas de folios 75 a 94 se indica que la producción mínima anualizada con IGV acumulada por primas, para un trabajador con 18 meses es de USD 42 300 dólares americanos (ver folios 90); también, se indica que el nivel mínimo de persistencia para asesores de seguros entre 13 y 24 meses es de 70 % (ver folios 91); precisando además que dicho medio probatorio fue puesto en conocimiento de la trabajadora, como se indica en el rubro 9.1.19 del contrato de folios

03 a 12, y como también se deduce de lo indicado por la demandante en audiencia de juzgamiento al indicar la forma de obtener los parámetros del mínimo requerido”.

5. La Corte indica que se habría producido, efectivamente, un despido justificado, toda vez que se comprueba que la Sra. Sánchez Cruz no cumplió con los indicadores establecidos para la acreditar su capacidad:

*“10. Que, ante lo indicado en los considerandos precedentes; se tiene que **la demandante no ha negado al momento de que se le corrió traslado de la carta de pre aviso, ni en las audiencias realizadas en el proceso, que los porcentajes que allí se indican en relación al mínimo de persistencia sean incorrectos**; y menos que luego de habersele solicitado que corrija su deficiencia, no haya cumplido con tal requerimiento lo que conlleva inferir que su rendimiento deficiente fue continuado; por lo que, el proceder relacionado con la capacidad de la extrabajadora se configura dentro de la norma imputada, la misma que también en el Manual de Incentivos ya citado, se le considera como falta grave que es causal justa de despido; por tanto, no se trata de hechos inexistentes, imaginarios o falsos, como alega la parte actora para sustentar su despido fraudulento, sino de hechos que evidencian actos concretos; concluyendo este Colegiado en la improbanza del despido fraudulento que se alega; correspondiendo por tanto revocar la venida en grado, reformándola se declara infundada la demanda, así como la pretensión accesoria”.*

Frente a esta sentencia, la trabajadora presentó recurso de casación; así, con fecha 24 de octubre de 2019, se emite Casación Laboral N° 17515-2017-Del Santa que declara fundado el recurso de casación y ordena a la Corte de segunda instancia a emitir nuevo pronunciamiento. A continuación, veremos los fundamentos de la Corte Suprema:

1. La Corte Suprema determinó que la segunda instancia no motivó adecuadamente la sentencia, al respecto, se indica que no se valoraron adecuadamente los elementos de prueba que fueron presentados por las partes. Veamos el texto de la casación:

“Octavo: Solución del caso concreto.

Revisados los actuados, este Tribunal Supremo considera que los fundamentos de la Sentencia de Vista han lesionado el debido proceso y por lo tanto la debida motivación.

Por lo que, la Sala Superior deberá valorar de manera razonable los siguientes documentos que obran en autos, siendo estos los siguientes:

- ❖ *Manual de Incentivos de la Fuerza de Ventas vida Individual, referido al pago de comisiones y bonos, que obra en fojas setenta y cuatro a ochenta y tres, que señala las causas de extinción de la relación laboral.*
- ❖ *Manual de Incentivos de la Fuerza de Ventas que corre en fojas ochenta y cinco a noventa y cuatro, que señala las causales de extinción de la relación laboral, señalando la producción mínima.*
- ❖ *Carta de imputación de cargos de fecha diecinueve de mayo de dos mil dieciséis, que corre a fojas dieciocho, dirigido a la demandante, en donde se señala que la actora no ha alcanzado el nivel mínimo en la variable de persistencia que es de 70.00 % requerido en asesores (entre 13 y 24 meses), obteniendo el 65.22 % para pólizas de vida y 68.75 % en pólizas de accidentes personales.*

Señalando así que la persistencia promedio de los asesores de seguros (entre 13 y 24 meses) ha sido de 78.11 % en pólizas de vida y de 77 %.22 % en pólizas de accidentes personales al cierre de mes de abril, calculada el trece de mayo de dos mil dieciséis, lo que indicaría un rendimiento deficiente comparado con otros asesores en las mismas condiciones, por lo que se le otorga un plazo hasta el 30 de junio de 2016, para que demuestre y corrija su capacidad.

- ❖ *Carta de imputación de cargos fecha diecinueve de mayo de dos mil dieciséis, que corre a fojas diecinueve, señala que al no haber alcanzado los niveles mínimos en la variable de prima, logrando una prima anual de USD 42 215, siendo el mínimo requerido para el mes 18 de USD 42 300, por lo que para su permanencia en la compañía deberá alcanzar una prima anual acumulada de USD 44 650, al vencimiento de la carta otorgándole el plazo hasta el 30 de junio de dos mil dieciséis.*

❖ *Carta de despido de fecha cuatro de julio de dos mil dieciséis, que corre a fojas veinte, señalando que la actora no ha alcanzado los niveles mínimos requeridos de persistencia requerida, logrando una persistencia (VI) de 65.31 % y (AP) de 67.19 %, siendo requerido de persistencia 70.00 % en pólizas (VI) y 70 % (AP) para asesores de su mismo nivel y categoría en la compañía, asimismo la prima anualizada total sin IGV de USD 44 134 siendo el mínimo requerido de USD 44 650 para asesores de su mismo nivel y categoría en la compañía. [...]”.*

2. Luego de señalar específicamente los documentos que debieron meritarse con mayor detalle, se indicó que se debe mencionar con objetividad, claridad y precisión la causal de despido imputada, y además las pruebas que sustentan dicha causal:

“Octavo: Solución del caso concreto. [...] Es de precisar, que si bien se ha seguido las formalidades del procedimiento de despido, y se la imputado lo señalado en el inciso b) del artículo 23 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, es de precisarse que en el procedimiento de despido, al tratarse de un hecho trascendental en el futuro de la parte trabajadora del contrato de trabajo, el empleador debe señalar con objetividad y de manera clara y precisa el motivo por el cual el trabajador está siendo despedido.

Más aún, si se trata de una disconformidad con la faceta conductual del trabajador; es decir, con el área de su desempeño en los quehaceres y capacidad de las funciones que desempeña, indicando con medios de pruebas las labores que desencadenan el rendimiento deficiente [...].”.

3. En ese sentido, la Corte Suprema indicó que la evaluación de rendimiento si bien establecía ciertas metas mínimas de cumplimiento, no existía una definición de los conceptos, ni el modo de cálculo de los resultados o el periodo temporal al cual pertenecían los resultados que se tomaban para medir el rendimiento. Estos aspectos no permitían que la trabajadora tenga una real certeza del modo en el cual se le estaba evaluando y prever sus resultados:

“Octavo: Solución del caso concreto. [...] Es así que, se observa que en el análisis realizado por la instancia superior de los documentos

adjuntados por la demandada en la contestación de la demanda se señala porcentajes mínimos requeridos por la empleadora; sin embargo, no se define los conceptos y el cálculo de análisis cuantitativo, cronológico y temporal con el cual se determinarían los porcentajes de la producción mínima, no pudiendo la demandante verificar su producción con certeza. [...]”.

4. Además de lo señalado, respecto del rubro persistencia tampoco se había determinado la información que se utilizó para determinar el rendimiento promedio de compañeros con los cuales se le había comparado a la trabajadora. Es decir, no se conocen los resultados (ni el periodo al que pertenecen) de los compañeros que dieron como resultado el “rendimiento promedio”. Veamos el texto de la sentencia:

“Octavo: Solución del caso concreto. [...] Igualmente se alude genéricamente, que la demandante no cumpliría con la persistencia promedio de los asesores de seguros, sin que se determine la forma de cálculo cuantitativo y temporal y quienes son los servidores que se ha tomado como referencia para llegar a ese factor denominado persistencia promedio, el grupo de servidores que formaría el promedio comparativo para llegar a ese estándar de desempeño del trabajador [...]”.

5. Del mismo modo, se detectó que, si bien la evaluación solicitaba una meta con IGV, el resultado de la trabajadora se determinó sin IGV, distorsionando el resultado que se genera al realizar la comparación entre criterio de evaluación e índice de cumplimiento de la trabajadora:

“Octavo: Solución del caso concreto. [...] Asimismo, en la carta de despido se señala que la actora alcanzó una prima anualizada total sin IGV de USD 44 134, cuando en los manuales señalados se establecen que dicho porcentaje son calculados con IGV, no teniendo certeza si el procedimiento que se la ha seguido a la demandante ha sido de manera objetiva y en el detrimento de su deficiencia en el trabajo al no cumplir con los niveles mínimos requeridos. [...]”.

6. Del mismo modo, se indicó en la evaluación de rendimiento, que si bien establecía dos rubros de evaluación (persistencia y prima), no

se había indicado si era necesario desaprobar dos rubros para incurrir en rendimiento deficiente o bastaba con desaprobar solamente uno:

“Octavo: Solución del caso concreto. [...] Finalmente, este Supremo Colegiado, constata que uno de los elementos que según la Sala Superior sustentaría el despido de la parte demandante sería uno de los factores que es el incumplido (factor persistencia), pues el otro se consideraría cumplido (factor prima).

Sin embargo, de la lectura del documento empresarial que sustentaría estos factores de evaluación no fluye si es suficiente incumplir los dos o solo uno de ellos para habilitar la medida disciplinaria del despido; además, no se cuenta ni precisa con un plazo considerado adecuado para evaluar la posibilidad contractual y legal de corrección de la deficiencia en el desempeño del servidor denunciada por el empleador; salvo, claro está, que se trate de una situación extrema de incumplimiento que haría innecesaria la posibilidad de disponer medidas correctivas de la capacidad del trabajador por parte de la empleadora”.

7. Finalmente, la Corte Suprema indica que para que el despido sea justificado se debió sustentar adecuadamente la imputación con pruebas, de modo que no basta solamente indicar los porcentajes de cumplimiento:

“Noveno: Asimismo, se deberá tomar en cuenta que para la existencia de un despido justificado, se debió adjuntar con los medios de pruebas idóneos y claros para la imputación de los cargos, no generando duda e indefensión a la parte demandante, solo precisando y señalando porcentajes sin determinar con objetividad la forma y los lazos de su cálculo”.

En atención al fallo de la Corte Suprema, la Corte de segunda instancia emitió nuevo pronunciamiento el 29 de junio de 2020, en el cual se confirma la sentencia de primera instancia con base en los siguientes argumentos:

1. Una de las primeras anotaciones corresponde a la meta que debía cumplir la trabajadora para acreditar la capacidad, toda vez que,

como se analizó, las metas de prima variaban mensualmente, en ese sentido, durante el mes de mayo de 2016, la Sra. Sánchez Cruz cursaba su décimo noveno mes de servicios, por tanto, le correspondía la meta del mes 19. Sin embargo, cuando se notifica el preaviso el 23 de mayo de 2016, se le indica a la trabajadora que su plazo para lograr acreditar su capacidad era hasta el 30 de junio de 2016, sin embargo, la meta era del mes 19, es decir, del mes de mayo.

Esta incongruencia entre meta y mes de servicios generó que la Corte considere que solamente se evaluó el mes de mayo (mes 19), y no el mes de junio, ya que este último era el mes 20, y tenía otra meta. Por tanto, se concluyó que al evaluarse el mes 19, y este mes ser mayo, pues desde la notificación hasta el final del mes solo hubo ocho días naturales, cuestión que transgrede el plazo legal. Veamos la sentencia:

“15. De lo actuado en el procedimiento sancionador, se tiene que mediante las dos cartas de preaviso de despido, notificadas a la demandante con fecha 23.05.2016 (fs. 18 y 19), mediante las que se le imputa haber incurrido en rendimiento deficiente en el mes de abril de 2016 (mes 18), se indica también que se le otorga plazo hasta el 30.06.2016 para que demuestre su capacidad o corrija la deficiencia imputada; sin embargo, de la carta de despido de fecha 04.07.2016 y notificada a la demandante el 05.07.2016 (fs. 20), se aprecia que la evaluación de la capacidad de la demandante se ha efectuado sobre la base de variable prima de USD 44 650, que corresponde al mínimo requerido respecto al mes 19 –mes siguiente al imputado a la carta de preaviso–, según tabla 8 del Manual de Incentivos de la Fuerza de Ventas vigente desde diciembre de 2015 (fs. 90), evidenciándose así que en los hechos a la demandante no se le otorgó plazo hasta el 30.06.2016 para demostrar su capacidad y eficiencia, como se indicó en las cartas de preaviso de despido, pues solo se evaluó su rendimiento hasta el mes de mayo de 2016 (mes 19); siendo así, se le otorgó únicamente 8 días naturales para que demuestre su capacidad (del 23.05.2016 al 31.05.2016); lo cual transgrede el procedimiento formal establecido en el artículo 31 al que se ha

hecho referencia en el fundamento supra, en cuanto establece que el empleador no podrá despedir por causa relacionada con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle un plazo no menor a 30 días naturales, configurándose así el ánimo perverso de la demandada de despedir a la demandante, de forma contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales”.

2. Por otro lado, la Corte hace referencia a que la fuente normativa que regula la evaluación de rendimiento es el Manual, el mismo que determina lo que se entiende por rendimiento deficiente:

“16. De otro lado, entrando al análisis de la existencia de los hechos imputados que configuran la causa justa de despido invocada, se tiene que la demandada sostiene que el rendimiento deficiente de la demandante como causal de despido, se configura con el incumplimiento de los parámetros de productividad establecidos en el Manual de Incentivos de la Fuerza de Ventas vigente a la fecha en que la demandante ingresó a laborar a la compañía, y posteriores modificaciones del mismo”.

“19. [...] el Manual de Incentivos de la Fuerza de Ventas de fecha diciembre de 2015; [...], el cual establece dentro de las causales de despido, las faltas relacionadas con la capacidad de los asesores de seguros (ver numeral 1.2), que corresponde al cargo desempeñado por la demandante, en el que se indica: ‘Una de las faltas relacionadas con la capacidad, que prevé la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, es el rendimiento deficiente. A continuación detallaremos los mínimos de productividad y persistencia que debe cumplir el Asesor de Seguros, para no incurrir en una causa justa de despido. [...]’, para luego desarrollar tres ítems, que resumidamente son:

- a) *No cumplimiento de Niveles Mínimos de Producción para Asesores de Seguros desde la promoción Noviembre de 2012.*
 - i) *Primeros 24 meses del Asesor: Durante los primeros 24 meses del Asesor en la Agencia (contados a partir de la fecha de ingreso a planilla), el asesor deberá cumplir con las condiciones mínimas de prima anualizada total acumulada de*

solicitudes o pólizas de Vida y AP, cantidad mínima de AP's, según el mes de permanencia en la empresa [...].

- ii) *Del 25to mes en adelante del Asesor: De acuerdo al artículo 23, b de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Dec. Leg. N° 728 - DS 003-97-TR), son causas justas de despido: Que el Asesor no tenga una productividad promedio mensual de 2 o más pólizas por cada línea de negocio (Vida y AP). La evaluación se realizará mensualmente, considerando la producción de los últimos 3 meses.*
 - b) *No cumplimiento de Niveles Mínimos de Producción para todos los Asesores de Seguros: De acuerdo al artículo 23, b de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Dec. Leg. N° 728 - DS 003-97-TR), es causa justa de despido: Que el Asesor no tenga una productividad promedio mensual de 2 o más pólizas por cada línea de negocio (Vida y AP), o un acumulado anual de 24 pólizas por cada línea de negocio (Vida y AP). Ambas evaluaciones se realizarán semestralmente, considerando la producción emitida de los últimos 12 meses, período en el cual están consideradas las vacaciones anuales.*
 - c) *No cumplimiento de Niveles Mínimos de Persistencia para Asesores de Seguros: De acuerdo al artículo 23, b de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (TUO del Dec. Leg. N° 728 - DS 003-97-TR), son causas justas de despido para aquellos Asesores del 6to mes en adelante: Que el Asesor no cuente con una persistencia de Vida y AP mayor o igual a la mínima aceptable indicada en la tabla, según la cantidad de meses que el Asesor se encuentre laborando en la compañía [...].*
3. De acuerdo con el manual, para que se configure el rendimiento deficiente se deben incumplir conjuntamente los dos rubros evaluados, es decir, productividad y persistencia:

“20. De lo anterior, se evidencia que la demandada en la cláusula novena del contrato de trabajo por tiempo indeterminado celebrado con la demandante, ha establecido qué configura un ‘rendimiento deficiente’, a ser invocada como causal justa de despido, indicando que será

*aquel que se encuentre por debajo de los mínimos de productividad y persistencia que debe cumplir el trabajador y que están detallados en el Manual de Incentivos de la Fuerza de Ventas; siendo así, **para considerarse un rendimiento deficiente del asesor de seguros, que es el cargo desempeñado por la demandante, debe verificarse que haya incumplido los niveles mínimos de ambas variables (producción y persistencia) que se detallan en el Manual ya indicado***”.

4. Un aspecto importante y que se ha repetido en el resto de sentencias emitidas con motivo del presente caso es que se cambió el esquema de imputación, al menos de manera literal, toda vez que la meta de prima se establecía bajo el supuesto de un acumulado de prima anualizada considerando el Impuesto General a las Ventas o IGV, sin embargo, los resultados reales de la Sra. Sánchez Cruz fueron calculados sin ese factor del IGV, lo cual implicaba una reducción en el valor de su primaje acumulado. Esta inexactitud o incongruencia entre meta y resultado fue observada por la Corte, veamos el texto:

*“21. En dicho contexto, respecto a la variable producción o también señalada como variable prima, con la carta de preaviso de folios 19, se imputa a la actora que en el mes 18, el que atendiendo a su fecha de ingreso corresponde a abril de 2016 y así ha sido indicado por ambas partes en audiencia de juzgamiento, no alcanzó el mínimo requerido de USD 42 300, alcanzando únicamente una prima anual de USD 42 215; asimismo, en la carta de despido (fs. 20) **se le indica que ha incurrido en rendimiento deficiente por cuanto había alcanzado una prima anualizada sin IGV de USD 44 134, siendo el mínimo requerido de prima de USD 44 650; sin embargo, la demandada no ha reparado que el Manual de Incentivos de la Fuerza de Ventas vigente a partir de diciembre de 2015, no prevé el rendimiento deficiente sobre la base de evaluación del factor ‘Prima Anualizada sin IGV acumulada’ sino sobre el factor ‘Prima Anualizada con IGV acumulada’**; siendo así, se verifica que en los hechos la demandada no ha acreditado que la demandante haya obtenido una producción menor al mínimo requerido conforme a los parámetros por*

ella establecidos; consecuentemente, la falta imputada como tal no ha existido, lo cual determina que se haya incurrido en un despido fraudulento. A manera de ilustración, se plasma parte pertinente de la tabla de producción correspondiente (ver literal a) del fundamento 19, supra):

<i>Evaluación por</i>	<i>Mes</i>	<i>Cantidad de AP's Acumuladas</i>	<i>Prima Total Anualizada con IGV Acumulada</i>
<i>Pólizas</i>	<i>Mes 18</i>	45	USD 42 300
<i>Pólizas</i>	<i>Mes 19</i>	47	USD 44 650

[...].”

5. La Corte se fijó en los plazos que Pacífico se tomaba para realizar los cálculos de los resultados de los trabajadores, determinando que la demora mínima era de once días luego de finalizado el mes evaluado. Sin embargo, la carta de despido se notificó solamente cinco días después de terminado el periodo evaluado, por lo cual, se indicó que esta discordancia en los plazos aporta mayores indicios que el mes que se evaluó para efectos del despido fue el mes de mayo, y no el mes de junio, por lo cual no se habría cumplido con otorgar el plazo legal de treinta días naturales:

“22. En lo concerniente a la variable persistencia, según carta de pre-aviso de despido de folios 18, notificada con fecha 23.05.2016, la demandante al cierre del mes de abril (mes 18) no habría alcanzado los niveles mínimos de persistencia requerido (70 %), tanto en pólizas de vida (VI) como en pólizas de accidentes personales (AP), y se le indica que de conformidad con lo establecido en el artículo 31 del D.S. N° 003-97-TR, le otorgan plazo hasta el 30.06.2016 para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia, esto es, más de 30 días naturales para llegar a los niveles requeridos; empero, se verifica que en los hechos ello no fue así, por cuanto la carta de despido se le notifica el 05.07.2016 y en ella se verifica que la evaluación de la variable producción (prima) se efectúa sobre los parámetros del mes de mayo de 2016 (mes 19), lo que nos lleva a colegir que la evaluación de la variable persistencia también se efectuó sobre lo alcanzado por la demandante en el mes de mayo; lo que guarda consonancia

además con el proceder de la demandada respecto al momento en que efectúa los cálculos del rendimiento de sus asesores, pues en la carta de preaviso de despido se indicó que su persistencia de marzo fue calculada el 11.04.2016 y el de abril, el 13.05.2016; consecuentemente, al 05.07.2016 en que le fue notificado su despido, aún no se efectuaba el cálculo de la persistencia del mes de junio; todo lo cual nos permite concluir que existió un ánimo perverso de la demandada de desvincular a la demandante pues le recortó la oportunidad de enmendar su conducta, y en el proceso no ha podido acreditar que la demandante al 30.06.2016 no alcanzó el mínimo requerido de persistencia; siendo así, la falta imputada resulta inexistente y por ende, no existe causa justa de despido, lo cual determina que se haya producido un despido fraudulento”.

Sobre este último pronunciamiento se ha interpuesto nuevo recurso de casación el mismo que está pendiente de resolución por la Corte Suprema.

3. Análisis jurídico

En atención a lo descrito, procederemos a analizar distintos puntos de este caso, en ese sentido, dividiremos el análisis en dos partes:

Respecto de los antecedentes del caso:

Con relación a los antecedentes del caso, esta evaluación tiene aspectos positivos y negativos que son de importancia analizar a efectos de generar conclusiones que ayuden a entender la figura del despido por rendimiento deficiente. Cabe mencionar que, en esta parte, analizaremos aquellos aspectos que la judicatura no analizó de manera expresa, por ello es posible que aún no se haga referencia a ciertos aspectos, ya que ello se abordará en la sección de análisis del criterio judicial.

En primer lugar, respecto de los aspectos positivos, podemos indicar que la Compañía cumplió con el principio de tipicidad al documentar de modo escrito la evaluación de rendimiento en el texto denominado “Manual de Incentivos de la Fuerza de Ventas”, y notificarlo adecuadamente a la trabajadora tal como consta en el contrato de trabajo. De modo que, en general, Pacífico cumplió con el aspecto más básico de este principio que consiste en documentar y notificar la evaluación de rendimiento.

Sobre el particular, el referido Manual no solo contenía las reglas que normaban la evaluación de rendimiento para efectos de la aplicación de la causal de despido por rendimiento deficiente (artículo 23, literal b. de la LPCL), sino que también contenía otras consecuencias jurídicas diferentes como, por ejemplo, aspectos remunerativos o de línea de carrera. Esto es importante porque evidencia el respeto del principio de buena fe en la evaluación, ya que, independientemente de la razonabilidad o no de algunas disposiciones, es posible afirmar que la evaluación no fue concebida como una herramienta creada única y exclusivamente para despedir personal, por tanto, no se trata de una evaluación con fines, a priori, perjudiciales.

Por otro lado, un aspecto interesante es la fijación de diferentes periodos de evaluación, como lo hemos abordado en el capítulo tercero, la extensión de los periodos de evaluación está vinculada al principio de inmediatez, el mismo que hemos definido, en síntesis, como la razonabilidad del tiempo. En este caso, se han establecido tres periodos distintos: mensual, trimestral y semestral que analizaremos a continuación:

- Respecto del periodo mensual, consideramos que cumple con el plazo mínimo de evaluación de treinta días naturales que la ley ha establecido. Cabe mencionar que, además de cumplir con lo mínimo legal, es importante indicar que la razonabilidad también está vinculada con el tipo de producto, es decir, si los productos que el vendedor debe vender se pueden, efectivamente, vender en un mes, o si requieren un plazo mayor. En este caso, de los hechos expuestos, se puede observar que, durante diecisiete meses, la Sra. Sánchez Cruz pudo cumplir con la meta mensual, por tanto, el periodo y los productos encajan dentro de lo que se puede considerar legal y razonable.
- Sobre el periodo trimestral, en la medida que prevé un periodo mayor al de treinta días naturales, pues cumple con lo legal y razonable. Un aspecto importante de este periodo es que se aplica cuando el trabajador supera los dos primeros años de servicios y, además, establece una meta más flexible. En otras palabras, durante los dos primeros años, la Compañía realizaba un seguimiento más cercano del rendimiento del trabajador, estableciendo metas más detalladas y valores precisos, luego de ello, se puede entender que el trabajador cuenta con las cualidades necesarias para continuar en

el puesto, y se flexibilizaba el seguimiento y las metas. Así, luego de 60 seguros de Accidentes Personales y USD 56 400 de prima con IGV, el trabajador pasaba a una evaluación menos minuciosa.

- En relación a la evaluación semestral, esta se realizaba de manera simultánea a las mensuales y trimestrales, esta evaluación medía el rendimiento en un periodo de tiempo más extenso, lo cual ciertamente es legal y razonable. Lo relevante de la extensión de esta evaluación es que abre la posibilidad de una evaluación discontinua, como hemos señalado al momento de abordar el principio de inmediatez en el capítulo sobre principios, el rendimiento deficiente no solo implica resultados negativos en periodos continuos, sino también cuando se evidencia una habitualidad en los resultados bajos, y esto se aprecia mejor en periodos de evaluación más extensos.

Por otra parte, las metas son un tema de análisis interesante ya que su composición es muy compleja y tiene varios puntos de análisis vinculados al principio de razonabilidad. En primer lugar, tenemos la separación de metas en dos grandes rubros, por un lado, productividad y, por el otro, persistencia.

- Con relación a la productividad, tenemos dos sub rubros, primas y pólizas. Al respecto, consideramos que el empleador tiene la libertad de elegir los rubros sobre los cuales puede evaluar para efectos del despido por rendimiento deficiente, siempre y cuando, estos rubros arrojen resultados objetivos y medibles que, como se ha mencionado, deberían ser numéricos o cuantitativos. En ese sentido, tanto el sub rubro primaje como el de pólizas cumplen con emitir resultados numéricos exactos, lo cual es positivo.

Sin embargo, es de resaltar que la Compañía nunca sustentó la razón o los motivos que valoraron para establecer las metas, ya que justamente la fijación de una meta no debería ser arbitraria, sino sustentarse en cuestiones de negocio a fin de que se traten de parámetros alcanzables por el trabajador promedio. De lo contrario, si se tratase de una meta excesiva, se podría señalar un indicio de que se trata de una evaluación con fines encubiertos que buscaría que el trabajador formalmente no llegue cumplir con los estándares requeridos e incurrir en un rendimiento deficiente ficticio.

Independientemente de la falta de sustentación de las metas, las que presumiremos eran razonables (toda vez que la trabajadora cumplió al menos diecisiete meses con lo requerido), la composición era particular. Como hemos visto, sobre la meta que se medía mensualmente durante los dos primeros años, esta se medía por acumulados. Es decir, se iba evaluando el íntegro lo que el trabajador iba vendiendo durante toda su permanencia, así, no se trataba de una evaluación cancelatoria que cada mes reiniciaba, sino que primero se debía alcanzar una meta, para luego alcanzar la siguiente. Esto continuaba hasta que el trabajador, al término del mes veinticuatro, acumulaba 60 pólizas de accidentes personales, y USD 56 400 de prima. Entendemos que, para la Compañía, un trabajador promedio debería aportar dicho rendimiento al cabo de dos años.

Sobre lo mencionado, es preciso preguntarse, ¿era razonable establecer una meta acumulada? Consideramos que no existe ningún impedimento legal de establecer una meta de ese tipo y con dicha metodología, el único límite sería el motivo que el empleador tiene para considerar que los referidos montos son los indicadores de producción regulares que aporta un trabajador promedio, es decir, debería haber un estudio que sustente que el asesor promedio aporta dicha cantidad al cabo de dos años, de lo contrario, se afectará el principio de razonabilidad.

Sin embargo, con relación a los periodos de evaluación trimestrales y semestrales en los cuales se establecían metas cancelatorias, es decir, que cada periodo reiniciaba. De igual modo, la razonabilidad está en el sustento, el mismo que debería estar enlazado con las características particulares del negocio.

Cabe mencionar que es completamente adecuado que el empleador establezca maneras distintas de evaluar a diferentes grupos de trabajadores, siempre y cuando el criterio de distinción sea objetivo, el mismo que en este caso es la antigüedad. En ese sentido, la antigüedad es un criterio válido para establecer evaluaciones diferentes, como hemos visto, en un comienzo el trabajador tiene una evaluación más detallada y minuciosa, una vez que supera los dos primeros años, y el empleador entiende que se trata de un trabajador con las

aptitudes necesarias para el puesto, y le da una mayor flexibilidad en su evaluación con la confianza de que se trata de alguien productivo y suficientemente capaz. Esto no transgrede el principio de igualdad.

- Por otra parte, con relación al segundo rubro de evaluación denominado persistencia, se cuenta con poca información, básicamente, se trata de un rubro que consiste en el periodo de tiempo que un cliente permanece en la Compañía, por tanto, se medían periodos pasados. En este punto, hay aspectos que es preciso cuestionar, por ejemplo, ¿cuánto era el tiempo que debía permanecer el cliente? ¿A qué periodo pertenece la medición que se imputa en un determinado momento? ¿Qué actividades o labores del trabajador eran medidas con este rubro?

Sobre la primera pregunta, de los datos revisados en las sentencias, no se conoce con exactitud cuánto tiempo era el que debía permanecer un cliente, sin embargo, debería estar delimitado y precisado en el Manual que regula la evaluación, y además debería acotarse a un periodo de tiempo razonable, que evidentemente debería estar relacionado con el tipo de producto y el negocio (por ejemplo, luego de tres cuotas, el producto vendido empieza a generar ganancias para la empresa, por tanto, lo mínimo que debe quedarse un cliente son tres meses).

Respecto a la segunda pregunta, si se trata de periodos pasados, pues si se tratase de tres meses de permanencia, recién en abril se tendrían los resultados de los productos vendidos en enero. Esto es importante porque se vincula directamente con la siguiente pregunta: ¿qué labores del trabajador eran evaluadas con este rubro? En este punto, la trabajadora ha indicado que no se le podría alegar incumplimiento de este rubro ya que la decisión de mantener activo el seguro depende del cliente, no de la trabajadora.

Sobre este aspecto, consideramos que la labor medida consiste en una función de retención del cliente, es decir, aparentemente, el asesor de seguros tenía entre sus funciones vender seguros, pero además de vender, tenía la función de realizar seguimiento a los clientes a los cuales vendió el seguro y generar una retención del cliente, algo similar a una función de fidelización.

En ese sentido, cabe la pregunta: ¿es razonable medir al trabajador por una variable que mida la retención del cliente? Si bien la trabajadora indica que este rubro no depende de ella, ya que es el cliente quien finalmente decide si mantiene el seguro o no, consideramos que ello no es del todo correcto. Si aplicamos esta misma lógica a la función de venta, es el cliente quien finalmente decide si compra o no. Así, bajo la postura de la trabajadora, ya que es el cliente quien decide, tampoco podría evaluársele por venta. Esto evidentemente no es coherente.

Luego de lo mencionado, ¿cuál es la función del trabajador? Pues, fundamentalmente, convencer al cliente de que compre y de que mantenga, y razonablemente, creemos que son funciones por completo medibles. En otras palabras, la retención no es muy diferente de la venta, ya que la venta es la colocación del producto, y la retención sería que la venta se mantenga a través de seguir convenciendo al cliente de seguir “comprando” ese mismo producto colocado cada vez que paga su mensualidad mes a mes. En ese sentido, la persistencia es un rubro razonable y que arroja resultados objetivos, incluso, la meta considera porcentajes relativos de cumplimiento (75 %, 70 % y 65 %) y ajustados a la producción del trabajador, tomando en cuenta que es poco probable que el 100 % de las ventas colocadas se mantengan en el tiempo, ya que debe existir un margen de posibilidad que el cliente se arrepienta del producto que compró y, sin oportunidad a convencerlo, anule el producto indefectiblemente.

En virtud de lo señalado, pues lo importante en este rubro es que los periodos evaluados estén plenamente delimitados, en ese sentido, se pueda reconocer con exactitud a qué periodo pertenecen los resultados tomados para esta variable. Por ejemplo, si se trata de un 70 % de los seguros vendidos en el mes de enero, si dicho mes se vendieron diez pólizas, pues, en abril se debería indicar que, luego de la evaluación de retención de los seguros vendidos, del total obtenido en enero, logró retener por el tiempo mínimo un total de siete pólizas, por tanto, alcanza la meta fijada.

Hasta el momento, se ha determinado que el rubro persistencia es un criterio razonable y válido, sin embargo, la determinación de los porcentajes también debe tener un sustento basado en el rendimiento promedio

de un vendedor en condiciones similares. Esto nos permite introducirnos al último tema de análisis de este acápite: los criterios individual y colectivo de la evaluación.

- Con relación al criterio individual, hemos notado que la Compañía aplica el método cuantitativo por fijación de meta u objetivos, como hemos visto, si bien se tratan de metas variadas y complejas, efectivamente, se cumple con el requisito de que se trate de una evaluación que arroje resultados objetivos. Por tanto, este aspecto de la evaluación cumple con los parámetros vigentes tanto en el rubro productividad como persistencia.
- Sin embargo, respecto del criterio general o colectivo, existen algunas deficiencias. Así, por ejemplo, respecto del rubro productividad, tanto en el sub rubro prima como pólizas en los diferentes periodos evaluados (mensual, trimestral y semestral), únicamente se establecen metas. En ningún punto se menciona que, adicionalmente a la meta, se calculaba el rendimiento promedio de los asesores en condiciones similares, sobre lo cual se pueden esbozar dos teorías.

Por un lado, es posible que la meta de medición individual haya sido resultado de un cálculo vinculado al estándar de rendimiento de un asesor como producto de la aplicación de método normas de trabajo. En otras palabras, en base a información del negocio, el empleador pudo haber determinado que el rendimiento regular de un asesor productivo es de USD 2300 de primaje mensual y entre 2 y 3 pólizas de accidentes personales por mes. Así, dicho estándar producto de un cálculo colectivo pudo haberlo aplicado como meta individual, de modo que, tanto la medición individual como colectiva coinciden con la misma meta.

Esta opción no solo es posible, sino completamente razonable, ya que lo que se le exige de manera individual al trabajador no es otra cosa que lo que cualquier trabajador regular aporta, lo que responde a la aplicación de la metodología colectiva de evaluación denominada normas de trabajo. Sin embargo, esta coincidencia de metas debería estar suficientemente detallada en la norma interna

que regula la evaluación, de lo contrario, podría presumirse que no existe una medición colectiva.

Por otro lado, también es posible que la empresa no haya realizado medición colectiva respecto del rubro productividad únicamente enfocándose en el criterio individual verificando si cumplió o no cumplió la meta. En cuyo caso, se estaría incumpliendo con los criterios legales, ya que sobre cualquiera que fueren los rubros evaluados debe haber tanto una evaluación individual como colectiva.

Ahora bien, respecto del rubro persistencia, además de la meta individual (75 %, 70 %, y 65 %), existía un cálculo mensual de la persistencia promedio de los asesores que tenían la misma antigüedad, este cálculo en el caso de la Sra. Sánchez Cruz se denominó “persistencia promedio de los asesores de seguros entre 13 y 24”.

De lo que se ha podido observar en los datos de las sentencias, es que el promedio se determinaba sobre la base de los asesores contemporáneos. Si bien, no existe una referencia al método empleado para realizar el cálculo (cuestión que fue observada por la judicatura), entendemos que la Compañía generaba un promedio variable mensual de rendimiento. Independientemente de los aspectos de fondo o los trabajadores que se tomaron para este cálculo, desde un punto de vista formal, la determinación mensual del promedio es correcta e, incluso, se sincera mejor el rendimiento del colectivo, el mismo que puede sufrir variaciones mensuales debido a aspectos exógenos coyunturales. En ese sentido, consideramos que la metodología de evaluación es adecuada.

En virtud de lo mencionado, en el rubro persistencia había la evaluación individual expresa consistente en las metas y objetivos, y la evaluación colectiva expresa consistente en el promedio mensual de trabajadores contemporáneos. Estos dos baremos servían para cotejar los resultados personales de la Sra. Sánchez Cruz. Así, desde una perspectiva formal, respecto del rubro persistencia, se cumplía de manera expresa con la evaluación cuantitativa individual y colectiva, cuestión que no era así de clara respecto del rubro productividad, por lo cual, se podría decir que la evaluación no fue completamente adecuada al no precisar dichos aspectos relevantes.

Luego de revisados algunos aspectos de la evaluación de rendimiento, procederemos abordar el razonamiento judicial sobre el caso.

Criterio jurisprudencial

En este acápite analizaremos los pronunciamientos de cada una de las instancias que resolvieron este caso, en ese sentido, iremos abordando determinados tópicos señalando la opinión de cada instancia.

■ Enfoque de la judicatura

En primer lugar, respecto al enfoque de aproximación del despido por rendimiento deficiente, en este caso se ha podido observar que, en primera instancia, el juzgado no trata el despido como una falta grave, que sería un supuesto de despido por conducta, sino como un supuesto de despido por capacidad. Lo mismo ocurre en la segunda instancia, en la cual se extiende la explicación de la diferencia entre la causal de despido por conducta y por capacidad indicando que nuestra legislación laboral ha agrupado las causas justas de despido en las referidas dos categorías.

De este modo, la Corte Superior profundiza en la precisión del despido por motivos del rendimiento, en ese sentido, se realizan dos acotaciones importantes, en primer lugar, indica que el despido por rendimiento implica una incapacidad permanente o continuada para el puesto y, en segundo lugar, determina que esta causal no es aplicable a supuestos de falta de adaptación por falta de capacitación o incorporación de nuevas tecnologías, *“por ejemplo, no podría despedir al trabajador cuyo rendimiento es deficiente si es que aquel no lo ha capacitado adecuadamente para operar con nueva tecnología”*.

A pesar de que la primera y segunda instancia coincidieron en la manera de abordar el análisis de la causal contenida en el artículo 23, literal b, de la LPCL, en casación, la Corte Suprema indica que dicho supuesto es de índole conductual. Así, la Corte señaló que el despido debía fundamentarse en sustentos objetivos, claros y precisos *“[...] más aún, si se trata de una disconformidad con la faceta conductual del trabajador; es decir, con el área de su desempeño en los quehaceres y capacidad de las funciones que desempeña”*. Como se puede observar, la Corte Suprema incurre en una incongruencia sobre este aspecto ya

que, por un lado, indica que dicha causal de despido supone una disconformidad conductual que impacta en la capacidad del trabajador para el cumplimiento de sus funciones.

Como se indicó anteriormente, la Corte Suprema resuelve revocar la sentencia de segunda instancia y ordena que se emita nuevo pronunciamiento. Así, en la nueva sentencia, si bien no se abordó esta diferenciación, claramente, la Corte Superior realizó su análisis enfocándolo como un supuesto de capacidad sin confundirlo con una falta grave, a pesar de que en algún punto se hizo referencia al procedimiento sancionador, aunque lo que se observa es que en realidad se refiere a procedimiento de despido.

A partir de lo revisado en este caso, para las diferentes instancias de la judicatura aún no es totalmente clara la diferenciación entre el despido por rendimiento deficiente (capacidad) y la disminución deliberada y reiterada del rendimiento (falta grave). En ese sentido, se pueden presentar algunas confusiones por parte de los jueces al momento de analizar el despido por rendimiento deficiente, por lo cual, eventualmente, se pueden generar interpretaciones equivocadas de las normas laborales.

- Metodología de evaluación

Sobre el particular, a pesar de que la evaluación de rendimiento y, por ende, las metodologías que la componen tienen un rol fundamental para la configuración de la causal de rendimiento deficiente, ninguna instancia realizó un análisis adecuado de este extremo, limitándose a realizar algunas observaciones minúsculas y equivocadas que solo reflejan que la judicatura aún no entiende a cabalidad la dimensión de esta causal de despido.

Así, entre las someras manifestaciones de la jurisprudencia, se puede mencionar que el juzgado de primera instancia analiza los rubros de la evaluación y señala que, en el rubro persistencia, la Compañía establece una meta individual determinada (70 %) que servía para verificar el cumplimiento mínimo exigible a cada trabajador. Sin embargo, en la sección denominada “rendimiento promedio”, el juzgado realiza dos observaciones.

Primero, se indica que para la medición del rendimiento promedio no se establecía un mínimo o meta. Al respecto, consideramos que no tiene sentido establecer un mínimo al promedio, ya que este es el resultado de lo obtenido fácticamente por los compañeros (no se trata de una evaluación grupal), de modo que no corresponde establecer un mínimo para medir dicho promedio grupal, sino que el promedio grupal es justamente el baremo para medir el rendimiento de la trabajadora.

En ese sentido, el promedio como tal es la medida respecto de la cual se compara el rendimiento de la trabajadora, de modo igual que como sucede con la meta individual. Es así que consideramos que esta observación del juzgado es completamente errónea y evidencia que no se comprendió de manera adecuada la forma en la que se realizan o deberían realizar las evaluaciones para efectos de la aplicación de la causal de despido materia de estudio.

Segundo, el juzgado indicó que, en la carta de preaviso, no se detalló la forma en la que se calculó el promedio del rendimiento colectivo. Esta, a pesar de ser una observación simple, finalmente, es una observación válida, puesto que sí es importante a efectos de acreditar la objetividad e imparcialidad que exista certeza sobre los resultados tomados en cuenta para el cálculo y, además, deben quedar claras las reglas para determinar el promedio (por ejemplo, inicio y fin de periodos, pesos, resultados que se contabilizan, resultados que no entran al cómputo, etc.).

Como se puede observar, las diferentes instancias de la judicatura no realizan un análisis satisfactorio de las metodologías de evaluación, a pesar de su trascendencia en la configuración del rendimiento deficiente. Esta ausencia de pronunciamiento sobre la legalidad de los métodos de evaluación genera una seria deficiencia en los criterios jurisdiccionales expuestos en cada sentencia.

Como lo hemos analizado en el acápite anterior, las metodologías contaban con serias deficiencias que, evidentemente, transgredían el artículo 23, literal b), toda vez que no se cumplía con realizar la evaluación individual y colectiva en cada uno de los rubros evaluados. Sin embargo, ninguna instancia se percató de dichos aspectos.

En atención a lo mencionado, bastaba que alguna de las instancias observara que no se había cumplido con evaluar cada rubro de evaluación respetando las comparaciones individual y colectiva para que el despido fuera declarado inválido. Sin embargo, esto no ocurrió; por el contrario, el único rubro que cumplía con evaluar de manera individual y colectiva fue observado como irregular. Esto evidencia que la judicatura aún no ha logrado entender los aspectos más fundamentales que componen la causal de despido por rendimiento deficiente.

- Principio de tipicidad

Con relación a este principio, si bien ya se ha adelantado en el acápite anterior, es importante resaltar el criterio del juzgado de primera instancia en la notificación de la evaluación: (i) Es posible dejar constancia de la notificación de la evaluación de rendimiento mediante el contrato de trabajo, a pesar de que no esté físicamente adjunto, y (ii) El juzgado puede validar que el trabajador evaluado conoce los lineamientos de evaluación mediante su propio testimonio.

Sobre el particular, de manera acertada, el juzgado privilegió el conocimiento efectivo por parte de la trabajadora de las condiciones de la evaluación, más allá de que exista un cargo firmado o una formalidad escrita. Esta es una posición correcta del juzgado ya que, por el principio de inmediación y en atención a la búsqueda de la verdad material, el juez está en la capacidad de conocer el caso no solo por los medios probatorios documentales, sino que puede extraer conclusiones válidas a partir de las declaraciones y conductas de las partes.

Por otro lado, si bien en el primer pronunciamiento de la Corte Superior no se mencionan aspectos vinculados al principio de tipicidad, en casación, la Corte Suprema señaló que la evaluación de rendimiento carecía de definiciones necesarias para el adecuado conocimiento del trabajador de las condiciones bajo las cuales estaría siendo evaluado. La Corte Suprema señaló que el Manual no definía los conceptos, ni el modo de cálculo de los resultados, el periodo temporal al cual pertenecían los resultados que se tomaban para medir el rendimiento, entre otros aspectos importantes. Es por

ello, que se concluye que, en efecto, la trabajadora no tenía una real certeza del modo en el cual se le estaba evaluando.

Sobre la observación de la Corte Suprema, coincidimos en que la evaluación de rendimiento debe prever o abarcar la mayor cantidad de aspectos del curso regular de la medición y proporcionar a los trabajadores toda la información necesaria para que estos puedan conocer la manera en la que se evalúa su desempeño. Así, cuestiones como la precisión del periodo temporal de los resultados, un glosario de términos o la manera de cálculo son aspectos que razonablemente la Compañía debió comunicar. Si en caso el empleador omite algún dato, dicha omisión no debe afectar los aspectos principales que fundamentan la evaluación, y además debe haber un sustento, por ejemplo, secretos comerciales sobre la evaluación u otros similares.

En la misma línea, además de la ausencia de algunas definiciones relevantes, la Corte Suprema también indicó que parte de las reglas de la evaluación no eran del todo claras, por ejemplo, si bien existían dos grandes rubros de evaluación (productividad y persistencia), en el Manual no se había precisado si para incurrir en un rendimiento deficiente se debían incumplir con los dos rubros conjuntamente, o si bastaba con que se incumpla un rubro para gatillar el despido.

Este no es un dato menor, toda vez que en los hechos se notificaron dos cartas de preaviso, una por incumplir el rubro productividad, y otra por incumplir el rubro persistencia. Sin embargo, a pesar de que supuestamente se incumplieron ambos rubros solo se notificó una carta de despido. No obstante, cabe preguntarse, ¿qué hubiera pasado si la Sra. Sánchez Cruz cumplía con un rubro y con el otro no? ¿Procedía de todos modos el despido o no? ¿Se trataba de un solo procedimiento de despido o de dos procedimientos en simultáneo?

En atención a lo mencionado, en su segundo pronunciamiento, la Corte Superior, a pesar de no mencionar de manera expresa, realiza precisiones importantes sobre la incidencia del principio de tipicidad en el devenir de la evaluación de rendimiento.

De esta manera, la Corte valida la naturaleza y carácter normativo del documento que regula la evaluación de rendimiento (Manual)

reconociendo tácitamente que dicho documento es una manifestación de la facultad normativa propia del poder de dirección. Así, se indica que en el Manual se define el supuesto en el cual el trabajador incurriría en un rendimiento deficiente, indicando que esto se configura cuando se incumplen los parámetros de productividad establecidos en el referido Manual, que como se ha explicado, son los rubros productividad y persistencia.

Sobre el particular, es relevante advertir que, con esta postura, la Corte Superior señala que “rendimiento deficiente”, básicamente, significa que el trabajador no cumple con los parámetros o metas establecidas, en otras palabras, “rendimiento deficiente” es que el rendimiento no alcanza los estándares razonablemente esperados de aporte productivo del trabajador. Esta es una opinión válida y con la cual concordamos, toda vez que “rendimiento deficiente” no equivale necesariamente a disminución de rendimiento, tal como lo hemos explicado en capítulos previos, sino que el déficit de rendimiento se genera en el momento en el que el trabajador aporta menos de lo que razonablemente debería aportar según estándares previamente establecidos.

Ello, definitivamente, abre la posibilidad a que en la política que documenta la evaluación el empleador pueda dar mayores precisiones sobre lo que significa rendimiento deficiente según un criterio razonable en atención a las necesidades de cada negocio, por ejemplo, número de evaluaciones negativas en un determinado periodo de tiempo, entre otros aspectos.

Por otro lado, si bien la Corte Suprema indicó que no había certeza sobre si era necesario incumplir con los dos rubros evaluados o solo bastaba con incumplir uno de ellos, en el nuevo pronunciamiento de la Corte Superior se analizó con mayor detalle este extremo y se determinó que, sin perjuicio que el Manual, en efecto, no precisaba si debían incumplirse ambos rubros, en el contrato de trabajo sí se preveía tal aspecto: “[...] en la cláusula novena del contrato de trabajo [...] ha establecido qué configura un ‘rendimiento deficiente’, a ser invocada como causal justa de despido, indicando que será aquel que se encuentre por debajo de los mínimos de productividad y persistencia que debe cumplir el trabajador y que están detallados en el Manual de Incentivos de la Fuerza de Ventas; [...]”. Por tanto, bajo dicho supuesto, bastaba que se supere

cualquiera de los dos rubros (productividad o persistencia) para que el trabajador no pudiera ser despedido.

En atención a lo revisado, si bien las menciones vinculadas al principio de tipicidad que realizaron las distintas instancias de la judicatura han sido tangenciales, no es menor el valor de dichos criterios toda vez que clarifican de cierto modo la aplicación de la causal de despido. En ese sentido, en resumen, se puede indicar que no basta con documentar la evaluación, sino que en dicho documento se debe describir a detalle todos los extremos de la evaluación siendo relevante que el texto cuente con definiciones (por ejemplo, glosario), las metas y objetivos, criterios de evaluación, porcentajes de cumplimiento, fórmulas de cálculo de los resultados, etc. Finalmente, sería importante que además respecto de cada aspecto se esboce una breve explicación de en qué consiste y su finalidad.

- Principio de igualdad

Sobre este principio, la única instancia que realiza una importante observación y precisión es el juzgado de primera instancia, el mismo que determinó que el concepto de “condiciones similares” tiene una complejidad considerable ya que busca que los trabajadores evaluados se encuentren fácticamente en la posición o situación de cumplir las metas de manera homogénea.

Como hemos indicado en el capítulo anterior, el concepto de “condiciones similares” está vinculado al principio de igualdad, específicamente, a la igualdad de oportunidades, que implica garantizar no solo la igualdad de los individuos más allá de la mera formalidad, sino propiciar una igualdad real. En ese sentido, acertadamente, el juzgado señala que, para la determinación de condiciones similares, no basta que los trabajadores comparados compartan meros atributos formales como, por ejemplo, el mismo puesto (asesor de seguros), la misma área (agencia descentralizada 2) e, incluso, la misma ubicación geográfica (oficina y/o instalaciones), sino que también es fundamental analizar el potencial de venta que tiene la región en la que se ubica la sede (realidad del lugar), potencial de penetración en el mercado (frecuencia de adquisición de productos), perfil del cliente y/o cartera de clientes (tipo de clientes que contratan los productos).

Este análisis del juzgado coincide con lo abordado en los capítulos anteriores, y efectivamente, estamos de acuerdo con lo indicado: *“podríamos asumir que todos los trabajadores que integran la agencia descentralizada 2 realizan la misma función pero no se explicó ni demostró en la audiencia de juzgamiento que ellos se encuentran en las mismas condiciones, para lo cual se considera necesario analizar la realidad del lugar donde se asienta el puesto de trabajo, la frecuencia en la adquisición y persistencia de las pólizas contratadas, el tipo de empresas que contratan un seguro, entre otros, que permitirían afirmar si en efecto todos los trabajadores se encuentran en las mismas condiciones, que no debe entenderse únicamente como instalaciones (edificaciones) proporcionadas al asesor de seguro para cumplir con su función, aspecto que no ha sido desarrollado por la demandada, teniendo en cuenta que corresponde a ella demostrar la existencia de la causa justificada del despido”*.

Si bien coincidimos plenamente con la posición del juzgado, es importante precisar que la similitud de condiciones implica una razonable homogeneidad, de ningún modo, puede hablarse de una igualdad fáctica estricta, toda vez que ello es materialmente imposible. En ese sentido, tanto el empleador como los jueces deben tener en cuenta este aspecto, ya que de lo contrario la aplicación de la causal sería imposible.

Finalmente, si bien se enumeran, al menos, siete aspectos que el empleador debe observar para la determinación de igualdad de condiciones (puesto, área, sede (ubicación), potencial de venta, frecuencia de compra, perfil de cliente, y cartera de clientes), estos aspectos no son los únicos, ya que, dependiendo del tipo de negocio o características del puesto, las cuestiones a analizar pueden variar (ser más o ser menos).

- Principio de razonabilidad

Con relación a este principio, la razonabilidad se manifiesta en distintas partes de la evaluación como, por ejemplo, la capacitación adecuada, las magnitudes de las metas, entre otros aspectos importantes que influyen en los resultados de cada uno de los trabajadores evaluados.

En atención a lo mencionado, un extremo de particular relevancia es la capacitación. Al respecto, si bien la judicatura no profundiza

en este aspecto, la Corte Superior realiza una breve acotación indicando que la causal de rendimiento deficiente en relación con la capacidad no es aplicable a supuestos de falta de adaptación por falta de capacitación o incorporación de nuevas tecnologías. Además de ello, se indica que no procede un despido por rendimiento deficiente si el trabajador no ha sido capacitado adecuadamente para la posición.

Esta postura de la Corte es acertada, toda vez que, como lo hemos indicado en el capítulo anterior, de ningún modo resulta razonable evaluar a un trabajador sin antes haberle brindado una adecuada capacitación y acompañamiento a fin de que pueda superar el déficit que podría estar atravesando. En ese sentido, es importante que los empleadores implementen, como parte de la misma evaluación, un programa de capacitación o acompañamiento del trabajador.

Por otro lado, otro aspecto en el cual se puede manifestar el principio de razonabilidad es en la magnitud de las metas; sobre el particular, en el capítulo tercero se ha indicado que las metas debían tener un sustento, en otras palabras, la cuantía de la meta debía tener un respaldo en los resultados del negocio, de modo que, un trabajador promedio pueda alcanzar satisfactoriamente dichos requerimientos.

En este caso, contrariamente a lo señalado en este estudio (como en el caso Paredes Tiza vs. BCP), la judicatura no profundizó en el análisis del sustento de la meta, por ejemplo, el juzgado de primera instancia se limitó a indicar que debido a que la Sra. Sánchez Cruz no cuestionó la meta al momento en que se le notificó, pues se entiende que dicha meta fue aceptada por la trabajadora y, por tanto, sería razonable. Esta postura, en cierto modo, fue compartida por la Corte Superior, toda vez que, en su primer pronunciamiento, indicó que los porcentajes exigidos no fueron negados por la trabajadora.

Sobre el particular, consideramos que ello no es correcto, el hecho de que la trabajadora no haya impugnado tales extremos no implica que tales metas eran razonables. Sobre el particular, la judicatura probablemente indica que, toda vez que los parámetros no han sido objeto de demanda, por tanto, no se emite pronunciamiento al

respecto. Sin embargo, de ningún modo la falta de oposición significa que la meta establecida es adecuada.

Como podemos observar, en el presente caso, la judicatura no ha analizado con profundidad ni detalle algunos aspectos de la evaluación en los cuales se debió observar una adecuada razonabilidad. Sin embargo, lo más importante que se puede colegir es la necesidad de una adecuada capacitación previa a la aplicación de la causal de despido por rendimiento deficiente.

■ Principio de inmediatez

Sobre este principio, se puede aseverar que, probablemente, el análisis realizado por la judicatura es, en definitiva, el aporte más significativo a efectos de la adecuada aplicación de la causal de despido materia de estudio.

Al respecto, se puede observar que el juzgado de primera instancia identifica un vacío legal sobre la aplicación de esta causal, en ese sentido, se plantea la situación del número de evaluaciones necesarias para que se configure un supuesto de rendimiento deficiente. Como se puede observar en la norma, el artículo 23, literal b, de la LPCL no establece de manera expresa la necesidad de reiterancia, para que se configure el rendimiento deficiente. Esto, contrariamente a lo que sucede con la causal de despido por disminución deliberada de rendimiento regulada en el artículo 25, literal b, de la LPCL, en el cual se indica de manera expresa que dicho déficit de rendimiento debe ser reiterado.

Esta situación que el juzgado explica es vital ya que, precisamente, la necesidad o no de reiterancia es una interrogante que podría surgir al momento de elaborar una evaluación de rendimiento. Justamente, en este caso, toda vez que la norma no establece de manera expresa la necesidad de reiteración, la Compañía imputó preaviso de despido luego de verificar que la trabajadora había incumplido sus metas por primera vez.

Desde una interpretación literal, puesto que no existe exigencia expresa de la norma, no existiría impedimento para imputar pre aviso de despido al primer incumplimiento de metas. Sin embargo, el

juzgado se adhiere a una posición doctrinaria llenando dicho vacío legal, así, se manifiesta que legalmente no se precisa el número de evaluaciones necesarias para determinar la existencia de un rendimiento deficiente ni tampoco se indica si debe haber reiterancia: *“dicho dispositivo legal (artículo 23, literal b. de la LPCL) no ha establecido qué debemos entender por rendimiento deficiente, cómo y en qué momento podríamos establecer su existencia, si es por una o varias evaluaciones (en uno o dos meses), si debe existir o no actos reiterados (y en qué número), además tampoco se señaló cuáles serían las condiciones similares a tener en cuenta y de qué tipo, y si estas tienen que ver con el tiempo de servicio al interior de la empresa [...]”*.

Al respecto, para dar respuesta a estos vacíos, el juzgado recurre a la doctrina de Carlos Blancas y reconoce, en primer lugar, que el rendimiento es dinámico, en segundo lugar, un resultado negativo pasajero o circunstancial no puede considerarse rendimiento deficiente, en tercer lugar, el rendimiento deficiente para ser tal debe repetirse y devenir en “constante”, “continuado” o “habitual”, en cuarto lugar, para que se extinga la relación laboral, el rendimiento deficiente debe ser permanente. De modo que el tiempo es un factor esencial para determinar la existencia del “rendimiento deficiente”.

En atención a ello, el juzgado determinó que no se puede imputar rendimiento deficiente al primer resultado negativo que obtenga el trabajador, ya que esto no constituye una situación constante, por tanto, no se trataría de rendimiento deficiente. Así, el juez de primera instancia relaciona íntimamente el bajo rendimiento con el tiempo en que se extiende tal situación. Es decir, un resultado negativo ocasional o intermitente no sería un supuesto de rendimiento deficiente que gatille el despido por capacidad.

Incluso, luego del análisis, el juzgado enumera sus conclusiones específicas sobre la incidencia del tiempo en la configuración de la causal, y se indica lo siguiente:

- El rendimiento deficiente no debe medirse únicamente por la existencia de una baja en los resultados de un solo mes, más aún si se trata de la primera vez.
- Debe existir un acto reiterado o continuado de bajo rendimiento para ser considerado rendimiento deficiente.

- Tratándose de la primera oportunidad en la que no se alcanzó las metas requeridas, la decisión de despedir resulta ser excesiva y desproporcionada, pues el trabajador debería tener la oportunidad legal de revertir el estado de las cosas que ponen en riesgo su capacidad en el trabajo, donde razonablemente se puede aplicar una medida menos rigurosa.

A partir de lo reseñado, en términos prácticos, se puede concluir que no se debería imputar un preaviso de despido al primer incumplimiento de metas y, por el contrario, se debería aplicar una medida distinta, por ejemplo, una carta de exhortación a la mejora, y como lo hemos mencionado, la primera medida ante el déficit de rendimiento debe ser la capacitación, no la desvinculación.

En esta misma línea, la Corte Superior manifiesta una posición similar al indicar que el rendimiento deficiente supone la existencia de una incapacidad permanente, habitual, y continuada. Así, nuevamente se puede observar que el tiempo cumple un rol fundamental en la determinación de si el trabajador ha incurrido (o no) en un supuesto de rendimiento deficiente, ya que, como señala la Corte, se debe tratar de una situación que se extienda de manera regular en el tiempo, incluso indicando que se debería tratar de una cuestión permanente.

En atención a lo mencionado, con relación a este principio, se puede observar el importante aporte de la judicatura resolviendo, en cierto modo, el vacío legal existente. Desde nuestra perspectiva, coincidimos con lo indicado por el juzgado, toda vez que a pesar de que no existe impedimento expreso de imputar preaviso de despido al primer resultado negativo, lo cierto es que ello es un vacío peligroso, toda vez que podría ser utilizado de manera abusiva.

Finalmente, considerando que la finalidad de la evaluación debe ser buscar potenciar el rendimiento de sus trabajadores, tomar como primera opción el inicio formal del procedimiento de despido va en contra de la referida finalidad, ya que la evaluación de rendimiento pasa de ser una herramienta para potenciar rendimiento a ser una herramienta de purga de trabajadores. Además, evidentemente, haciendo referencia a la razonabilidad del tiempo, pues de ningún modo, resulta razonable que una baja atípica en el rendimiento

pueda generar consecuencias tan graves como la extinción del vínculo laboral.

En resumen, a partir de lo explicado, se concluye que para la configuración de la causal de rendimiento deficiente contenida en el artículo 23, literal b, de la LPCL, además de una evaluación individual y colectiva en condiciones similares, se requiere que el déficit de rendimiento será reiterativo, de ningún modo, podría iniciarse un procedimiento de despido por capacidad al primer resultado negativo.

■ Procedimiento de despido

Sobre este aspecto, la judicatura identificó algunos defectos que fueron trascendentales para determinar la validez del despido. A continuación, abordaremos con detalle cada punto relevante:

i. *Incumplimiento del plazo para acreditar la capacidad*

Como hemos mencionado, el procedimiento legal correspondiente para el despido por capacidad por rendimiento deficiente prevé que el empleador, luego de la notificación del preaviso de despido, le otorgue como mínimo treinta días naturales al trabajador para que acredite su capacidad y supere sus deficiencias. Sin embargo, en este caso, aparentemente, no se habría cumplido con esta exigencia legal por razones vinculadas a la meta aplicada.

Según se ha abordado, la evaluación de rendimiento contaba con dos grandes rubros, por un lado, la productividad, y, por otro lado, la persistencia. Ambos rubros tenían una estructura de metas de cumplimiento diferentes y que variaban periódicamente. Hasta este punto, no existe mayor problema, sin embargo, en los hechos del presente caso, aparentemente, en el rubro productividad, el empleador aplicó metas incorrectas.

Sobre el particular, como se ha abordado anteriormente, en el rubro productividad, la meta de venta acumulada variaba de manera mensual, por tanto, cada mes había una renovación de meta. Cabe señalar que, las metas de cada mes ya se tenían predeterminadas desde el inicio de la relación laboral, en otras palabras, en el primer mes de labores, el trabajador recibía el

documento con la evaluación de rendimiento conteniendo todas las metas que debía cumplir en los próximos años.

En virtud de lo mencionado, el juzgado de primera instancia observó que la meta que debía cumplir la Sra. Sánchez Cruz para acreditar su capacidad no correspondía al mes evaluado. Según se colige de la sentencia de primera instancia, la carta de preaviso se notifica el 23 de mayo de 2016 y se señala que la trabajadora tiene hasta el 30 de junio de 2016 para cumplir con las metas correspondientes y acreditar su capacidad.

Aparentemente, el periodo otorgado por Pacífico era mayor a los treinta días naturales que la ley establece ya que eran los ocho de mayo más los treinta días de junio, es decir, un total de treinta y ocho días naturales. Sin embargo, si bien parece que ello es correcto e, incluso, mejora el plazo legal, hay un detalle que la judicatura no soslayó: se le comunico a la Sra. Sánchez Cruz que la meta que debía cumplir era la del mes diecinueve.

Cuando el juzgado realiza la verificación del tiempo laborado por la Sra. Sánchez Cruz, se puede observar que el mes de mayo de 2016 era el mes número diecinueve de record laboral, y el mes de junio era el mes veinte. No obstante ello, a partir de la lectura de las sentencias, aparentemente, las cartas de preaviso nunca precisaron que la meta era parcialmente del mes 19 y del mes 20, por lo cual, al haberse aplicado únicamente la meta del mes 19, la judicatura entendió que solamente se evaluó el mes 19, es decir, el mes de mayo de 2016. En ese sentido, puesto que el preaviso se notificó el 23 de mayo y solamente se habría evaluado el mes de mayo, los jueces entendieron que únicamente se otorgó un plazo de ocho días, incumpliendo con el plazo legal, lo cual afecta el debido procedimiento.

La primera instancia es clara sobre el referido punto: “[...] debemos concluir lo siguiente: 1. Si bien la carta de imputación fue entregada a la demandante el 23 de mayo de 2016, se le otorgó el plazo hasta el 30 de junio de 2016 para que demuestre o corrija su deficiencia; 2. De la carta de despido [...] se indicó que no alcanzó los niveles mínimos requeridos de persistencia [...], y que alcanzó una prima anualizada total sin IGV de USD 44 134 siendo el mínimo

requerido de prima de USD 44 650 [...], dicha cantidad es requerida para los trabajadores con 19 meses de labor, es decir, la evaluación como tal no se hizo al cierre del mes de junio sino al mes de mayo pues el número 19 representa a dicho mes, [...]. 3. Las cartas de imputaciones hacen referencia que se le otorga a la demandante el plazo hasta el 30 de junio de 2016 para que demuestre o corrija su deficiencia, sin embargo, solo se le evaluó hasta el cierre del mes de mayo (19), es decir, desde la entrega de las cartas (23 de mayo) al cierre de la evaluación que decidió su retiro existieron únicamente 7 días [...].

Este análisis detallado realizado por el juzgado de primera instancia no fue replicado en la primera sentencia emitida por la segunda instancia (aunque en el segundo pronunciamiento se analiza con profundidad el tema), la cual no realizó observación y validó el plazo: “la actora no ha superado la cantidad requerida como variable de prima; otorgándole plazo para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia; situación que conforme lo señala la empresa, no ha cumplido [...]”.

Por su parte, en casación, la Corte Suprema indicó que, en la evaluación de rendimiento, entre otros aspectos, no se precisa un plazo adecuado para evaluar la posibilidad legal de corrección de la deficiencia en el desempeño de la trabajadora. Si bien no es una referencia exacta, sí se trata de un cuestionamiento a los plazos, lo cual antecede el nuevo pronunciamiento de segunda instancia.

Como lo adelantamos, en segunda ocasión, la Corte Superior emite nueva sentencia en la cual se analiza la incongruencia entre meta y plazo. Así, se observó lo mismo que había revisado el juzgado de primera instancia señalando que durante el mes de mayo de 2016, la Sra. Sánchez Cruz cursaba su décimo noveno mes de servicios, por tanto, según la evaluación de rendimiento, le correspondía la meta del mes 19. Sin embargo, en el preaviso de fecha 23 de mayo de 2016, se le indica a la trabajadora que su plazo para lograr acreditar su capacidad era hasta el 30 de junio de 2016, empero, la meta era del mes 19, es decir, del mes de mayo.

En estricto, la Corte indica que en la carta de despido notificada el 5 de julio de 2016, se aprecia que la evaluación se efectuó sobre el rubro productividad correspondiente a la meta requerida al mes 19, evidenciándose que a la trabajadora no se le otorgó plazo hasta el 30 de junio de 2016 para demostrar su capacidad y eficiencia, como se indicó en las cartas de preaviso de despido, pues solo se evaluó su rendimiento hasta el mes de mayo de 2016 (mes 19); siendo así, se le otorgó únicamente ocho días naturales para que demuestre su capacidad (del 23 de mayo de 2016 al 31 de mayo de 2016); lo cual transgrede el procedimiento formal que establece que el empleador no podrá despedir por causa relacionada con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle un plazo no menor a 30 días naturales, por lo cual se configura el ánimo perverso de despedir, de forma contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales.

En síntesis, a finales del décimo noveno mes (mayo de 2016) se notificó preaviso que pedía cumplir con la meta del mes 19 (mayo de 2016) para acreditar la capacidad. Esta incongruencia entre meta y mes de servicios generó que la Corte considere que –al igual que en la primera instancia– solamente se evaluó el mes de mayo (mes 19), y no el mes de junio, ya que este último era el mes 20, y tenía otra meta. Por tanto, se concluyó que al evaluarse el mes 19, y al ser este mes mayo, pues desde la notificación hasta el final del mes solo hubo ocho días naturales, cuestión que transgrede el plazo legal.

Asimismo, se observó en el contenido de la carta de despido que las metas que sirvieron de cotejo eran las correspondientes al mes 19, lo cual fortalecía la postura de la judicatura de considerar que la evaluación no abarcó los meses de mayo y junio, sino únicamente el mes de mayo, el mismo que ya estaba finalizando.

Al respecto, la Corte reforzó su posición tomando como referencia las fechas de corte en las cuales se obtuvo los resultados de las evaluaciones de meses anteriores, así observó que los

resultados de la evaluación del mes de marzo de 2015 se obtuvieron el 11 de abril de 2015, y de modo similar, los resultados del mes de abril se conocieron el 13 de mayo de 2015. En base a esto, la Corte concluyó que, una vez finalizado el mes evaluado, la empresa se demoraba aproximadamente once días para procesar los datos y conocer los resultados de los trabajadores.

En virtud de dicha premisa, se cotejó tal referencia con la fecha de notificación de la carta de despido, la misma que se notificó solamente cinco días después de terminado el supuesto periodo evaluado; por lo cual, la segunda instancia concluyó que, toda vez que la empresa suele demorar al menos once días en obtener los resultados del mes inmediatamente anterior, pues, no tenía sentido que en solo cinco días haya obtenido los resultados en el caso de la Sra. Sánchez Cruz, por tanto, dichos resultados no pertenecían al mes de junio, sino al mes de mayo, confirmándose que no se otorgaron los treinta días naturales que la norma obliga.

En atención a lo expuesto, consideramos que, efectivamente, existen defectos en la gestión real de la evaluación por parte de la empresa. En ese sentido, en definitiva, si el plazo que formalmente se otorgó abarcaba mayo y junio de 2015, lo que debió realizarse fue una calibración de la meta, por ejemplo, se debió aplicar la totalidad de la meta de junio más una cuarta parte de la meta de mayo. Este ajuste debió manifestarse de manera expresa en el preaviso, toda vez que, de lo contrario, se podría entender —como, de hecho, lo hizo la judicatura— que la única meta evaluada fue la de mayo de 2015, cuando posiblemente no fue así. Sin embargo, ello es un error que cometió la empresa y que afecta todo el procedimiento legal de despido.

Sobre el particular, lo más adecuado debería ser fijar de manera precisa el inicio y final del periodo otorgado, por ejemplo, si se notifica el preaviso el 23 de mayo de 2015, se debió indicar que el plazo era de 30 días naturales e iniciaba el 1 de junio de 2015 y culminaba el 30 de junio de 2015. Con ello, queda claro que no solo se cumple con el plazo legal, sino que la meta aplicable es la del vigésimo mes, y debería utilizarse tal meta para

realizar los cotejos respectivos. Esta alternativa no solo brinda un mayor orden, sino que garantiza la previsibilidad y seguridad suficientes que un procedimiento tan importante como el procedimiento de despido debe tener.

Adicionalmente a lo mencionado, delimitar de manera precisa el periodo, permite que también se puedan prever remedios ante eventuales contingencias, por ejemplo, es posible que en el transcurrir del plazo, el trabajador presente algún tipo de absentismo justificado pero imprevisto como es el caso de un descanso médico. Ante ello, se puede establecer que, de ocurrir lo expresado, el plazo se extenderá al siguiente mes con la meta que corresponda, de modo que se cumpla con los treinta días que la ley exige.

Por otro lado, es relevante analizar el argumento que esboza la Corte sobre las fechas en las cuales se obtienen los resultados. Si bien algún sentido podría hallarse por la similitud de plazos, lo cierto es que la velocidad con la que se procesan los resultados en el interior de una empresa es variada, y puede tener diferentes factores que impacten en ello. Por ejemplo, es posible que los resultados se puedan haber obtenido más rápido porque en dicho mes hubo menos trabajadores evaluados, o porque se implementó un sistema que optimizaba los tiempos, o porque simplemente se priorizaron los casos que tenían pre-aviso sobre el resto de casos.

En ese sentido, la conjetura que realiza la Corte sobre el hecho de que unos resultados “prematurados” evidencian un ánimo malicioso es completamente ilógico y sesgado, incluso transgrede la presunción de buena fe. En ese sentido, consideramos que este no es un fundamento válido por parte de la segunda instancia.

En síntesis, la judicatura concluyó que la Compañía no cumplió con el procedimiento legal de despido al no otorgar el plazo de treinta días naturales para la corrección de la deficiencia y acreditación de la capacidad. El motivo por el que se fundamenta la posición jurisdiccional consiste en que la Sra. Sánchez Cruz fue evaluada con una meta incorrecta, cuestión con la

cual coincidimos, ya que esta evaluación no fue correcta debido a un craso error de la Compañía.

ii. *Defectos en la información que sustentó el despido*

Otro aspecto relevante sobre el procedimiento de despido radica en los datos utilizados para aplicar la extinción de la relación laboral. Como se indicó, uno de los rubros evaluados era la variable prima, la misma que se medía por acumulados de venta a la que se le sumaba el impuesto general a las ventas (IGV). Tanto en el Manual como en el preaviso se indicó que la meta incluía el IGV, sin embargo, en la carta de despido se alteró este criterio, ya que el monto no incluyó el IGV, cuestión que no estaba contemplada en ningún documento.

Este detalle relevante fue observado por el juzgado de primera instancia, el mismo que concluyó que “[...] conforme es de verse de la carta de despido de folios 20 se le indicó: ‘... Asimismo, usted ha alcanzado una Prima anualizada total sin IGV de USD 44 143 siendo el mínimo requerido de prima de USD 44 650 para asesores de su mismo nivel...’ (lo resaltado es nuestro), es decir, se cambió el factor prima total anualizada con IGV por prima anualizada total sin IGV, que se entiende cambia el esquema de la imputación y del despido”.

Sobre este punto, la Corte Superior coincidió con el juzgado, indicando que la Sra. Sánchez Cruz cumplió efectivamente con el rubro prima, toda vez que la meta de prima fijada en la carta de pre aviso de despido ascendía a un total acumulado de USD 44 650, los mismos que incluyen IGV. Ante esto, a la fecha de notificación del despido, la Sra. Sánchez Cruz obtuvo un total de prima acumulada sin IGV de USD 44 134, si a dicha cifra se le agrega el 18 % correspondiente de IGV se obtiene un total de USD 52 078.12, suma que supera la meta requerida y que evidencia la corrección de la deficiencia.

En casación, la Corte Suprema, además de confirmar lo señalado por las instancias anteriores, manifestó que esta alteración en la meta (el IGV) afectaba directamente las reglas preestablecidas para la evaluación y, por ende, para la acreditación de la capacidad. Así se indica que la imputación fue realizada considerando una meta de prima anualizada con IGV en

concordancia con el manual de evaluación, sin embargo, en el despido se cambia el esquema de imputación y se mide con una meta de prima anualizada sin IGV, por lo cual la Corte concluye que, debido a esto, no se puede tener certeza de que el procedimiento se haya llevado de manera objetiva.

Finalmente, en el segundo pronunciamiento de segunda instancia, se repite lo señalado en las sentencias anteriores reiterando que en la carta de despido se alteró el esquema de imputación, puesto que la meta de prima se establecía bajo el supuesto de un acumulado de prima anualizada considerando el IGV, sin embargo, los resultados reales de la Sra. Sánchez Cruz fueron calculados sin ese factor del IGV, lo cual implicaba una reducción en el valor de su primaje acumulado.

Para la Corte Superior, la modificación de la meta trae como consecuencia que el rendimiento deficiente imputado no se haya acreditado, por tanto, sería inexistente. Esto se concluye bajo el entendido que, en vista que la evaluación debía realizarse sobre la base de una meta con IGV, realizar el cotejo con un resultado sin IGV, supone que no se logre acreditar que la trabajadora haya obtenido, en efecto, una producción menor a la requerida según los parámetros establecidos; por tanto, la falta imputada como tal no existió, lo cual determina que se haya incurrido en un despido fraudulento.

Como podemos observar, este punto es, probablemente, el único en el cual los cuatro pronunciamientos han coincidido de manera plena. Al respecto, es evidente el craso error en el que incurre la empresa al momento de procesar los resultados que sustentarían el despido ya que primero imputa una meta, y luego evalúa con otra meta, cuestión que afecta la cuantía de los resultados, generando una seria distorsión en el sustento y motivación del despido.

Este defecto en la motivación, si bien parece ser de índole operativo, posiblemente un error involuntario en el procesamiento de datos (por ejemplo, lapsus calami, lapsus clavis, o un acto fallido), definitivamente, implica una grave afectación al debido procedimiento, puesto que, como señala la judicatura, la

causal de despido debe estar plenamente acreditada de manera objetiva, lo cual no ocurrió sobre este caso, ya que la decisión de despedir se sustentó en información inexacta, lo cual desvirtúa completamente el cese unilateral.

Sobre el particular, es importante que al momento de aplicar esta causal de despido se cuide con meticulosidad el procesamiento de resultados, toda vez que errores tan simples como no agregar el IGV o incluso fallar en la redacción de la meta pueden gatillar situaciones que afecten la validez del despido.

En la misma línea de los defectos en la información, la Corte Suprema también observó otro aspecto de la evaluación de la Sra. Sánchez Cruz, específicamente, se indicó que parte de la información que sustentó el despido estaba incompleta. Lo que señala la Corte es que para efecto de la evaluación del rubro persistencia no se ha precisado cuál era el universo de trabajadores o compañeros con los cuales se comparó a la Sra. Sánchez Cruz.

Asimismo, tampoco se había precisado a qué periodos pertenecían los resultados que se emplearon para la evaluación: *“se alude genéricamente, que la demandante no cumpliría con la persistencia promedio de los asesores de seguros, sin que se determine la forma de cálculo cuantitativo y temporal y quiénes son los servidores que se ha tomado como referencia para llegar a ese factor denominado persistencia promedio, el grupo de servidores que formaría el promedio comparativo para llegar a ese estándar de desempeño del trabajador. [...]”*.

Si bien no hemos tenido acceso al texto de las cartas de preaviso y de despido, sin embargo, por lo señalado por las sentencias, en ningún momento se mencionó a cuáles meses pertenecían los resultados con los que se evaluaba la persistencia. Debemos recordar que este rubro consideraba resultados en base a la permanencia de un producto pasado, sobre el particular, efectivamente, coincidimos que, con mayor razón, en este rubro se debió ser sumamente preciso ya que así se garantiza una determinada seguridad jurídica sobre la correcta aplicación de las reglas de la evaluación.

Por otra parte, sobre la precisión de las pruebas e información que sustentan el despido, la Corte Suprema manifestó que no basta indicar los porcentajes de cumplimiento, sino que se debe anexar las pruebas, de lo contrario se afecta el derecho de defensa del trabajador al dejarlo en estado de indefensión: *“se debió adjuntar con los medios de pruebas idóneos y claros para la imputación de los cargos, no generando duda e indefensión a la parte demandante, solo precisando y señalando porcentajes sin determinar con objetividad la forma y los lazos de su cálculo”*.

Consideramos que lo que busca la Corte Suprema con esta posición es garantizar la efectiva acreditación de la deficiencia en el rendimiento. Sobre el particular, si bien la Corte no indica exactamente a qué se refiere con pruebas o cuál sería el medio probatorio idóneo, pues, lo razonable sería que se adjunte, por ejemplo, el informe de actuaciones inspectivas, en caso se haya solicitado la intervención del Ministerio de Trabajo. Otro ejemplo, podría ser un informe del sistema que coteje la venta ingresada con los parámetros de medición, o incluso el informe de un tercero (por ejemplo, empresa auditora o perito). Lo importante en este punto será que la imputación se acompañe con un respaldo probatorio objetivo y certero. En ese sentido, no basta que el empleador indique que en un determinado mes no se cumplió con la meta, sino que es necesario acreditar con suficiencia los indicadores del trabajador.

En resumen, se ha podido observar una serie de deficiencias en la información que sustentó el despido, lo que revela que, para la aplicación de esta casual, se requiere una considerable rigurosidad y precisión. Así, tomando como referencia este caso, es importante poner atención en la información de la meta, de los periodos, y los anexos de las cartas formales del procedimiento de despido (preaviso y despido).

iii. Intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo

Con relación a este punto, se ha decidido desarrollar el tópico dentro de las cuestiones procedimentales por su relación con

la actividad probatoria necesaria para la aplicación de la causal de despido materia de estudio. Es indiscutible que la función probatoria que cumpliría un informe de la autoridad administrativa de trabajo tiene una vinculación directa con el debido procedimiento y el derecho de defensa.

En ese sentido, sobre este asunto, el juzgado de primera instancia señala que la intervención de la autoridad administrativa de trabajo no es necesaria, cuestión que consideramos correcta: *“Para la verificación del rendimiento deficiente a que se contrae el inciso b) del Artículo 56 de la Ley, el empleador podrá solicitar el concurso de los servicios de la Autoridad Administrativa de Trabajo, así como del Sector al que pertenezca la empresa, otorgando una facultad al empleador, dependiendo de las labores cumplidas, y que no necesariamente obliga a la intervención de la Autoridad Administrativa de Trabajo”*.

Esta posición fue confirmada por la Corte de segunda instancia que nuevamente indica que la participación de la autoridad administrativa de trabajo no es obligatoria, y que la posibilidad de intervención se debe a que, sobre todo, se trata de una causal cuya probanza es complicada: *“En la medida que la prueba del rendimiento deficiente es complicada la norma ha establecido que el empleador, con el objeto de acreditar la incapacidad defectuosa, podrá pedir el auxilio del Ministerio de Trabajo y del sector al cual pertenezca la empresa, lo que coadyuvaría su intención de evidenciar el rendimiento deficiente”*.

Si bien sobre este caso se llegó a casación, la Corte Suprema no se pronunció sobre el carácter de la intervención de la autoridad administrativa de trabajo. Asimismo, la nueva sentencia que emitió la Corte Superior a consecuencia de la revocación declarada en casación tampoco abordó este tema.

En atención a lo mencionado, las instancias que analizaron el carácter de la participación del ministerio de trabajo señalaron con claridad que dicha participación no es obligatoria, sino completamente opcional. En ese sentido, la posibilidad de intervención de dicha autoridad funciona más como una herramienta para el empleador para generar un elemento de prueba

que ayude a sustentar el despido, con lo cual, si el empleador está en las posibilidades de probar el bajo rendimiento de manera independiente, pues no es necesario recurrir al ministerio.

En base a ello, de ningún modo la validez del despido no puede estar coadyuvada a la presencia del ministerio, si bien en este caso, la judicatura ha tomado una posición correcta, lamentablemente, en otros casos no se ha visto tal claridad.

■ *Despido fraudulento*

En atención a los fundamentos revisados, el juzgado de primera instancia declaró fundada la demanda de la Sra. Sánchez Cruz y, por tanto, concluyó que la Compañía incurrió en un supuesto de despido fraudulento.

El principal motivo por el cual el juzgado consideró que se trataba de un despido fraudulento fue porque, debido a los defectos de la evaluación de rendimiento, como, por ejemplo, que no hubo reiterancia, pues, en realidad, no se configuró adecuadamente un supuesto de rendimiento deficiente. Por ende, se decidió despedir a la Sra. Sánchez Cruz en virtud a un hecho que no habría existido (hecho inexistente), cuestión que se subsume en el supuesto del despido fraudulento.

Posteriormente, en su primer pronunciamiento, la Corte Superior revierte el pronunciamiento del juzgado, y declara infundada la demanda. La Corte indica que el despido fue justificado, toda vez que, en el procedimiento de despido no se habría consignado información incorrecta o inexacta, ya que la Sra. Sánchez Cruz no se habría opuesto en ningún momento a la información contenida en las cartas de preaviso o de despido.

“[...] la demandante no ha negado al momento de que se le corrió traslado de la carta de pre aviso, ni en las audiencias realizadas en el proceso, que los porcentajes que allí se indican en relación al mínimo de persistencia sean incorrectos; y menos que luego de habersele solicitado que corrija su deficiencia, no haya cumplido con tal requerimiento lo que conlleva inferir que su rendimiento deficiente fue continuado; por lo que, el proceder relacionado con

la capacidad de la extrabajadora se configura dentro de la norma imputada, la misma que también en el Manual de Incentivos ya citado, se le considera como falta grave que es causal justa de despido; por tanto, no se trata de hechos inexistentes, imaginarios o falsos, como alega la parte actora para sustentar su despido fraudulento, sino de hechos que evidencian actos concretos; [...]”.

En síntesis, lo que la Corte indica es que la Sra. Sánchez Cruz no habría negado que en realidad sí obtuvo los resultados que se consignaron en cada una de las cartas, por tal motivo, no sería una invención que la trabajadora no alcanzó las metas requeridas. En base a ello, no es posible afirmar que hubo información falsa o hechos inexistentes.

Como se puede observar, en este primer pronunciamiento, la Corte se limita a verificar que lo obtenido por la trabajadora fue efectivamente consignado en las cartas, sin analizar si se trataba de una evaluación de rendimiento razonable o que respetaba los criterios jurídicos correctos. En ese sentido, no existió ningún tipo de rigurosidad jurídica en el análisis de la Corte.

Como se ha abordado, la Corte Suprema anuló el referido pronunciamiento basándose en defectos procesales. Así, la Corte Superior tuvo que emitir un nuevo pronunciamiento en el cual se confirma la posición del juzgado respecto de que se trata de un despido y, además de ello, se indica que, debido a que no se acreditó que, en efecto, la Sra. Sánchez Cruz fue evaluada en un plazo de treinta días, sino de solamente ocho, pues no se configuró un supuesto de rendimiento deficiente y, por tanto, no solo se observan hechos inexistentes, sino también un ánimo perverso:

“[...] nos permite concluir que existió un ánimo perverso de la demandada de desvincular a la demandante pues le recortó la oportunidad de enmendar su conducta, y en el proceso no ha podido acreditar que la demandante al 30.06.2016 no alcanzó el mínimo requerido de persistencia; siendo así, la falta imputada resulta inexistente y por ende, no existe causa justa de despido, lo cual determina que se haya producido un despido fraudulento”.

Sobre el particular, en efecto, uno de los supuestos de despido fraudulento es cuando se imputan hechos notoriamente inexistentes, en este caso, este despido encajaría en tal supuesto en la medida que se imputó rendimiento deficiente cuando no se habría configurado como tal. Sin embargo, la Corte Superior indica que, además habría habido un ánimo perverso, toda vez que se recortó el plazo legal para acreditar la capacidad. De ser así, toda vez que recortar el plazo supone una afectación al procedimiento legal de despido, esto encajaría más como un despido incausado. Independientemente de la tipología exacta, el procedimiento de despido implementado por Pacífico tuvo serias deficiencias que, a las finales, gatillaron que el despido devenga en arbitrario.

4. Conclusiones

A partir de lo revisado en el presente caso, es posible aseverar que la idea de que la evaluación de rendimiento debe constar por escrito y debe ser informada es una idea que está ampliamente asimilada. Si bien se han visto casos en los cuales este elemento básico no se ha observado, parece que la mayoría de los empleadores tienen por descontado ello. Si bien es cierto que aún estas políticas internas acaecen de defectos o inexactitudes (ausencias de definiciones, criterios y otros), son detalles que, eventualmente, podrían ser inofensivos e incluso podrían no invalidar la evaluación según el caso.

Un aspecto importante que se ha podido observar en este caso es que la evaluación de rendimiento contaba con múltiples consecuencias jurídicas diferentes, no solo un eventual despido por capacidad, sino también, aspectos remunerativos o de línea de carrera. Esta característica no solo revela que, en efecto, una evaluación de rendimiento tiene múltiples funciones, sino que evidencia buena fe por parte del empleador. Ya que es posible afirmar que la evaluación no sería una herramienta creada única y exclusivamente para despedir personal.

En consonancia con la multiplicidad de consecuencias y funciones de la evaluación de rendimiento, se genera la necesidad de diseñar esquemas de evaluación de una alta complejidad, como en este caso, lo cual se puede observar en la variedad de periodos y extensiones de tiempo en los cuales se aprecia el rendimiento (que abren, justamente, la posibilidad

de diferentes habitualidades, e incluso evaluaciones simultaneas, etc.), y también en la diversidad de metas y criterios de evaluación que, a su vez, generarían la necesidad de programas de capacitación o acompañamiento distintos. Evidentemente, esta labor de evaluación acarrea un esfuerzo y logística considerable, pero necesaria para mantener altos estándares de productividad en el personal.

Sobre el particular, con relación al diseño de la evaluación, existen algunos aspectos de vital importancia que se deberían observar. En primer lugar, la razonabilidad en la fijación de metas, ya que, de ningún modo, puede fijarse una meta arbitraria, sino que debe sustentarse en cuestiones de negocio a fin de que se traten de parámetros alcanzables por el trabajador promedio. Lo que se busca es que se trate de una evaluación real, y que no arrojen un rendimiento deficiente ficticio. Si bien, en este caso, no se profundizó en este aspecto, los empleadores deben considerar tal razonabilidad dentro del complejo diseño de la evaluación.

Por otro lado, dentro de la misma complejidad del diseño de la evaluación, cabe mencionar la variedad de maneras de evaluar a diferentes grupos de trabajadores, cuestión que es completamente adecuada siempre y cuando el criterio de distinción sea objetivo, el mismo que en este caso es la antigüedad. Sin embargo, puede haber otros criterios como, por ejemplo, la ubicación geográfica o las funciones. No obstante, lo que interesa para el caso del principio de igualdad es que los trabajadores que sirven de referencia estén plenamente determinados y que, en efecto, tengan considerables similitudes.

A partir de lo revisado en este caso, para las diferentes instancias de la judicatura aún no es totalmente clara la diferenciación entre el despido por rendimiento deficiente (capacidad) y la disminución deliberada y reiterada del rendimiento (falta grave). En ese sentido, se pueden presentar algunas confusiones por parte de los jueces al momento de analizar el despido por rendimiento deficiente, por lo cual, eventualmente, se pueden generar interpretaciones equivocadas de las normas laborales.

Como se puede observar, las diferentes instancias de la judicatura no realizan un análisis satisfactorio de las metodologías de evaluación, a pesar de su trascendencia en la configuración del rendimiento deficiente. Esta ausencia de pronunciamiento sobre la legalidad de los métodos de

evaluación genera una serie de deficiencias en los criterios jurisdiccionales expuestos en cada sentencia.

Debemos recordar que, en este caso, las metodologías transgredían el artículo 23, literal b), toda vez que no se cumplía con realizar la evaluación individual y colectiva en cada uno de los rubros evaluados, o al menos, no era claro que se realizaban ambas evaluaciones. Sin embargo, ninguna instancia se percató de dichos aspectos, a pesar de que era determinante, ya que, bastaba que alguna de las instancias observara que no se había cumplido con evaluar cada rubro de evaluación respetando las comparaciones individual y colectiva para que el despido fuera declarado inválido. Empero, esto no ocurrió, por el contrario, el único rubro que cumplía con evaluar de manera individual y colectiva fue observado como irregular. Esto evidencia que la judicatura aún no ha logrado entender los aspectos más fundamentales que componen la causal de despido por rendimiento deficiente.

En atención a lo revisado, si bien las menciones vinculadas al principio de tipicidad que realizaron las distintas instancias de la judicatura han sido tangenciales, no es menor el valor de dichos criterios toda vez que clarifican de cierto modo la aplicación de la causal de despido. Así, en resumen, se puede indicar que no es suficiente con documentar la evaluación, sino que en dicho documento se debe describir a detalle todos los extremos de la evaluación, siendo relevante que el texto cuente con definiciones (por ejemplo, glosario), las metas y objetivos, criterios de evaluación, porcentajes de cumplimiento, fórmulas de cálculo de los resultados, etc. y que, además, sería importante que, respecto de cada extremo, se esboce una breve explicación sobre en qué consiste y su finalidad.

Por otro lado, si bien se enumeran, al menos, siete aspectos que el empleador debe observar para la determinación de igualdad de condiciones: puesto, área, sede (ubicación), potencial de venta, frecuencia de compra, perfil de cliente, y cartera de clientes, estos aspectos no son los únicos, ya que, como hemos visto, dependiendo del tipo de negocio o características del puesto, las cuestiones a analizar pueden variar en complejidad (ser más o ser menos).

De otra parte, en el presente caso, la judicatura no ha analizado con profundidad ni detalle algunos aspectos de la evaluación en los cuales se debió observar una adecuada razonabilidad (por ejemplo, determinación de meta). Sin embargo, lo más importante que se puede colegir es la necesidad de una adecuada capacitación previa a la aplicación de la causal de despido por rendimiento deficiente: no es razonable un despido por rendimiento deficiente si antes no se potenció al trabajador mediante una adecuada capacitación.

Otro aspecto medular que nos deja este caso es que, para la configuración de la causal de rendimiento deficiente contenida en el artículo 23, literal b, de la LPCL, además de una evaluación individual y colectiva en condiciones similares, se requiere que el déficit de rendimiento sea reiterativo, de ningún modo, podría iniciarse un procedimiento de despido por capacidad al primer resultado negativo. Este criterio se condice exactamente con lo que dicta el desarrollo del principio de inmediatez que se abordó en el capítulo tercero.

Finalmente, con relación al procedimiento, este caso nos deja buenos aprendizajes, toda vez, debido a un error en la asignación de una meta, la judicatura concluyó que la Compañía no cumplió con el procedimiento legal de despido al no otorgar el plazo de treinta días naturales para la corrección de la deficiencia y acreditación de la capacidad. Esto, claramente, se trata de un craso error del empleador que invalidó todo el procedimiento de despido, por lo cual, se puede concluir que este tipo de evaluaciones deben gestionarse con sumo cuidado.

Del mismo modo, la empresa nuevamente vuelve a incurrir en un error al cambiar el esquema de imputación en la carta de despido, puesto que se imputó una meta de un tipo (“con IGV”) y se despidió por una meta diferente (“sin IGV”). Esta diferencia puede deberse a varios motivos dolosos o meramente negligentes (sin mala intención), pero lo cierto es que en la formalidad la imputación se cambió, y ello, definitivamente invalida el despido. Por ello, reiteramos que es necesaria una considerable rigurosidad y precisión con la gestión de estos procedimientos.

Por último, un aspecto alentador es la conclusión de los jueces que revisaron este caso respecto de la participación del ministerio de trabajo, ya que en todas las instancias se señaló con claridad que dicha participación no es obligatoria, sino completamente opcional. En ese sentido, la

posibilidad de intervención de dicha autoridad funciona más como una herramienta para el empleador para generar un elemento de prueba que ayude a sustentar el despido, con lo cual, si el empleador está en las posibilidades de probar el bajo rendimiento de manera independiente, pues no es necesario recurrir al ministerio. En base a ello, de ningún modo la validez del despido no puede estar coadyuvada a la presencia del ministerio, si bien en este caso, la judicatura ha tomado una posición correcta, lamentablemente, en otros casos no se ha visto tal claridad.

IV. Conclusiones preliminares

A lo largo de la revisión de estos tres casos, se ha podido extraer una serie de aprendizajes y conclusiones de suma importancia para el entendimiento de la figura del despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad regulada en el artículo 23, literal b, de la LPCL.

Si bien en algunos casos la jurisprudencia nos ha dejado importantes reflexiones sobre la manera de interpretar y aplicar la norma, en otras situaciones, ha dejado de analizar aspectos importantes de cada caso. Independientemente de tales deficiencias jurisprudenciales, los casos nos han sido de mucha utilidad porque nos han permitido aplicar lo desarrollado en casos reales en procedimientos de evaluación y despido de empleadores verídicos, así ejemplificar de mejor manera cada aspecto y principio previamente abordado.

En ese sentido, a continuación, se pueden extraer las siguientes conclusiones preliminares:

- Persiste una confusión jurídica sobre las causales del despido por rendimiento en las instancias jurisdiccionales. Mayoritariamente, los jueces no tienen totalmente clara la diferencia entre el despido por rendimiento deficiente (capacidad) y la disminución deliberada y reiterada del rendimiento (conducta), y los tratan como si ambos tipos de despido fuesen de conducta. Esta confusión puede generar interpretaciones equivocadas de otras figuras jurídicas laborales al momento de analizar el despido por rendimiento deficiente.
- La judicatura aún no entiende por completo el rol de la Autoridad Administrativa de Trabajo en el despido por rendimiento deficiente, toda vez que aún algunos jueces creen que tal intervención es obligatoria para configurar la causal de despido del artículo 23, literal b, de la LPCL, cuando ello no es así. Si bien algunos jueces han resuelto acertadamente

sobre este punto concluyendo que se trata de una intervención opcional, es preocupante que aún no sea una cuestión zanjada.

- Los empleadores suelen elegir métodos de evaluación cuantitativos; sin embargo, tales metodologías no son analizadas a detalle por la judicatura. Esta ausencia de pronunciamiento sobre la legalidad de los métodos de evaluación puede generar deficiencias en los criterios jurisdiccionales expuestos en cada sentencia. Incluso en algunos casos basta verificar este aspecto para determinar si el despido fue inválido.
- Se ha observado que, en algunos casos, la evaluación de rendimiento que sustenta la aplicación del despido por capacidad también tiene fines remunerativos o de ascenso. Esta característica evidencia buena fe porque tal evaluación no solo existe como una herramienta cuyo único fin es despedir.
- Con relación al principio de igualdad, se ha comprobado que es posible generar esquemas de evaluación diferentes para evaluar a diferentes grupos de trabajadores siempre y cuando el criterio de distinción sea objetivo (por ejemplo, antigüedad, ubicación geográfica, jornada o funciones). Lo relevante es que los trabajadores comparados compartan considerables similitudes, y que los criterios diferenciados sean válidos y posibles de ser acreditados.
- La jurisprudencia ha mencionado siete aspectos que sirven para determinar la igualdad de condiciones: puesto, área, sede (ubicación), potencial de venta, frecuencia de compra, perfil de cliente y cartera de clientes. Si bien esta es una importante precisión de parte de la jurisprudencia, estos aspectos pueden ser más (más complejos) dependiendo del tipo de negocio o características del puesto.
- Con respecto al principio de inmediatez, si bien la razonabilidad de la extensión del tiempo evaluado es flexible (mensual, bimestral, trimestral, etc.), se debe ser cuidadoso al momento de diseñar la composición de los periodos que componen un bimestre o trimestre. No es lo ideal que periodos con resultados negativos se repitan.
- Es posible generar una variedad de periodos y extensiones de tiempo, pues esto permite apreciar el rendimiento de modo diferente abriendo la posibilidad de distintas habitualidades, e incluso evaluaciones simultáneas, etc.

- Para configurar un supuesto de rendimiento deficiente, según la jurisprudencia, se requiere que los resultados negativos sean reiterados. De ningún modo podría iniciarse un procedimiento de despido por capacidad al primer resultado negativo.
- Es una idea extendida en los empleadores que la evaluación debe constar por escrito en un documento de carácter general y abstracto que debe notificarse al trabajador por medios idóneos (por ejemplo, cartas individuales, contrato, intranet, etc.). Empero, algunas políticas internas acaecen de defectos o inexactitudes, por lo que no es suficiente solamente documentar la evaluación, sino que se debe detallar todos los extremos de la evaluación que impacten al evaluado siendo indispensable que el texto cuente con definiciones (por ejemplo, glosario), explicación de las metodologías aplicadas, las metas y objetivos, criterios de evaluación, porcentajes de cumplimiento, fórmulas de cálculo de los resultados, etc. Asimismo, cualquier modificación posterior entra en vigencia luego de ser informada de manera oportuna y suficiente.
- Al igual que las políticas, manuales o reglamentos que documentan a la evaluación, el contenido de las cartas de notificación de resultados (incluida la de preaviso y la de despido) deben explicar con mayor precisión la metodología de evaluación, los criterios que sustentan los baremos con los que se mide el rendimiento, cuadros de evaluación y producción, etc. y todos aquellos aspectos necesarios para que el trabajador conozca sus deficiencias y pueda corregirlas.
- El empleador debe estar en la capacidad de justificar la razón y motivos de sus metas. No basta únicamente la aplicación de metodologías cuantitativas para acreditar el rendimiento deficiente, sino que las metas y criterios deben contar con un sustento técnico que impregne de razonabilidad a la evaluación, de modo que no es razonable simplemente porque la persona no se opuso a las metas.
- De no existir sustento de la meta o criterio de evaluación, si bien la decisión de evaluar al personal es legítima, la evaluación no cumple con observar el principio de razonabilidad y, por tanto, se trata de una decisión arbitraria. Lo que se protege es que el empleador no coloque metas y criterios antojadizos cuyo cumplimiento sea sumamente complicado o casi imposible con el único afán de forzar la generación de resultados

negativos que sirvan para justificar un irreal rendimiento deficiente que gatille un despido.

- Independientemente del articulado de la LPCL, la razonabilidad también justifica la obligatoriedad de una capacitación al trabajador, tanto antes de asumir funciones como durante la ejecución; y más aún si el trabajador se encuentra incurso en rendimiento deficiente: el despido no debe ser la primera opción ante la identificación del rendimiento deficiente, sino la capacitación.
- La razonabilidad no solo debe manifestarse en la composición de la evaluación (metas, criterios, etc.), sino que también en la aplicación. Así, si bien es razonable informar al trabajador de su rendimiento negativo y exhortarlo a mejorar (incluso la jurisprudencia valora este proceder como una cuestión de gradualidad ya que no es razonable notificar directamente el preaviso), no resulta razonable si la comunicación de resultados se da de manera inoportuna o no inmediata, ya que esta demora anula la posibilidad de que el trabajador se reivindique: la comunicación debe ser oportuna y suficiente.
- La labor de evaluación acarrea un esfuerzo, cuidado y logística considerable, pero necesaria para mantener altos estándares de productividad en el personal. Por ello, la implementación de un procedimiento de evaluación para un despido por capacidad implica bastante trabajo como para que su única función sea despedir. La evaluación debe tener utilidades tanto para el negocio (por ejemplo, indicadores de venta) como para el trabajador (por ejemplo, bonos, remuneración, ascenso, etc.).
- Los empleadores deben cuidar que los encargados de gestionar el procedimiento de evaluación, capacitación y despido no incurran en errores en la información y/o data que utilizan. De lo contrario, se pueden generar inexactitudes que invaliden el eventual despido que se pueda gatillar. Por ello, reiteramos que es necesaria una considerable rigurosidad y precisión con la gestión de estos procedimientos.

CAPÍTULO V

CRÍTICA Y REFORMA NORMATIVA

CAPÍTULO V

CRÍTICA Y REFORMA NORMATIVA

A lo largo de los capítulos anteriores, hemos estudiado y analizado a detalle cada aspecto concerniente a la causal de despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad regulado en el artículo 23, literal b, de la LPCL. Como hemos observado, dicho dispositivo normativo contiene deficiencias que generan problemas jurídicos como vacíos legales e interpretaciones dispares.

Si bien es cierto, luego de haber realizado una profunda investigación doctrinaria, jurisprudencial y de legislación comparada, hemos observado que, en nuestro ordenamiento jurídico, existen las instituciones jurídicas necesarias para realizar una correcta aplicación de la norma mediante la aplicación de principios, sin embargo, también es cierto que se trata de un marco sumamente amplio y que, sin lugar a dudas, puede generar el riesgo de que surjan posiciones diferentes y aplicaciones heterogéneas por parte de empleadores y/o jueces.

En ese sentido, a la luz de los principios que inspiran las soluciones jurídicas que hemos planteado, y con el respaldo de la doctrina y la jurisprudencia, las mismas que también son fuente e inspiración normativa, consideramos que es posible proponer algunos cambios y/o modificaciones a la normativa vigente a fin de procurar una aplicación más uniforme de dicha causal de despido, lo cual, indefectiblemente, refuerza la seguridad jurídica que es un principio fundamental en nuestro ordenamiento.

En atención a ello, en primer lugar, realizaremos una síntesis de los problemas jurídicos (interpretación y vacíos legales) que acaece la normativa actual, luego, analizaremos las propuestas de modificación normativa emitidas por el Congreso de la República y por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, y finalmente, generaremos recomendaciones y propuestas de modificación.

I. Problemas jurídicos de la normativa actual que regula el despido por rendimiento deficiente

Como he señalado a lo largo de esta investigación, el artículo 23, literal b, de la LPCL cuenta con dos problemas jurídicos, principalmente. Por un lado, problemas de interpretación jurídica al tratarse de un dispositivo normativo con una regulación oscura o poco clara y, por otro lado, problemas de integración jurídica toda vez que se ha identificado vacíos legales (situaciones no reguladas) que generan dificultades al momento de aplicar la norma.

En principio, recordemos el texto del artículo 23, literal b, de la LPCL y artículo 34 del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo (D. S. 001-96-TR):

“Artículo 23.- Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

[...] b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares [...].”

Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo (D.S. 001-96-TR)

“Artículo 34.- Para la verificación del rendimiento deficiente a que se contrae el inciso b) del Artículo 56 de la Ley, el empleador podrá solicitar el concurso de los servicios de la Autoridad Administrativa de Trabajo, así como del Sector al que pertenezca la empresa”.

Sobre el particular, recordemos la problemática jurídica identificada:

a) Regulación oscura o poco clara

Los autores que han realizado estudios sobre el despido por capacidad por rendimiento deficiente han coincidido en que la normativa laboral tiene una regulación defectuosa. Así, entre los defectos identificados se puede mencionar la falta de definición o delimitación de una serie de aspectos que componen el dispositivo normativo (artículo 23, literal b, de la LPCL), ya que, por ejemplo, no se definen los conceptos de capacidad, rendimiento, promedio de evaluación, entre otros (Obregón, 2015, p. 2).

La ausencia de definiciones, naturalmente, genera una falta de comprensión sobre los alcances, requisitos y formalidades que se deben observar al momento de aplicar dicha causal de despido (Cadillo, 2013, p. 70). Tal situación evidencia que la inexistencia de claridad normativa dificulta

la materialización de esta causal de despido de manera adecuada sin que devenga en un probable despido arbitrario (Obregón, 2015, p. 2).

En atención a ello, esta situación normativa, indefectiblemente, genera la confusión de los destinatarios y operadores jurídicos de la norma, esta oscuridad en la norma genera las siguientes problemáticas:

- Los empleadores no conocen el procedimiento que deben seguir para poder desvincular a un trabajador sin que el despido devenga en arbitrario en sede judicial.
- Al no haber un procedimiento claro, el trabajador no cuenta con herramientas suficientes para poder ejercer su defensa ante un procedimiento de despido por capacidad por rendimiento deficiente.
- Los jueces no cuentan con los recursos necesarios para resolver una controversia sobre un despido por rendimiento deficiente de manera apropiada.

La problemática jurídica generada por la ausencia de definiciones en la norma se ha comprobado en la observación de diferentes casos revisados por la jurisprudencia, en los cuales se ha identificado cómo el empleador genera un procedimiento de despido defectuoso que termina por invalidar el despido, cómo los trabajadores no tienen una defensa aún más sólida que cuestione más aspectos del procedimiento, y cómo los jueces no generan un análisis integral y estrictamente jurídico de los casos.

En atención a lo señalado, está acreditado que la norma contenida en el artículo 23, literal b, de la LPCL tiene defectos en la medida que no se tiene claridad sobre la definición de los conceptos que componen la regulación.

b) Vacíos normativos

Además de la ausencia de definición de los conceptos que oscurece a la norma, en la legislación laboral también existen situaciones que carecen de regulación (Obregón, 2015, p. 2), es decir, dentro de la poca regulación existente, hay situaciones que se presentan en la realidad sobre las cuales no existe norma o mandato alguno. Como se ha mencionado, esta carencia normativa es conocida como laguna del derecho, que se puede definir como una situación en la cual no existe norma jurídica aplicable (Rubio, 2010, p. 261).

Según el profesor Marcial Rubio, estas lagunas se presentan cuando ninguna de las fuentes formales del sistema jurídico produce una norma para el caso en concreto. Es decir, ni la legislación, ni la costumbre, ni la jurisprudencia, ni la doctrina, ni la declaración de voluntad (según sus propias reglas), han generado la norma aplicable (Rubio, 2010, p. 262).

Entre otras razones, esto se puede deber a que el o los órganos encargados de normar no establecen regulación alguna (Rubio, 2010, p. 262). Esta parece ser la situación del despido por rendimiento deficiente ya que, según Carlos Blancas, si bien la LPCL contiene el despido por rendimiento deficiente, sin embargo, la manera en la que la ley ha regulado dicha causal es insuficiente e incompleta (Blancas, 2013, p. 178).

Además de ello, el Reglamento de la LPCL tampoco ha perfilado mayores alcances de dicha causal, limitándose a aportar solamente una regla sobre la prueba que consiste en la posibilidad que la Autoridad Administrativa de Trabajo compruebe el rendimiento (Blancas, 2013, p. 178). Al respecto, Carlos Cadillo opina de igual modo al señalar que la legislación no ha desarrollado de manera total o integral las causales de despido por capacidad, entre ellas, evidentemente la de rendimiento deficiente (Cadillo, 2013, p. 70).

A modo de ejemplo de los vacíos legales, Blancas indica que la legislación no hace referencia a la falta de adaptación del trabajador a modificaciones o cambios técnicos como un elemento que puede incidir o impactar en el rendimiento (Blancas, 2013, pp. 178-179). Asimismo, no se desarrolla normativamente el procedimiento de despido que debe seguir el empleador para aplicar la causal de despido por rendimiento deficiente por capacidad (Obregón, 2015, p. 2). De igual modo, en la jurisprudencia se ha observado cómo los jueces identifican que existe un vacío sobre la reiterancia del rendimiento deficiente, entre otros aspectos.

Al igual que la oscuridad normativa por ausencia de definiciones, los vacíos legales generan los mismos problemas en los operadores jurídicos, ya que, empleadores, trabajadores y jueces no cuentan con claridad jurídica para actuar y resolver en situaciones no reguladas.

A partir de lo expuesto, es posible afirmar que existen lagunas legales respecto de la causal de despido por rendimiento deficiente por capacidad, toda vez que a la fuente normativa a la cual le correspondía regular con mayor precisión las situaciones en las cuales la ley iba tener impacto,

voluntariamente, no estableció mayores precisiones normativas. Es por ello que, al momento de aplicar la ley, aparecen una serie de supuestos sobre los cuales los destinatarios de la norma no tienen claro cómo conducir sus conductas y/o pronunciamientos.

Luego de recapitular la problemática jurídica en torno al despido por rendimiento deficiente, debemos mencionar que, a lo largo de la presente investigación, se hizo el esfuerzo por generar soluciones jurídicas a cada una de las deficiencias normativas. En primer lugar, se realizó un trabajo de interpretación normativa respecto de cada aspecto de la norma sobre la cual no se tenía claridad, en ese sentido, se definieron conceptos como “capacidad”, “rendimiento”, “condiciones similares”, etc. Del mismo modo, se demarcaron los alcances de las metodologías de evaluación aplicables para la determinación del rendimiento deficiente ajustándonos a la normativa y a la luz de los principios laborales, doctrina y jurisprudencia disponibles.

Del mismo modo, respecto de las situaciones no reguladas, es decir, de las lagunas legales, se analizó la viabilidad de la aplicación de la analogía como método de integración jurídica, cuestión que, finalmente, se descartó por el carácter sancionatorio de la norma a ser integrada (no se puede aplicar el artículo 25, literal b, de la LPCL sobre los aspectos no regulados del artículo 23, literal b, de la LPCL). De manera que, se hizo un desarrollo de los principios laborales a fin de llenar jurídicamente aquellas situaciones sobre las cuales no había norma expresa.

Todo ello ya ha sido abordado, e incluso se ha realizado una aplicación de los alcances de cada punto desarrollado en los casos reales revisados por la jurisprudencia. De modo que, si bien, hasta este momento, se ha logrado alcanzar una comprensión integral de la normativa sobre despido por rendimiento deficiente que nos permite aplicar dicha causal de despido de manera adecuada, también se ha comprobado que, en efecto, la norma vigente es incompleta, oscura y defectuosa.

Por este motivo, como se indicó al inicio del presente capítulo, sería de suma importancia realizar ajustes a la normativa que, inspirado en los principios jurídico-laborales, uniformice ciertos aspectos de la norma completándola y perfeccionándola. La identificación de esta necesidad no solo es resultado de esta investigación, sino que también ha sido reconocido así por diferentes frentes, por un lado, podemos mencionar a la Comisión de Trabajo del Congreso de la República que, en 2007, presentó un Proyecto de Ley General

de Trabajo en el cual se pretende modificar el marco legal laboral en su totalidad, y que, naturalmente, incorpora una propuesta de modificación a la regulación del despido por rendimiento deficiente. Por otro lado, más recientemente, contamos con una propuesta del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) que, en 2019, emitió un proyecto de cambio normativo al Reglamento de la Ley de Fomento que buscaba, justamente, darle claridad a la norma de rendimiento deficiente a fin de facilitar su comprensión y, por tanto, su aplicación.

En atención a ello, a continuación, se realizará un análisis de las propuestas valorando los aspectos positivos y no tan positivos, a fin de tener un punto que nos ayude a generar lineamientos para una propuesta más completa e integral.

II. Análisis y crítica a las propuestas de cambio normativo actuales

Con relación a este punto, como se ha mencionado, existen en proyecto dos textos que pretenden realizar un cambio normativo en la regulación del despido por rendimiento deficiente. Por un lado, el proyecto de Ley General de Trabajo que ya tiene algunos años en la agenda legislativa sin materializarse y, por otro lado, el proyecto de modificación del reglamento de la ley de fomento que es el reglamento de la LPCL y que, aparentemente, tiene una mayor posibilidad de llevarse a cabo en la realidad.

La diferencia más general entre ambas propuestas de cambio normativo es que una va dirigida a modificar la ley (rango secundario) y la otra está dirigida a modificar el reglamento (rango terciario). En ese sentido, si bien ambas propuestas generan mayor claridad sobre la aplicación de esta causal, como veremos más adelante, aún acaecen de deficiencias.

Como se ha señalado, en nuestro país, la causal de despido por rendimiento no ha tenido un desarrollo doctrinario ni jurisprudencial amplio ya que, en general, no ha sido una causal muy utilizada. Definitivamente, esta falta de estudio sobre esta causal se ve reflejada en las propuestas de cambio normativo, las mismas que son, por decir lo menos, incompletas.

A continuación, como lo hemos mencionado, revisaremos los aspectos positivos y negativos de cada propuesta. Luego de ello, se generará una serie de lineamientos que debería observar una propuesta de cambio normativo que genere claridad sobre la manera de aplicar la causal de despido por rendimiento deficiente.

1. Proyecto de Ley General de Trabajo

Respecto de esta propuesta de cambio, según hemos adelantado, este es un proyecto normativo que tiene más de una década de haberse presentado y, sin embargo, no ha prosperado favorablemente. Entre los motivos que justifican la propuesta congresal se puede observar que los autores indican que existe una necesidad de unificar la legislación laboral puesto que existe una dispersión normativa y, además, es necesario incorporar algunos criterios jurídicos laborales que se han establecido por altos tribunales a fin de actualizar la norma.

Ciertamente, los motivos detrás de esta propuesta tienen sentido, aunque el texto normativo tiene algunas aristas que se deberían perfeccionar, como en el caso de la regulación del despido por rendimiento deficiente. Con relación a este aspecto, en el artículo 155 del texto del referido proyecto se detalla la regulación del despido por rendimiento deficiente. Citamos el extracto pertinente:

Artículo 155.- Causas relativas a la capacidad

Son causas justificadas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

[...]

2) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares. En caso de aplicarse nueva tecnología o introducirse innovaciones en el puesto de trabajo, esta causa solo puede ser imputada después de transcurridos no menos de tres meses desde que se aplicó dicha tecnología o se introdujo la innovación, siempre que en dicho período el empleador haya proporcionado al trabajador capacitación adecuada para el desempeño de la actividad que realiza [...].

Como se puede observar, no existe un desarrollo muy fructífero del despido por rendimiento deficiente, ya que la propuesta repite de manera literal lo establecido en la vigente LPCL, únicamente agregando lo que Obregón ha denominado como un “periodo de gracia”. Según esta autora, el proyecto de Ley General de Trabajo solo adiciona un supuesto relativo a la aplicación de nueva tecnología o innovaciones en el puesto de trabajo estableciendo un “periodo de gracia” de tres meses desde la introducción de la nueva tecnología o innovaciones en el puesto de trabajo,

hasta que el empleador se encuentre habilitado a imputar el rendimiento deficiente, todo ello previa capacitación adecuada del trabajador (Obregón, 2015, p. 17).

Probablemente, lo más relevante de esta propuesta es que se abordan expresamente los siguientes temas:

- *Nueva tecnología o innovaciones tecnológicas.*- Esta incorporación es un interesante avance en el desarrollo de esta causal, incluso autores como Carlos Blancas han mencionado la importancia de establecer precisiones de este tipo, sin embargo, consideramos que no resulta suficiente.

Si bien prever un trato diferenciado en caso de incorporar nuevas tecnologías es un avance, esto también podría extenderse a otro tipo de cambios sustanciales en la dinámica de trabajo, por ejemplo, cambio de sede, cambio de cartera, cambio de metodología de venta, etc. Posiblemente, estos cambios podrían entrar en una idea amplia de “innovación”, aunque, lo que parece es que la norma se refiere mayormente a cuestiones de tecnología.

En todo caso, lo importante es establecer que ante cualquier cambio que razonablemente altere el curso habitual de trabajo, se debería prever un trato diferenciado según las necesidades de cada caso, esto requiere que la norma abarque una mayor amplitud de supuestos, ser más general.

- *Periodo de adaptación.*- Esta disposición que, además, se precisa que es de tres meses es muy significativa, toda vez que pareciese que es resultado de una aplicación del principio de razonabilidad. Si bien el texto establece un periodo no menor de tres meses, deja abierta la posibilidad de periodos más amplios, lo cual deberá ser valorado según las necesidades y complejidad del negocio.

Se puede notar que este periodo de adaptación puede hacer referencia a una curva de aprendizaje. Según Roncancio, la curva de aprendizaje es una herramienta de análisis de la relación entre aprendizaje, tiempo y producción en el trabajo. Se entiende que el tiempo de producción disminuye gracias a la acción repetitiva de la operación, la cual conduce a una mayor experiencia y un aprendizaje por parte del trabajador (Roncancio & otros, 2017, p. 19).

En otras palabras, el trabajador demora un lapso de tiempo para aprender y dominar una actividad o labor, y en la medida que más experiencia o exposición a dicha actividad tiene, se realizará de manera más eficiente. En ese sentido, lo que tutelaría la norma es que el empleador no pueda evaluar el rendimiento del trabajador en una actividad en la cual el trabajador se encuentra en una desventaja al no contar con experiencia y capacitación suficiente.

De este modo, la propuesta normativa entiende que un periodo mínimamente razonable en el que un trabajador puede aprender y dominar un cambio tecnológico en su labor es de, por lo menos, tres meses, que sería una especie de curva de aprendizaje según el razonamiento legislativo. Es un avance importante, aunque, podría perfilarse de una mejor manera a nivel legislativo.

- *Capacitación.* - Es significativa la incorporación de la obligatoriedad de una capacitación a modo de réplica de lo establecido en los artículos 84 y 86 de la LPCL. Como indica Obregón citando a Blancas, si el empleador no ha cumplido con sus obligaciones recogidas en los artículos 84 y 86 de la LPCL no sería razonable que el empleador aplique esta causal. Esto es: proporcionar al trabajador capacitación en el trabajo a fin de que este pueda mejorar su productividad (Obregón, 2015, p. 17).

Sin perjuicio de que se trata de un avance, no se debe perder de vista que el texto se enfoca en una capacitación cuando se produce un cambio tecnológico, dejando sin respuesta si se debe capacitar al trabajador en las labores que viene desarrollando de manera deficiente a pesar de no existir un cambio de dicha naturaleza.

Consideramos que, si bien se trata de una precisión interesante, no resulta suficiente y, al igual que en el punto de los cambios tecnológicos, debería incorporarse la exigencia de capacitación de una manera más integral, y no enfocada en un solo supuesto de manera expresa.

A pesar de que las tres innovaciones legislativas están enfocadas en temas de incorporación de nuevas tecnologías en el empleo, algunos conceptos generales como “periodo de adaptación” o “capacitación” conllevan una

intención positiva en salvar algunas lagunas legales que se habían observado. Sin embargo, existen varios aspectos que no se desarrollan en esta propuesta por lo que se trata de una norma que persiste incompleta y defectuosa.

Es preciso indicar que, recientemente, en abril de 2022, se prepublicó un anteproyecto de Código de Trabajo, en este documento también se propone un cambio a la regulación sobre el despido por rendimiento deficiente, sin embargo, no es muy diferente a lo que se ha comentado sobre el Proyecto de Ley General de Trabajo, toda vez que el texto normativo es el mismo, solamente varía el periodo de adaptación incrementándose de tres a seis meses, por lo demás, el texto se mantiene igual¹⁸. Por lo que, las observaciones realizadas al proyecto de ley también son aplicables al referido anteproyecto de código.

Más adelante, se observarán algunos aspectos normativos que sería importante incorporar a nivel legislativo a fin de resolver los problemas jurídicos identificados a lo largo de esta investigación.

2. Proyecto de Modificación del Reglamento de la Ley de Fomento propuesta por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

Con fecha 4 de noviembre de 2019, se publicó la Resolución Ministerial N° 263-2019-TR emitida por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE), mediante la cual dispone la prepublicación del proyecto de decreto supremo que aprueba el Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Según se indica en la parte considerativa de la referida resolución, esta propuesta de modificación normativa se da en el marco del Plan Nacional de Competitividad y Productividad

18 Resolución Ministerial N° 092-2022-TR. Anteproyecto de Código del Trabajo. “Artículo 138. Causas relativas a la capacidad.- Son causas justificadas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador: [...] 2. El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares. En caso de aplicarse nueva tecnología o introducirse innovaciones en el puesto de trabajo, esta causa solo puede ser imputada después de transcurridos no menos de seis (6) meses desde que se aplicó dicha tecnología o se introdujo la innovación, siempre que en dicho período el empleador haya proporcionado al trabajador capacitación adecuada para el desempeño de la actividad que realiza [...]”.

Laboral - PNCPL (Decreto Supremo N° 237-2019-EF) en el que se dispone que, como parte de la medida de política 5.1, se adecúe el Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, bajo la consideración que debe atender las actuales formas de producción y las relaciones entre los trabajadores de la economía.

Sobre el particular, es importante anotar que el Plan Nacional de Competitividad y Productividad Laboral - PNCPL es un documento que reúne un conjunto de medidas que buscan el crecimiento de mediano y largo plazo del país entre el 2019-2030. Entre los objetivos prioritarios que contiene este plan podemos enlistar los siguientes:

- Objetivo Prioritario 1: Dotar al país de infraestructura económica y social de calidad.
- Objetivo Prioritario 2: Fortalecer el capital humano.
- Objetivo Prioritario 3: Generar el desarrollo de las capacidades para la innovación, adopción y transferencia de mejoras tecnológicas.
- Objetivo Prioritario 4: Impulsar mecanismos de financiamiento local y externo.
- Objetivo Prioritario 5: Crear las condiciones para un mercado laboral dinámico y competitivo para la generación de empleo digno.
- Objetivo Prioritario 6: Generar las condiciones para desarrollar un ambiente de negocios productivo.
- Objetivo Prioritario 7: Facilitar las condiciones para el comercio exterior de bienes y servicios.
- Objetivo Prioritario 8: Fortalecer la institucionalidad del país.
- Objetivo Prioritario 9: Promover la sostenibilidad ambiental en la operación de actividades económicas.

Al respecto, cada uno de estos objetivos prioritarios tiene un desarrollo de determinadas directrices y medidas que implican, entre otras cuestiones, cambios y actualizaciones normativas. Así, en el caso del objetivo prioritario quinto que, como se ha citado, está relacionado a una dinamización del mercado laboral, se ha precisado que tal OP busca generar un mercado de trabajo eficiente e institucionalizado, de modo que se pueda

aprovechar y canalizar el talento de los peruanos hacia empleos más productivos, formales y en condiciones dignas.

En el PNCPL se señala que han transcurrido más de dos décadas desde que el reglamento de la Ley de Fomento fue publicado en 1996 (D.S. N° 001-96-TR), desde entonces las formas de producción y la economía se han modificado de forma sustancial, por lo que resulta necesario realizar una revisión y adaptación del marco regulatorio laboral a los tiempos actuales. Como se verá, la fundamentación esbozada por esta propuesta tiene similitudes con la fundamentación del proyecto de Ley General de Trabajo, incluso en una parte del texto del PNCPL se tiene la intención de que en un futuro se materialice una ley general de trabajo.

De este modo, en la “Medida de Política 5.1” que, justamente, motiva la propuesta de cambio normativo del MTPE, se plantea una acción que consiste en actualizar el marco normativo laboral vigente, *“En particular, se propone otorgar mayores contenidos al reglamento del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento de Empleo, en relación a una serie de aspectos [...]”*, entre estos aspectos se encuentran cuestiones remunerativas, de contratación, y sobre el despido por rendimiento deficiente.

Sobre este punto, es relevante hacer una acotación, si bien la propuesta versa sobre una actualización de contenidos normativos, lo cierto es que, en el caso de despido por rendimiento se trata de una regulación de algo que nunca estuvo regulado. Así, que en este aspecto no se trata de que la norma no está adaptada a los nuevos tiempos, sino simplemente que, como señala el profesor Blancas, la norma no estableció regulación alguna limitándose únicamente a establecer un mecanismo opcional de prueba.

En atención a lo señalado, a continuación, citaremos la propuesta de cambio normativo del MTPE respecto del despido por rendimiento deficiente en el reglamento de la LPCL:

“Artículo 27.- Para la evaluación del rendimiento deficiente a que se contrae el literal b) del artículo 23 de la Ley, el empleador debe contar con un sistema de gestión del rendimiento que utilice criterios objetivos, razonables y aplicables a una generalidad de trabajadores que realizan labores bajo condiciones similares.

Los criterios y las condiciones para la evaluación del rendimiento deben ser informados al trabajador al inicio del contrato de trabajo y, en todo caso, antes de su aplicación.

El sistema de gestión del rendimiento que implemente, de ser el caso, el empleador, debe ser comunicado a la Autoridad Administrativa de Trabajo respectiva, quien vela por el respeto de los derechos sociolaborales.

No es rendimiento deficiente aquel rendimiento por debajo de la capacidad del trabajador pero que supera el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares”.

Como se podrá observar, definitivamente, existe un cambio considerable entre esta propuesta y la regulación actual, sin embargo, si bien, como veremos más adelante, con las incorporaciones nuevas se entiende de mejor manera la aplicación de la causal de despido por rendimiento deficiente, también es cierto que no solo hay algunos puntos que no son suficientes, sino que también generan formalidades innecesarias o trabas burocráticas.

Entre los aspectos relevantes podemos mencionar la positivización de algunos lineamientos estudiados en ciertos principios. Detallamos tales avances:

1. *Principio de tipicidad.*- Probablemente el avance más significativo en esta propuesta de cambio normativo está en la ruta de este principio por las siguientes razones:
 - Se exige de manera expresa un sistema de gestión de rendimiento, esto se puede entender como la exigencia de una política organizada que regule los lineamientos de la evaluación del personal.
 - Se establece que los criterios y condiciones de la evaluación se deben informar a los trabajadores evaluados con anterioridad a su aplicación. Especificándose que la preferencia está en que se informe en el contrato de trabajo, aunque deja expedita la posibilidad de que también sea con posterioridad al inicio de la relación laboral, cuestión totalmente adecuada, ya que la evaluación podría implementarse mucho tiempo después de iniciado el vínculo.

- Se prevé que el trabajador debe ser informado de los criterios y condiciones para su evaluación. En este punto, a pesar de ser un poco genérico, nos parece una redacción adecuada, ya que, la amplitud de los términos permite encuadrar en ellos absolutamente cualquier aspecto de la evaluación que le genere algún impacto al trabajador.
 - Se entiende que el sistema de gestión del rendimiento debe constar por escrito, toda vez que también se exige que sea informado a la Autoridad Administrativa de Trabajo.
2. *Principio de razonabilidad.*- Un aspecto positivo de esta propuesta del MTPE es la incorporación expresa del principio de razonabilidad en el diseño de la evaluación de rendimiento.

Según se lee en el texto de la norma se señala que se deben utilizar criterios objetivos y razonables. A contrario sensu, se prohíbe la evaluación con criterios subjetivos y arbitrarios, en otras palabras, los criterios de evaluación deben ser imparciales y tener un sustento que respalde el motivo de cada aspecto o rubro de evaluación.

En ese sentido, se protege que el trabajador sea evaluado de manera sensata, con criterios adaptados a las necesidades reales del negocio, y con metas u objetivos alcanzables que le permitan evidenciar un aporte productivo razonable.

Asimismo, este texto refuerza la implementación de metodologías de evaluación objetivas o cuantitativas en la medida que ofrecen información imparcial del rendimiento del trabajador.

3. *Principio de igualdad.*- Con relación a este principio, no se ha generado una precisión considerable, aunque, en definitiva, ofrece una mayor certeza sobre el texto de la ley. Según indica este proyecto del MTPE, la evaluación debe ser aplicada a “una generalidad de trabajadores que realizan labores bajo condiciones similares”.

Con ello queda claro que, para efectos de la aplicación de la causal de despido por rendimiento deficiente, no basta una evaluación individual, sino que necesariamente debe ser plural, dirigida a una generalidad de evaluados, toda vez que, de lo contrario, no se cumpliría con el criterio de evaluación colectiva (rendimiento promedio o comparación por pares). Si bien esta referencia a la “generalidad”

no es un gran avance ya que se podía deducir del mismo texto legal, en todo caso, nos proporciona una certeza cerrada de que el criterio colectivo de evaluación es mandatorio.

Por otro lado, respecto del concepto de “condiciones similares” no existe una mayor precisión. Podría entenderse que estas condiciones similares deben ser propias de la generalidad de los evaluados, sin embargo, esta interpretación sería la misma que del texto legal, de modo que no existe un mayor detalle.

4. *Definición del concepto de “rendimiento deficiente”*. - La propuesta de modificación intenta realizar una mayor delimitación conceptual de lo que significa “rendimiento deficiente”, en ese sentido, se establece que el rendimiento no es deficiente si está por debajo de la capacidad del trabajador pero que supera el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares.

A contrario sensu, se podría decir que rendimiento deficiente es cuando está por debajo de la capacidad individual del trabajador y, además, no supera el rendimiento promedio en labores bajo condiciones similares. Esto, en estricto, no es una definición conceptual, sin embargo, nos confirma el carácter copulativo de las evaluaciones individuales y colectivas.

5. *Participación de la Autoridad Administrativa de Trabajo (AAT)*. - Probablemente, este extremo de la propuesta sea el más nefasto. El texto del reglamento vigente establece que el empleador puede solicitar la intervención de la AAT para verificación del rendimiento deficiente.

Como se ha revisado, lo establecido por el reglamento es insuficiente, pero es inocuo, no genera un procedimiento administrativo o una formalidad burocrática innecesaria y, además, si bien no existe mecanismo administrativo, en teoría la AAT interviene solamente si se le solicita, y su función es observar (dar fe) que el trabajador, en efecto, tiene resultados negativos en sus evaluaciones.

Sin embargo, la propuesta de modificación, en primer lugar, establece la obligación de presentar su evaluación de rendimiento a la AAT, cuestión que no tiene ningún sentido, y que genera un trabajo innecesario tanto a empleadores como a los funcionarios de la AAT. Los empleadores emiten una infinidad de lineamientos escritos

mediante políticas, procedimientos y flujos internos, y ninguno de estos documentos es necesario que se presente a la AAT toda vez que es parte del ejercicio legítimo del poder de dirección. ¿Cuál es el motivo por el cual una evaluación de rendimiento sí debería ser notificada? Pareciese que se le quisiera dar un tratamiento parecido al del Reglamento Interno de Trabajo al sistema de gestión de rendimiento, sin ninguna motivación coherente de por medio.

En segundo lugar, no se señala con claridad cuál es la función de la AAT respecto de las políticas de evaluación de rendimiento que se les presentarían, solamente se indica: “*la Autoridad Administrativa de Trabajo respectiva, quien vela por el respeto de los derechos sociolaborales*”. ¿Acaso la AAT revisará las evaluaciones de rendimiento que se le notifiquen y podría cuestionar el contenido de la evaluación? Algunos especialistas como Germán Lora han opinado en la misma línea que “el sistema de gestión sea comunicado [...] a la Autoridad del Trabajo, [...] podría generar que el MTPE pueda hacer observaciones a los criterios” (La República, 2019).

No se supone que, por aplicación del principio de buena fe, se presume que los lineamientos emitidos por el empleador son legítimos, habiendo la posibilidad de ejercer el derecho de resistencia en caso el trabajador perciba que se trata de un lineamiento inadecuado, o incluso recurrir a un procedimiento de cese de actos de hostilidad si se tratase de una evaluación abusiva que escapa de los límites del poder de dirección, lo cual abre la posibilidad de un cuestionamiento a nivel judicial. Claramente, este extremo de la propuesta de modificación del reglamento no genera ningún avance; por el contrario, es un retroceso.

Como se puede colegir, la propuesta de modificación del reglamento de la LPCL es un interesante avance para la adecuada aplicación del despido por rendimiento deficiente, sin embargo, a pesar de haberse identificado varios aspectos positivos, también cuenta con aspectos negativos e incluso con aspectos que no se han tocado y, por tanto, persisten inconclusos o insuficientes.

Luego de haber revisado las propuestas de cambio normativo que existen actualmente se ha podido observar un intento desde distintos frentes por dar una regulación más adecuada a la institución del despido por rendimiento

deficiente procurando dar una mayor claridad de conceptos y cubriendo algunos vacíos legales. No obstante, como lo hemos venido adelantando en el análisis realizado, los cambios o modificaciones propuestas no son del todo claras en algunos puntos y, en otros, incluso, significan mayores trabas y problemas.

En virtud de lo señalado, en el posterior acápite se procederá a esbozar una propuesta de los cambios normativos que deberían darse a la luz de la investigación desarrollada en los capítulos anteriores y, claro está, tomando como punto de partida las propuestas de cambio normativo aquí abordadas.

III. Lineamientos que debe observar una propuesta de cambio normativo respecto del despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad

Sobre el particular, en atención a lo revisado a lo largo de los capítulos anteriores, existen distintos puntos álgidos que son jurídicamente problemáticos para la aplicación del despido por rendimiento deficiente. A cada una de dichas situaciones se le ha dado una respuesta desde la interpretación e integración mediante principios jurídicos laborales, sin embargo, según lo hemos planteado, sería sumamente positivo que una propuesta de cambio normativo zanje el debate estableciendo lineamientos más claros y uniformes para la aplicación de esta causal.

Ahora bien, como se ha visto, existen dos propuestas de cambio que pertenecen a niveles normativos diferentes, por un lado, rango secundario (ley) y, por otro lado, rango terciario (reglamento). Al respecto, resulta necesario que una propuesta de cambio que pretenda regular de manera adecuada el despido por rendimiento deficiente observe modificaciones de ambos niveles, es decir, cambios en la ley, y cambios en la norma reglamentaria. ¿Por qué el cambio normativo debe ir en ambos niveles? La respuesta a esta interrogante está vinculada al principio de jerarquía normativa que consagra el artículo 51 de la Constitución Política del Perú, que reza de la siguiente manera:

“Artículo 51°.- La Constitución prevalece sobre toda norma legal; la ley, sobre las normas de inferior jerarquía, y así sucesivamente. La publicidad es esencial para la vigencia de toda norma del Estado”.

Como se puede observar, una norma de rango inferior no puede prevalecer sobre una de rango superior, esto incluye, establecer cuestiones que la norma de superior rango no ha prescrito. Según lo indica el Tribunal Constitucional,

el reglamento es una norma subordinada directamente a la ley e indirectamente a la Constitución, y puede desarrollar una ley, sin transgredirla ni desnaturalizarla. Esta función se realiza mediante los denominados reglamentos *secundum legem*, de ejecución o reglamentos ejecutivos, los cuales tienen como objetivo complementar y desarrollar la ley que los justifica y a la que se deben (Sentencia recaída sobre el Exp. 0552-2006-PA/TC).

En atención a lo precitado, debido a la magnitud de los cambios que deberían darse, no bastaría una modificación meramente reglamentaria como el MTPE propone, sino, que es imprescindible que las modificaciones empiecen por la ley, y se desarrollen y complementen vía reglamentaria. En ese sentido, a continuación, se abordará los cambios que deberían darse según cada nivel.

1. Lineamientos de cambio a nivel legal (secundario)

En este punto, se abordarán aquellos puntos en los cuales se han identificado deficiencias normativas y que deberían regularse en este rango:

- i) *Carácter reiterado del déficit en el rendimiento.*- Anteriormente, se ha observado que no existe norma vigente que establezca la necesidad de una reiterancia en el déficit de rendimiento del trabajador para iniciar un procedimiento de despido mediante la notificación del preaviso de despido.

Esta deficiencia ha generado que existan interpretaciones que entienden que es posible notificar un preaviso de despido por rendimiento deficiente al primer resultado negativo del trabajador. Incluso, hemos revisado un caso analizado por la jurisprudencia en la que un empleador, en efecto, imputa preaviso luego de un único periodo de resultados deficientes, ante lo cual, la jurisprudencia interpretó, basándose en doctrina, que no era razonable tal proceder. No obstante, no se trata de una posición vinculante, por lo que persiste la incertidumbre.

A diferencia de lo que ocurre con la otra causal de despido por rendimiento regulada en el artículo 25 de la LPCL, en la que se señala como falta grave justificante de despido la disminución deliberada y reiterada del rendimiento, en la que, claramente, se entiende que debe haber una reincidencia en los resultados negativos, ello no ocurre con la causal de rendimiento deficiente.

En ese sentido, una modificación importante que debería realizarse a nivel legal es la incorporación de la necesidad de reiteración en el rendimiento deficiente. Es necesario que el cambio sea en la ley y no en el reglamento, toda vez que el reglamento no puede exigir algo que la ley no establece.

La causal debería contener una redacción que prevea como causal de despido “el rendimiento deficiente reiterado” en lugar del “rendimiento deficiente”. Este cambio *per se* establece que se debe contar con al menos dos periodos negativos antes de la imputación de un preaviso de despido. Asimismo, sobre la base de la reiterancia, se puede abrir la posibilidad de establecer un mayor desarrollo de dicha reiterancia a nivel reglamentario.

Una modificación de este tipo zanja cualquier interpretación sobre la imputación de rendimiento deficiente al primer resultado negativo uniformizando criterios y aplicaciones.

Por otro lado, consideramos importante que exista una modificación en el artículo 31 de la LPCL que prevé un plazo de treinta días naturales para que el trabajador acredite su capacidad. Sobre el particular, en el caso que las evaluaciones se realicen en concordancia con los meses naturales, la disposición de treinta días puede ser problemática, por lo que se podría realizar un ajuste a dicha disposición.

Pareciese que la intención de disponer treinta días naturales para que el trabajador acredite su capacidad responde a que se le otorgue como mínimo el equivalente a un mes. En ese sentido, la disposición podría ser más clara y flexible si se dispone que el plazo para acreditar la capacidad es de treinta días o un mes natural como mínimo, como sabemos hay meses de 28, 29 y 31 días.

- ii) *Incorporación del principio de razonabilidad.*- Si bien el principio de razonabilidad es transversal a todo el ordenamiento jurídico laboral, en el caso del despido por rendimiento deficiente, existe una dimensión más compleja de este principio.

Según se ha revisado, la razonabilidad debe estar presente en los criterios de la evaluación de rendimiento, cuestión que el MTPE ha observado necesario positivizar, ya que, como se ha revisado, en la

propuesta de modificación del reglamento de la ley de fomento del empleo se ha visto conveniente precisar que la evaluación de rendimiento debe tener “*criterios objetivos, razonables*”.

A nuestro parecer, la incorporación de esta frase debe realizarse a nivel legal y desarrollarse a nivel reglamentario. En ese sentido, la razonabilidad debe ir junto con los métodos de evaluación que la misma ley establece. Consideramos que debería agregarse que: “*El rendimiento deficiente reiterado*” se determina con la aplicación de evaluaciones bajo criterios razonables.

De esta manera, una vez establecida la exigencia a nivel legal, vía reglamentaria se puede desentrañar el significado y/o implicancias que esta “razonabilidad” supone, por ejemplo, metas u objetivos alcanzables, exigencias sustentadas en indicadores reales del negocio, etc.

Asimismo, se debe tener en cuenta que el principio de razonabilidad no solo actúa sobre los criterios de evaluación, sino también sobre las acciones que realiza el empleador para mitigar los efectos de los resultados negativos de los trabajadores. En ese sentido, como hemos señalado anteriormente, la ruta del despido no puede ser la primera acción del empleador frente a un déficit de rendimiento, sino que se debe preferir primero el potenciamiento del trabajador para que este mejore su rendimiento.

Al respecto, la misma LPCL indica que la capacitación es un recurso para que el trabajador mejore su productividad, pues, como algunos autores lo han señalado, dentro del procedimiento de despido por rendimiento deficiente debería existir previamente una capacitación para impulsar al trabajador.

Sobre el particular, el proyecto de Ley General de Trabajo hace referencia a la exigencia de una capacitación al trabajador cuando existe un cambio tecnológico en el puesto, sin embargo, como lo hemos adelantado, esto no es suficiente. Se debe incorporar la exigencia de una capacitación ante cualquier cambio en las labores y sobre todo cuando se identifiquen deficiencias en el rendimiento de los trabajadores.

- iii) *Incorporación del principio de tipicidad.*- Si bien es cierto, se ha verificado que establecer la evaluación de rendimiento por escrito es

una práctica extendida entre los empleadores, no existe norma que regule los alcances de ello.

Al respecto, la propuesta de modificación reglamentaria del MTPE prevé importantes avances en la regulación de este extremo, toda vez que incorpora tres disposiciones significativas como la obligatoriedad de un sistema de gestión de rendimiento, documentación de la evaluación de rendimiento y la notificación previa de dicha evaluación a los evaluados.

Si bien es cierto la exigencia de una evaluación, ya sea formalizada en un documento escrito, no es expresa, es decir, no figura la palabra “escrito” en el texto del MTPE, es posible entender tal disposición de manera tácita a partir de la obligación del empleador de presentar la evaluación ante el MTPE. Es lógico que para presentar una evaluación a una entidad pública, esta debe constar sobre un documento (físico o virtual), por tanto, debe ser escrito.

Si bien lo que indica la propuesta de reglamento es importante, consideramos que es un tanto disonante con la ley, ya que esta última no establece la exigencia de una formalidad escrita. Por tanto, a nuestro entender, es necesario que la ley sea la que de manera expresa establezca que la evaluación deba constar por escrito, a fin de abrir la posibilidad de que el reglamento realice un mayor desarrollo.

De esta manera, a partir de la modificación legal, es posible que mediante el reglamento se precisen otros aspectos como la oportunidad de notificación de la evaluación, la notificación de los resultados, incluso el contenido mínimo que debe observar una evaluación de rendimiento. Sin embargo, la raíz de ello es la disposición legal.

En atención a lo mencionado, se debería incorporar una disposición que de manera expresa indique que la evaluación de rendimiento debe constar por escrito e informarse a los trabajadores evaluados por medios idóneos.

2. Lineamientos de cambio a nivel reglamentario (terciario)

En este punto, se abordarán aquellos puntos en los cuales se han identificado deficiencias normativas y que deberían regularse en este rango:

- i) *Definiciones.* - Como hemos visto, uno de los grandes problemas del despido por rendimiento deficiente es la ausencia de definiciones

de algunos conceptos medulares para la comprensión y aplicación adecuada de la norma.

Una de las principales carencias jurídicas de la regulación del despido por rendimiento deficiente radica en la ausencia de marco reglamentario suficiente. Como se ha visto, Blancas opina que el reglamento, en lugar de perfilar mejor esta causal, únicamente se limitó a incorporar un recurso de tipo probatorio y nada más (Blancas, 2013, p. 178). El reglamento vigente no proporciona lineamientos, ideas y menos definiciones de los conceptos regulados en la ley.

En atención a lo mencionado, es necesario que una modificación reglamentaria cumpla con resanar las deficiencias identificadas. De hecho, la propuesta del MTPE persigue tal objetivo y ha tratado de dar algunas definiciones o aclarar algunos conceptos, sin embargo, consideramos que no lo ha ejecutado de manera satisfactoria.

En ese sentido, a nuestro parecer, el reglamento debería incorporar definiciones de los siguientes conceptos:

- a) *Rendimiento deficiente.*- Este concepto se puede definir como la utilidad que el empleador espera conseguir del trabajo desarrollado por el trabajador, la cual se mide con indicadores de productividad. En otras palabras, el aporte productivo que realiza el trabajador.

Del mismo modo, el adjetivo “deficiente” se atribuye a aquel rendimiento que es incompleto, defectuoso, o que no alcanza un nivel normal o habitual. Es decir, cuando el empleador recibe una prestación de servicios defectuosa y/o poco o nada rentable.

En síntesis, el rendimiento deficiente se puede definir como una aportación productiva defectuosa que no alcanza los niveles normales. En este punto, es importante desentrañar a qué nos referimos con niveles normales, pues, como se ha señalado, el rendimiento se mide con indicadores de productividad, estos nos proporcionan la información sobre los niveles normales.

Como lo hemos desarrollado, la normalidad o deficiencia del rendimiento se determina a partir de una evaluación de

rendimiento ya que es la herramienta mediante la cual se determina el rendimiento, que según la ley es de dos tipos: individual y colectivo.

En atención a lo explicado, el reglamento debería incluir un párrafo con una definición del rendimiento deficiente en el sentido de que se trata de una aportación productiva deficiente determinada a partir de la aplicación de la evaluación de rendimiento. Cabe señalar que el rendimiento deficiente no implica necesariamente disminución, sino que, desde que se conocen los resultados de la evaluación, el trabajador no alcanza el rendimiento razonablemente esperable.

- b) *Condiciones similares.*- Este es uno de los conceptos que más confusiones y controversia ha despertado en la discusión jurídica, definitivamente, no ha sido fácil vislumbrar una interpretación, sin embargo, consideramos que, a la luz de la doctrina y la jurisprudencia revisada, se ha podido generar una idea clara de qué se debería entender por “condiciones similares”.

Como se señaló en el capítulo tercero, esta exigencia legal está íntimamente vinculada al principio de igualdad, y en estricto a la igualdad de oportunidades, que significa la igualdad fáctica de los trabajadores evaluados. En ese sentido, si bien es materialmente imposible alcanzar una igualdad total, lo importante es que los trabajadores evaluados se encuentren en condiciones reales de alcanzar rendimientos parecidos que se asemejen.

Asimismo, como la jurisprudencia lo ha señalado, no basta con que los evaluados sean “formalmente” iguales, es decir, que tengan el mismo puesto, local de trabajo, o incluso jefatura; sino que también se deberá observar si sus condiciones propias de labores son semejantes, por ejemplo, si la cartera de clientes es semejante.

En base a lo señalado, el reglamento debería establecer una directriz específica sobre lo que implica “condiciones similares”; por lo que, consideramos que debería colocarse que las condiciones similares deben garantizar uniformidad formal y real en el grupo de evaluados asegurando que todos tengan la oportunidad de rendir en los niveles semejantes.

- ii) *Carácter objetivo de la evaluación de rendimiento.*- Si bien la legislación hace referencia a tipos de evaluaciones de carácter objetivo o cuantitativo, hemos observado que aún hay autores y doctrina que cree en la validez de evaluaciones cualitativas (por ejemplo, en base a un perfil de puesto) para sustentar un despido por rendimiento deficiente.

En ese sentido, a fin de zanjar tal discusión y no dejar espacio a interpretaciones erróneas, la norma reglamentaria podría hacer referencia a la tipología de evaluación, indicando que las evaluaciones que determinan el rendimiento del trabajador deben arrojar resultados objetivos.

- iii) *Desarrollo del carácter escrito y formal de la evaluación de rendimiento.*- Como señalamos en el acápite anterior esta propuesta de modificación está vinculada al principio de tipicidad. En ese sentido, se propuso que la incorporación de la exigencia de formalidad escrita se realice a nivel legal, y que vía reglamentaria se perfilen mayores detalles sobre las implicancias del texto escrito mediante el cual se formaliza la evaluación de rendimiento.

En atención a lo señalado, si la ley establece que la evaluación de rendimiento debe constar por escrito y ser informada a los trabajadores evaluados por medios idóneos, cabe preguntarse, ¿qué precisiones puede establecer el reglamento? A continuación, señalaremos algunos puntos que consideramos deberían regularse en el reglamento:

- *La oportunidad de notificación de la evaluación de rendimiento:* Según nuestra posición, la ley debe establecer la obligación de notificar, y mediante el reglamento se debe establecer que dicha notificación es previa a la entrada en vigencia de los lineamientos que componen la evaluación de rendimiento. Asimismo, cualquier modificación debe notificarse antes de entrar en vigencia.
- *Medios para notificar.*- El medio más tradicional para notificar un documento a un trabajador es mediante su entrega y toma de cargo firmado de manera ológrafa. La propuesta del MTPE da preferencia a que se informe mediante el contrato de trabajo. Sin embargo, en la actualidad, se cuentan con otros medios que también aseguran que el trabajador conozca los criterios

bajo los cuales se le está evaluando, por tanto, debe existir un amplio margen de flexibilidad respecto de los medios tal como proponemos el cambio normativo en la ley. No obstante ello, el reglamento podría aclarar que se permite el uso de tecnologías de la información, estableciendo el deber del empleador de probar que el trabajador estuvo en condiciones de conocer la política de evaluación.

- *Contenido de la política de evaluación de rendimiento.*- Si bien la propuesta actual del MTPE exige de manera expresa un sistema de gestión de rendimiento, e incluso se exige se informen criterios y condiciones de la evaluación, es posible ir un poco más allá. En ese sentido, mediante el reglamento se puede precisar que el documento que formaliza la evaluación de rendimiento debe contener toda la información necesaria para que el trabajador conozca sus obligaciones, los criterios de evaluación y las posibles consecuencias.

De este modo, el reglamento podría establecer la obligación de que el empleador incorpore en la política de evaluación de rendimiento todos los aspectos que impactan en los resultados del trabajador, prescribiendo la exigencia de un contenido mínimo determinado por: (i) definiciones, (ii) detalle de criterios de evaluación, (iii) metodologías de evaluación, (iv) periodos de evaluación, (v) medidas y/o consecuencias de los resultados, y (vi) otras disposiciones que el empleador estime conveniente de acuerdo a la actividad de la empresa. Una disposición de este tipo no es extraña, toda vez que en la norma sobre Reglamento Interno de Trabajo (D.S N° 039-91-TR) se establece un mandato similar.

- *Exigencia de notificar los resultados negativos.*- En este punto, el reglamento debería establecer que, además de la evaluación de rendimiento, el trabajador debería ser informado de sus resultados en cada periodo, y además del plan de capacitación que seguirá en caso obtenga resultados negativos, previo a la entrega del preaviso de despido.
- iv) *Incorporación de lineamientos sobre el principio de inmediatez.*- Hemos señalado que una gran dificultad, al momento de aplicar la causal

de despido por rendimiento deficiente, es determinar si es necesario que exista reiteración o no. Al respecto, se ha indicado que una primera modificación sobre este extremo debe ser a nivel legal, en ese sentido, la ley debe señalar expresamente que el rendimiento deficiente debe ser reiterado, en base a ello, a nivel reglamentario se pueden colocar mayores precisiones.

En el tercer capítulo, se abordó que la magnitud del principio de inmediatez en la causal de rendimiento deficiente va más allá del lapso de tiempo entre los hechos, la toma de conocimiento y las acciones del empleador. La inmediatez se ha definido como la razonabilidad del tiempo y, en ese sentido, el tiempo en la determinación del rendimiento deficiente es una cuestión fundamental, no solo en la reiteración como tal, sino en el detalle de dicha reiteración. A continuación, detallamos algunos extremos de particular importancia:

- a) *Tipos de reiterancia.*- Hemos indicado que la reiteración puede ser de dos tipos, por un lado, “continua” que implica que el segundo resultado negativo es inmediatamente posterior al primero, por ejemplo, si se tratan de evaluaciones mensuales, el primer resultado deficiente es en el mes de enero, y el segundo es en febrero. Como se puede observar, hay una reiteración que además es continua. Por otro lado, la reiteración también puede ser “habitual”, es decir, que los resultados negativos no necesariamente pueden ser inmediatos, sino que son discontinuos.

Estos tipos de reiterancia presentan dificultades diferentes, ya que la reiterancia continua es un supuesto más claro de rendimiento deficiente, es decir, resultados negativos en dos o tres periodos continuos acreditan problema en el rendimiento. Sin embargo, en el caso de la reiterancia habitual o discontinua, ¿en qué caso estaríamos frente a una reiterancia de este tipo? Por ejemplo, una persona incurre en rendimiento deficiente por primera vez y, luego de un año, nuevamente obtiene resultados negativos, ¿es un supuesto de rendimiento deficiente que luego gatille un preaviso de despido? En este caso, lo más adecuado es recurrir a un criterio de razonabilidad que deberá ajustarse al tipo y características del negocio.

En ese sentido, en el caso de habitualidad, lo más relevante es que el empleador establezca criterios sobre cuándo se trata de una situación habitual, y determinar macro periodos en los cuales se pueda observar ello, siempre atendiendo a criterios de razonabilidad y formalizando ello en el documento que contiene la evaluación de rendimiento. En atención a lo mencionado, en el reglamento se puede incorporar una precisión sobre que la reiteración puede ser continua cuando se traten de periodos contiguos, o habitual o discontinua cuando la reiteración se produzca en periodos no contiguos, en cuyo caso, el empleador debe establecer criterios razonables para apreciar la habitualidad en periodos de tiempo más amplios.

- b) *Extensión de los periodos de evaluación.*- Otro aspecto importante en el que influye la razonabilidad del tiempo es en la extensión de los periodos de evaluación. En el capítulo tercero, se ha señalado que la ley establece de alguna manera un plazo de treinta días para la acreditación de la capacidad, por lo que se entendería que un periodo mensual es lo mínimamente razonable.

Como lo hemos sugerido anteriormente, si bien, mayormente coincidimos con este plazo de treinta días, lo cierto es que, para ello, los plazos evaluados no coincidan plenamente con los meses naturales. Como sabemos, en nuestro calendario existen meses de treinta, pero también de treinta y uno e incluso de veintiocho días. En ese sentido, si el preaviso se imputa el 31 de enero, la evaluación debe abarcar los 28 o 29 días de febrero más 1 o 2 días de marzo. Esto podría ser problemático ya que altera ciertos parámetros naturales.

En ese sentido, coincidimos que exista un periodo mínimo razonable determinado, sin embargo, con una mayor flexibilidad en la ley, a fin de que a nivel reglamentario simplemente se precise que los periodos de evaluación, en caso de ser mensuales, deben ser mínimamente de treinta días o de un mes natural. Asimismo, el empleador puede prever periodos más amplios según las características del negocio, en cuyo caso, el periodo para acreditar la capacidad debe ajustarse a tales periodos o prorratearse a un mínimo de treinta días.

- c) *Rendimiento deficiente permanente.*- En el capítulo tercero se ha definido cuando se trata de un rendimiento deficiente de carácter permanente y cuando se configura tal. Si bien se trata más de una definición, hemos visto más adecuado tratar este término en esta sección del presente capítulo.

Como lo hemos definido, el rendimiento deficiente es de carácter permanente cuando, luego del plazo otorgado en la carta de preaviso, el trabajador aún persiste en resultados negativos que evidencian rendimiento deficiente. Sobre el particular, esta definición debería estar incluida en el reglamento, ya que es el momento en el cual se gatilla el despido justificado.

- v) *Incorporación de criterios de razonabilidad.*- Se ha indicado que en la propuesta del MTPE se ha incorporado una referencia al principio de razonabilidad, a pesar de que se trata de un principio transversal al derecho. A nuestro criterio, coincidimos con la necesidad de incorporar tal cuestión, no solo a nivel reglamentario, sino también legal.

Anteriormente, se ha indicado que en la ley se deben incorporar referencias a “criterios razonables” y a “capacitación”. Con relación al primer aspecto, vía reglamentaria, se debería establecer que los criterios como objetivos o metas deben ser “alcanzables” y contar con un “sustento basado en las necesidades del negocio”. Asimismo, se debería precisar que la capacitación debe ser adecuada e impartirse en caso el trabajador incurra en rendimiento deficiente, y cuando se realicen cambios sustanciales en el decurso habitual del trabajo.

Algunos de los aspectos previamente señalados han sido recogidos de manera similar en la propuesta del MTPE, empero, nuestra propuesta es más precisa y ordenada. Asimismo, de ninguna manera, estableceríamos la exigencia de presentar la evaluación a la autoridad administrativa de trabajo, toda vez que se trata de una formalidad y trámite burocrático sin sentido. Por tanto, propondríamos que el rol de la autoridad administrativa de trabajo persista como un recurso adicional para probar el rendimiento deficiente, incluso, realizaríamos la aclaración que su intervención no es obligatoria.

Asimismo, al igual que con el caso de la causal de despido por disminución deliberada y reiterada (artículo 25, literal b.), propondríamos que

se genere un procedimiento en el Texto Único de Procedimientos Administrativos del MTPE para que exista un procedimiento específico para la verificación del rendimiento deficiente, toda vez que, como hemos visto, hoy por hoy, no existe un procedimiento administrativo que canalice el concurso del MTPE en la verificación del rendimiento deficiente. Asimismo, la Sunafil nos ha manifestado que no es competente para la verificación del rendimiento deficiente, por lo cual, no hay una vía clara para concretar la participación de la AAT en marco de un despido por rendimiento deficiente.

En base a lo señalado, se podría decir que el cambio normativo no solo afectaría a la ley y al reglamento, sino incluso también al T.U.P.A del MTPE o, en todo caso, el reglamento debería precisar si se debe hacer mediante una inspección (tal vez una inspección con carácter especial como las de verificación de despido arbitrario), toda vez que, a partir de las respuestas de las anteriores instituciones, queda acreditado que no existe claridad sobre qué institución es la encargada de hacer la verificación del rendimiento deficiente que está regulado en el artículo 23, literal b, de la LPCL.

En atención a lo desarrollado, a continuación, realizaremos un resumen de los lineamientos que debería observar una propuesta integral y completa de cambio normativo respecto de la regulación del despido por rendimiento deficiente:

Ley	Reglamento
Incorporación del carácter repetitivo del déficit en el rendimiento deficiente (“el rendimiento deficiente reiterado”) (artículo 23, literal b. LPCL). Modificación en el plazo de treinta días naturales, para que se disponga que el plazo es de “treinta días o un mes natural” como mínimo (artículo 31 de la LPCL).	Precisar que la reiteración puede ser continua cuando se traten de periodos contiguos, o habitual o discontinua cuando la reiteración se produzca en periodos no contiguos, en cuyo caso, el empleador debe establecer criterios razonables para apreciar la habitualidad en periodos de tiempo más amplios. Precisar que los periodos de evaluación, en caso de ser mensuales, deben ser mínimamente de treinta días o de un mes naturales. Asimismo, el empleador puede prever periodos más amplios según las características del negocio, en cuyo caso, el periodo para acreditar la capacidad luego del preaviso debe ajustarse a tales periodos o prorratearse a un mínimo de treinta días. El rendimiento deficiente es de carácter permanente cuando, luego del plazo otorgado en la carta de preaviso, el trabajador aún persiste en resultados deficientes.

Incorporación del principio de tipicidad con una disposición que indique de manera expresa que la evaluación de rendimiento debe constar por escrito e informarse a los trabajadores evaluados por medios idóneos.	Precisar que la notificación es previa a la entrada en vigencia de la evaluación de rendimiento. Asimismo, cualquier modificación debe notificarse antes de entrar en vigencia. Autorizar el uso de tecnologías de la información para la notificación de la evaluación. Precisar un contenido mínimo determinado por: (i) definiciones, (ii) detalle de criterios de evaluación, (iii) metodologías de evaluación, (iv) periodos de evaluación, (v) medidas y/o consecuencias de los resultados, y (vi) otras disposiciones que el empleador estime conveniente de acuerdo a la actividad de la empresa y que tengan impacto en la prestación del trabajador. Establecer el deber de notificar los resultados de cada periodo y, además, del plan de capacitación en caso se obtenga resultados negativos. Establecer que la intervención de la autoridad administrativa de trabajo no es obligatoria y su función es como medio probatorio complementario. Precisar la entidad a cargo de la verificación del rendimiento deficiente y el procedimiento administrativo. En este punto, se puede generar un procedimiento especial en el T.U.P.A del MTPE o, en todo caso, autorizar a Sunafil para que se haga cargo de estos procedimientos. A nuestro entender, consideramos que debería regularse en el mismo T.U.P.A del MTPE, toda vez que, siguiendo la literalidad de la norma, esta se refiere a Autoridad Administrativa de Trabajo, y hoy por hoy, la SUNAFIL funciona de manera más autónoma respecto del MTPE (ya no son una misma entidad). Así, por la redacción normativa, la realidad actual, y siguiendo el ejemplo de la verificación del literal b) del artículo 25 de la LPCL, consideramos que la mejor opción es que debe regularse un procedimiento en el T.U.P.A.
Incorporación del principio de razonabilidad mediante la precisión de que las evaluaciones se deben regir bajo criterios razonables. Incorporar la exigencia de una capacitación durante la evaluación de rendimiento.	Precisar que los criterios como objetivos o metas deben ser “alcanzables” y contar con un “sustento basado en las necesidades del negocio”. Precisar que la capacitación es necesaria cuando el trabajador incurra en rendimiento deficiente, y cuando se realicen cambios sustanciales en el decurso habitual de labores.

	Definiciones.- Se debería incorporar las siguientes definiciones: - Rendimiento deficiente.- Se trata de una aportación productiva defectuosa determinada a partir de la aplicación de la evaluación de rendimiento. El rendimiento deficiente no implica necesariamente disminución, sino que, desde que se conocen los resultados de la evaluación, el trabajador no alcanza el rendimiento razonablemente esperable. - Condiciones similares.- Refieren a una uniformidad formal y real en el grupo de evaluados asegurando que todos tengan la oportunidad de rendir en los niveles semejantes.

Las directrices aquí planteadas son un intento por generar un cambio normativo que permita un entendimiento integral de los elementos necesarios para una aplicación jurídicamente adecuada de la causal de despido por rendimiento deficiente. Como se ha visto en los capítulos anteriores, es posible llegar a tales definiciones, requisitos y demás mediante una ardua y profunda interpretación de los principios jurídicos laborales, sin embargo, esto a la vez puede generar interpretaciones diferentes que produzcan inseguridad jurídica.

Tomando en cuenta estos lineamientos es posible ensayar un proyecto de texto normativo a modo de ejemplo y sería de la siguiente manera:

■ Propuesta a nivel legal

Artículo 23.- Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

[...]

b) El rendimiento deficiente reiterado determinado a partir de una evaluación que permita medir periódicamente el rendimiento de los trabajadores. Dicha evaluación se debe establecer por escrito e informarse a los evaluados por medios idóneos, y previo a su entrada en vigencia.

Dicha evaluación debe observar criterios razonables y objetivos. Asimismo, el rendimiento debe apreciarse respecto de la capacidad individual del trabajador en relación a la aportación productiva razonablemente esperable y con el rendimiento promedio en comparación con el resto de trabajadores que laboran bajo condiciones similares.

Ante la identificación del rendimiento deficiente, el empleador debe prestar capacitación al trabajador a fin de superar la deficiencia y cuando se den cambios sustanciales en la prestación laboral.

Artículo 31.- El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formule, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales o un mes natural para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia

■ Propuesta a nivel reglamentario

Artículo 34.- El rendimiento deficiente que se contrae el inciso b) del Artículo 23 de la Ley supone de una aportación productiva defectuosa determinada a partir de la aplicación de la evaluación de rendimiento según los criterios individuales y colectivos establecidos por Ley, los mismos que se aplican simultáneamente. El rendimiento deficiente no implica necesariamente disminución, sino que, el trabajador no alcanza el rendimiento razonablemente esperable.

Para la verificación del rendimiento deficiente, el empleador podrá solicitar el concurso de los servicios de la Autoridad Administrativa de Trabajo, así como del Sector al que pertenezca la empresa. Dicho concurso tiene una función probatoria complementaria, no siendo necesario para la configuración de la causal de despido. La participación de la Autoridad Administrativa de Trabajo deberá regularse a través de un procedimiento dentro del Texto Único de Procedimiento Administrativo.

Artículo 34 — A.- Respecto a las condiciones similares debe observarse el principio de igualdad de oportunidades a fin de asegurar que los trabajadores estén en posición de rendir en los niveles semejantes.

Los criterios de evaluación deben establecer indicadores alcanzables sustentados en las necesidades del negocio. Asimismo, la capacitación debe estar vinculada a las labores sobre las cuales se requiere superar la deficiencia y sobre los cambios sustanciales de la prestación laboral que eventualmente se implementen.

Artículo 34 — B.- Para la aplicación del literal b) del artículo 23 de la Ley, el rendimiento deficiente se mide, como mínimo, en periodos mensuales. Se pueden establecer periodos de evaluación más amplios, en cuyo caso, la posibilidad para acreditar la capacidad luego del preaviso de despido desde adaptarse a tales periodos.

Respecto de la reiterancia, esta es continua cuando los periodos con resultados deficientes son contiguos. Asimismo, la reiterancia es habitual o discontinua cuando

se produce en periodos no contiguos, en cuyo caso, se deben establecer criterios razonables para apreciar la habitualidad en periodos de tiempo más amplios.

El rendimiento deficiente es de carácter permanente cuando, luego del plazo otorgado en la carta de preaviso, el trabajador aún persiste en resultados deficientes, lo que habilita el despido.

Artículo 34 — C.-Para la aplicación del literal b) del artículo 23 de la Ley, los criterios y las condiciones para la evaluación del rendimiento deben ser informados al trabajador antes de su aplicación de manera escrita por medios físicos o virtuales mediante las tecnologías de la información disponibles.

El documento que regula la evaluación debe prever las definiciones, criterios, rubros, metodologías, periodos y otras disposiciones de la evaluación que tengan impacto en el rendimiento del trabajador.

Asimismo, el empleador debe informar al trabajador los resultados obtenidos como producto de la evaluación, y las actividades que conforman el programa de capacitación para asistir a la superación de la deficiencia.

Como se podrá observar, la amplitud y precisión de la propuesta producto de este estudio es mayor, tratando de cubrir la mayor cantidad de aspectos vinculados a la determinación del rendimiento deficiente, pero dejando la flexibilidad necesaria para que se adapte a la multiplicidad de labores existentes en el mercado laboral.

Si bien es cierto, el grado de análisis expuesto en los capítulos anteriores nos muestra que en la aplicación del despido por rendimiento deficiente existe una complejidad considerable que, en definitiva, no se refleja por completo en nuestra propuesta de cambio normativo, lo cierto es que estos lineamientos por sí solos nunca serán suficientes, sino que son simplemente una directriz que, acorde a los principios jurídico-laborales, nos ayude a llegar de una manera más segura, cierta y rápida a una aplicación jurídicamente correcta de esta causal de despido.

En atención a lo mencionado, mediante nuestra propuesta de cambio normativo se pretende dar una solución a aquellas situaciones álgidas no reguladas y que tradicionalmente han sido problemáticas a fin de encausarlas hacia lo que los principios laborales nos ordenan. Así, posiblemente, a pesar de que a nuestro entender es lo más completo y mínimamente necesario que debe contener una norma, aun así, es posible que en la realidad surjan situaciones particulares que no encajen por completo, para lo cual, ciertamente, se

deberá recurrir a cada uno de los principios que son el trasfondo y sustento jurídico del ordenamiento jurídico laboral.

Finalmente, a lo largo de esta investigación, nos hemos encontrado con una serie de supuestos que nos obligan generar soluciones desde nuestro punto de vista que, a pesar de haber mantenido los más estrictos estándares de objetividad y rigurosidad jurídica, aun así, pueden tener alguna carencia o sesgo propio de la naturaleza humana de su autor, por lo cual, empero el arduo trabajo realizado, consideramos que esta es una discusión inacabada.

CONCLUSIONES

Al final de cada capítulo hemos ido adelantando las conclusiones a las que se ha arribado a partir de lo desarrollado. En ese sentido, a continuación, exponaremos únicamente las conclusiones más relevantes que sintetizan nuestra investigación en virtud de lo tratado a lo largo de todo este estudio.

- El rendimiento es un deber esencial según el contrato de trabajo, la legislación, el principio de buena fe y los fines del ordenamiento jurídico laboral. El incumplimiento del deber de rendimiento puede ser reputado a la capacidad o a la conducta. Sin embargo, por buena fe, debe presumirse que el rendimiento deficiente no es intencional (salvo prueba en contrario), por ende, causado por una falta de capacidad.
- El derecho de evaluación es una manifestación de la facultad fiscalizadora y debe ser ejercido dentro de los siguientes límites: (i) debe satisfacer una necesidad razonable del negocio; (ii) debe ser ejercido bajo criterios de razonabilidad; y (iii) debe informarse a los trabajadores con anticipación y suficiencia. La evaluación de rendimiento no debe tener como única finalidad despedir, sino que, por sobre todo, desarrollar profesionalmente al trabajador.
- La extinción del contrato de trabajo en relación con la capacidad se debe a que afecta directamente al objeto, causa y elemento personal del contrato de trabajo. En ese sentido, el despido en relación con la capacidad es la resolución unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador, justificado en el hecho de que el trabajador carece de condiciones personales necesarias para la ejecución del contrato de trabajo.
- Lo más importante para la aplicación de la causal de despido por rendimiento deficiente es la evaluación de rendimiento, pues es la herramienta mediante la cual se determina la idoneidad del rendimiento del trabajador. Para ello, el empleador debe implementar metodologías objetivas

en la evaluación de rendimiento para que esta sustente válidamente un despido por rendimiento deficiente.

- Una evaluación de rendimiento genera consecuencias jurídicas sobre los trabajadores, por tanto, la evaluación debe ajustarse a normas y principios del ordenamiento jurídico. Así, la evaluación de rendimiento para efectos del despido por capacidad debe darse aplicando un criterio individual y colectivo, el cual se puede materializar mediante el empleo de metodologías de evaluación cuantitativa.
- El criterio individual de evaluación coincide con el tipo de evaluación por fijación de objetivos que consiste en establecer objetivos o metas a los trabajadores. El criterio colectivo coincide con los métodos normas de trabajo que consiste en hallar el rendimiento promedio del grupo de trabajo y la comparación entre pares que implica un cuadro de mérito. Las evaluaciones se deben aplicar en simultáneo: el criterio individual y el criterio colectivo.
- El procedimiento de despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad no necesariamente inicia con el preaviso de despido, sino que con el inicio de la aplicación de la evaluación de rendimiento según los parámetros normativos, es decir, cuando se aplica la evaluación individual y colectiva de manera simultánea.
- El concurso de la Autoridad Administrativa de Trabajo no es obligatoria ni necesaria para la configuración del rendimiento. A pesar de ello, algunos jueces, equivocadamente, han resuelto que es obligatoria tal intervención. Asimismo, se debe acotar que la Autoridad no cuenta con un procedimiento especial y específico para su participación.
- El principio de igualdad está presente expresamente en la norma sobre despido por rendimiento deficiente cuando se hace mención a “condiciones similares”. No se trata de una igualdad rígida, sino que, sobre todo, de una igualdad de oportunidades, que implica que todos los trabajadores que son evaluados puedan tener las mismas posibilidades de rendir.
- El principio de inmediatez tiene una regulación expresa para el despido por capacidad y, respecto del despido por rendimiento deficiente, este principio tiene una dimensión más amplia. Así, en la medida de que la inmediatez significa la razonabilidad del tiempo, este principio tiene

impacto sobre diversos aspectos de la evaluación de rendimiento como el periodo de evaluación, la reiterancia, la continuidad, etc.

- El principio de inmediatez, al suponer la razonabilidad del tiempo, implica que el rendimiento deficiente se determine como una situación reiterada, de modo que no basta un solo resultado negativo para iniciar formalmente el despido. Asimismo, este principio está presente en la determinación de la extensión de los periodos de evaluación, los tipos de reiterancia y, finalmente, el momento en el que el rendimiento deficiente adquiere la calidad de permanente.
- El principio de razonabilidad implica, básicamente, la proscripción de la arbitrariedad. En ese sentido, cada medida adoptada por el empleador debe tener un sustento objetivo. De esta manera, la razonabilidad se debe manifestar en la estructura y diseño de la evaluación, las metas y criterios de evaluación deben estar en función al negocio y no ser antojadizos, la capacitación razonablemente útil al trabajador, la aplicación sensata de las disposiciones y las medidas a tomar frente a la identificación de la deficiencia en el rendimiento.
- El principio de tipicidad implica normar los lineamientos de la evaluación de rendimiento a fin de dar seguridad jurídica al trabajador sobre lo que se espera de él. En ese sentido, se requiere que se impute la norma correcta según la ley, asimismo, la evaluación debe estar documentada, que las conductas se ajusten a lo normado, que sea informada al trabajador, y que no se aplique de forma retroactiva. Asimismo, las medidas ante la detección del rendimiento deficiente deberían estar previstas en el documento y no pueden ser sanciones, ya que estas son de otra naturaleza (sancionadora), diferente al del despido por capacidad.
- El principio de buena fe es transversal a todo el ordenamiento jurídico y se manifiesta en el despido por rendimiento deficiente en la finalidad de la evaluación, la comunicación de las medidas de fiscalización y la presunción de diligencia por parte del trabajador. Sin perjuicio de ello, este principio debe primar en todo acto de las partes.
- La labor de evaluación acarrea un esfuerzo, cuidado y logística considerables, pero necesarias para mantener altos estándares de productividad en el personal. Por ello, la implementación de un procedimiento de evaluación para un despido por capacidad implica bastante trabajo como

para que su única función sea despedir, la evaluación debe tener utilidades tanto para el negocio (por ejemplo, indicadores de venta) como para el trabajador (por ejemplo, bonos, remuneración, ascenso, etc.).

- Los empleadores deben cuidar que los encargados de gestionar el procedimiento de evaluación, capacitación y despido no incurran en errores en la información y/o data que utilizan. De lo contrario, se pueden generar inexactitudes que invaliden el eventual despido que se pueda gatillar. Por ello, reiteramos que es necesaria una considerable rigurosidad y precisión con la gestión de estos procedimientos.

BIBLIOGRAFÍA

■ Fuentes teóricas

1. Aguilar Cavallo, G. (2016). Principios de interpretación de los derechos fundamentales a la luz de la jurisprudencia chilena e internacional. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 146, (13-59).
2. Aguinaga Saavedra, J. (2018). Mecanismos disciplinarios ante el rendimiento deficiente del teletrabajador. *Soluciones laborales para el sector privado*, (126), 162-171.
3. Alarcón Salas, M., Cadillo Ángeles, C., Castañeda Velásquez, E., et al. (2016). *Comentarios a la ley de productividad y competitividad laboral: 25 ensayos que analizan la reforma laboral individual (1ª. ed.)*. Lima: Gaceta Jurídica.
4. Alba López, N. (2014). Las causales de despido nulo y su impugnación. En: *El despido laboral: Despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento (69-89). (1ª. ed.)*. Lima: Editorial El Búho E.I.R.L.
5. Alonso Olea, M. (1963). *Introducción al derecho del trabajo. (2ª. ed.)*. Madrid.
6. Aquino, J., Vola, R., Arecco, M. & Aquino, G. (1997). *Recursos humanos. (2º ed.)*. Córdoba: Macchi.
7. Arce Ortiz, E. (2013). *Derecho individual del trabajo en el Perú: Desafíos y deficiencias. (2º ed.)*. Lima: Palestra.
8. Asesoramiento y análisis laboral (2002). *Extinción de la relación laboral: condiciones y procedimientos para el despido. (2º ed.)*. Lima: AELE.
9. Asesoramiento y análisis laboral (2004). *Extinción de la relación laboral: Condiciones y procedimientos para el despido, (3º ed.)*. Lima: AELE.

10. Asociación peruana de empresas de seguros (2019). ¿Qué es la prima de seguros? Recuperado de <https://www.apeseg.org.pe/2019/02/que-es-la-prima-de-seguros/>
11. Asociación peruana de empresas de seguros (2019). Glosario de términos. Recuperado de <https://www.apeseg.org.pe/glosario-de-terminos/>
12. Banco Central de Reserva del Perú (2011). Glosario de términos. Recuperado de <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Glosario/Glosario-BCRP.pdf>
13. Begoña Peral, P., Díez de Castro, E. & Navarro García, A. (2003). *Dirección de la fuerza de ventas*. México: McGraw Hill.
14. Belío Galindo, J. & Sainz Andrés, A. (2007). *Cómo mejorar el funcionamiento de la fuerza de ventas*. España: Especial Directivos.
15. Belleza Salazar, M. (2008). El principio de igualdad y su incidencia de género en el derecho. *RAE: Jurisprudencia* (8), 45- 57.
16. Blake, O. (1997). *La capacitación, un recurso dinamizador de las organizaciones*. (2º ed.). Buenos Aires: Macchi.
17. Blancas Bustamante, C. (2013). *El despido en el derecho laboral peruano*. (3º ed.). Lima: Jurista Editores E.I.R.L.
18. Bustamante Alarcón, R. (2000). Una aproximación a la vigencia del debido proceso en los despidos laborales. A propósito de una jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Ius Et Veritas*, (21), 301-310.
19. Cabanellas de Torres, G. (1993). *Diccionario jurídico elemental*. (11ª. ed.). Buenos Aires: Heliasta.
20. Cadillo Ángeles, C. (2013). La extinción de la relación laboral por causas relacionadas con la capacidad del trabajador. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura*, 14 (1), 70-96.
21. Canessa Montejó, M. (2009). La protección contra el despido en el derecho internacional. En: *Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI* (293-308). Lima: ARA Editores E.I.R.L.
22. Carrillo Calle, M. (2011). La estabilidad de entrada y de salida como expresiones del principio de continuidad. Una aproximación desde la

- jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano. *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, (12), 179-186.
23. Cejas Martínez, M. & Acosta, J. (2012). La capacitación laboral: alcances y perspectivas en tiempos complejos. *Anuario del Instituto de Derecho Comparado, Universidad de Carabobo*, 35, 148-173.
 24. Chienda Quiroz, A. & Vilela Espinosa, A. (2010). *Extinción de la relación laboral*. Lima: Asesoramiento y Análisis Laborales.
 25. Comisión de Protección Social creada por Resolución Ministerial N° 017-2017-EF/10. Propuestas de reformas en el sistema de pensiones, financiamiento en la salud y seguro de desempleo. Lima: Septiembre, 2017.
 26. Córdova, E. (1997). Naturaleza y elementos del contrato de trabajo. *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, 297-314.
 27. Cornejo Vargas, C. (1995). El principio in dubio *pro operario* en la futura Ley General de Trabajo: algunas condicionantes teóricas. *Ius Et Veritas*, 6(11), 95-117.
 28. De la Cruz Carpio, M. (2014). El despido fraudulento y su impugnación. En: *El despido laboral: Despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento* (9-10) (1ª. ed.). Lima: Editorial El Búho E.I.R.L.
 29. De Lama, M. & Gonzalo, M (2015). Causales de despido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Actualidad Jurídica*, 38-39.
 30. Diccionario panhispánico del español jurídico. (s.f.). Recuperado de <https://dppor.ejemplorae.es>
 31. Díez-Picazo, L. (2007). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*. (6ª. ed.). Madrid: Thomson & Civitas.
 32. Ferro Delgado, V. (2019). *Derecho individual del trabajo en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
 33. García Granara, F. (2002). El derecho al empleo y el despido arbitrario (a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Telefónica). *Derecho & Sociedad*, (19), 247-252.

34. Gonzales Hunt, C. & Valencia Gargurevich, A. (2019). La regulación del derecho de huelga en la OIT y los órganos de control, a propósito de la normativa peruana. *Revista Laborem*, (21).
35. González Afonso, D. (2017). *La adecuación de los métodos de evaluación del rendimiento laboral a los criterios doctrinales (Trabajo de fin de Grado)*. Universidad de La Laguna, Santa Cruz de Tenerife.
36. González, Y. (2012). *Actitud hacia el compromiso organizacional y productividad laboral en las empresas del sector ferretero en el estado de Zula (Tesis de grado Magister)*. Venezuela: Universidad Rafael Bellosó Chacín.
37. Gorelly Hernández, J. (2004). La configuración de los pactos extintivos sobre el rendimiento mínimo y su relación con el despido disciplinario por disminución de rendimiento. *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, (123), 395-426.
38. Guevara Sánchez, P. (2016). *Factores determinantes en el desempeño de la empresa Buon Giorno de la ciudad de Ambato, provincia de Tungurahua (Proyecto de investigación previa a la obtención del Título en Ingeniero en Marketing y gestión de negocios)*. Ecuador: Universidad Técnica de Ambato.
39. Hernández, L. (1997). Poder de dirección del empleador. En: *Instituciones del derecho del trabajo y de la seguridad social*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
40. Instituto de Investigaciones Jurídicas (1982). *Diccionario jurídico mexicano. (1ª. ed.)*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1168/8.pdf>
41. Instituto Nacional de Estadística e Informática (2013). Día mundial de la población. Recuperado de https://www.inei.gob.pe/media/MenuRecursivo/publicaciones_digitales/Est/Lib1095/libro.pdf
42. Jiménez Coronado, L. (2014). Falta grave: quebrantamiento de la buena fe laboral. *Análisis Jurisprudencial*, 297.
43. Johnston, M. & Marshall, G. (2009). *Administración de ventas. (9ª. ed.)*. México: McGraw.

44. Juanes, N. (2012). La causa del contrato. *Revista de la Facultad de Derecho*, 3(1).
45. Kennedys, M. & Reeve, B. D. (2016). Disciplinary and poor performance policy. American International Group. Recuperado de <https://www.aig.co.uk/content/dam/aig/emea/united-kingdom/documents/Financial-lines/PrivateEdge/epl/disciplinary-and-poor-performance-policy.pdf>
46. Lalupú Sernaque, L. (2017). El principio de igualdad de trato en el derecho laboral. Jurisprudencia peruana. *Soluciones Laborales para el sector privado*, 122, 124-133.
47. León Valbuena, N. (2013). Fuerza de ventas determinante de la competitividad empresarial. *Revista de Ciencias Sociales Universidad del Zulia*, 19, (2), 379-389.
48. López Basanta, J. (1997) El Salario. En: *Instituciones del derecho del trabajo y de la seguridad social* (445-464). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
49. Martín Valverde, A., Rodríguez Sañudo J. & García Murcia, F. (2006). *Derecho del trabajo*. (2ª. ed.). Madrid: Tecnos.
50. Molero Manglano, C. (1997). Estructura del contrato de trabajo. Un estudio sobre su configuración, elementos, contenido y extinción. (1ª. ed.). Madrid: Dykinson
51. Molina, M. & Maria de Benet, A. (2012). Los sistemas de control de la fuerza de ventas. *Working Papers on Operations Management*, 3(1).
52. Montoya Medina, D. (2015). La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas: la ineptitud del trabajador. *Revista Do Tribunal Regional Do Trabalho*, 15 (42), 181-196.
53. Neves Mujica, J. (1990). Las reglas constitucionales para la aplicación de la norma laboral. *Derecho PUCP*, (43-44), 283-309.
54. Neves Mujica, J. (2014). Introducción al derecho del trabajo. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

55. Neves Mujica, J. (2015). El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisprudenciales Supremos en materia laboral. *THEMIS Revista De Derecho*, (67), 227-232.
56. Obregón Rivera, A. (2015). *Consideraciones respecto al despido por causal de rendimiento deficiente (Trabajo de especialización)*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
57. Ojeda Avilés, A. (2007). Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 60, 375-402.
58. Olea, M. & Casas Baamonde M. (1995). *Derecho del trabajo*. (14^a. ed.). Madrid: Thomson Aranzadi.
59. Organización Internacional del Trabajo (2021, 10 de julio). Protección de los datos personales de los trabajadores. Recuperado de: http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_protect/@protrav/@safework/documents/normativeinstrument/wcms_112625.pdf
60. Organización Internacional del Trabajo. (2020, 15 de julio). R166 - Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166). Recuperado de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_COCO:R166
61. Ossorio, M. (2008). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Heliasta. Recuperado de <https://docs.google.com/viewer?a=v&pid=sites&srcid=ZGVmYXVsdGRvbWFpbmxi-b25zdWx0b3Jlc2x1Z2FsZXNkZWxub3Jlc3RlGd4OjVjMTM0NzQ-5MWYyMmIyMDE>
62. Pacheco Zerga, L. (2012). Los elementos esenciales del contrato de trabajo. *Revista de Derecho*, 13, 29-54.
63. Palaci, F. (2005). *Psicología de la Organización*. Madrid: Pearson Prentice Hall.
64. Pampillón Olmedo, R. (2008) *Diccionario de Economía* (Compilación IE Business School). Recuperado de https://economy.blogs.ie.edu/files/2008/06/Nuevodiccionario_Econ.pdf
65. Pedraza, E., Amaya, G. & Conde, M. (2010). Desempeño laboral y estabilidad del personal administrativo contratado de la Facultad de Medicina de la Universidad del Zulia. *Revista de Ciencias Sociales*, 16(3), 493-505.

66. Pérez Portilla, K. (2010). Más allá de la igualdad formal: Dignidad humana y combate a la desventaja. En: *Homenaje al doctor Emilio O. Rabasa*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.
67. Pizarro Díaz, M. (2006). La remuneración en el Perú: Análisis jurídico laboral. Lima: Estudio González & Asociados.
68. Plá Rodríguez A. (1978). *Los principios del derecho del trabajo*. (2° ed.). Buenos Aires: Depalma.
69. Poquet Catalá, R. (2014). La disminución del rendimiento como causa de despido disciplinario: análisis jurídico. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, (111), 123-148.
70. Puntriano Rosas, C. (2006). La terminación de la relación de trabajo. Alternativas y recomendaciones. *Actualidad Jurídica*, 9.
71. Quesada Segura, R. (1989). Tendencias recientes de la jurisprudencia sobre ineptitud del trabajador como causa de despido. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, (16), 46-66.
72. Quispe Chávez G. & Mesinas Montero F. (2009). El despido en la jurisprudencia judicial y constitucional. *Actualidad Jurídica*, 17-36.
73. Real Academia Española. (s.f.). Recuperado de <https://dle.rae.es/contenido/actualización-2020>.
74. Reichheld, F. (2003). The one number you need to grow. *Harvard Business Review* 81(12), 46-55.
75. Ríos Galindo, M. & Ríos, V. (2015). Productividad en Serie de Estudios Económicos, 1, 1-9.
76. Rodríguez Piñero, M. (1979). El principio de igualdad y las relaciones laborales. *Revista de Política Social*, 121, 381-414.
77. Roncancio Ávila, M., Reina Moreno, D., Hualpa Zúñiga, A., Felizzola Jiménez, H. & Arango Londoño, C. (2017). Utilización de curvas de aprendizaje e intervalos de confianza en un estudio de tiempos para el cálculo de tiempos estándar. *INGE CUC*, 13(2), 18-27.
78. Rubio Correa, M. (2012). *El sistema jurídico: Introducción al derecho*. (9° ed.). Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

79. Sagardoy Bengoechea, J. (1971). Ineptitud, despido y desempleo. *Revista de Política Social*, (89), 5-32.
80. Saiz, L. (2017). Cómo demostrar el bajo rendimiento en un despido. *Expansión Jurídica*. Madrid, 31.
81. Toyama Miyagusuku, J., & Girao La Rosa, J. (2014). GPS Laboral: La facultad de fiscalización del empleador a partir de las nuevas tecnologías de la información. *IUS ET VERITAS*, 24(49), 176-189.
82. Toyama Miyagusuku, J. (2015). *El derecho individual de trabajo en el Perú. Un enfoque teórico práctico*. Lima: Gaceta Jurídica.
83. Toyama Miyagusuku, J. & Vinatea Recoba, L. (2015). *Guía laboral*. (7° ed.). Lima: Gaceta Jurídica.
84. Vega Sánchez, D. (2005). *Gestión estratégica del departamento de ventas aplicada en una empresa comercial-farmacéutica (Tesis fin de grado)*. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Departamento de Ingeniería.
85. Vera Pérez, A. (2018). Integración del proceso de gestión del diseño organizacional y de gestión del desempeño en la aplicación de sanciones por incumplimientos del trabajador. *Revista Derecho & Sociedad*, (50), 125-133.
86. Vidal Salazar, M. (2004). Los límites internos del derecho de huelga y la visión del ordenamiento laboral peruano. *Revista PUCP*, (3).
87. Vidal Salazar, M. (2009). Apuntes sobre los principios aplicables a la facultad sancionadora del empleador y su tratamiento jurisprudencial. En: *Temas centrales del derecho del trabajo del siglo XXI* (269-309). Lima: ARA Editores E.I.R.L.
88. Vilela Espinoza, A. & Chienda Quiroz, A. (2010). *Extinción de la relación laboral: Condiciones y procedimientos para el despido. Asesoramiento y análisis laboral* (2° ed.). Lima: AELE.
89. Vitteri Guevara, J. (2014). Tratamiento jurisprudencial del despido incausado. En: *El despido laboral: Despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento* (153-171). Lima: Gaceta Jurídica.
90. Zamora Chávez, M. (2014). El despido fraudulento. En: *El despido laboral: Despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento* (29-34). (1ª. ed.). Lima: Editorial El Búho E.I.R.L.

91. Decreto Supremo N° 007-2017-PRODUCE (mayo de 2017). Informe Técnico Extraordinario N°001-2017/ENFEN - Comisión multisectorial encargada del estudio nacional del fenómeno “El Niño” - ENFEN. Recuperado de https://www.dhn.mil.pe/Archivos/Oceanografia/ENFEN/nota_tecnica/01-2017.pdf

▪ **Artículos periodísticos**

92. *El Peruano* (2017, 27 de julio). Cese por despidos apenas llega al 7 %: Más empleadores optan por negociar desvinculaciones. Recuperado de <https://elperuano.pe/noticia/57953-mas-empleado-res-optan-por-negociar-desvinculaciones>.
93. Radio Programas del Perú (2 de diciembre de 2019). Entrevista a Alicia Jiménez. Lima
94. Redacción EC (2018, 30 de abril). Centros comerciales: ¿En cuáles creció el flujo de visitantes? Recuperado de <https://elcomercio.pe/economia/negocios/centros-comerciales-crecio-flujo-visitantes-noticia-516261-noticia/>
95. Ríos, M. (2019, 3 de enero). Empresas pueden despedir a sus trabajadores por bajo rendimiento sin pagar indemnización. Recuperado de <https://afly.co/fcj6>

▪ **Jurisprudencia y resolución administrativa**

96. Tribunal Constitucional (2002). Expediente N° 1124-2001-AA/TC. Lima: 11 de julio de 2002.
97. Tribunal Constitucional (2006). Expediente N° 0552-2006-PA/TC. Lima: 13 de marzo de 2006.
98. Tribunal Constitucional (1968). Expediente N° 969-96-AA/TC. Lima: 15 de julio de 1998.
99. Tribunal Constitucional (1997). Expediente N° 976-96-AA-TC. Lima: 11 de diciembre de 1997.
100. Tribunal Constitucional (1998). Expediente N° 249-96-AA/TC. Lima: 27 de abril de 1998.
101. Tribunal Constitucional (1999). Expediente N° 026-99-AA/TC. Arequipa: 5 de agosto de 1999.

102. Tribunal Constitucional (1999). Expediente N° 1112-98 AA/TC. Lima: 21 de enero de 1999.
103. Tribunal Constitucional (1999). Expediente N° 415-99-AA/TC. Arequipa: 6 de agosto de 1999.
104. Tribunal Constitucional (2002). Expediente N° 1001-2001 AA/TC. Lima: 22 de agosto de 2002.
105. Tribunal Constitucional (2002). Expediente N° 1124-2001-AA/TC. Lima: 11 de julio de 2002.
106. Tribunal Constitucional (2003). Expediente N° 976-2001-AA/TC. Lima: 13 de marzo de 2003.
107. Tribunal Constitucional (2004). Expediente N° 090-2004-AA/TC. Arequipa: 15 de julio de 2004.
108. Tribunal Constitucional (2004). Expediente N° 2339-2004-AA/TC. Cusco: 30 de septiembre de 2004.
109. Tribunal Constitucional (2008). Expediente N° 3169-2006-PA/TC. Lima, 10 de octubre de 2008.
110. Tribunal Constitucional (2009). Expediente N° 157-2015-7°JEL. Lima: 20 de marzo de 2009.
111. Tribunal Constitucional (2009). Expediente N° 543-2007-PA/TC. Lima: 29 de septiembre de 2009.
112. Tribunal Constitucional (2010). Expediente N° 2893-2009-AA/TC. Lima: 7 de abril de 2010.
113. Tribunal Constitucional (2012). Expediente N° 04090-2011 PA/TC. Lima: 9 de agosto de 2012.
114. Tribunal Constitucional (2014). Expediente N° 2844-2013-PA/TC. Lima: 10 de abril de 2014.
115. Tribunal Constitucional (2014). Expediente N° 130-2012-PA/TC. Lima: 11 de marzo de 2014.
116. Tribunal Constitucional del Perú (2004). Expediente N° 1058-2004-AA/TC. Lima: 18 de agosto de 2004.

117. Tribunal del Servicio Civil (2014). Expediente N° 599-2013- SERVIR/ TSC. Lima: 30 de abril de 2014.
118. Corte Suprema de Justicia de la República (2005). Casación N° 1754-2003-Ica. Lima: 3 de mayo de 2005.
119. Corte Suprema de Justicia de la República. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria (2017). Casación Laboral N° 13768-2016, Lambayeque. Lima: 11 de agosto de 2017.
120. Corte Suprema de Justicia de la República. Sala Civil Transitoria (2000). Casación N° 2248-99-Tacna. Lima: 25 de febrero de 2000.
121. Corte Suprema de la República. Sala Transitoria de Derecho Constitucional y Social (2003). Casación Laboral N° 875-2001 Lima. Lima: 9 de septiembre de 2003.
122. Corte Suprema de Justicia de la República. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente (2012). Casación Laboral N° 1396-2011-Lima. Lima: 20 de abril de 2012
123. Corte Suprema de Justicia de la República. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente (2013). Casación Laboral N° 9483-2012-Cusco. Lima: 30 de septiembre de 2013.
124. Corte Suprema de Justicia de la República. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente (2012). Casación Laboral N° 3034-2012-Lima. Lima: 16 de noviembre de 2012
125. Corte Suprema de Justicia de la República. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente (2013). Casación Laboral N° 4988-2013-Lima. Lima: 16 de agosto de 2013.
126. Corte Suprema de Justicia de la República. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria (2015). Casación Laboral N° 6503-2016- Junín. Lima: 15 de noviembre de 2015.
127. Corte Suprema de Justicia de la República. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria (2018). Casación Laboral N° 8418-2017. Lima, 7 de noviembre de 2018.

128. Corte Suprema de Justicia de la República. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria (2019). Casación Laboral N° 21599-2018 Sullana. Lima: 10 de octubre de 2019.
129. Corte Suprema de Justicia de la República Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria (2019). Casación Laboral N° 25687-2017-Lima. Lima: 20 de marzo de 2019.
130. Corte Suprema de Justicia de la República. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria (2020). Casación laboral N° 17515-2017. *Caso Pacífico*. Santa: 24 de octubre de 2019.
131. Corte Suprema de Justicia de la República. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria (2020). Casación laboral N° 30055-2018. *Caso BCP*. Lima: 21 de enero de 2020.
132. Corte Suprema de Justicia de la República. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. Casación Laboral N° 8418-2017. Lima: 7 de noviembre de 2018.
133. Corte Suprema de Justicia de la República. Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria (2019). Casación Laboral N° 13119-2017. Lima: 27 de noviembre de 2019.
134. Corte Superior de Justicia de La Libertad. Primera Sala Especializada Laboral (2011). Expediente N° 0592-2008-0-1601-JR-LA-05. Caso Teatento. Trujillo: 19 de mayo de 2011.
135. Corte Superior de Justicia. Séptima Sala Laboral Permanente (2017). Expediente N° 11596-2014-0-1801-JR-LA-15. Caso Reprodata. Lima: 1 de marzo de 2017.
136. Corte Superior de Justicia de Lima. Primera Sala Laboral Permanente de Lima (2018). Expediente N° 03367-2015-0-1801-JR-LA-09. Caso América Móvil. Lima: 4 de mayo de 2018.
137. Corte Superior de Justicia del Santa. Sala Laboral (2017). Expediente N° 2094-2016-0-2501-JR-LA-05. Caso Pacífico. Chicbote: 14 de junio de 2017.
138. Corte Superior de Justicia. Sala Laboral. Sentencia de Vista (2010). Expediente N° 529-2008-0-1706-JR-LA-03. Chiclayo: 25 de junio de 2010.

139. Corte Superior de Justicia. Sala Laboral Permanente (2020). Expediente N° 2094-2016-0-2501-JR-LA-05. Caso Pacífico. Chimbote: 17 de junio de 2020.
140. Corte Superior de Justicia de Lima. Primera Sala Laboral Permanente. Sentencia de Vista (2018). Expediente N° 23886-2015-0-1801-JR-LA-09. *Caso BCP*. Lima: 22 de agosto de 2018.
141. Corte Superior de Justicia del Santa. Quinto Juzgado de Trabajo (2017). Expediente N° 2094-2016-0-2501-jr-la-05. Caso Pacífico. Chimbote: 6 de enero de 2017.
142. Corte Superior de Justicia de La Libertad Quinto Juzgado Laboral (2010). Expediente N° 0592-2008-0-1601-JR-LA-05. Caso Teleatento. Trujillo: 27 de julio de 2010.
143. Corte Superior de Justicia. Décimo Quinto Juzgado Especializado de Trabajo de Lima (2015). Expediente N° 11596-2014-0-1801-JR-LA-15. Caso Reproduta. Lima: 19 de junio de 2015.
144. Corte Superior de Justicia. Noveno Juzgado Especializado de Trabajo Permanente (2016). Expediente N° 03367-2015-0-1801-JR-LA-09. *Caso América Móvil*. Lima: 16 de junio de 2016.
145. Corte Superior de Justicia. Noveno Juzgado Especializado de Trabajo Permanente (2017). Expediente N° 23886-2015-0-1801-JR-LA-09. *Caso BCP*. Lima: 21 de febrero de 2017.
146. Corte Superior de Justicia Séptimo Juzgado Especializado - Nueva Ley Procesal del Trabajo (2015). Expediente N° 14249-2014-0-1801-JR-LA-07. Lima: 12 de junio de 2015.
147. Intendencia de Lima Metropolitana de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (2020). Expediente sancionador N° 1041-2018-SUNAFIL/ILM/SIRE5. Lima: 30 de octubre de 2020.
148. Intendencia de Lima Metropolitana de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (2020). Expediente sancionador N° 3000-2017-SUNAFIL/ILM/SIRE2. Lima: 19 de noviembre de 2020.
149. Intendencia Regional de La Libertad de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (2018). Expediente N° 186-2016-SUNAFIL/IR-LL/SIRE-PS. Trujillo: 13 de agosto de 2018.

150. Sub-Intendencia de Actuación inspectiva de Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (2017). Orden de Inspección N° 15199-2016 SUNAFIL/ILM. Lima: 16 de marzo de 2017.
151. Subdirección de Inspección Laboral de la Dirección Regional de Trabajo - Región Junín (2019). Informe de Actuaciones Inspectivas N° 004-2019-DRTPE-DIT-SDIL/HYO/YPP de la Orden de inspección 081-2019- DRTP Por ejemplo Junín: 13 de marzo de 2019.

ANEXOS

Anexo I

27/6/2020

Correo de Pontificia Universidad Católica del Perú - RESPUESTA A SU CONSULTA LABORAL

 **PUCP**

Cristian David Velasquez Franco <a20101666@pucp.pe>

RESPUESTA A SU CONSULTA LABORAL

notificaciones@trabajo.gob.pe <notificaciones@trabajo.gob.pe>
Para: a20101666@pucp.pe

23 de junio de 2020, 16:36

CONSULTAS LABORALES

RESPUESTA A SU CONSULTA

Estimado(a) Sr(ta). Velasquez. Respecto a la consulta formulada, le informamos lo siguiente:

Su consulta no indica sobre a quien debería informar, sin embargo, indicarle que, la facultad de supervisión y evaluación de los trabajadores corresponde al empleador; la norma no indica sobre la obligación de informar a la Autoridad Administrativa de Trabajo sobre ello.

Permitame indicarle que también puede realizar su consulta llamando gratuitamente al número 0800-16872.

Esperando haber podido absolver su consulta quedamos a su disposición.

SANDRA DÍAZ
Dirección de Promoción de la Formalización Laboral y Capacitación en la Normativa Laboral

"La Dirección de Promoción de la Formalización Laboral y Capacitación en la Normativa Laboral, de conformidad al literal j) del artículo 61° del Decreto Supremo N° 004-2014-TR, tiene la función de absolver las consultas de trabajadores y empleadores sobre la normativa laboral. En tal sentido, al tratarse sólo de una orientación en materia laboral, las respuestas que emita esta Dirección a las consultas formuladas no producen efectos jurídicos vinculantes sobre los administrados o sobre las instancias resolutorias previstas en el ordenamiento jurídico".

Favor de Ingresar al siguiente enlace para llenar nuestra encuesta de satisfacción de usuario [Encuesta](#)

Para realizar una nueva consulta ingresar a : [Ir a consultas](#)

[El texto citado está oculto]

Anexo II

RESPUESTA A SU CONSULTA LABORAL

1 mensaje

<notificaciones@trabajo.gob.pe>
Para: a20101666@pucp.pe

lun., 9 de sept. de 2019 a la hora 16:02

CONSULTAS LABORALES

RESPUESTA A SU CONSULTA

Estimado(a) Sr(ta). Velásquez, respecto a la consulta formulada, le informamos lo siguiente:

Si bien el literal b) del artículo 23 del la LPCL aprobada por DS No.003-97-TR, no regula las definiciones de cada uno de los enunciados de la premisa "rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares", no obstante se desprende de la premisa, que el empleador ha de comparar la capacidad del trabajador con la de otros trabajadores en rendimiento y condiciones similares. Para ello, el empleador debe establecer de manera interna, un sistema de gestión del rendimiento o mecanismos internos que permita evaluar permanentemente la capacidad y rendimiento de sus trabajadores.

Cabe precisar este servicio es competente para brindar orientación sobre lo que dispone la normativa laboral del régimen privado, respecto a lo que no se encuentra regulado, usted puede solicitar una OPINIÓN TÉCNICA ante la Dirección General de Trabajo, ingresando su escrito a través de Mesa de Partes.

Respecto de precedentes en los cuales la Autoridad Administrativa de Trabajo haya participado en la verificación de rendimiento deficiente, deberá tramitarlo a través de Acceso a la Información Pública (<https://www.gob.pe/846-acceso-a-la-informacion-publica-acceso-a-la-informacion-publica-del-ministerio-de-trabajo-y-promocion-del-empleo>)

Permítame indicarle que también puede realizar su consulta llamando gratuitamente al número **0800-16872**.

Esperando haber podido absolver su consulta quedamos a su disposición.

Dirección de Capacitación y Difusión Laboral

"La Dirección de Capacitación y Difusión Laboral, de conformidad al literal i) del artículo 61° del Decreto Supremo N° 004-2014-TR, tiene la función de absolver las consultas de trabajadores y empleadores sobre la normativa laboral. En tal sentido, al tratarse sólo de una orientación en materia laboral, las respuestas que emita esta Dirección a las consultas formuladas no producen efectos jurídicos vinculantes sobre los administrados o sobre las instancias resolutorias previstas en el ordenamiento jurídico".

Favor de Ingresar al siguiente enlace para llenar nuestra encuesta de satisfacción de usuario [Encuesta](#)

Para realizar una nueva consulta ingresar a : [Ir a consultas](#)

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Av. Salaverry 655 - Jesús María.
<http://www.trabajo.gob.pe>

Anexo III

27/6/2020

Correo de Pontificia Universidad Católica del Perú - RESPUESTA A SU CONSULTA LABORAL



Cristian David Velasquez Franco <a20101666@pucp.pe>

RESPUESTA A SU CONSULTA LABORAL

notificaciones@trabajo.gob.pe <notificaciones@trabajo.gob.pe>
Para: a20101666@pucp.pe

26 de junio de 2020, 21:12

CONSULTAS LABORALES

RESPUESTA A SU CONSULTA

Estimado(a) Sr(ta). Velásquez, respecto a la consulta formulada, le informamos lo siguiente:

Tal como reviste la norma, se encuentra como una posibilidad recurrir a la instancia administrativa, no obstante, debe tener en cuenta que, si el trabajador opta por la instancia judicial para impugnar el despido, deberá probarse en dicha instancia que el trabajador como resultado de una evaluación con criterios razonables y aplicable a todos los trabajadores con funciones similares, ha obtenido un resultado por debajo del promedio.

Permítame indicarle que también puede realizar su consulta llamando gratuitamente al número 0800-16872.

Esperando haber podido absolver su consulta quedamos a su disposición.

GIOVANNA RAMIREZ

Dirección de Promoción de la Formalización Laboral y Capacitación en la Normativa Laboral

"La Dirección de Promoción de la Formalización Laboral y Capacitación en la Normativa Laboral, de conformidad al literal i) del artículo 61° del Decreto Supremo N° 004-2014-TR, tiene la función de absolver las consultas de trabajadores y empleadores sobre la normativa laboral. En tal sentido, al tratarse sólo de una orientación en materia laboral, las respuestas que emita esta Dirección a las consultas formuladas no producen efectos jurídicos vinculantes sobre los administrados o sobre las instancias resolutorias previstas en el ordenamiento jurídico".

Favor de Ingresar al siguiente enlace para llenar nuestra encuesta de satisfacción de usuario [Encuesta](#)

Para realizar una nueva consulta ingresar a : [Ir a consultas](#)

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, [Av. Salaverry 655 - Jesús María](#).
<http://www.trabajo.gob.pe>

Anexo IV



Cristian David Velasquez Franco <cristian.velasquez@pucp.pe>

Respuesta a Consultas Laborales - Sistema de Gestion de Consultas

SUNAFIL <aplicativos1@sunafil.gob.pe>
Responder a: aplicativos1@sunafil.gob.pe
Para: a20101666@pucp.pe

13 de julio de 2020, 23:57

 Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - SUNAFIL		Respuesta a Consultas Laborales
Consultas Laborales		
Estimado usuario, a continuación, se muestra la respuesta a su consulta.		
N° Documento:	73502175	
Nombres y Apellidos:	CRISTIAN DAVID VELASQUEZ FRANCO	
Fecha de Consulta:	10/07/2020 00:54:23	
Fecha de Respuesta:	13/07/2020 23:57:29	
Correo Electrónico:	a20101666@pucp.pe	
Descripción de Consulta:	Estimados, para la verificación del rendimiento deficiente por la causal de despido artículo 23 literal b) de la LPCL ¿Que procedimiento se debe seguir para solicitar la intervención de la inspección? ¿Es necesaria u obligatoria la intervención de la inspección?	
Respuesta a Consulta:	Estimado usuario, conforme el artículo 34 del D.S N° 001-96-TR este procedimiento puede ser solicitado a la Autoridad Administrativa de Trabajo, le sugerimos canalizar su consulta al Ministerio de Trabajo.	
Resultado:	ENVIO EXITOSO	
 Sistema de Gestión de Consultas Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - SUNAFIL		

Anexo V



Cristian David Velasquez Franco <cristian.velasquez@pucp.pe>

Respuesta a Consultas Laborales - Sistema de Gestion de Consultas
1 mensaje

SUNAFIL <aplicativos1@sunafil.gob.pe> 21 de octubre de 2020, 22:46
Responder a: aplicativos1@sunafil.gob.pe
Para: a20101666@pucp.pe



Respuesta a Consultas Laborales

Consultas Laborales

Estimado usuario, a continuación, se muestra la respuesta a su consulta.

N° Documento:	73502175
Nombres y Apellidos:	CRISTIAN DAVID VELASQUEZ FRANCO
Fecha de Consulta:	19/10/2020 17:26:37
Fecha de Respuesta:	21/10/2020 22:46:18
Correo Electrónico:	a20101666@pucp.pe
Descripción de Consulta:	¿Para la aplicación del despido por rendimiento deficiente del artículo 23 literal b de la LPCL se requiere obligatoriamente la intervención de SUNAFIL? ¿Cómo se solicita la intervención?
Respuesta a Consulta:	estimado usuario, la sunafil no tiene competencia para la verificación del rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares.
Resultado:	ENVIO EXITOSO



Sistema de Gestión de Consultas
Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral - SUNAFIL

Anexo VI



PUCP

Cristian David Velasquez Franco <cristian.velasquez@pucp.pe>

RESPUESTA A SU CONSULTA LABORAL

1 mensaje

notificaciones@trabajo.gob.pe <notificaciones@trabajo.gob.pe> 24 de febrero de 2021, 14:00
Para: cristian.velasquez@pucp.pe

CONSULTAS LABORALES

RESPUESTA A SU CONSULTA

Estimado(a) Sr(ta). Respecto a la consulta formulada, le informamos lo siguiente:

TUPA MTPE - R.M. 237-2020-TR

PROCEDIMIENTO N° 56

Verificación de la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores, del volumen o de la calidad de la producción.

BASE LEGAL:

D.S. N° 003-97-TR, Art. 25°, inc. b) del 27/03/1997

REQUISITOS:

Solicitud del interesado precisando los datos e información pertinente para la verificación.

DERECHO DE TRAMITACIÓN:

Gratuito

CALIFICACIÓN:

Silencio Positivo

Plazo para resolver:

3 días hábiles

Permítame indicarle que también puede realizar su consulta llamando gratuitamente al número 0800-16872.

Esperando haber podido absolver su consulta quedamos a su disposición.

SANDRA ROCA REATEGUI

Dirección de Promoción de la Formalización Laboral y Capacitación en la Normativa Laboral

Anexo VII

26/3/2020

Correo de Pontificia Universidad Católica del Perú - RESPUESTA A SU CONSULTA LABORAL



ANEXO II

Cristian David Velasquez Franco <a20101666@pucp.pe>

RESPUESTA A SU CONSULTA LABORAL

1 mensaje

notificaciones@trabajo.gob.pe <notificaciones@trabajo.gob.pe>
Para: a20101666@pucp.pe

24 de octubre de 2019, 16:48

CONSULTAS LABORALES

RESPUESTA A SU CONSULTA

Estimado(a) Sr(ta). Velasquez, respecto a la consulta formulada, le informamos lo siguiente:

El literal b) del artículo 24 del DS No.003-97-TR, señala como causal de despido relacionada a la capacidad del trabajador: El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares.

No obstante, el empleador no podrá despedir por causa relacionada con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia. Debe observarse el principio de inmediatez.

El despido deberá ser comunicado por escrito al trabajador mediante carta en la que se indique de modo preciso la causa del mismo y la fecha del cese. Si el trabajador se negara a recibirla le será remitida por intermedio de notario o de juez de paz, o de la policía a falta de aquellos. El empleador no podrá invocar posteriormente causa distinta de la imputada en la carta de despido.

El artículo 34 del DS No.001-96-TR, señala que para la verificación del rendimiento deficiente a que se contrae el inciso b) del Artículo 56 de la Ley, el empleador podrá solicitar el concurso de los servicios de la Autoridad Administrativa de Trabajo, así como del Sector al que pertenezca la empresa.

El Decreto Supremo No.003-97-TR, no establece un tiempo para determinar que la situación es permanente, cabe precisar que el literal b) no señala que la situación deba ser permanente.

Permitame indicarle que también puede realizar su consulta llamando gratuitamente al número 0800-16872.

Esperando haber podido absolver su consulta quedamos a su disposición.

Dirección de Capacitación y Difusión Laboral

"La Dirección de Capacitación y Difusión Laboral, de conformidad al literal I) del artículo 61" del Decreto Supremo N° 004-2014-TR, tiene la función de absolver las consultas de trabajadores y empleadores sobre la normativa laboral. En tal sentido, al tratarse sólo de una orientación en materia laboral, las respuestas que emita esta Dirección a las consultas formuladas no producen efectos jurídicos vinculantes sobre los administrados o sobre las instancias resolutorias previstas en el ordenamiento jurídico".

Favor de Ingresar al siguiente enlace para llenar nuestra encuesta de satisfacción de usuario [Encuesta](#)

Para realizar una nueva consulta ingresar a : [Ir a consultas](#)

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, [Av. Salaverry 655 - Jesús María.](#)
<http://www.trabajo.gob.pe>

Anexo VIII

30/3/2020

Correo de Pontificia Universidad Católica del Perú - RESPUESTA A SU CONSULTA LABORAL

 **PUCP**

ANEXO III

Cristian David Velasquez Franco <a20101666@pucp.pe>

RESPUESTA A SU CONSULTA LABORAL

notificaciones@trabajo.gob.pe <notificaciones@trabajo.gob.pe>

19 de septiembre de 2018, 13:41

Para: a20101666@pucp.pe

CONSULTAS LABORALES

RESPUESTA A SU CONSULTA

Estimado(a) Sr(ta). Velasquez, respecto a la consulta formulada, le informamos lo siguiente:

Basándonos en el principio de inmediatez, las sanciones deben aplicarse de manera inmediata a cuando son conocidas por el empleador y descontadas las tardanzas en el mes que corresponde. De no haberse aplicado en el plazo correspondiente, se entiende perdonada por el empleador.

Basado en el mismo principio de inmediatez, el trabajador ejerciendo su derecho a la defensa podrá responder las comunicaciones con las que no se encuentre de acuerdo, como amonestaciones o suspensiones, presentando los descargos de cada imputación, de forma inmediata.

Permítame indicarle que también puede realizar su consulta llamando gratuitamente al número 0800-16872.

Esperando haber podido absolver su consulta quedamos a su disposición.

Dirección de Capacitación y Difusión Laboral

"La Dirección de Capacitación y Difusión Laboral, de conformidad al literal i) del artículo 61° del Decreto Supremo N° 004-2014-TR, tiene la función de absolver las consultas de trabajadores y empleadores sobre la normativa laboral. En tal sentido, al tratarse sólo de una orientación en materia laboral, las respuestas que emita esta Dirección a las consultas formuladas no producen efectos jurídicos vinculantes sobre los administrados o sobre las instancias resolutorias previstas en el ordenamiento jurídico".

Favor de Ingresar al siguiente enlace para llenar nuestra encuesta de satisfacción de usuario [Encuesta](#)

Para realizar una nueva consulta ingresar a : [Ir a consultas](#)

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Av. Salaverry 655 - Jesús María.
<http://www.trabajo.gob.pe>

