

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO
FACULTAD DE DERECHO
ESCUELA DE DERECHO



**PROPUESTAS PARA LA DETERMINACIÓN DEL RENDIMIENTO
DEFICIENTE
COMO CAUSAL DE DESPIDO JUSTIFICADO EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO**

**TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE
ABOGADO**

AUTOR

DIEGO ALONSO TEJEDA LINARES

ASESOR

VERA LUCCIA BAYLON CHEVEZ

<https://orcid.org/0000-0002-2464-1457>

Chiclayo, 2021

**PROPUESTAS PARA LA DETERMINACIÓN DEL
RENDIMIENTO DEFICIENTE
COMO CAUSAL DE DESPIDO JUSTIFICADO EN EL
ORDENAMIENTO JURÍDICO
PERUANO**

**PRESENTADA POR:
DIEGO ALONSO TEJEDA LINARES**

A la Facultad de Derecho de la
Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo
para optar el título de

ABOGADO

APROBADA POR:

Guillermo Enrique Chira Rivero
PRESIDENTE

Igor Eduardo Zapata Vélez
SECRETARIO

Vera Luccia Baylon Chevez
VOCAL

Dedicatoria

Este artículo científico va dedicado a toda mi familia, en especial a mi madre por ser la persona que estuvo de principio a fin brindándome su apoyo incondicional y la que a través de los valores inculcados me guía a ser una persona de bien en la sociedad.

Agradecimientos

En principio, agradecer a Dios por iluminar y ser guía en mi vida. Asimismo, quiero expresar mi agradecimiento al asesor por colaborar en la materialización de la presente investigación a través de su amplio conocimiento en la materia. A todos los docentes que año tras año me inculcaron sus enseñanzas.

Índice

Resumen.....	6
Abstract.....	7
Introducción.....	8
1. Revisión de Literatura	10
1.1. Antecedentes:.....	10
1.2. Bases teóricas.....	12
1.2.1. El despido justificado o legal en la legislación peruana.....	12
1.2.1.1. Requisitos del despido justificado:.....	14
1.2.1.1.1. Tipicidad de la falta como incumplimiento contractual	14
1.2.1.1.1.2. Existencia real de la acción u omisión.....	15
1.2.1.1.1.3. Gravedad de la falta:.....	15
1.2.1.1.1.4. Culpa o Dolo	16
1.2.1.1.1.5. Relación entre el efecto cometido y la falta	16
1.2.1.1.1.6. Actualidad de la falta	17
1.2.1.2. Causa justa relacionada con la capacidad del trabajador	17
1.2.1.2.1. Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobreenvenidas 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	18
1.2.1.2.2. El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares	19
1.2.1.2.3. 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	20
1.2.2. El rendimiento deficiente en la legislación laboral peruana	21
1.2.2.1. La regulación del rendimiento deficiente en el TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.....	21
1.2.2.2. El rendimiento deficiente en la jurisprudencia laboral.....	22

1.2.3.	El despido por causal de rendimiento deficiente de conformidad con la Organización Internacional del Trabajo – OIT.....	23
1.2.4.	Convenio 158.....	24
1.2.5.	Recomendación 166.....	25
1.2.6.	La regulación del rendimiento deficiente en la doctrina y legislación internacional.....	26
1.2.6.1	El despido por causal de rendimiento deficiente en el Código Sustantivo de Trabajo (Colombia).....	26
1.2.6.2	El despido por causal de rendimiento deficiente en el Estatuto de Trabajadores de España	30
1.2.6.2.1	Requisitos	32
2.	Materiales y Métodos.....	33
2.1.	Tipo de investigación	33
2.2.	Diseño de investigación.....	33
2.3.	Técnicas e instrumentos de recolección de datos cualitativos.	34
2.4.	Procedimiento	35
2.4.1.	Análisis de datos	35
3.	Resultados y Discusión	36
3.1.	Hacia un adecuado concepto de rendimiento deficiente.....	36
3.2.	Elementos configuradores del rendimiento deficiente.....	38
3.2.1.	Gravedad:.....	38
3.2.2.	Continuada:	39
3.2.3.	Capacidad del trabajador y rendimiento promedio en labores, pactado previamente en el contrato.....	40
3.3.	Presupuestos a partir del análisis doctrinal y jurisprudencial de.....	41
	España y Colombia	41
3.4.	Propuesta legislativa	42
4.	Conclusiones	44
5.	Referencias Bibliográficas.....	45

Resumen

El despido justificado por causal de rendimiento deficiente contemplado en el literal b del artículo 23° del Decreto Supremo No. 003-97- TR, TUO del Decreto Legislativo No. 728 – Ley de Productividad y Competitividad Laboral y el artículo 34° del Decreto Supremo No. 001-96-TR, Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo tal y como se encuentra regulado en la norma vigente es un problema tanto para el empleador como trabajador, por estar tipificada de manera general sin establecer lineamientos específicos o parámetro alguno que determine tajantemente cuando se incurre en esta causa puesto que ninguno de los dos partícipes del contrato laboral sabe a ciencia cierta cuando se incurre en esta causal; por parte del empleador al ser la regulación muy escueta no podrá hacer uso de su poder disciplinario y darle fin al contrato laboral de un mal elemento de la empresa por no tener los elementos que demuestren tal alegación con lo cual su despido puede verse desvirtuado en un proceso; con respecto al trabajador al no existir objetividad en la norma el empleador puede invocar esta causal y despedirlo siendo injusto e ilegal tal hecho. A partir de ello, se desarrollará en el presente artículo científico un análisis en torno a la regulación del despido por rendimiento deficiente, examinando legislación y doctrina tanto nacional e internacional como la OIT, Colombia y España, con el propósito de establecer pautas razonables, adecuados, objetivos que permitan determinar la configuración del rendimiento deficiente con ajuste a derecho.

Palabras Claves: despido justificado, rendimiento deficiente

Abstract

Justified dismissal for reasons of poor performance contemplated in literal b of article 23 of Supreme Decree No. 003-97-TR, TUO of Legislative Decree No. 728 - Labor Productivity and Competitiveness Law and article 34 of Supreme Decree No. 001-96TR, Regulation of the Employment Promotion Law as it is regulated in the current norm is a problem for both the employer and the worker, as it is typified in a general way without establishing specific guidelines or any parameters that determine sharply when this cause is incurred since neither of the two parties to the labor contract knows for sure when this accident is incurred; By the employer, as the regulation is very brief, it will not be able to use its disciplinary power and end the employment contract of a bad element of the company because it does not have the elements that demonstrate such an allegation, with which its dismissal may be distorted in a process; With respect to the worker, since there is no objectivity in the regulation, the employer can invoke this cause and dismiss him, such fact being unfair and illegal. Based on this, an analysis will be developed in this scientific article about the regulation of dismissal for poor performance, examining legislation and doctrine both nationally and internationally such as the ILO, Colombia and Spain, with the purpose of establishing reasonable, adequate guidelines , objectives to determine the configuration of poor performance with adjustment to law.

Keywords: por performance, justified dismissal

Introducción

La ley no admite un despido incausado. Se han establecido causas por las que se habilita la posibilidad de despido. Estas están relacionadas con la capacidad o conducta del trabajador y están expresamente establecidas en las normas para brindar protección al derecho al trabajo, pues la extinción del vínculo solo puede obedecer a las causas expresamente establecidas en la ley. Sin embargo, no todas las causales de despido establecidas en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aseguran una verdadera protección de los derechos laborales del trabajador, pues no todas son objetivas. Una de estas es la relacionada con la capacidad del trabajador tipificada en el artículo 23° de la LPCL inciso b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares.

Esta causal contemplada en el inciso b), tal y como se encuentra descrita, está tipificada de manera general, sin definir los elementos configurativos que determinen que el rendimiento de un trabajador sea deficiente; tampoco establece lineamientos específicos o algún parámetro comparativo concluyente para calificar el rendimiento del trabajador. Por lo tanto, al no contar con todos estos criterios señalados, esta causal de despido recae en un ámbito de aplicación subjetiva y afecta tanto al trabajador como empleador.

Afecta al trabajador, en el sentido de que el empleador puede alegar tal causal y despedirlo sin determinar ni demostrar, conforme a la realidad, la deficiencia invocada, refiriendo que su rendimiento es defectuoso por no haber llegado a la productividad debida, siendo su despido injusto e ilegal. Pero también puede verse afectado el empleador, ya que al ser la regulación muy escueta y no tener los elementos que demuestren que su trabajador tiene un rendimiento insatisfactorio no podrá desligarse de este mal elemento de la empresa, con lo que deberá mantenerlo en contra de su voluntad.

Por otro lado, el ordenamiento jurídico peruano relaciona al rendimiento deficiente con dos puntos; el rendimiento anterior del trabajador y el rendimiento promedio del trabajador con otros que laboran en condiciones similares. Lo que pretende el legislador es establecer un criterio comparativo que configure el rendimiento del trabajador como deficiente, pero estos criterios no han sido profundizados en la Ley ni en su respectivo reglamento, siendo insuficientes por su precaria tipificación.

Por ende, cabe plantearse la siguiente cuestión: ¿cuáles serán las pautas para determinar el rendimiento deficiente como causal de despido justificado en el ordenamiento jurídico peruano?

En relación con la pregunta formulada, se plantea como hipótesis de investigación la siguiente: Si la Recomendación 166 refiere sobre el rendimiento deficiente que 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 entonces los criterios para una propuesta que regule el rendimiento deficiente como causal de despido son:

La intervención obligatoria de la autoridad de trabajo o la creación en la empresa de un sistema de gestión de rendimiento como criterio para determinar la causal de despido por rendimiento deficiente.

Comunicar a los trabajadores al momento de la contratación cuáles serán los rendimientos esperados y cuáles serán los mecanismos de evaluación de rendimiento a los que estarán sujetos periódicamente.

Creación por parte del empleador de reglamento de evaluación de rendimiento, donde se fijará estándares mediante los cuales los trabajadores serán evaluados.

Para desarrollar la investigación se plantea como objetivo general:

Establecer las pautas que determinen el rendimiento deficiente como causal de despido justificado.

Asimismo, se tendrá como objetivos específicos los siguientes:

Analizar los elementos característicos del rendimiento deficiente como causal de despido justificado y formular una propuesta legislativa que contemple criterios para determinar el rendimiento deficiente como causal de despido.

La investigación es importante pues constituye un relevante tema en el ámbito laboral, dado que busca establecer criterios razonables, adecuados, objetivos que permitan determinar cuándo efectivamente un trabajador está teniendo un rendimiento deficiente en relación a su capacidad, así lo que se va a lograr es que dicha causal de despido esté regulada debidamente sin dejarse a la subjetividad de ninguna de las partes de la relación laboral.

Por tal motivo, a través de una serie de pautas que se establecerán en el presente artículo se dotará de objetividad al despido por rendimiento deficiente del trabajador, dejando el ámbito de subjetividad en la que se encuentra para pasar a ser una herramienta verdaderamente aplicable en la relación laboral.

1. Revisión de Literatura

1.1. Antecedentes:

A continuación, se presentan las investigaciones que se considerarán debido a que guardan relación con el tema a desarrollar en este artículo científico, se inicia analizando diferentes fuentes escritas de tesis doctorales seguidas de la revisión de libros, revistas:

Obregón, R. (2015). Consideraciones respecto al despido por causal de rendimiento deficiente (tesis para obtener segunda especialidad en y de la seguridad social).

Recuperado

de:

http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/13656/OBREGON_RIVERA_ALEXIA_VANESSA_CONSIDERACIONES_RESPECTO_AL_DESPIDO_POR_CAUSAL_DE_RENDIMIENTO_DEFICIENTE.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Si bien la LPCL contempla la posibilidad de que el empleador dé término a la relación laboral por causa justa basada en el “rendimiento deficiente” del trabajador; en vista de que las “carencias” que definen éste “rendimiento deficiente” contienen un alto grado de subjetividad, el despido será considerado justo en base a las pruebas que pueda presentar el empleador. (p.8)

La tesis mencionada explica que el rendimiento deficiente de un trabajador, tal y como está contemplado, presenta una alta dosis de subjetividad, en virtud a la falta de regulación de esta causal, teniendo un papel importante en la determinación de esta causal las pruebas recabadas por el empleador, las cuales actuarán como un medio idóneo para demostrar el rendimiento deficiente del trabajador que efectivamente no está cumpliendo con las expectativas requeridas o que tiene un rendimiento insuficiente de manera sostenida.

Esta tesis, tiene relación con el tema de investigación y ha servido de fundamento, ya que manifiesta las carencias del rendimiento deficiente, como también el alto grado de subjetividad que recae en ella.

Por otra parte, como hace notar Blancas (2006) sobre la causalidad del despido:

Solo se acepta como potestad del empleador cuando se configure una causa justa que licencie el ejercicio de la misma, entonces, frente al despido que no se constituya en una causa justa “reacciona entonces el ordenamiento jurídico... no solo teniendo el despido por ilegítimo o antijurídico, sino extrayendo la consecuencia alternativa propia de la antijuricidad. (p.47)

El libro en mención tiene relación con la presente investigación y sirve de fundamento, por el hecho de brindarnos una definición acerca del despido justificado, teniendo en cuenta que, cuando el empleador realice un despido necesita fundarse en una causa justa y objetiva para que este despido sea legal.

Como refiere, Aguilera (2010), se denomina Rendimiento Deficiente:

Aquel rendimiento que se determina por un trabajador que quiere producir más pero no le es posible, no formando esta imposibilidad una “ineptitud sobrevenida. Asimismo, la norma no nos da luces sobre los estándares que deben exigirse para evaluar tal rendimiento como un rendimiento deficiente. (p.281)

Esta autora contribuye con el tema de investigación, ya que explica la definición del rendimiento deficiente, asimismo, se ve reflejado que no existen parámetros para calificar un rendimiento como deficiente, sin darnos mayores luces acerca de esta causal de despido.

Por su parte, Arce (2013) manifiesta sobre la causal de despido justificado por rendimiento deficiente con relación a la capacidad del trabajador:

El gran problema de esta causal es su falta de claridad al momento de escoger el parámetro de comparación para determinar el rendimiento deficiente. De una lectura literal del artículo 23.b LPCL se puede deducir que la comparación debe hacerse con los antecedentes del mismo trabajador, tomando en cuenta su rendimiento promedio en el pasado (sin definir un plazo determinado) y en las mismas condiciones. Ello implicaría olvidar que también se puede realizar la comparación con el promedio de los demás trabajadores que realizan funciones similares. (p.533)

En definitiva, los autores precitados concluyen de manera concordada que el rendimiento deficiente como causal de despido justificado es de aplicación subjetiva ya que está regulada de manera general, siendo necesaria su mejor tipificación.

1.2. Bases teóricas

1.2.1. El despido justificado o legal en la legislación peruana

La facultad que posee el empleador, para la organización de la empresa tanto en lo económico, técnico y funcional, es el poder de dirección, a través del cual ejerce control y adopta medidas como la sanción y corrección de alguna conducta inapropiada de sus trabajadores.

A partir del poder dirección, el empleador da órdenes sobre el modo, tiempo y lugar de prestación del servicio, así como también dispone medidas de seguridad, dicta cambios técnicos, vigila, fiscaliza y tiene la facultad de sancionar las faltas cometidas por el trabajador. Esta facultad posee una doble dimensión: general, que se refiere a la organización dentro de la empresa, comprendiendo potestades como contratación bajo modalidad, duración de jornada de trabajo, entre otras; la dimensión particular se refiere a las prestaciones en singular que ejerce el trabajador a través de instrucciones que brinda el empleador, y fiscalizar su cumplimiento. (Fernández, 2019)

Ejerciendo su poder de dirección, el empleador puede sancionar dependiendo de la conducta cometida por el trabajador con una llamada de atención, amonestación, suspensión, entre otras. Si la conducta es grave y a su vez se encuentra regulada en la ley como causal de despido, el empleador puede imponer dicha sanción y dar por culminada unilateralmente la relación laboral, comunicándole dicha decisión y siguiendo el procedimiento establecido en la ley. Por ende, cuando un trabajador comete una conducta tipificada en la Ley de Productividad y Competitividad como causal de despido estamos ante un despido legal; sin embargo, no solo se debe alegar dicha conducta, sino que también debe ser demostrada con los medios probatorios que sustenten dicha sanción aplicada por el empleador; además se debe seguir el procedimiento planteado en la ley para que esta decisión no vulnere ningún derecho del trabajador y no se vicie de ilegalidad o inconstitucionalidad.

Para Bogliano (1957) el despido justificado es:

La terminación unilateral por justa causa es la excepción al principio de estabilidad y permanencia del trabajador en el empleo, habida cuenta de que estos principios ceden ante la infracción del trabajador en sus obligaciones contractuales, que tienen como contrapartida, a los derechos igualmente respetables del empleador. (p.p. 215-216)

En ese orden de ideas, la terminación justa de la relación laboral es aquella decisión que toma el empleador sustentado en su poder de dirección contra el trabajador bajo ciertas circunstancias previstas en el ordenamiento jurídico, sea por la conducta o capacidad demostrada por el trabajador; asimismo, debe ser comprobada fehacientemente para que no se sustente en presunciones y esta figura no se desvirtúe.

El artículo 23 de la Ley de Productividad y Competitividad contempla “las causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador: a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas; b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares; c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

El artículo 24°, de la Ley de Productividad y Competitividad establece: “Son causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador: a) La comisión de falta grave; b) La condena penal por delito doloso; c) La inhabilitación del trabajador”.

Por otra parte, se debe resaltar que el despido disciplinario o justificado es motivado por un incumplimiento doloso o culpable de los deberes y obligaciones que el contrato de trabajo asigna al trabajador. El principal deber contractual es ejecutar el trabajo en la forma, oportunidad, lugar, cantidad y calidad convenidos. Junto a ese deber existen otros conexos, entre ellos, los de asiduidad, buena fe, colaboración, rendimiento, diligencia, prudencia y obediencia. (Morgado, s/f, p.574).

1.2.1.1. Requisitos del despido justificado:

1.2.1.1.1. Tipicidad de la falta como incumplimiento contractual

La determinación legal asume variadas características. De una parte, teniendo presente la dificultad que presenta identificar con precisión todas las posibles manifestaciones de incumplimiento contractual, la determinación suele tener un carácter general o indicativo (*ad exemplum*), dejando entregado su desarrollo a otras fuentes normativas. De otra parte, teniendo presente la naturaleza de las sanciones aplicables y la necesidad de excluir su uso arbitrario o indiscriminado, la determinación puede ser taxativa y excluyente de adiciones que la desarrollen o complementen (*numerus clausus*) (Morgado, s/f, p. 572)

Siguiendo la característica del *numerus clausus*, con el fin de evitar abusos por parte del empleador y que el trabajador conozca las conductas que debe evitar, el ordenamiento jurídico peruano regula de manera concreta en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral las causas que configuran el despido legal determinando situaciones específicas que deben imputarse al trabajador; es decir, cualquier conducta no puede ser causal de despido legal salvo que esté estipulada en la ley como tal. En este sentido, el artículo 23 y 24 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral tipifican las causas justas de despido relacionadas con la capacidad y conducta respectivamente. No es contemplada o admitida la denominación de falta disciplinaria a los actos y conductas que el trabajador ejecuta en la realización de sus derechos constitucionales como el derecho a huelga o afiliación a un sindicato.

Por otra parte, este requisito encuentra su razón de ser en el principio de legalidad como expresión del debido proceso que implica que nadie puede ser juzgado si no por una infracción, falta o delito descrito previamente por la ley.

Para Molero (citado en Jaramillo, 2011), este requerimiento responde a la necesidad del ordenamiento jurídico de establecer un parámetro de imputación objetiva para responsabilizar al trabajador por aquella actuación reprochable considerada como incumplimiento obligacional.

1.2.1.1.1.2. Existencia real de la acción u omisión

Este requisito implica la necesidad de que se haya efectuado una acción u omisión constitutiva de un incumplimiento contractual. En este sentido, sólo puede ser sancionada la acción u omisión que se haya establecido con anterioridad como causal de terminación contractual. Asimismo, la conducta que sustenta el despido debe ser verdadera y motivarse en hechos precisos, por lo que las acciones u omisiones que se queden en la esfera de tentativa no podrán ser materia de sanción. Dicho de otro modo, este requisito requiere que se produzca una falta que sea tipificada como causal de despido y por ende habilite al empleador terminar el vínculo laboral, sea esta por acción u omisión que genere el incumplimiento de la relación contractual.

Para Molero (citado en Jaramillo, 2011):

Por regla general, estas acciones u omisiones deben siempre pertenecer a la órbita de la relación laboral, circunscribiéndolas cualquier tipo de conducta que se realice fuera de la empresa (p.29).

1.2.1.1.1.3. Gravedad de la falta:

Sobre el particular, Hernández (s/f) señala que:

La justificación del despido debe hacerse argumentando la gravedad del hecho realizado por el trabajador, mismo que además debe hacer imposible la continuación de la relación de trabajo, esto responde al principio de estabilidad del contrato de trabajo por el cual las relaciones laborales deben tender a su cumplimiento en el tiempo y por excepción al rompimiento. (p.p. 126-217)

Por su parte Bogliano (1957) :

Coincide con lo referido anteriormente, al establecer que la infracción generada por el trabajador debe tener como origen una razón grave y poderosa; y en este sentido debe probarse y encontrarse perfectamente fundada con hechos, que a criterio del juez puede estimarse incluidos dentro de las causales de justo despido que previene la ley. (p.p.216-217) Que sea grave es requisito *sine qua non*. Las faltas menores son sancionadas, dentro de la esfera de las potestades disciplinarias del empleador, con memorándum, amonestaciones, suspensión entre otros (Pasco, s/f). Es decir, el empleador debe utilizar esta figura de manera excepcional, en casos particulares que imposibilitan la continuación de la relación laboral y que ameriten la conclusión, empleando así criterios de razonabilidad y proporcionalidad en situaciones que no merezcan la conclusión,

utilizando sanciones graduales o de advertencia contra el trabajador para así no vulnerar ningún derecho del trabajador que puede presentar un reclamo judicial.

1.2.1.1.1.4. Culpa o Dolo

En este requisito es necesario demostrar en la realización de la falta la existencia de dolo o culpa para que se configure una de las causales de terminación unilateral de la relación contractual porque no se le puede imputar al trabajador un hecho que no genere o amerite el despido; por el contrario, se debe tener en cuenta circunstancias agravantes, atenuantes y eximentes de responsabilidad, como es el caso de descuidos ocasionados por el trabajador, inadecuada calidad de insumos.

1.2.1.1.1.5. Relación entre el efecto cometido y la falta

Este requisito se sustenta en el principio de causalidad, en la relación existente entre el hecho y el daño, una especie de causa efecto existente. De tal manera, el hecho que motiva la terminación del vínculo laboral debe ser el mismo generador del daño, no pudiendo invocar otro hecho distinto al momento del despido. Esto no excluye que se agreguen una o más causas de iguales características a la imputación del despido.

Bogliano (1957) sigue esta idea, manifestando que es necesaria la existencia de una vinculación inmediata entre el hecho cometido por el trabajador y la causal determinada en la ley para evitar reacciones por parte del empleador impropias que generarían la vulneración de derechos del trabajador. Por ello, plantea establecer un plazo de prescripción del derecho del empleador.

Entonces, este requisito se consolida como aquel que requiere la existencia de relación entre el hecho cometido y el daño en la empresa como consecuencia de ese acto; por otro lado, si el empleador decide no despedir en el momento de la comisión del hecho reprochable y por el contrario en virtud de su razonabilidad y su poder de dirección, aplica al culpable una sanción distinta, no puede luego recurrir al despido invocando, como causal, la falta ya sancionada. Esto es explicado por Morgado(s/f):” en virtud del principio de singularidad laboral de la sanción (*non bis in idem*), el incumplimiento contractual puede ser sancionado sólo una vez”. (p.578)

1.2.1.1.1.6. Actualidad de la falta

Así como se exige el cumplimiento de obligaciones y deberes por parte del trabajador para el óptimo desarrollo de sus actividades dentro de la empresa y no ver alterada su permanencia en la misma; como contraposición, también se le requiere el cumplimiento de ciertos requisitos al empleador en el ejercicio de su poder de dirección, uno de ellos es la ejecución de la sanción en un plazo razonable desde que tuvo conocimiento de la falta del trabajador; dicho en otras, palabras la actualidad de la falta.

El accionar del empleador ante el incumplimiento contractual culpable o doloso del trabajador debe ser actual al conocimiento de la falta, siendo así el elemento temporal de vital importancia en la legalidad del despido.

Este requisito está ligado al principio de inmediatez, el cual implica en “que el momento en que se produzca el despido debe guardar relación inmediata con aquél en el cual el empleador conoció o comprobó la existencia de la falta cometida por el trabajador”. Blancas (citado en Galdos, s/f, s.p.). Siendo así un límite en la potestad sancionatoria del empleador y su inobservancia determinaría un despido en ilegal.

Se debe tener en cuenta, lo tipificado en el artículo 10° de la Recomendación Nro. 166 de, la Organización Internacional de Trabajo (OIT):

Se debería considerar que el empleador ha renunciado a su derecho de dar por terminada la relación de trabajo de un trabajador a causa de una falta de este si no hubiera adoptado esta medida dentro de un período razonable desde que tuvo conocimiento de la falta.

Entonces, de lo anteriormente mencionado, si el empleador no impone una sanción al trabajador, tácitamente ha perdonado la falta y pretende continuar con la relación laboral.

1.2.1.2. Causa justa relacionada con la capacidad del trabajador

Cuando el legislador planteó motivos para que un despido sea justificado, lo hizo pensando tanto en el empleador como el trabajador. Con relación al primero, busca darle mecanismos para librarse de un mal elemento en su empresa, no vulnerando ningún derecho del trabajador, siendo este despido uno legal; por otra parte, pensando en el trabajador, busca que tome conocimiento de las conductas que no debe realizar y que configuran motivos de despido. El ordenamiento jurídico peruano regula en el artículo 24, tres causas relacionadas con la capacidad, que facultan al empleador a ejercer el despido, de ser cometidas por el trabajador, autorizan al empleador a dar de manera

unilateral por culminada la relación laboral, siempre y cuando se realice una imputación objetiva y razonable, respetando el procedimiento tipificado en la norma.

1.2.1.2.1. Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevinidas 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

Esta causal está relacionada, a las deficiencias físicas o mentales que presenta el trabajador, con posterioridad a la contratación, de tal manera, que no se puede alegar conocimiento por parte del empleador de las deficiencias presentadas y tratar de desvirtuar la imputación de esta causal. Siendo así, “lo principal es que el empleador no haya tenido esa información al momento de la contratación laboral; de lo contrario, se entenderá que el empleador aceptó contratar al trabajador en tales condiciones” (Gorelli citado en Cadillo, 2013, p.79).

Se debe tener en cuenta que el detrimento físico o mental, debe ser de tal magnitud, que no permita el desarrollo o desempeño normal del trabajo; en consecuencia, el trabajador no podrá cumplir los objetivos para los que se lo contrató (Gorelli citado en Cadillo 2013). Por tanto, es requisito que estas deficiencias impidan el normal funcionamiento de las actividades para las que fue contratado, siendo necesario mostrar una relación directa entre el detrimento físico o mental y los requerimientos a los que está subordinado el trabajador. Por otra parte, la naturaleza de las deficiencias presentadas, deben tener el “carácter de permanente” (Cadillo, 2013, p.79), de tal manera que imposibilite la continuación de la relación laboral porque no se obtendrán los resultados queridos. Esto significa que, la deficiencia debe tener un cierto grado de gravedad, cualquier incapacidad no puede ser motivo de despido.

El reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en su artículo 33 tipifica:

El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevinida, 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. Siendo así, es requisito para la procedencia de esta causal, tener el certificado expedido por las autoridades sanitarias correspondientes.

El ordenamiento jurídico no se pronuncia con respecto al origen de estas deficiencias, con lo que se plantea la siguiente cuestión, ¿importa el origen de las deficiencias para la procedencia de este requisito? Castro (2008) afirma. “Es irrelevante el origen de las deficiencias en la capacidad, pudiendo ser ocupacionales, como consecuencia del trabajo, o naturales” (p.371). En consecuencia, lo relevante recae en la afectación laboral que se produce por las deficiencias físicas y mentales que presenta el trabajador, con lo que no se obtienen los resultados esperados, siendo intrascendente la naturaleza de la deficiencia presentada.

Por otra parte, la ley es clara al mencionar el impedimento del despido, si es que el empleador puede mantener la relación laboral con el nuevo discapacitado realizando los ajustes razonables (cambios que realiza el empleador en miras a las necesidades que el trabajador con discapacidad requiere y que deberán ser atendidas por el empleador). Asimismo, si se da el caso de la existencia de una plaza vacante que el trabajador puede tomar sin poner en riesgo su seguridad y salud o la de terceros, el empleador deberá darle dicha plaza. En ausencia de esta posibilidad, el empleador podrá recién efectuar el despido alegando esta causal.

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

El rendimiento deficiente se entiende como aquel rendimiento que no supera las expectativas del empleador por las cuales contrató al trabajador.

Gorelli citado en Cadillo (2013) afirma que esta causal debe ser analizada teniendo en cuenta dos criterios:

- (i) Subjetivo, se refiere a la comparación individualizada del trabajador entre su rendimiento actual y el anterior, bajo condiciones similares; y, (ii) objetivo, que se refiere a la comparación del rendimiento del trabajador con el rendimiento pactado a través de convenios individuales o colectivos, o con el rendimiento medio o normal del resto de trabajadores que se encuentran en condiciones similares (p. 88)

Si bien es cierto, el ordenamiento jurídico peruano ha regulado estos criterios para comparar y catalogar un rendimiento como deficiente, no son suficientes, ya que no explicitan criterios objetivos que, fijados expresamente por la ley o por su reglamento, pueden evitar la arbitrariedad que genera la subjetividad del empleador. Un ejemplo concreto de la subjetividad de esta causal sería, el rendimiento que tiene un trabajador

por un lapso de seis meses, este rendimiento oscila los primeros cuatro meses en un rendimiento por arriba del resto, los posteriores dos meses tuvo un rendimiento en comparación a su rendimiento anterior por debajo del promedio. Siendo así, si este trabajador es despedido por rendimiento deficiente, sería injusto e ilegal, ya que el rendimiento presentado por el trabajador debe ser continuado en un lapso prudente, no siendo factible medir el rendimiento en solo dos meses, además que dicho rendimiento imputado al trabajador en los primeros meses fue superior al resto, con lo que resulta ilógico despedir a un trabajador que ejerce sus funciones con diligencia. En ese sentido, si bien es cierto, se plantea un análisis tanto objetivo como subjetivo de esta causal, al no tipificarla con especificaciones se recae en subjetividad afectando tanto al empleador como trabajador.

1.2.1.2.3. 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

La negativa del trabajador a someterse al examen médico se sustenta en las consecuencias que puede tener dicho examen en la relación laboral, puesto que según el cargo que ejerce el trabajador, existen actividades que requieren el estado óptimo de salud o la plenitud de determinadas facultades físicas, con lo que el trabajador a sabiendas que tiene un problema en la salud se niega a someterse al examen médico. Por ello, el ordenamiento jurídico tipifica esta causal, para poder sancionar la negativa injustificada del trabajador a someterse a exámenes médicos con despido.

Para la procedencia de esta causal, el examen médico debe ser previamente establecido, sea al inicio de la relación laboral o por ley; asimismo, dicho examen debe ser relevante para la continuidad de las actividades laborales. Ambos requisitos deben concurrir simultáneamente.

Tal y como manifiesta Arce citado en Cadillo (2013) “el examen acordado debe estar justificado” (p.93), justificado en lo que respecta a la naturaleza de las labores del trabajador; es decir, por las características particulares de la función que desempeña el trabajador, es obligatorio el sometimiento al examen médico, por ende, un trabajador no debe ser expuesto a exámenes médicos que no sean necesarios para la actividad que realiza.

Por otra parte, tal y como se tipifica en el artículo 33 del reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral: “La negativa injustificada y probada del trabajador a someterse a los exámenes correspondientes, se considerará como aceptación de la causa justa de despido”; en otras palabras, el trabajador al negarse injustificadamente reconoce tácitamente alguna deficiencia o incumplimiento por su parte, por lo cual se niega a pasar dichos exámenes ya que será puesto al descubierto ciertas deficiencias que presenta.

1.2.2. El rendimiento deficiente en la legislación laboral peruana

En este punto, es pertinente analizar lo que Ordenamiento Jurídico Peruano tipifica en relación al despido justificado por rendimiento deficiente. Esto con miras a identificar todos los componentes que esta causal contempla en su regulación.

1.2.2.1. La regulación del rendimiento deficiente en el TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral

Actualmente, el rendimiento deficiente es una causa de despido justificado y se encuentra regulada en el artículo 23 de la ley de Productividad y Competitividad Laboral de la siguiente manera:

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

El Decreto Supremo N° 001-96- TR (Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo) desarrolla esta causal en los siguientes términos:

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.

Tal y como se desprende de la norma, el empleador puede solicitar el concurso de la Autoridad Administrativa de Trabajo para la verificación del rendimiento deficiente; es decir, se trata de una cuestión que no es necesaria para la imputación de esta causal, por tanto, no es requisito de procedibilidad.

1.2.2.2. El rendimiento deficiente en la jurisprudencia laboral

Ante la falta de regulación del rendimiento deficiente, es necesario examinar en la jurisprudencia laboral los criterios que se han tomado a la hora de analizar el rendimiento deficiente como causa de despido justificado.

Sentencia de Segunda Instancia recaída sobre el Expediente N° 2545- 2002-BS, citada en (Obregon 2015):

El rendimiento deficiente a que alude la ley que afectara la relación laboral es, como señala Blancas Bustamante, 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.

En ese sentido, se tiene que el rendimiento deficiente ha sido calificado como aquel rendimiento que exige habitualidad y continuación, asimismo tiene dos puntos de comparación, tanto el rendimiento individual anterior del mismo trabajador, como el segundo punto, el cual hace referencia al promedio en comparación con los demás trabajadores. Si bien es cierto, existen dos elementos de comparación, como se ha mencionado con anterioridad, estos dos elementos deben presentarse conjuntamente y de manera concurrente para poder alegar el rendimiento deficiente.

En esta misma línea, Obregón (2015) concuerda con lo manifestado ya que “considera que la causal se invoque únicamente en tanto el resultado de ambas evaluaciones constituya un rendimiento deficiente” (p.13). Esto con el objetivo de revestir de objetividad a esta causal y evitar como se mencionó con anterioridad, los despidos en las situaciones en la que el rendimiento de un trabajador en términos absolutos está por encima o es igual al promedio de los trabajadores, pero que tiene un rendimiento deficiente con relación a su propio rendimiento. Al respecto Arce (2008) menciona que la “lectura del artículo 23.b de la ley de productividad y competitividad no puede ser literal, sino que el juez debería evaluar el rendimiento deficiente en función a la *ratio legis* de la norma” (p.533). Es decir, evaluar tanto el rendimiento con relación a la capacidad del trabajador y el rendimiento promedio en condiciones similares.

Por otro lado, el Expediente N° 2545-2002-BS citado en Obregón (2015) establece lo siguiente:

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, resulta arbitrario. (p.13)

La sentencia anterior, establece no solo la necesidad de un informe de evaluación que acredite la existencia del rendimiento deficiente, sino que además determina parámetros de evaluación para establecer el rendimiento como deficiente: habitualidad, reiterancia, y comparación estadística del nivel de rendimiento de otros trabajadores con similares obligaciones y responsabilidades dentro de un manual.

Por otra parte, es preciso manifestar que, no solo debe cumplirse con los elementos configuradores del rendimiento deficiente y demostrar con medios probatorios que existe rendimiento deficiente, sino que para que el despido sea legal, es necesario cumplir con el procedimiento estipulado en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral; en esta misma línea, el Expediente 82499- AA/TC establece lo siguiente:

...ello se ve agravado por el hecho de que la demandada no ha acreditado en autos que se haya otorgado a la demandante el plazo de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia, conforme lo exige el artículo 31° del citado Decreto Supremo.

Por tanto, en concordancia con el artículo 31 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y no vulneración el debido proceso, se debe cumplir con el tiempo que ha establecido la norma para que el trabajador remedie su deficiencia o demuestre su capacidad.

1.2.3. El despido por causal de rendimiento deficiente de conformidad con la Organización Internacional del Trabajo – OIT

La Organización Internacional del Trabajo es la agencia especializada de la Organización de las Naciones Unidas, esta se encarga de las cuestiones relacionadas con el trabajo a nivel mundial. Tiene como objetivos principales la promoción de los derechos laborales, fomentar oportunidades de trabajo, mejorar la protección social y fortalecer el diálogo al abordar los temas relacionados con el trabajo.

Por tal razón, este organismo tan importante a nivel mundial ha establecido una serie de recomendaciones en torno a la terminación del contrato. Es por ello, se analizará el Convenio 158, Recomendación 166.

1.2.4. Convenio 158

Es preciso indicar que el Convenio 158 de 1982, que entrará en vigencia el 23 de noviembre de 1985, no fue ratificado por el Estado Peruano, por tal motivo este convenio no es aplicación obligatoria por no ser vinculante para el Estado Peruano.

Si bien es cierto, el Perú no ratificó este convenio, en su momento este convenio reguló importantes aspectos que no estaban tipificados con relación a la terminación de la relación laboral. En lo que atañe al despido por causa justificada, reguló en el artículo 4 lo siguiente:

No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio.

Sobre el particular, se determina la imposibilidad de dar por terminada la relación laboral ante cualquier otra situación que no sea la de causa justificada tanto por la capacidad como por conducta del trabajador. Esta imposibilidad lo que busca es dar al trabajador estabilidad laboral, brindando permanencia en el empleo,

“Que el contrato que una persona tiene con su empleador se mantenga en el tiempo y no termine de un momento a otro sin motivo alguno” (Paredes, s/f, s.p). En otras palabras, lo que hace es brindar seguridad jurídica, dar al trabajador un entorno de certidumbre en el ejercicio de sus funciones en la empresa. Asimismo, en lo referente al procedimiento de despido que deberá realizarse por parte del empleador, el artículo 7 típico lo siguiente:

No deberá darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por motivos relacionados con su conducta o su rendimiento antes de que se le haya ofrecido la posibilidad de defenderse de los cargos formulados contra él, a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad.”

1.2.5. Recomendación 166

La Recomendación 166 del año 1982 regula en el artículo 8 los procedimientos previos a la terminación o en ocasión de esta, en específico sobre el desempeño insatisfactorio establece lo siguiente:

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.

Esta Recomendación hace alusión al “desempeño insatisfactorio” que en nuestra legislación se denomina rendimiento deficiente; por otro lado, regula el procedimiento previo que se debe seguir para despedir a un trabajador por rendimiento deficiente, siendo dos cosas en particular:

1. El empleador le debe advertir por escrito del desempeño que presenta y las instrucciones apropiadas para subsanarlo.
2. Se le debe dar un periodo razonable para que mejore dicho rendimiento insatisfactorio.

Nuestro ordenamiento jurídico con relación al primer punto no contempla el requisito del empleador de establecer en la carta de imputación de cargos o en cualquier otro documento las medidas e instrucciones que el trabajador debe tomar para mejorar el rendimiento deficiente que padece; por el contrario, se limita a estipular que la causa alegada en la Carta de Imputación de Cargos debe ser demostrada con los medios de pruebas respectivos sin establecer pautas para subsanar tal rendimiento.

El primer punto contemplado en la Recomendación 166 es de vital importancia, puesto que es imperativo que el empleador establezca cuáles serán las pautas a seguir por el trabajador con miras a mejorar su rendimiento. Esto en virtud, a que el empleador es el sujeto que impone los términos, cláusulas, tiempo y lugar de trabajo, con lo que es el encargado de brindar todo lo necesario para que el trabajador realice sus funciones de manera adecuada, pero si a pesar de regular cuáles serán los mecanismos de acción que deberá seguir el trabajador, este no mejora su productividad es preciso el despido y por tanto deberá imputar el rendimiento deficiente acompañado con los medios probatorios respectivos. Con relación al segundo punto referido al plazo razonable que se le brinda al trabajador para la mejora del rendimiento insatisfactorio; si bien es cierto la

Recomendación 166 no precisa un plazo específico, nuestra normativa regula el plazo de 30 días para que el trabajador demuestre su capacidad o mejore su rendimiento, con lo que en este punto si cumple con la Recomendación 166 hecho por la OIT. Dicho plazo de 30 días es un plazo razonable en el cual el trabajador deberá mejorar el rendimiento imputado.

1.2.6. La regulación del rendimiento deficiente en la doctrina y legislación internacional

A partir de la escueta regulación del rendimiento deficiente en el Ordenamiento Jurídico Peruano, es necesario desarrollar un análisis referente al manejo de esta causa justificada de despido en el ámbito internacional, con el objeto de discernir y examinar que criterio o parámetro manejado en la legislación internacional puede ser un aporte fundamental para objetivar el rendimiento deficiente en el Perú. En ese sentido, se analizará las legislaciones de Colombia, España, las cuales regulan esta causal en su normativa o doctrina estableciendo puntos importantes que serán tratados a continuación.

1.2.6.1 El despido por causal de rendimiento deficiente en el Código Sustantivo de Trabajo (Colombia)

En Colombia, el rendimiento deficiente está estipulado como una causal justa de despido por parte del patrono, la misma está contemplada en el artículo 63 inciso 9 del Código Sustantivo de Trabajo que regula lo siguiente:

Ley de Productividad y Competitividad Laboral	Código Sustantivo de Trabajo
Artículo 23.- c) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares.	Artículo 63.- 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 patrono.

Se observa de lo precitado que la regulación colombiana contempla la existencia de dos puntos de comparación referentes al rendimiento del trabajador i) El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y ii) El rendimiento promedio en labores análogas. En ese sentido, la redacción de los elementos comparativos es, muy parecida a los contemplados en el ordenamiento peruano.

Asimismo, en la regulación colombiana se establece la necesidad de dar un plazo razonable al trabajador para que corrija su producción; sin embargo, no se tipifica cual será el tiempo específico que se le dará al trabajador para que corrija su accionar, con lo que estaría sujeta a debate. Dicho plazo está estipulado como un requisito de procedibilidad, esto es, si no se otorga tal plazo razonable al trabajador para que corrija su rendimiento, el despido será ilegal.

Algo similar ocurre con el Ordenamiento Jurídico Peruano, que también tipifica la necesidad de un plazo para que el trabajador corrija su rendimiento, pero que a diferencia de Colombia si regula un plazo específico, el cual está contemplado en el artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad donde tipifica la necesidad de dar 30 días para que el trabajador demuestre su capacidad o mejore su rendimiento.

Una vez analizado lo regulado como rendimiento deficiente, es preciso examinar el procedimiento de despido por deficiente rendimiento en Colombia y realizar su respectiva comparativa:

Ley de Productividad y Competitividad Laboral	Decreto 1373 de 1966
--	----------------------

<p>Artículo 31.-</p> <p>“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.</p> <p>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.”</p>	<p>“Para dar aplicación al numeral 9) del artículo 7o. del Decreto 2351 de 1965 [Hoy artículo 63 del código sustantivo del trabajo], el patrono deberá ceñirse al siguiente procedimiento:</p> <p>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.</p> <p>b. Si hechos los anteriores requerimientos el patrono considera que aún subsiste el deficiente rendimiento laboral del trabajador, presentará a éste 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</p> <p>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.”¹⁰</p>
---	--

Se ve reflejado del cuadro anterior que, a diferencia de la regulación peruana donde el procedimiento empieza con la carta de imputación de cargos, la regulación colombiana en el Decreto 1373 fija como inicio del procedimiento de despido por deficiente rendimiento el requerimiento al trabajador, el cual se hará en dos oportunidades por escrito mediando entre cada requerimiento mínimo 8 días.

Asimismo, para que este procedimiento sea legal exige la concurrencia de dos elementos i) el requerimiento al trabajador con apego a la norma y ii) la existencia del cuadro comparativo de rendimiento. El primer punto se refiere a que “el empleador deberá garantizar la aplicación del debido proceso ante la invocación de esta causal” (Actualícese, 2014, s.p) y seguir lo estipulado en la norma, no vulnerando los derechos del trabajador, el segundo punto está establecido como elemento probatorio que tiene el empleador; es decir, el deficiente rendimiento se prueba a partir del estudio de rendimiento promedio, representado en el cuadro comparativo que hace referencia la norma.

En esta misma línea, la Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral n° de 16 de Octubre de 2008 de Colombia se pronunció de la siguiente manera:

La carta de despido requiere, para respaldar las faltas que le atribuye al demandante, unas evaluaciones de desempeño; de ello no se puede inferir que el empleador pretendía ubicar la situación del trabajador únicamente en la causal de deficiente rendimiento, y concluir luego, que hizo incompleta la labor de evaluación, no haciéndola con la periodicidad que exigen las normas, con requerimientos entre unas y otras, y con cuadros comparativos; las evaluaciones solo fueron fuente documentada de los hechos que se le atribuyeron como faltas; son técnicas administrativas de seguimiento y control de la actividad laboral, que no pueden suponerse establecidas exclusivamente para medir el rendimiento del trabajador bajo la perspectiva del numeral 9 del artículo 62 del CST.

En otras palabras, no es suficiente para probar la existencia de deficiente rendimiento en el trabajador mencionar los hechos que se le atribuyen como deficiente rendimiento, sino que por el contrario, es necesario que en la carta de despido esté el cuadro comparativo de rendimiento, el cual implica la existencia de una evaluación del rendimiento realizado al trabajador.

Por otra parte, el cuadro comparativo de rendimiento se debe aplicar a quienes tienen condiciones iguales, no disímiles, pues de lo contrario el empleador vulneraría derechos constitucionales que son de obligatoria aplicación para todos los trabajadores. (Montt Gropus Spa, s/f, p.1).

Es entonces preciso indicar que, si bien la redacción normativa del ordenamiento jurídico colombiano es similar al peruano, en Colombia existe un procedimiento mucho más detallado, donde se regula de manera concreta el procedimiento de despido por deficiente rendimiento, un ejemplo es la necesidad de un cuadro comparativo en la

imputación de cargos. En ese sentido, Colombia ha buscado darle al deficiente rendimiento un tratamiento detallado para que esta causal no recaiga en subjetividad y pueda ser una herramienta aplicable en las empresas.

1.2.6.2 El despido por causal de rendimiento deficiente en el Estatuto de Trabajadores de España

En España, el despido por causal de rendimiento deficiente está regulado en el artículo 52 del Estatuto de Trabajadores, en el cual se especifica que el contrato se puede extinguir por causas objetivas.

Ley de Productividad y Competitividad Laboral	Estatuto de los Trabajadores
---	------------------------------

A partir de lo precitado, se aprecia que la regulación española es más escueta que la peruana, teniendo serios vacíos en su regulación. En virtud de que su regulación solo se limita a hablar de ineptitud sobrevenida del trabajador posterior a la colocación en la empresa, sin determinar específicamente que se entienda por ineptitud sobrevenida ni los elementos configuradores para catalogar el rendimiento del trabajador como aquel que recae en ineptitud. En ese sentido, la regulación Española es insuficiente en cuanto a su normativa y no puede ser utilizada como una herramienta efectiva para la terminación de la relación laboral por causa justificada; por el contrario, supone un foco de dudas

<p>Artículo 23.-</p> <p>c) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares.</p>	<p>Artículo 52.-</p> <p>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 no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento.</p>
---	---

conceptuales y por tanto recae en subjetividad. Otro aspecto a precisar es que, a diferencia del Ordenamiento Jurídico Colombiano, el español no regula un procedimiento específico estipulando parámetros que el empleador deberá realizar cuando alegue esta causal, no se regula ni en el Estatuto de Trabajadores ni en su respectivo reglamento.

A raíz de la carente tipificación de esta causal, ha sido necesario ser desarrollado jurisprudencialmente para su tratamiento, donde el Tribunal Español a través de una serie de jurisprudencia llena los vacíos dejados por la norma. Es así que, (Gutierrez, 2019, s.p) manifiesta que el Tribunal Supremo Español define la ineptitud sobrevenida como:

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.

A partir de lo establecido por el Tribunal Supremo Español, se tiene que la ineptitud sobrevenida en el trabajador se consolida como la carencia por falta de conocimiento técnico, talento y habilidades. Se infiere de lo planteado por la Corte Suprema que no existe voluntariedad en la ineptitud; esto es, que el trabajador presenta ineptitud por su falta de preparación, conocimiento y no con la intención de generar un daño a la empresa. Es preciso hacer una diferenciación; cuando el trabajador baja su rendimiento intencionalmente, se está ante una falta grave y corresponde ejercer el despido disciplinario, no se debe confundir las dos figuras jurídicas.

En este mismo sentido, la jurisprudencia española ha establecido situaciones determinadas donde el trabajador presenta ineptitud en su rendimiento en la empresa, de acuerdo a (Gd legal, 2019, s,p) son las siguientes:

- La falta de suficiencia o idoneidad para ejercer un empleo; y la inhabilidad, ignorancia o incompetencia para desarrollar provechosamente el trabajo encomendado.
- Una inhabilidad, una falta de aptitud, preparación, de suficiencia o idoneidad para desarrollar de manera útil y eficaz la prestación de trabajo.
- Una inhabilidad o carencia de facultades profesionales que tiene su origen en la persona del trabajador, bien por falta de preparación o de actualización

de sus conocimientos, bien por deterioro o pérdida de sus recursos de trabajo (rapidez, percepción, destreza, capacidad de concentración, etc.).

En virtud de ello, si bien es cierto la regulación española es muy escueta al momento de regular la ineptitud sobrevenida del trabajador, bien ha hecho la jurisprudencia en torno a esta figura jurídica, bridando un concepto que si bien no está exento de dudas o debates ha planteado situaciones específicas para catalogar el rendimiento de un trabajador como aquel que recae en ineptitud y por tanto habilita al empleador a ejercer su poder de sanción y despedir de manera justificada al trabajador.

1.2.6.2.1 Requisitos

La jurisprudencia ha seguido desarrollando la doctrina del Supremo y ha establecido que deben concurrir seis requisitos para la configuración de la ineptitud en el trabajador, los cuales el STSJ Madrid enuncia en su Sentencia 6/2013 de 13 de enero. 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.

2. Materiales y Métodos

2.1. Tipo de investigación

El presente proyecto de investigación se enmarca dentro del tipo de investigaciones documentales, teóricas o bibliográficas, porque tiene en cuenta el análisis de su objeto de estudio a la luz de las bases teóricas y las bases conceptuales, las cuales profundizan en los contenidos encontrados en fuentes bibliográficas, tanto en físico como en virtual, ya sea libros, revistas académicas y/o científicas y otros tipos de publicaciones periódicas, tesis y otros materiales escritos. Según, Arias (2012)

De acuerdo a lo afirmado por este autor, en este tipo de investigación no se registra solo literalmente los datos encontrados en las fuentes bibliográficas, sino que se reflexiona y se interpreta en bases a ellos, con un enfoque crítico, de tal manera que se generan nuevos conocimientos.

Por su parte, Bernal, (2010) afirma que la investigación documental, “consiste en un análisis de la información escrita sobre un determinado tema, con el propósito de establecer relaciones, diferencias, etapas, posturas o estado actual del conocimiento respecto al tema objeto de estudio” (p. 111).

En consecuencia, en esta investigación se anhela analizar el objeto de estudio utilizando como principales recursos los documentos como libros, artículos científicos, revistas, entre otros.

2.2. Diseño de investigación

Toda investigación requiere un diseño de investigación, el cual indica los pasos a seguir, por esta razón se cita a Tamayo y Tamayo (2001), quien afirma que el diseño de la investigación consiste en “el planteamiento de una serie de actividades sucesivas y organizadas que deben adaptarse a las particularidades de cada investigación e indican los pasos y pruebas a efectuar y las técnicas a utilizar para recolectar y analizar los datos” (p. 70). Siguiendo la idea de este autor, que alude a una planificación de actividades, y considerando que en el presente trabajo de investigación se ha seguido un diseño de investigación bibliográfico, se describen las actividades:

- Una clara delimitación del problema de investigación.
- Una exhaustiva revisión sistemática, rigurosa y profunda del material bibliográfico.

- Además se realizará un análisis y reflexión de la información bibliográfica más relevante, las cuales iluminarán la investigación.
- Elaboración de un bosquejo o esquema de temas, de acuerdo a los objetivos específicos.

2.3. Técnicas e instrumentos de recolección de datos cualitativos.

Método analítico:

El método analítico busca hacer una descomposición del objeto de estudio en sus elementos constitutivos o dimensiones, por eso tendrá en cuenta el análisis de la información obtenida de las diversas fuentes bibliográficas o documentales, tratando de identificar las relaciones y diferencias entre unas teorías y otras y, por consiguiente, concluir con propuestas teóricas argumentadas.

Por lo tanto, en esta investigación se seguirá el método analítico, para examinar las propuestas teóricas de acuerdo a los objetivos que se persiguen en esta investigación.

A) Análisis documental:

En esta investigación se ha utilizado el análisis documental, teniendo en cuenta los diferentes documentos, al respecto Bernal (2010) afirma que el análisis documental “es una técnica basada en fichas bibliográficas que tienen como propósito analizar el material impreso” (p. 194)

Tal como se describe, lo que señala esta afirmación es atender a los elementos que permitieron el desarrollo de la presente investigación, que comprende la acción del proceso de lectura, síntesis y representación de los documentos que hacen referencia a al análisis de la ética personalista, teniendo en cuenta una selección de las ideas más relevantes de los diferentes documentos tales como, libros, tesis, artículos científicos, entre otros, extrayendo las ideas necesarias para la fundamentación teórica de lo planteado en la presente investigación.

B) Técnicas de gabinete: Fichaje

Dentro de la investigación esta técnica permitirá sistematizar el fundamento teórico de la investigación para lo cual se utilizarán como instrumentos las fichas textuales y bibliográficas. Estos documentos en la idea de Malca & Vidaurre (2010), “permiten al investigador depositar un criterio selectivo y mediante ciertas normas, toda información referida a su tema” (p. 94)

- **Fichas textuales.** Se resalta que existen diferentes fichas tales como fichas de resumen, de contenido, de parafraseo, de análisis, entre otras. En esta investigación se considera principalmente fichas textuales, las que por su naturaleza se adecuan a esta investigación. Estas fichas según Malca & Vidaurre (2010), “se transcribe fiel y literalmente las partes más significativas del contenido de las fuentes escritas. Es el testimonio directo del autor y ahí reside su valor” (p. 96) así pues, este instrumento sirve para transcribir ideas y conceptos de mayor relevancia en los textos que se utilizaron en este trabajo de investigación.

- **Fichas bibliográficas.** En este trabajo se utiliza la ficha bibliográfica para registrar los datos libro, artículo o tesis. Las fichas bibliográficas es una ficha pequeña, destinada a anotar los datos de un libro o artículo, estas fichas se hacen para todos los libros que eventualmente pueden ser útiles a nuestra investigación.

Por lo tanto, el instrumento utilizado es la ficha, que consiste en un registro, que puede físico o digitalizado, de los datos bibliográficos, conceptos, ideas principales, comentarios o resúmenes sobre un determinado tema, así pues, en este elemento se plasmará la identificación de cada una de las fuentes aludidas en este trabajo.

2.4. Procedimiento

En los procedimientos para la recolección de datos hubo una interacción con los instrumentos. A través de las fichas bibliográficas se realizó una selección rigurosa de las fuentes bibliográficas.

Con las fichas resumen seleccionamos las ideas principales y relevantes de las fuentes y las fichas de análisis nos permitió esclarecer los puntos de vista, registrar la interpretación, las inferencias y las críticas a la información.

2.4.1. Análisis de datos

La utilización tanto del análisis cualitativo como del análisis de documentos nos permitió estar al tanto de la realidad en torno al rendimiento insatisfactorio.

Es ahí donde se hace el análisis de documentos haciendo uso del abordaje metodológico (metodología jurídica).

Tiene un enfoque interpretativo o socio crítico.

3. Resultados y Discusión

3.1. Hacia un adecuado concepto de rendimiento deficiente

En primer lugar, tal y como lo refiere Arce (2008), es necesario hacer una distinción de esta causal con los supuestos de invalidez física.

Si bien es cierto, cuando se habla de supuestos de invalidez, estos pueden traer consigo un rendimiento deficiente por parte del trabajador que los presenta; sin embargo, para la configuración de dichos supuestos es requisito la certificación de autoridades sanitarias que acredite tal condición.

Ahora bien, una vez planteada la distinción con los supuestos de invalidez, corresponde manifestar que la Ley de Productividad y Competitividad Laboral ha tipificado al rendimiento deficiente como una causal que será puesta en comparación en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio de labores y bajo condiciones similares, fórmula que a criterio de Blancas (2013):

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 (p.178)

En efecto, se aprecia tanto en la ley como su reglamento, una escueta tipificación de esta causal; siendo así, sobresale la falta de criterios, pautas o parámetros para plantear una imputación objetiva que no decaiga en subjetividad, ya que al no establecer aspectos concretos no se puede determinar cuándo efectivamente estamos ante un rendimiento que no cumple con lo esperado por el empleador. Esto en virtud de que el trabajador es un ser humano, no una máquina, y por ello no puede ser programado para obtener los mismos resultados todo el tiempo, por el contrario, el trabajador quiera o no, su rendimiento en algún momento será variable en el tiempo y esto se debe a factores de diversa índole, sea de orden anímico, psicológico, externos (tipo de mercado en algunas actividades), entre otros, que puedan alterar el rendimiento del trabajador cualquiera sea la actividad que este realice. (Blancas, 2013)

Adicionalmente, otro punto que hace recaer en subjetividad a esta causal, que se ha dejado a la deriva y sobre la cual el ordenamiento jurídico no se ha pronunciado, es el lapso que debe considerarse para verificar el rendimiento deficiente que está por debajo del rendimiento promedio y esperado, que hace insostenible la relación.

Ahora bien, es necesario en este punto, ya que no lo ha hecho el ordenamiento jurídico plantear ¿qué se entiende por productividad debida o rendimiento eficiente que debe tener un trabajador? Esto con miras a comprender qué es lo que se espera por parte del empleador para que no se determine o genere un rendimiento deficiente imputable al trabajador.

Según Aguilera (1997), el rendimiento debido “es la obtención del resultado, en la cantidad, y con las cualificaciones pactadas” (p.197). De este modo, el rendimiento debido no solo presenta un aspecto cuantitativo, que hace referencia al trabajo realizado, sino también un aspecto cualitativo, como utilidad que en general aporta el esfuerzo del trabajador a la organización empresarial. En ese sentido, el rendimiento debido tiene aspectos tanto cuantitativos y cualitativos que hacen aún más difícil la imputación de un rendimiento como deficiente, con lo que es importante determinar una tipificación más completa de esta causal de despido justificado, estableciendo pautas que no deje en un estado de incertidumbre a los sujetos de la relación laboral.

Arce (2008) define al rendimiento deficiente como “cualquier tipo de carencia del trabajador que determina una incapacidad del mismo para efectuar, con suficiencia, los deberes labores a los que se comprometió por el contrato de trabajo” (p.532)

En este sentido, Arce se refiere a dos tipos de carencias: i) aquellas que implican un deterioro de facultades físicas o mentales ii) aquellas que suponen carencias profesionales o personales que generan un rendimiento deficiente. (Arce, 2008, pp.532-533)

Con relación al primer punto, es necesaria hacer la distinción con la causal contemplada en el inciso a) del artículo 23 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral; esta diferenciación radica en la “intensidad de la deficiencia” (Obregon,2015, p.7). Siendo el rendimiento deficiente un deterioro que no tiene la gravedad requerida en el inciso a), asimismo el inciso a) requiere como requisito de procedibilidad la emisión de certificado que declare deficiencia física o mental presentada por el trabajador emitida por Essalud, el Ministerio de Salud o de la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú. Por el contrario, el rendimiento deficiente no reconoce este requisito, pero plantea en el artículo 34 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo que el empleador podrá solicitar el concurso de los servicios de la Autoridad Administrativa de Trabajo. El segundo punto tiene que ver con la falta de capacidad intelectual y habilidades que presenta el trabajador a la hora de desarrollar sus funciones. Arce (2008) menciona las siguientes: “falta de conocimientos técnicos por las que fue contratado, falta de

habilidades profesionales para el puesto, efectos de una racha personas” (p.533), entre otras, que configuren rendimiento deficiente y que sean objetivamente imputables.

Tanto en el primer como segundo punto, se evidencia la falta de objetividad de las carencias, resultando así inevitable para la imputación objetiva de esta causal, las pruebas fehacientes que el empleador consiga para constituir un despido justo.

Como se ha desarrollado a lo largo de este punto, se demuestra la necesidad de plantear una mejor tipificación del rendimiento, ya que, al tener una regulación tan escueta sobre esta causa de despido, resulta subjetiva e improductiva, siendo letra muerta en la ley que no se puede utilizar por el hecho de no tener las bases suficientes para aplicarla. Es por esto que, se debe plantear una definición referente al rendimiento deficiente que contenga elementos objetivos que puedan verificarse.

Siendo así, se propone un nuevo concepto de rendimiento deficiente que dotará de objetividad a esta causal:

El rendimiento deficiente es aquel rendimiento del trabajador grave y continuado en un periodo de tres meses, que debe ser determinada en relación la capacidad del mismo y con el rendimiento promedio en labores pactado previamente en el contrato y bajo condiciones similares.

En este punto, es preciso analizar el concepto postulado con el fin de verificar que aquel resulta ser adecuado y aplicable a la legislación laboral, dejando el ámbito de subjetividad para pasar a ser un concepto objetivo de principio a fin.

3.2. Elementos configuradores del rendimiento deficiente

Teniendo en cuenta, la definición planteada con anterioridad, se desprende los elementos configuradores del rendimiento deficiente, que deberán concurrir conjuntamente para sustentar el despido justificado por esta causal: Gravedad, Continuada, Capacidad del trabajador y rendimiento promedio en labores, pactado previamente en el contrato.

3.2.1. Gravedad:

Blancas (2013) la define como:

Aquella lesión que experimenta la relación de trabajo que es suficiente por si misma para afectar de modo sustancial e irreversible y la que ha ido deteriorando progresivamente la relación hasta llegar el momento en que su continuación se torna insoportable.

En efecto, este elemento trae a colación la afectación y daño que se produce a la empresa por la disminución del rendimiento por parte del trabajador, el cual hace insostenible la relación laboral. Como se mencionó con anterioridad, Arce (2018) manifiesta que el trabajador puede disminuir su rendimiento por causas relacionadas a la falta de conocimientos, habilidades y talento en el ejercicio de las actividades. Estas faltas de preparación y talento deberán generar una afectación a la empresa para realizar la imputación objetiva de esta causal.

3.2.2. Continuada:

Es necesaria la habitualidad, es decir, debe ser constante en un lapso de tiempo. Tal y como lo manifiesta Blancas (2013) “el tiempo es un factor esencial para determinar la existencia del rendimiento deficiente, no como un evento pasajero o circunstancial, sino como una situación permanente” (p.179)

Por ello, no sería legal despedir a un trabajador cuyo rendimiento constantemente es superior a lo pactado en el contrato, pero en un determinado momento (dos meses) su rendimiento bajó, no llegando a cumplir con los objetivos trazados; en consecuencia, es despedido alegando rendimiento deficiente. Este despido será ilegal, en la medida que afecta la estabilidad laboral del trabajador, ya que no es suficiente un bajón de rendimiento de un par de meses para poder despedir a un trabajador por rendimiento deficiente. En este sentido, se plantea que la duración del rendimiento deficiente presentado por el trabajador sea de 3 meses, esto en virtud a lo siguiente:

En primer lugar, el rendimiento deficiente presentado por el trabajador no puede ser de solamente un mes. Esto en virtud, al requisito previo de reiterancia, continuidad y habitualidad que se es necesario para imputar el rendimiento deficiente como causa de despido justificado; además, de resultar injusto y contravenir al principio de estabilidad laboral.

Si bien es cierto cumple con el requisito de habitualidad y continuación del rendimiento, no podrá ser suficiente el plazo de dos meses, en virtud a lo tipificado en el artículo 31 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, puesto que regula el plazo de 30 días para que el trabajador demuestre su capacidad o mejore su rendimiento. Por ende, sumando los dos meses necesarios para la reiterancia y un mes que se le da al trabajador para que mejore su rendimiento o demuestre su capacidad, dan un resultado de 3 meses,

tiempo prudencial y certero para catalogar un rendimiento como deficiente, siguiendo con el debido proceso que el ordenamiento jurídico regula.

Por otro lado, no podrá ser factible una duración mayor a tres meses, por ser excesivo. Tener en sus filas por un tiempo mayor a tres meses a un trabajador que no tiene el rendimiento esperado tiene consecuencias negativas para el empleador, tales como, remunerar a un trabajador que no produce, no poder desligarse de un elemento que no cumple sus obligaciones, no poder contratar a otro trabajador en su lugar.

Es por esto que se plantea la comprobación del rendimiento deficiente en un periodo específico, esto es 3 meses como mínimo, en virtud de ser un lapso prudente y certero, ya que así el trabajador no podrá ser despedido por un rendimiento escaso de uno o dos meses que no resulta ser motivo suficiente por ser un rendimiento circunstancial.

3.2.3. Capacidad del trabajador y rendimiento promedio en labores, pactado previamente en el contrato

El rendimiento debe medirse de acuerdo a lo pactado al inicio de la relación laboral. En comprensión de este elemento, se medirá el rendimiento en dos parámetros: “de un lado, el rendimiento precedente del mismo trabajador y, de otro el rendimiento promedio de los demás trabajadores que realizan las mismas o similares funciones”. (Arce, 2013, p.533)

El primer punto se refiere a la comparación del rendimiento actual y el anterior del propio trabajador, el segundo hace mención al rendimiento del resto de trabajadores que se encuentran en condiciones similares. Para que esta causal no recaiga en subjetividad y, por tanto, sea aplicable sin afectar a ninguna de las partes de la relación laboral, deben concurrir estos dos puntos de comparación.

Pero existe un tercer elemento que es el rendimiento pactado, esto implica que existe un promedio pactado al inicio de la relación laboral, que deberá cumplirse. Sin embargo, “hay que decir que el establecimiento y determinación de un rendimiento en las cláusulas del contrato de trabajo es válido, con la excepción de que los objetivos pactados no sean abusivos ni desproporcionados” (González, 2019, s/p)

Cuando el rendimiento pactado es abusivo, no se podría hablar de un rendimiento exigible al trabajador. Por tanto, si se ha pactado el rendimiento y este no es abusivo, es causa de despido, salvo que acredite o pruebe con los medios probatorios pertinentes

que lo pactado está muy por encima de la naturaleza de las actividades haciendo imposible su cumplimiento.

Es necesario hacer un análisis a los contratos verbales, en los que, no se fija específicamente cuál será el rendimiento esperado por el empleador. En ese sentido, se tendrá que estudiar varios aspectos como: la naturaleza de la actividad que se ejecuta, el mercado laboral, el rendimiento promedio de los demás trabajadores que se dedican a la misma actividad laboral. De esta manera, al no pactar una producción específica, el empleador tendrá una ardua labor para demostrar que el rendimiento presentado por su trabajador no está cumpliendo con los estándares normales.

Una vez analizado cada uno de los elementos configurativos del rendimiento deficiente, se llega a la conclusión de que el concepto planteado es un concepto que deja de lado cualquier duda u aspecto subjetivo del cual se puede tener alguna vacilación, por el contrario, resulta ser una herramienta objetiva.

3.3. Presupuestos a partir del análisis doctrinal y jurisprudencial de España y Colombia

Colombia:

El cuadro comparativo regulado en el procedimiento de despido colombiano es un gran aporte, siendo necesaria su incorporación a la normativa peruana por ser una herramienta útil de comparación, donde se establecerá y se hará notar a través de cuadros estadísticos el rendimiento del trabajador, sea este rendimiento apropiado o negativo para la empresa, al ser negativo significará prueba fundamental para demostrar tal falta de capacidad en el trabajo. Por otro lado, tal como lo refiere (Obregón, 2015, p.23) este cuadro comparativo que refiere la norma, “implica la necesaria pre existencia de un Sistema de Evaluación provistos de cuadros estadísticos para la correcta imputación de esta causal”.

Tal y como refiere Obregón, el cuadro comparativo que se propone requiere la preexistencia de un Sistema de gestión de rendimiento como criterio para determinar la causal de despido por rendimiento deficiente, mediante la cual se llevará control y se tendrá una base de datos con el rendimiento de los trabajadores.

Por tal motivo, ambos elementos deberán ser considerados por la legislación peruana con miras a brindar objetividad al despido por rendimiento deficiente.

España

Los requisitos planteados por la jurisprudencia española son criterios que no están regulados su normativa, con lo que, bien ha hecho el Tribunal Español al regular esta causa de despido a través de su jurisprudencia; puesto que, tal y como se encontraba regulada en su normativa, carecía de objetividad por donde se la mire.

Por otro lado, estos requisitos deben ser tomados y adheridos a la normativa peruana, al ser elementos probatorios demostrativos del rendimiento deficiente.

Puntos como ser verdadera y no simulada, referirse al trabajador y no a los medios materiales o de trabajo, afectar a las tareas de la prestación laboral y no a la realización de trabajos distintos. Son criterios que revisten de objetividad al rendimiento deficiente, los cuales deberán contemplarse en la carta de imputación por ser el documento que especifica cuáles son las causas del despido.

3.4. Propuesta legislativa

Proyecto de ley

Criterios para determinar el rendimiento deficiente como causal de despido

Modificase el Artículo 23° inciso c de la Ley de Productividad y Competitividad N° 728, el cual queda redactado según el siguiente texto:

Artículo 23.C.- Rendimiento Deficiente:

El rendimiento deficiente es aquel rendimiento del trabajador grave y continuado en un periodo de tres meses, que debe ser determinada en relación la capacidad del mismo y con el rendimiento promedio en labores pactado previamente en el contrato y bajo condiciones similares.

Incorpórese en la ley de Productividad y Competitividad 728

Artículo 24.A°.- Criterios que deberá implementar el empleador para la determinación del rendimiento deficiente:

Creación en la empresa de un sistema de gestión de rendimiento como criterio para determinar la causal de despido por rendimiento deficiente, mediante la cual se llevará control y se tendrá una base de datos con el rendimiento de los trabajadores.

Creación por parte del empleador de reglamento de evaluación de rendimiento, donde se fijará estándares mediante los cuales los trabajadores serán evaluados de manera periódica.

Comunicar a los trabajadores al momento de la contratación cuáles serán los rendimientos esperados y cuáles serán los mecanismos de evaluación de rendimiento a los que estarán sujetos periódicamente.

Comunicar a los trabajadores de los resultados obtenidos en las evaluaciones de rendimiento.

Artículo 24.B.- Elementos que deberá contemplar la carta de imputación: Ser verdadera y no simulada, especificando de manera concreta la causa de despido.

Cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas

Referirse al trabajador y no a los medios materiales o de trabajo

Afectar a las tareas de la prestación laboral y no a la realización de trabajos distintos.

4. Conclusiones

- Con relación al objetivo referente a analizar los elementos característicos del rendimiento deficiente como causal de despido justificado son los siguientes: gravedad, continuada, capacidad del trabajador y rendimiento promedio en labores, pactado previamente en el contrato.
- Con relación al objetivo referente a la propuesta legislativa que contempla criterios para determinar el rendimiento deficiente como causal de despido es: Creación en la empresa de un sistema de gestión de rendimiento como criterio para determinar la causal de despido por rendimiento deficiente, mediante la cual se llevará control y se tendrá una base de datos con el rendimiento de los trabajadores.

Creación por parte del empleador de reglamento de evaluación de rendimiento, donde se fijará estándares mediante los cuales los trabajadores serán evaluados de manera periódica.

Comunicar a los trabajadores al momento de la contratación cuáles serán los rendimientos esperados y cuáles serán los mecanismos de evaluación de rendimiento a los que estarán sujetos periódicamente.

Comunicar a los trabajadores de los resultados obtenidos en las evaluaciones de rendimiento.

- Para objetivar la causal de rendimiento deficiente es necesario que la carta de imputación contemple los siguientes elementos:

Ser verdadera y no simulada, especificando de manera concreta la causa de despido.

Cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas

Referirse al trabajador y no a los medios materiales o de trabajo

Afectar a las tareas de la prestación laboral y no a la realización de trabajos distintos

5. Referencias Bibliográficas

1. Arce, O.E. (2008). *Derecho individual del trabajo en el Perú*. Lima, Perú: Palestra.
2. Blancas, B.C (2013). *El despido en el derecho laboral peruano*. Lima, Perú: Jurista editores
3. Bogliano, P. (1957). *Estabilidad en el centro de trabajo*. Buenos Aires: Abeledo Perrot
4. Actualícese (2014). Deficiente rendimiento en labores: justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo. Recuperado de: <https://actualicese.com/deficiente-rendimiento-en-labores-justa-causapara-dar-por-terminado-el-contrato-de-trabajo/>
5. Barbají (2014). El choque entre el despido objetivo por ineptitud sobrevenida y la protección del trabajador especialmente sensible. Cómo aplican los tribunales los artículos 25. Lprl y 52.1.a) et. Recuperado de: <file:///C:/Users/inicio/Desktop/PROYECTO%20DE%20TESIS/Bardaji%20España.pdf>
6. Cadillo, A. C (2013). La extinción de la relación laboral por causas relacionadas con la capacidad del trabajador. *Revista de Derecho*, vol, 14 pp 87-94
7. Castro, J, I (2008). La ineptitud sobrevenida como causa justa de despido y su relación con la invalidez parcial permanente, *Laborem*, N° 8, Lima.
8. Fernández, T. R (2019). Configuración del poder de dirección del empleador: Denominación, naturaleza jurídica, fundamento y contenido. *Rev. derecho* (Concepción), vol.87 (número 245), doi: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-591X2019000100051&lng=es&nrm=iso
9. Gd Legal (2019). El problema de los despidos por ineptitud sobrevenida. Recuperado de: <https://www.gdlegal.com/blog/posts/el-problema-de-losdespidos-por-ineptitud-sobrevenida>
10. Gorelli, J. «Disminución continuada y voluntaria en el rendimiento normal o pactado, Tecnos, Valencia, 2004.
11. Gutiérrez Arrudi (2019). Despido objetivo por ineptitud sobrevenida. Recuperado de <http://www.gutierrezarrudi.com/despido-objetivo-porineptitud-sobrevenida/>
12. Jaramillo, T.(2011). Aplicabilidad constitucional del despido justificado en el ecuador (tesis de pregrado). Recuperado de: <file:///C:/Users/inicio/Desktop/PROYECTO%20DE%20TESIS/Tesis%20de%20ecuador.pdf>
13. Montt Gropus SpA. Modificaciones ocurridas en la legislación colombiana octubre de 2016. Recuperado de: <https://www.monttgroup.com/wp-content/uploads/2013/02/Octubre8.pdf>
14. Morgado, V. E(s/f). El despido disciplinario.0000 Recuperado de: <file:///C:/Users/inicio/Desktop/PROYECTO%20DE%20TESIS/MORGADO%20DESPIDO%20DISCIPLINARIO.pdf>
15. Paredes, I. La estabilidad laboral en el Perú. Recuperado de:

<file:///C:/Users/inicio/Desktop/PROYECTO%20DE%20TESIS/PAREDES%20ESTABILIDAD.pdf>

16. Pasco, C, M(s/f). La falta grave laboral.000000 Recuperado de:
<file:///C:/Users/inicio/Desktop/PROYECTO%20DE%20TESIS/Gravedad%20de%20la%20falta%20pagina%209%20autor%20Pasco.pdf>

JURISPRUDENCIA

17. Expediente N° 2545- 2002-BS 00000
18. Expediente 824-99- AA/TC
19. Sentencia de Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral n° de 16 de Octubre de 2008
20. Expediente N° 2545- 2002-BS
21. Expediente 824-99- AA/TC

22. Jaramillo, T.(2011). Aplicabilidad constitucional del despido justificado en el ecuador (tesis de pregrado). Recuperado de:
<file:///C:/Users/inicio/Desktop/PROYECTO%20DE%20TESIS/Tesis%20de%20ecuador.pdf>
23. Obregón, R.(2015). Consideraciones respecto al despido por causal de rendimiento deficiente (tesis para obtener segunda especialidad en y de la seguridad social). Recuperado de:
http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/13656/OBREGON_RIVERA_ALEXIA_VANESSA_CONSIDERACIONES_RESPECTO_AL_DESPIDO_POR_CAUSAL_DE_RENDIMIENTO_DEFICIENTE.pdf?sequence=1&isAllowed=y
24. Ley de Productividad y Competitividad Laboral Decreto Supremo N° 728
25. Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo Decreto Supremo N° 00196-TR
26. OIT
27. Código Sustantivo de Trabajo
28. Decreto 1373 de 1996
29. Convenio 158
30. Estatuto de Trabajadores