



Proyecto de Ley N° _____



PROYECTO DE LEY QUE PRECISA LA CAUSAL DE DESPIDO POR RENDIMIENTO DEFICIENTE

El Grupo Parlamentario Cambio Democrático - Juntos por el Perú, a propuesta de la Congresista de la República que suscribe **Isabel Cortez Aguirre** en ejercicio de las facultades previstas en el artículo 107° de la Constitución Política del Estado, en concordancia con el artículo 75° y 76° del Reglamento del Congreso de la República, presenta el siguiente proyecto de ley:

I. FÓRMULA LEGAL

PROYECTO DE LEY QUE PRECISA LA CAUSAL DE DESPIDO POR RENDIMIENTO DEFICIENTE

Artículo 1°. - Objetivo de la ley

El objetivo de la presente ley es modificar los artículo 59 inciso b. ° y 67 del Decreto Legislativo N° 728, con la finalidad de regular el despido por rendimiento deficiente.

Artículo 2°. - Modificación de los artículos 59 inciso b. ° y 67° del Decreto Legislativo N° 728

Modifíquese el inciso b) del artículo 59° del Decreto Legislativo N.° 728, cuyo texto queda redactado de la siguiente manera:

(...)

"b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores, **bajo condiciones laborales normales, criterios y unidades de medida similares que sea continuo y respecto de las funciones que desarrolla el trabajador; cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del empleador**".

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.

La evaluación que se efectúe debe contemplar una adecuada



capacitación, a fin de superar la deficiencia y cuando se den cambios sustanciales en la prestación laboral; la cual deberá ser concertada con la organización sindical, si la hubiere.

El sistema de gestión del rendimiento debe ser comunicado por el empleador a la Autoridad Administrativa de Trabajo respectiva, quien verifica el rendimiento deficiente y vigila 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; conforme al primer párrafo del presente artículo.

El reglamento contempla el procedimiento y los elementos que debe incluir la carta de imputación de cargos.

Artículo 67.- Procedimiento de despido

"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 resulta razonable tal posibilidad o de **90 días naturales, como mínimo**, 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 68, debe observarse el principio de inmediatez".

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

Primera. Vigencia de la Ley

La presente ley entra en vigencia a partir del día siguiente de su publicación en el Diario Oficial El Peruano.



Congresista Isabel Cortez Aguirre

"Año del Fortalecimiento de la Soberanía Nacional"

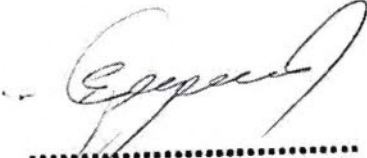
Segunda. - Norma derogatoria

Deróguese toda norma que se oponga a la presente ley.

Tercera.- Reglamentación

Facúltese al Ministerio de Trabajo y Promoción del empleo para efectuar las modificaciones que estime pertinentes al reglamento en un plazo de 90 días hábiles desde la entrada en vigor de la presente ley.

Lima, diciembre de 2022.


.....
EDGARD REYMUNDO MERCADO
Directivo Portavoz
Grupo Parlamentario Cambio Democrático - Juntos por el Perú


.....
SIGRID BAZÁN NARRO
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA


.....
EDGARD REYMUNDO MERCADO
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA


.....
ISABEL CORTEZ AGUIRRE
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA


.....
RUTH LUQUE IBARRA
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA



II. EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

El despido por causal de "rendimiento deficiente" es una modalidad de despido relativa a la capacidad del trabajador que se encuentra regulada en el inciso b) del artículo 59° del Decreto Legislativo N.º 728 (artículo 23 del TUO del Decreto Legislativo N.º 728), bajo lo siguiente: "El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares".

Al respecto, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) también considera este tipo de despido relacionado con el desempeño insatisfactorio del trabajador de la siguiente manera:

"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 periodo razonable para que la mejore"¹. (Recomendación 166, 1982, artículo 8).

Por cuanto, observamos que una condición para que se configure el despido por desempeño insatisfactorio es que el empleador haya dado instrucciones apropiadas al trabajador, lo cual puede expresarse a través de capacitaciones; se haya advertido por escrito al trabajador sobre su desempeño; y, haya transcurrido un periodo razonable para que la mejora se produzca.

Este procedimiento mínimo no se encuentra de forma clara en nuestro ordenamiento, como bien se nota en la escueta redacción del artículo 23 del TUO del Decreto Legislativo N.º 728. Solo podríamos considerar una referencia a la OIT en cuanto al plazo de 30 días naturales para que el trabajador demuestre su capacidad o corrija su deficiencia plasmado en el artículo 31 del Decreto en mención.

La ausencia de un procedimiento definido se expresa también en el único artículo que existe sobre este tema en el Reglamento de la Ley del Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por D.S 001-96-TR, pues se limita a establecer la facultad del empleador para solicitar los servicios de la Autoridad Administrativa de Trabajo para la verificación de esta causal.

¹ R166 - Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 166).
[https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R166#:~:text=\(1\)%20El%20trabajador%20a%20quien,los%20motivos%20de%20tal%20terminaci%C3%B3n.](https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R166#:~:text=(1)%20El%20trabajador%20a%20quien,los%20motivos%20de%20tal%20terminaci%C3%B3n.)



Esta deficiencia en la normativa está causando serios problemas al momento de aplicar esta figura, por cuanto, las empresas han creado sus propios mecanismos para medir el rendimiento de sus trabajadores, que en muchos casos no resulta ser del todo objetivo; principalmente en aquellos puestos de trabajo que por su naturaleza la productividad depende tanto de factores exógenos, como endógenos, tales como los vendedores o cobradores de créditos en las empresas de banca y seguros.

Los problemas recurrentes que han manifestado las organizaciones sindicales como el Sindicato del Banco de Crédito, Sindicato Nacional de Empleados de Crediscotia Financiera S.A., Sindicato Único de Trabajadores de Banco Falabella, Sindicato Único de Trabajadores Mibanco, Sindicato Unitario de Trabajadores del Banco Ripley S.A, Centro Federado de Empleados de BBVA, Sindicato Unitario de Trabajadores del Banco de la Nación, Sindicato Nacional de Trabajadores del Banco Falabella Perú S.A, entre otros, pasan por lo siguiente:

- Los que se dedican a la venta de las líneas crediticias, dependen del poder adquisitivo de los clientes; lo cual debería considerar las circunstancias particulares del contexto económico.
- Se presentan dificultades cuando se aplica las metas a los trabajadores que se encuentran en la sección de caja o cobranzas de deudas, pues su productividad no depende directamente de las funciones del trabajador.
- En relación a los trabajadores que laboran por comisiones manifiestan que no se puede hablar de baja productividad por cuanto ellos siempre van a tener un incentivo de vender más; dado que, de ello depende su comisión.
- Se mal utilizan los sistemas de evaluación de medición del rendimiento para hostilizar a los trabajadores, principalmente si son sindicalizados.
- Por cumplir con las metas los trabajadores se ven obligados a realizar trabajo fuera de su horario laboral.
- Existe un desconocimiento de parte de los trabajadores del proceso de evaluación del rendimiento, así como, los factores que se toman en cuenta y de los mecanismos de apoyo para mejorar su rendimiento.
- No existen criterios objetivos, ni razonables en el establecimiento de metas que se ponen a los trabajadores.
- En muchos casos no existe un estudio o informe técnico que permita determinar de forma adecuada las metas, por ejemplo, los trabajadores de una sede que se encuentra en el centro se encuentra en mejores condiciones de alcanzar la meta que los trabajadores que se encuentran en una sucursal poco transitada; o, los trabajadores de los turnos nocturnos tienen mejores condiciones que los que se encuentran en el turno de la mañana.
- La falta de claridad normativa impide que en muchos casos Sunafil pueda detectar los casos en los que las medidas aplicadas por rendimiento deficiente devienen en hostilización laboral.



- La participación de la Autoridad Administrativa de Trabajo en la norma no es obligatoria, lo cual en muchos casos, es difícil que se pueda evitar un despido arbitrario.

Conforme se puede observar en la problemática planteada por diversos sindicatos es necesario que la normativa cambie para poder garantizar la eficacia de la norma y la protección de los derechos de los trabajadores.

Al respecto, consideramos un avance algunos de los pronunciamientos realizados por Sunafil, a raíz de algunas denuncias realizadas por los trabajadores. Por ejemplo, en el acta de infracción N° 3165-2022-SUNAFIL/LM, de fecha 29 de abril del 2022, hay una interesante anotación sobre rendimiento deficiente:

"[El] sujeto inspeccionado viene realizando la calificación del rendimiento al recurrente por cumplimiento de venta, hecho que es atribuido a la compra de un producto que hace un tercero; cuando debe analizarse si los hechos de no cumplir con la venta, se le es atribuido al propio recurrente o por la negativa de los clientes de no querer adquirir los productos, más aún en la coyuntura que el país atraviesa a raíz de la pandemia COVID 19 (...) es por ello que no se ha verificado que el sujeto inspeccionado, haya realizado su política de reconocimiento y mejora continua, con objetivos y/o variable (en función a como se realiza las ventas en el periodo anterior, el lugar donde se realiza y las dificultades que puede originarse)".

Notamos que Sunafil hace uso de tres variables importantes para medir el rendimiento en función a la capacidad para un trabajador que se dedica a las ventas; (i) ventas del periodo anterior (para demostrar la constancia en el tiempo), (ii) lugar en donde se realiza, (iii) las dificultades que puedan presentarse (licencias por enfermedad, emergencia sanitaria, etc.)

Bajo esas consideraciones notamos que se está tomando en cuenta mejores indicadores que puedan ayudar a medir el rendimiento de forma mucho más objetiva.

En una línea un poco más desarrollada se encuentra el ordenamiento español, que resulta imperioso considerar traer a colación. Sus alcances han sido plasmados en el trabajo de investigación llevado a cabo por Alexia Obregón Rivera con su tesis titulada: "consideraciones respecto al despido por causal de rendimiento deficiente".

En dicho trabajo se observa que en el ordenamiento español se otorga seis características fundamentales a este tipo de causal para configurar un despido justo: (i) ser verdadera y no simulada, (ii) ser general, en el sentido de referirse al conjunto de trabajo que se le encomienda al trabajador y no únicamente



relativa a alguno de sus aspectos, (iii) determinar aptitud inferior a la media normal de cada momento, lugar y profesión, (iv) referirse al trabajador y no a los medios materiales o de trabajo, (v) resultar permanente y no meramente circunstancial, afectar a las tareas de la prestación laboral y no a la realización de trabajos distintos². (Obregón, 2015, p. 29).

Consideramos con esas características son de relevancia para trazar la vía de la regulación de la causal de despido relativa a la capacidad por rendimiento deficiente, la cual debe estar claramente diferenciada con la causal referida a la conducta regulada en el artículo 24° del TUO del Decreto Legislativo N° 728.

En atención a esas consideraciones, planteamos una propuesta de modificación del inciso b) del artículo 59° del Decreto Legislativo N.° 728 contemplando características y disposiciones que coadyuven a su mejor regulación.

En primer lugar se considera que el rendimiento deficiente debe estar relacionado no solo con la capacidad del trabajador, con el rendimiento promedio de labores y bajo condiciones similares; sino además, este debe ser continuado y estar referido a las funciones que desarrolla el trabajador. Tal como se muestra en el primer párrafo de la propuesta:

"b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares que sea continuado y respecto de las funciones que desarrolla el trabajador; cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del empleador".

Se considera añadir la característica de "continuado" por cuanto el rendimiento tiene que ser medido en un periodo determinado y para medir la deficiencia se requiere un tiempo prudente que permita contrastar el rendimiento de un trabajador de un periodo a otro. Esta característica tiene se encuentra relacionada con otorgar al trabajador un "plazo razonable" para que la deficiencia se corrija.

Se habla de "plazo razonable" pues se toma en consideración la recomendación 166 de la OIT; y además, permite establecer tiempos prudentes dependiendo de determinados contextos, pues puede ser que en determinados periodos –como el de la emergencia sanitaria por el brote del Covid 19- el plazo mínimo legalmente establecido no será suficiente y se requieran adoptar algunas otras medidas.

Ello se encuentra ligado a la modificación propuesta al artículo 67 del Decreto Legislativo 728 (artículo 31 del TUO de la norma); pues se ha considerado ampliar el periodo que en este caso sería periodo mínimo de 30 a 90 días naturales para que corrija su deficiencia.

² <https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/20.500.12404/13656>



Consideramos que 90 días naturales es un plazo prudente tomando como indicador el plazo que tienen los trabajadores en periodo de prueba, que también es de 3 meses. La referencia a ese periodo consiste en que es el tiempo prudente que nuestra legislación ha considerado para que el trabajador demuestre sus aptitudes para el trabajo y se gane el derecho a la estabilidad laboral.

En esa línea resulta razonable que dicho marco también sea trasladado a la medición de su desempeño que tiene carácter permanente en el tiempo y que además, debe depender de las circunstancias particulares en las que se aplica.

En segundo lugar, se añaden algunas obligaciones que debe seguir la empresa que aplique esta causal los cuales se muestran en el segundo, tercer y cuarto párrafo respectivamente:

"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.

La evaluación que se efectúe debe contemplar una adecuada capacitación, a fin de superar la deficiencia y cuando se den cambios sustanciales en la prestación laboral, la cual deberá ser concertada con la organización sindical, si la hubiere.

El sistema de gestión del rendimiento debe ser comunicado por el empleador a la Autoridad Administrativa de Trabajo respectiva, quien vela por el respeto de los derechos sociolaborales".

Esta propuesta ha sido recogida, en su mayoría, del Proyecto de Modificación del Reglamento de la Ley de Fomento propuesta por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo del año 2019³ (Cristian Velásquez, 2022, p. 407).

Consideramos importante su inclusión en una norma de rango legal, en la medida que, son parámetros que permiten mejorar la regulación actual de la causal de rendimiento deficiente.

De esa forma, la obligatoriedad de informar previamente al trabajador de los criterios y las condiciones para la evaluación permite que se informen adecuadamente de todo aquello que será materia de evaluación y si estos se encuentran relacionados directamente con sus funciones.

Por ello, se considera la obligatoriedad de informar a la Autoridad Administrativa de Trabajo sobre el sistema de evaluación del rendimiento que llevará a cabo las empresas para que puedan velar con el cumplimiento de la ley y los derechos laborales.

³ <https://repositorio.pucp.edu.pe/index/handle/123456789/184608>



En lo que respecta a la capacitación hemos recogido parte de la propuesta realizada en la tesis sobre "el despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad en la normativa peruana respecto de puestos de fuerza de venta" (Cristian Velásquez, 2022, p. 430).

Además, se ha considerado la necesidad de que, en aquellos casos en los que exista organización sindical se coordine las capacitaciones adecuadas a seguir respecto de aquellos trabajadores afiliados, a quienes se les quiera efectuar la evaluación por rendimiento deficiente.

Finalmente, se incluyó en el quinto párrafo lo considerado en el Proyecto de Modificación del Reglamento de la Ley de Fomento propuesta por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo del año 2019, bajo lo siguiente:

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.

Ello en la medida que constituye un límite a la aplicación de la causal por rendimiento deficiente; en la medida que, cumpla la finalidad que persigue: la de incentivar la optimización del desempeño de los trabajadores y procurar la mejora de los que no alcancen los objetivos; y más bien, no sea usado como un mecanismo para simular un despido justo.

III. EFECTOS DE LA NORMA EN LA LEGISLACIÓN

La presente iniciativa legislativa modifica los artículos 59 inciso b. ⁶ y 67 del Decreto Legislativo N° 728. No contraviniendo ninguna otra norma.

IV. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente iniciativa legislativa, no genera costo al erario nacional puesto que su función es mejorar la normativa relativa a la causal de despido por rendimiento deficiente.

V. VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL

La iniciativa legislativa encuentra coincidencia en el marco de las Políticas de Estado del Acuerdo Nacional siguientes:

- Política 1. Fortalecimiento del régimen democrático y del Estado de Derecho.
- Política 14. Acceso al empleo digno y productivo.
- Política 28. Plena vigencia de la Constitución y de los derechos humanos.