Proyecto de Ley N°....4071/2022-CR

CONGRESO DE LA REPÚBLICA

SIGRID BAZÁN NARRO

"Decenio de la igualdad de Oportunidades para mujeres y hombres"
"Año de la unidad, la paz y el desarrollo"

CONGRESO DE LA REPÚBLICA
Área de Trámite y Digitalización de Documentos
26 ENE. 2023
RECIBIDO
Firma ____ Hora 1:52 pm

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA LA NORMATIVA SOBRE DESPIDO POR RENDIMIENTO DEFICIENTE

El Grupo Parlamentario Cambio Democrático-Juntos por el Perú, a iniciativa de la Congresista de la República que suscribe, **Sigrid Bazán Narro**, en ejercicio del derecho de iniciativa legislativa que le confiere el artículo 107 de la Constitución Política del Perú, y de conformidad con los artículos 75 y 76 del Reglamento del Congreso de la República, proponen el siguiente **PROYECTO DE LEY:**

FÓRMULA LEGAL

LEY QUE MODIFICA LA NORMATIVA SOBRE DESPIDO POR RENDIMIENTO DEFICIENTE

Artículo 1. Objeto de la ley

La presente ley tiene por objeto derogar el inciso b) del artículo 59 y modificar el inciso b) del artículo 61 del Decreto Legislativo N° 728, Dictan Ley de Fomento del Empleo.

Artículo 2. Finalidad de la ley

La presente ley tiene por finalidad modificar la normativa relativa al despido por rendimiento deficiente a efectos de combatir prácticas contrarias al derecho al trabajo.

Artículo 3. Derogatoria del inciso b) del artículo 59 del Decreto Legislativo N° 728, Dictan Ley de Fomento del Empleo

Se deroga el inciso b) del artículo 59 del Decreto Legislativo N° 728, Dictan Ley de Fomento del Empleo.

Artículo 4. Modificación del inciso b) del artículo 61 del Decreto Legislativo N° 728, Dictan Ley de Fomento del Empleo

Se modifica el inciso b) del artículo 61 del Decreto Legislativo N° 728, Dictan Ley de Fomento del Empleo, el cual queda redactado en los siguientes términos:

> "**Artículo 61.-** Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación.
>
> Son faltas graves:
>
> (...)
>
> **b) La disminución deliberada y continuada en el rendimiento normal, o en su defecto, según el promedio del trabajador, en el mismo o similar puesto,**

con idénticas o similares condiciones de trabajo y, según adecuados parámetros de comparación, debidamente probada, siempre que el empleador haya proporcionado al trabajador la capacitación adecuada para el desempeño de sus funciones o en relación a los cambios legítimos que pudieran producirse.

La carta de imputación de cargos cuenta con un informe técnico sustentatorio, el cual debe estar respaldado en el incumplimiento de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo y tener relación con las funciones establecidas en el cuadro de categoría y funciones, además de cumplir los parámetros establecidos en la ley y ser oportunamente puesto en conocimiento del trabajador.

Cualquiera de las partes podrá solicitar la verificación o el concurso de la Autoridad Inspectiva de Trabajo, la cual podrá solicitar el apoyo del sector al que pertenece la empresa. La inspección del trabajo podrá verificar también la idoneidad de los sistemas o de gestión o evaluación del rendimiento, conforme a los parámetros establecidos en este artículo;

(...)"

DISPOSICIONES COMPLEMENTARIAS FINALES

PRIMERA. - Vigencia

La presente Ley entra en vigencia al día siguiente de su publicación en el Diario Oficial "El Peruano".

SEGUNDA. - Reglamentación

El Poder Ejecutivo adecúa las disposiciones reglamentarias según lo dispuesto en la presente Ley en un plazo de cuarenta y cinco (45) días hábiles contados a partir de su entrada en vigencia.

Lima, enero de 2023.

ISABEL CORTEZ AGUIRRE
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA

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

SIGRID BAZÁN NARRO
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA

ROBERTO ALBERTO GÓMEZ PALOMINO
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA

RUTH LUQUE IBARRA
CONGRESISTA DE LA REPÚBLICA

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

I. FUNDAMENTOS DE LA PROPUESTA

Mediante el Oficio N° 126-2022-SINECREDISCOTIA/CD, de fecha 12 de diciembre de 2022, el Sindicato Nacional de Empleados del Crediscotia Financiera (SINECREDISCOTIA) presenta ante el Congreso de la República, el Anteproyecto de Ley sobre despido relativo a la capacidad del trabajador.

En ese sentido, la presente iniciativa legislativa es elaborada sobre la base de lo propuesto por el SINECREDISCOTIA, tanto en su fórmula legal como en la sustentación de la norma.

1. La regulación del despido por rendimiento deficiente

El Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante, TUO), en cuanto a las causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador o despido objetivo, establece lo siguiente:

> *"Artículo 23.- Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador: (...)*
>
> *b) **El rendimiento deficiente** en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares; (...)"* (Resaltado nuestro).

Sin embargo, cabe señalar que también el TUO establece como causa de despido, pero en este caso relacionado con la conducta del trabajador o despido disciplinario, lo siguiente:

> *"Artículo 25.- Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves:*
>
> *(...) b) La disminución deliberada y reiterada en **el rendimiento** de las labores o del volumen o de la calidad de producción, verificada fehacientemente o con el concurso de los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, quien podrá solicitar el apoyo del sector al que pertenece la empresa; (...)* (Resaltado nuestro).

Como se puede apreciar, existen dos supuestos en los que el TUO considera al rendimiento deficiente como causales de despido, por lo que debería pensarse en suprimir uno de ellos, manteniendo solamente aquel en el cual, el rendimiento deficiente es producto de la voluntad consciente del trabajador. En efecto, el primer supuesto está relacionado con la capacidad (artículo 23, inciso b) del TUO) y, el segundo con la conducta del trabajador (artículo 25, inciso b) del TUO).

En este punto consideramos hacer una distinción en cuanto a la regulación del despido por causa justa, debiendo diferenciarse entre el despido objetivo y el despido disciplinario. En efecto, el artículo 22 del TUO establece:

"Artículo 22.- Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, (...), es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada.
La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador.
La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso Judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido."

La distinción que hace el artículo 22 del TUO recoge los tipos de despido regulados en el Convenio 198 sobre la terminación de la relación de trabajo de la Organización Internacional del Trabajo[1], no ratificado por el Perú, pero que sirve de recomendación especializada en la materia:

Artículo 4
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.

Sin embargo, no encontramos en los estándares internacionales, elementos o algún sustento que permita sostener que un despido relacionado con la capacidad del trabajador, pueda estar justificado en situaciones distintas a la imposibilidad (física o mental) o ineptitud sobrevenida para realizar la prestación debida que se desprende de su contrato de trabajo, o, en situaciones relacionadas con la conducta grave y culpable (dolo o negligencia) del trabajador en relación con el incumplimiento también de su prestación debida.

Dicho esto, podemos afirmar que, en cuanto a la causal de rendimiento, el TUO ha establecido ***una doble regulación, completamente antitécnica e inconstitucional.*** En efecto, el despido disciplinario, según la doctrina comparada, con la salvedad de las diferentes regulaciones legales es: *"(...) la extinción por voluntad unilateral del empresario, basada en el incumplimiento grave y culpable por parte del trabajador de sus obligaciones derivadas del contrato de trabajo"*[2]. Este régimen de despido está recogido en nuestra legislación en el artículo 25 del TUO.

Mientras que el despido objetivo es aquel que se justifica por la ineptitud sobrevenida (física o mental), de parte del trabajador para el incumplimiento de su prestación debida, imposibilidad que es ajena a su voluntad o culpa, la que en nuestro ordenamiento está regulada en el artículo 23 del TUO; en este segundo régimen: *"(...) la falta de rendimiento no es la causa de despido, sino la ineptitud del trabajador; la falta de rendimiento sólo es la manifestación de la ineptitud del trabajador (...)"*, por lo tanto, en este caso, el análisis de la causa de despido, debe centrarse en la aptitud del trabajador, para el desarrollo de su prestación, antes que en la falta de rendimiento debido, que es sólo una manifestación de dicha ineptitud[3].

---

[1] https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO:::

[2] Gorelli Hernández, Juan, "Aspectos conceptuales del despido disciplinario (una descripción)", POR PÓLEMOS, 07 de enero de 2022. Tomado de: https://polemos.pe/aspectos-conceptuales-del-despido-disciplinario-una-descripcion/#:~:text=El%20despido%20disciplinario%20es%20la,derivadas%20del%20contrato%20de%20trabajo

[3] Gorelli Hernández, Juan, (2020). El rendimiento como causa de extinción del contrato de trabajo. *Derecho & Sociedad*, (53), 65-80. Pág. 74. Recuperado a partir de https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/21790

En efecto, el último de los supuestos debería ser completamente "objetivo", es decir, no debería analizarse elementos como la "culpa" en tanto factor de atribución de una conducta, sino tan sólo la posibilidad, física o material, del trabajador al cumplir con su prestación debida. En este caso, lo que debiera analizarse es tan sólo si estamos ante una imposibilidad física, imputable al trabajador, de cumplir con su prestación debida, sin que importe en ese análisis la voluntariedad o intencionalidad (culpa) en alguna conducta del trabajador o la gravedad de la misma.

En el segundo supuesto de despido, aquel relacionado con la conducta, si bien la evaluación debe ser igualmente imparcial, se añade un elemento subjetivo de parte del trabajador: "la voluntad de disminuir el rendimiento". Estamos a nuestro entender en el terreno del incumplimiento culpable (dolo o negligencia) por parte del trabajador de sus obligaciones contractuales, en este caso, de brindar la prestación debida donde, además, debe analizarse la gravedad de la conducta.

Como decíamos, a nuestro entender, el supuesto, donde "el rendimiento" relacionado con la capacidad es causal de despido, recogida en el artículo 23, inciso b) del TUO, debería ser suprimido, pues lleva a considerar al trabajador como un mero elemento o factor del sistema productivo, por lo tanto, lo despersonifica, y al contrario *"lo cosifica"*, pudiendo ser desechado si es que no cumple con los parámetros unilaterales -sin ningún límite- que el empleador pudiera exigirle.

En todo caso, podría mantenerse solamente la causal relacionada con la conducta, donde si bien la medición del rendimiento debe ser imparcial, lo que, en todo caso, amerita una sanción como el despido, es *la voluntad del trabajador o su negligencia*, en no rendir lo que su contrato laboral exige, o su negativa a corregir dicha situación, o su rechazo a la actualización o capacitación, adecuadamente brindada.

En efecto, no resulta razonable y menos constitucional, sujetar la permanencia del trabajador en su puesto de trabajo a condiciones que no dependen de sus obligaciones de trabajo, entendidas como aquellas que se relacionan estrictamente con las funciones para las que fue contratado, pues el trabajador tiene sin duda el deber de prestar sus servicios. Sin embargo, ***el "rendimiento" o "prestación debida" de parte del trabajador, no puede ser confundido con la productividad***, la cual en la empresa siempre habrá de depender de factores exógenos a las obligaciones del trabajador, y, por lo tanto, no debieran ser objeto de una sanción como el despido. La doctrina, más calificada, ha señalado al respecto:

> *"(...) debemos entender por rendimiento la utilidad que para el empresario genera la prestación desarrollada por el trabajador. Ahora bien, como vamos a ver inmediatamente que el rendimiento se integra dentro de la obligación asumida por el trabajador como consecuencia del contrato de trabajo; por lo tanto, no solo debemos hablar de rendimiento, sino de rendimiento debido. Desde esta perspectiva el rendimiento se configura como la utilidad o resultado, en cantidad y calidad, pactado entre empresario y trabajador. Rendimiento y productividad no deben ser confundidos.* ***El rendimiento que recae sobre el trabajador, depende esencialmente de él, de manera que la existencia de elementos ajenos al trabajador que puedan impedir el cumplimiento de la obligación justifican el incumplimiento que no sería sancionable.*** *Por el contrario,* ***la productividad no sólo depende del trabajador, sino***

de todo un conjunto de elementos que son ajenos totalmente al trabajador; lo que evidencia que, aún cuando sean conceptos relacionados, no son, ni mucho menos, afines".[4]

Por otro lado, es importante recordar qué se debe entender por "productividad", la cual podemos definir como ***la relación entre la cantidad de bienes y servicios producidos y la cantidad de recursos utilizados***. De esa forma, en la fabricación de bienes la productividad nos permite evaluar el rendimiento de la infraestructura productiva (talleres, equipos, máquinas) y los trabajadores. Ello nos permite determinar en qué medida algo o alguien es productivo con una determinada cantidad de recursos (insumos), en un periodo de tiempo establecido, al obtener un margen de productos.

Definiéndose entonces la productividad como *la relación entre insumos y productos, mientras que la eficiencia como el costo por unidad de producto*, se han desarrollado diversos sistemas para la medición de la productividad, dependiendo de si se trata de ofrecer servicios o producir bienes. Así, por ejemplo, si hablamos de un servicio de salud, la medida de la productividad estará dada por la relación entre número de consultas efectuadas por el médico versus, el costo de la consulta, el tiempo invertido por el médico, el uso de todos los implementos médicos, el costo del personal auxiliar, entre otros.

Este modelo funciona en forma adecuada para una empresa que brinda servicios o crea productos homogéneos, sin embargo, cuando estos se diversifican se establecen sistemas de medición que consideran valores de productividad Global. Además, se pretende medir el progreso de la productividad en base a índices de productividad empleándose generalmente el siguiente esquema:

$$\text{INDICE DE PRODUCTIVIDAD (P)} = \frac{100*(\text{Productividad Observada})}{\text{(Estándar de Productividad)}}$$

Punto de comparación

La *productividad observada* es aquella medida durante un periodo definido (día, semana, mes, año) en un sistema conocido (taller, empresa, sector económico, departamento, manos de obra, país, etc.). Mientras que *estándar de productividad* es la productividad base o anterior que sirve de referencia. Siendo elementos importantes a considerar para aumentar la productividad, el capital humano, así como la inversión realizada para su capacitación e instrucción en conocimientos y habilidades relacionadas con los resultados del trabajo.

Con dicho marco referencial podemos afirmar que *factores exógenos o extraños a la actividad desplegada por un trabajador determinado, en la elaboración de un producto o la prestación de un servicio y que, por lo tanto, están absolutamente fuera de su control, evidentemente no puede ser empleados para la determinación o cálculo de su rendimiento o evaluación de la debida prestación que se desprende de su contrato de trabajo.*

Por lo tanto, sería inconcebible y un despropósito pretender que factores como *la mora en el pago, el retraso en las cuotas, la evasión o mala fe del cliente, la quiebra del cliente, la debacle del negocio del cliente, la negativa del cliente o consumidor a contratar los servicios o bienes ofrecidos por la empresa, o, cualquier otro factor que implique que el cliente no cumpla sus*

---

[4] Ibid. Pág. 66

pagos en forma completa u oportuna, o en general cualquier otra condición o evento que no dependa de la voluntad del trabajador o su diligencia, puedan ser considerados como elementos o factores *de medición de rendimiento o prestación debida de un trabajador* al cual se le pretende asignar, por ejemplo, una labor de cobranza de créditos o venta de productos financieros.

Los *únicos factores que podrían servir para medir rendimiento del trabajador son aquellos relacionados directamente con aquellas obligaciones que se desprenden directamente de las funciones propias que desarrolla el trabajador*; y no con otros aspectos exógenos o subjetivos que quiera introducir el empleador, tal como ha sido definido, tanto por la Corte Suprema (SC), como por el Tribunal Constitucional (TC).

En efecto, la Corte Suprema, en la sentencia CAS N° 2147-2004-LIMA, publicada en el Diario El Peruano, el 31-07-2006, ha señalado que el incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral, debe referirse ***"al contenido propio y especifico de la labor que toca ejecutar al trabajador"***. En su considerando sétimo señala:

> *"Sétimo: Que, así cuando se alude al: a.1) "incumplimiento de condiciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral "debemos entender que el contenido estricto de esta falta reside en el incumplimiento del trabajador de las labores que tiene asignadas en la Empresa es decir las "obligaciones de trabajo" cuyo incumplimiento se tipifica como falta grave se encuentra referido al contenido propio y especifico de la labor que toca ejecutar al trabajador y no lato sensu como conjunto de obligaciones que impone la relación de trabajo lo cual supondría subsumir en este supuesto todas las infracciones a las obligaciones derivadas del contrato de trabajo; (...)"* (Resaltado nuestro).

Asimismo, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 5185-2009-PA/TC, del 21 de mayo de 2010[5], determinó con toda claridad que un deber secundario, como es la entrega al empleador del Certificado de Incapacidad Temporal para el Trabajo (CITT), por parte del trabajador ***NO constituye una obligación laboral inherente al contrato de trabajo, en consecuencia, su no entrega NO constituye falta grave laboral***. Dicha sentencia señala:

> *"9. Por otro lado, tampoco se habría configurado la falta grave Incumplimiento de obligaciones laborales que implica el quebrantamiento de la buena fe laboral, ya que la entrega del CITT no constituye una obligación laboral inherente al cargo o las funciones que desempeñaba la demandante. Más aún, debe tenerse en cuenta que el artículo 25 del Decreto Supremo N° 003-97-TR establece que: "La falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índoles que haga irrazonable la subsistencia de la relación", lo que no ha sucedido en el caso materia de autos."*

Por lo tanto, hasta aquí, consideramos que *los parámetros de productividad no pueden someter al trabajador a situaciones en las cuales se vea en la amenaza de perder su puesto de trabajo, si es que no cumple las condiciones exógenas, irrazonables o extremas que le pudieren ser impuestas por su empleador -ajenas a las obligaciones que se desprenden de su contrato de trabajo-, pues ello constituiría un claro atentado contra su dignidad como persona pues sería*

---

[5] https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/05185-2009-AA.pdf

convertido en un mero objeto de producción y explotación, atentando contra su dignidad, siendo entonces una medida arbitraria, que ninguna norma o disposición del sistema de normas laborales nacional debería, admitir, facultar o permitir.

No se justifica, en absoluto, el ejercicio del poder de dirección a través de la aplicación de medidas arbitrarias o desproporcionadas, y menos reñidas o contrarias al ejercicio de derechos laborales fundamentales. Ello halla su fundamento en el Derecho Fundamental del Trabajo Humano, reconocido en la Constitución del Estado en su artículo 22 que nos dice que: *"El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona"*.

En este punto, debemos recordar que el Tribunal Constitucional ha establecido en su jurisprudencia, el contenido esencial del Derecho al Trabajo. Así, en la sentencia recaída en el Expediente N° 1124-2001-AA/TC, del 11 de julio de 2002, determinó dos aspectos de fundamental importancia: las políticas progresivas del Estado para la generación de puestos de trabajo y la necesaria causalidad que debe un despido, así en su fj. 12, señaló:

> *"12. El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22º de la Constitución. Este Tribunal estima que* ***el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos****. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. (...).* ***Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa.****"* (Resaltado nuestro)

Si bien el Tribunal Constitucional reconoce que la propia Constitución, en cuanto a la regulación del despido establece: a) un «mandato al legislador»; b) consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección; y c) no determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley; sí precisó con bastante claridad que dicho mandato al legislador no es de carácter absolutamente discrecional, de formar que el legislador termine vaciando su contenido esencial, de forma que: *"(...) Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisible"*.

En consecuencia, consideramos que la regulación del despido, sea este relacionado con la capacidad (despido objetivo) o la conducta (despido disciplinario), debe reunir las características de no vaciar el contenido esencial del Derecho al Trabajo, en este caso, reunir el requisito de "causa justa" establecido por el parámetro constitucional, el cual, como hemos explicado, no se cumple en el caso de la regulación establecida en el artículo 23, inciso b) del TUO, por lo que existen suficientes fundamentos para su derogación. Por tanto, en nuestra legislación, el despido objetivo o por ineptitud sobrevenida quedaría exclusivamente regulado por el artículo 23, inciso a) del TUO, que establece lo siguiente:

> *"Artículo 23.- Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador: a) Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador*

pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros; (...)"

Como se puede apreciar, solamente el rendimiento deficiente y consciente, de las obligaciones -que para el trabajador- se desprenden de su contrato de trabajo o prestación debida, debería ser objeto de una sanción disciplinaria porque, para el cumplimiento de las mismas, el trabajador depende enteramente de su voluntad y diligencia, no así de factores exógenos, ajenos a su voluntad o su control, que determinen la posibilidad o no del cumplimiento de las obligaciones contraídas. **Por ello, es que para nosotros el artículo 23, inciso b), del TUO, tal como está regulado, es inconstitucional y debería ser suprimido.**

Es recién a partir de estas consideraciones, entendiendo que el rendimiento deficiente como causa de despido (no así la ineptitud sobrevenida del trabajador para el cumplimiento de su prestación debida), debe justificarse además, en la culpa del trabajador (dolo o negligencia), en la gravedad de la conducta y, por lo tanto, en un incumplimiento contractual de su debida prestación, excluyéndose todo factor exógeno a dichas obligaciones, debiendo ajustarse la regulación para asegurar que dicha causa de despido sea imparcial y responda al estándar constitucional, de "causa justa".

Por tanto, es en el artículo 25, inciso b) del TUO, donde debe establecerse la regulación legal del despido disciplinario en relación al rendimiento, y donde se debe regular adecuadamente la cuestión referida a cómo se determina o cuantifica el rendimiento debido.

Un primer aspecto que, de alguna forma, ya se encuentra recogido en nuestra legislación, es la obligación de capacitación por parte del empleador, la que consideramos condiciona cualquier aplicación disciplinaria respecto al incumplimiento del rendimiento debido. Así, la causal del artículo 25, inciso b) del TUO, debe *estar sujeta o condicionada, siempre, a la adecuada capacitación brindada por el empleador*, fuera del horario de trabajo, o dentro de la jornada si es que se considera como labor efectiva.

Recordemos que los artículos 84 y 85 del TUO establecen ya la obligación del empleador de brindar adecuada capacitación al trabajador para que mejore su productividad y haber concertado con la organización sindical, si la hubiere, adecuados programas de capacitación. Dichas normas establecen:

> *"Artículo 84.- El empleador está obligado a proporcionar al trabajador capacitación en el trabajo a fin de que este pueda mejorar su productividad y sus ingresos.*
>
> *Artículo 85.- El empleador y los representantes de los trabajadores o de la organización sindical correspondiente, podrán establecer de común acuerdo Programas de Capacitación y Productividad, organizados a través de comisiones paritarias."*

Pero, además, consideramos que la evaluación del rendimiento debería estar sujeta a parámetros objetivos estrictos, de forma que el trabajador no se vea reducido a una mera pieza del aparato productivo, que pueda afectar su condición humana y su dignidad como persona. Entre tales parámetros debería estar:

i) El cumplimiento de parte del empleador de la obligación de tener un cuadro de categorías y funciones, que impida la variación arbitraria de las funciones o labores, y,

por lo tanto, su *medición fraudulenta con el fin de despedir al trabajador.*

ii) La consideración que la evaluación del rendimiento debe estar dirigida en forma estricta a las funciones y labores que el trabajador desarrolla en el centro de trabajo, según su contrato de trabajo, y no a consideraciones morales, ideológicas, o subjetivas, como pueden ser el "compromiso", "la lealtad", "el plus", "la camiseta", "la colaboración", "la mejora", etc.

iii) La evaluación del rendimiento no puede estar sujeta a factor exógenos, aleatorios, o que en general no son de control o responsabilidad del trabajador, atendiendo a que el riesgo del negocio es del empleador, como puede ser la mora de los clientes, la crisis económica, la negativa de terceros aceptar el producto de la empresa, etc.

iv) Los parámetros del rendimiento no deberían ser fijados en forma unilateral por el empleador en consideración a sus objetivos y metas comerciales, los cuales son completamente arbitrarios y sin más límite que su ambición e imaginación.

Por su parte, la doctrina comparada ha establecido -para el despido disciplinario- algunos elementos a efectos de la determinación del rendimiento normal del trabajador, el cual podría determinarse siempre ***por comparación***, considerando[6]:

i) El rendimiento en relación al trabajador (criterio subjetivo), el cual apunta a determinar cuál ha sido el rendimiento habitualmente alcanzado por el trabajador, para lo cual será necesario determinar como condición necesaria cuál fue el rendimiento previo del trabajador. En este caso, si el rendimiento habitual del trabajador, fue superior al resto, cualquier disminución, inferior a aquel, pero superior al del resto no podría considerarse, razonablemente, como una disminución suficiente como para justificar un despido disciplinario.

ii) El rendimiento en relación a otros trabajadores (criterio objetivo), en el mismo o similar puesto, con idénticas o similares condiciones de trabajo.

Asimismo, la doctrina ha señalado acertadamente que la comparación debe ser "homogénea", es decir que *si hay un cambio o alteración sustancial en la condiciones de trabajo, no será posible la comparación,* así la jurisprudencia ha ido estableciendo situaciones en las cuales dicha homogeneidad no ocurre ***haciendo imposible la comparación*** y, por lo tanto, la aplicación de un despido disciplinario por esta causa: situación de conflicto colectivo en la empresa, supresión de horas extraordinarias, supresión de gratificaciones por productividad, alteración de los sistemas de cálculo de productividad; o modificación del trabajo realizado por parte del trabajador[7].

Nótese que la actual regulación del artículo 23, inciso b), del TUO, aunque en forma asistemática, opta por el criterio objetivo y exige para la comparación la existencia de condiciones similares: "(...) el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares."

---

[6] Gorelli Hernández, Juan, (2020). ibid. Pág. 68-69.

[7] ibid. Pág. 70.

Por otro lado, la disminución debe ser de tal entidad que constituye un incumplimiento grave por parte del trabajador de su prestación debida. El artículo 23, inciso b), del TUO menciona que la disminución del rendimiento debe ser "reiterada". Al respecto, la doctrina comparada ha señalado que una disminución del rendimiento grave debe ser *significativa o de gran entidad, siendo la continuidad de dicho incumplimiento directamente proporcional a la gravedad.* Asimismo, en cuanto a la cuestión de cómo se mide la continuidad, ello podría evaluarse al considerase que no se trata de un hecho aislado sino *una conducta en la cual el trabajador persiste a lo largo del tiempo*, por lo que una conducta, si bien podría ser grave, si no es continua, no podría ser tipificada dentro de este supuesto[8].

Finalmente, como vimos líneas arriba, en cuanto a la carga probatoria de la causa justa de despido, el artículo 22 del TUO establece que "*la demostración de la causa corresponde **al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador** pudiera interponer para impugnar su despido".* Esta distribución de la carga probatoria, evidentemente no impide al trabajador alegar en su demanda, supuestos que podrían justificar adecuadamente la reducción del rendimiento debido, y, por lo tanto, demostrar la inexistencia de la culpabilidad como factor de atribución. En tal sentido, la doctrina ha desarrollado tres tipos de causas de justificación[9]:

i) En relación al empresario: "(...) el mal funcionamiento de los medios de producción, las deficiencias de la maquinaria o de las materias primas utilizadas, la alteración del sistema productivo que requiere de períodos de adaptación por parte de los trabajadores, la introducción de nueva maquinaria, medios de producción o de nuevas tecnologías, o el cambio de puesto de trabajo del trabajador, que es destinado a uno diferente del originario (...)"

ii) En relación con el trabajador: "(...) que no inciden sobre una voluntad de reducir el rendimiento, como la alteración de la salud que no le impide trabajar, pero que incide sobre una reducción del rendimiento (...)"; y

iii) causas ajenas a las partes: "(...) las circunstancias del mercado, que afecta a trabajadores que se dedican a la venta de productos de la empresa".

2. La postura de la jurisprudencia peruana

Cabe señalar que el Poder Judicial peruano ya ha emitido opinión jurisprudencial sobre este tema en el expediente N° 23886-2015-0-1801-JR-LA-09, donde la Segunda Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima ordenó la reposición de un trabajador, considerando su despido fraudulento, al haber sido sometido a un proceso de evaluación del rendimiento arbitrario, en el cual su empleador fijó las metas en forma unilateral y sin ningún criterio técnico u objetivo. Criterio que fue ratificado luego por la Corte Suprema, mediante Casación Laboral N° 30055-2018 LIMA, del 21/01/2020 al señalar lo siguiente:

---

[8] ibid. Pág. 71.

[9] ibid. Pág. 73.

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

Asimismo, en el caso del expediente N° 17516-2019-0-1801-JR-LA-01, la Octava Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima[10] determinó que el despido de una trabajadora había sido arbitrario, al no haber sido sometida a una evaluación del rendimiento, sujeta a criterios precisos y objetivos, habiendo sido los parámetros planteados por el empleador muy generales y deficientes. Dicha Sala señaló:

> *"DECIMO SEGUNDO: Conforme a esto, agregando que, si bien la parte demandada ha presentado una serie de requisitos que se deben analizar al momento de considerar la causal de rendimiento deficiente, tales como:*
> *a. No haber cumplido el 100% de la meta asignada.*
> *b. Encontrase último en el ranking.*
> *c. Porcentaje de ventas debajo a los 20 puntos del cumplimiento promedio de su colectivo que ha participado.*
> *d. Estar más de 03 meses en el BCP.*
> *Pero este Colegiado Superior considera que tales elementos de evaluación **no han coincidido necesariamente con los requisitos objetivos y subjetivos** que requiere el inciso b) del artículo 23 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral; **debido que no se ha identificado las características de los demás trabajadores sujetos a evaluación (puesto de trabajo, sede de labores, capacitación previa, antigüedad, trayectoria, etc.), así como las condiciones del trabajador evaluado con respecto al desarrollo de sus actividades (capacitaciones realizadas por el empleador, antigüedad y méritos),** en cuanto que a través de los mismos se podrá identificar objetivamente si las labores desempeñadas se han realizado de manera deficiente.*
> *Así, al observar que **los criterios de evaluación han sido muy generales**, no existen elementos probatorios y legales para poder cuestionar los fundamentos empleados por la primera instancia; debido a que el empleador no ha cumplido con fundamentar los elementos objetivos y subjetivos de su decisión de manera adecuada, conllevando a un estado de indefensión a la parte demandante. (...)"*

Si bien estos pronunciamientos empiezan a señalar la necesidad de identificar parámetros objetivos, precisos y claros, debidamente informados al trabajador, no terminan de acertar, en el hecho de que cualquier parámetro fijado por el empleador, por más que responda a un "criterio", si está referido a factores exógenos a las obligaciones que se desprenden del contrato de trabajo, o prestación debida, siempre será arbitrario, sin ningún límite posible más que la sólo voluntad del empleador.

---

[10] https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2022/03/Expediente-17516-2019-01-JR-LA-LPDerecho.pdf

Sobre todo, estos pronunciamientos, no terminan de identificar la inconstitucional y asistemática regulación del despido establecida en el artículo 23, inciso b), del TUO, que termina siendo una doble regulación del despido disciplinario del artículo 25, inciso b), del TUO.

3. La visión del derecho comparado

Por ejemplo, en el caso del derecho español, solamente existe la causal de despido disciplinario por rendimiento deficiente (distinta a la relacionada con la conducta del trabajador o ineptitud sobrevenida), por lo que, la reducción de aquella, debe ser continua, grave y producto de una decisión voluntaria del trabajador, así pues, el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET), en su art. 54°.1.e)[11] establece:

> *"Artículo 54. Despido disciplinario. 1. El contrato de trabajo podrá extinguirse por decisión del empresario, mediante despido basado en un incumplimiento grave y culpable del trabajador. 2. Se considerarán incumplimientos contractuales: (...) e) La disminución continuada y voluntaria en el rendimiento de trabajo normal o pactado. (...)"*

NO existe en dicha legislación una causal de despido disciplinario, vinculada sólo al rendimiento en sí mismo del trabajador, lo cual hace lógica con lo que venimos planteando, pues sería absurdo pretender exigir al trabajador obligaciones de prestación de sus servicios personales, más allá de lo que el contrato o el pacto establecen.

Por otro lado, la jurisprudencia española, para declarar procedente un despido por esta causal exige "*una disminución del rendimiento laboral que sea voluntaria, grave y continuada*", debiendo cumplir los requisitos siguientes:

- **Grave y notoria**: el comportamiento debe ser proporcional a la gravedad de la infracción imputada al trabajador.
- **Culpable e injustificada**: no tiene que existir ninguna causa que justifique la disminución del trabajo, sino que debe ser una conducta voluntaria del trabajador.
- **Periodo de tiempo suficiente**: es decir, no es suficiente con un descenso ocasional del trabajo, sino que deberá ser de forma continuada en intervalos regulares.
- **Elemento comparativo**: la jurisprudencia ha establecido diferentes criterios comparativos del rendimiento del trabajo como el rendimiento medio de los compañeros, el rendimiento previo del trabajador o el habitual en el sector. Sin embargo, en el caso que hubiera un rendimiento medio pactado en el contrato de trabajo, siempre que no fuera abusivo, se tendrá este como el objetivo mínimo a cumplir. Es el caso de Sentencia del Tribunal Supremo N° 566/2020, de 1 de julio, dictada por la Sala de lo Social, N° de Recurso de casación para la unificación de doctrina 510/2018[12], donde dicho tribunal, pese a que el empleador pactó con el

[11] https://www.boe.es/buscar/pdf/2015/BOE-A-2015-11430-consolidado.pdf

[12] https://www.everlawlegal.com/el-ts-analiza-de-nuevo-la-extincion-de-un-contrato-de-trabajo-que-contiene-un-pacto-de-rendimiento-minimo-referido-a-la-actividad-de-ventas-al-amparo-de-lo-previsto-en-el-articulo-49-1-b-del-et/

trabajador, un parámetro rendimiento, de igual forma exigió, la prueba de parámetros de comparación con otros trabajadores en similares circunstancias.

Supuesto diferente es aquel despido objetivo por ineptitud sobrevenida, regulado en el artículo 52 a) la Ley del ET, que establece:

> *"Artículo 52. Extinción del contrato por causas objetivas. El contrato podrá extinguirse:*
> *e. Por ineptitud del trabajador conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa. La ineptitud existente con anterioridad al cumplimiento de un periodo de prueba no podrá alegarse con posterioridad a dicho cumplimiento."*

Según la doctrina comparada, la ineptitud física sobrevenida como causa de despido objetivo, implica *"(...) que el trabajador deja de reunir las capacidades necesarias para el correcto desempeño de las funciones del puesto de trabajo, con la consiguiente disminución de su rendimiento (...)"*[13], habiendo la jurisprudencia de dicho país establecido los requisitos para la verificación de dicho despido objetivo[14]:

- **Sobrevenida**, es decir, conocida por el empresario tras la contratación del trabajador y su incorporación efectiva al puesto de trabajo.
- **Permanente en el tiempo y no meramente circunstancial o puntual**. Sería el caso en nuestra legislación de las causales de suspensión del contrato de trabajo reguladas en los incisos a) y b) del TUO[15].
- **Imputable al trabajador**, es decir, con origen en el deterioro de la condición física o psíquica del trabajador, en su falta de preparación o actualización de conocimientos, o en el deterioro o pérdida de sus capacidades (rapidez, preparación, destreza, concentración, etc.).
- **Independiente de la voluntad del trabajador**, es decir, no debida a su actuar deliberado y consciente.
- **Verdadera y no disimulada**.
- **De cierto grado o entidad suficiente**, es decir, inferior a la media normal de cada momento, lugar y profesión.
- **General**, es decir, referida al conjunto del trabajo encomendado al trabajador y no relativa a alguno de sus aspectos, afectando a las tareas propias de la prestación laboral contratada y no a la realización de trabajos distintos.

---

[13] Areta Martinez, María, El despido objetivo por ineptitud sobrevenida de un trabajador que ha sido declarado "no apto" en el reconocimiento médico: un análisis desde el Derecho comparado español y francés. Revista de Jurisprudencia Laboral. Número 9/2020, pág. 9.

Recuperado de:

https://www.boe.es/biblioteca_juridica/anuarios_derecho/articulo.php?id=ANU-L-2020- 00000001085

[14] Ibid. Pág. 9-10.

[15] "Artículo 12.- Son causas de suspensión del contrato de trabajo:

a) La invalidez temporal;

b) La enfermedad y el accidente comprobados; (...)"

Cabe señalar que, para la Ley española, en caso esta causal sea declarada procedente, el trabajador tendrá derecho a una indemnización tasada (artículo 53.1. b) del ET), mientras que, en nuestra legislación, en el caso de la ineptitud sobrevenida, regulada en el artículo 23, inciso a) del TUO, cuando aquella impide el desempeño de las tareas, luego de hacerse los ajustes razonables al puesto de labores, o, no exista puesto vacante donde el trabajador pueda ser transferido, el despido será válido, sin derecho para el trabajador de ningún tipo de indemnización.

II. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA SOBRE LA LEGISLACIÓN NACIONAL

La presente ley tiene por finalidad modificar la normativa relativa al despido por rendimiento deficiente a efectos de combatir prácticas contrarias al derecho al trabajo. Para ello, deroga el inciso b) del artículo 59 y modifica el inciso b) del artículo 61 del Decreto Legislativo N° 728, Dictan Ley de Fomento del Empleo, tal como se detalla a continuación:

DECRETO LEGISLATIVO N° 728	TEXTO MODIFICADO
Artículo 61.- Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves: (...) b) La disminución deliberada y reiterada en el rendimiento en las labores o del volumen o de la calidad de producción, verificada fehacientemente o con el concurso de los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, quien podrá solicitar el apoyo del sector al que pertenece la empresa; (...)	**Artículo 61.-** Falta grave es la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación. Son faltas graves: (...) **b) La disminución deliberada y continuada en el rendimiento normal, o en su defecto, según el promedio del trabajador, en el mismo o similar puesto, con idénticas o similares condiciones de trabajo y, según adecuados parámetros de comparación, debidamente probada, siempre que el empleador haya proporcionado al trabajador la capacitación adecuada para el desempeño de sus funciones o en relación a los cambios legítimos que pudieran producirse.** **La carta de imputación de cargos cuenta con un informe técnico sustentatorio, el cual debe estar respaldado en el incumplimiento de las obligaciones inherentes al contrato de trabajo y tener relación con las funciones establecidas en el cuadro de categoría y funciones, además de cumplir los parámetros establecidos en la ley y ser**

	oportunamente puesto en conocimiento del trabajador. **Cualquiera de las partes podrá solicitar la verificación o el concurso de la Autoridad Inspectiva de Trabajo, la cual podrá solicitar el apoyo del sector al que pertenece la empresa. La inspección del trabajo podrá verificar también la idoneidad de los sistemas o de gestión o evaluación del rendimiento, conforme a los parámetros establecidos en este artículo;** (...).

III. ANÁLISIS COSTO BENEFICIO

La presente iniciativa legislativa no genera costos económicos al erario nacional por cuanto no tiene efectos en el presupuesto de las entidades públicas más que el ya asignado. Por el contrario, genera beneficios a empleadores y trabajadores al optimizar la regulación del despido por rendimiento deficiente, eliminando una causal de despido redundante y antitécnica.

Asimismo, la propuesta genera seguridad jurídica en el procedimiento de extinción del vínculo laboral, precisando los elementos que configuran un despido por la disminución deliberada y continuada en el rendimiento normal de trabajo.

De hecho, la propuesta busca desincentivar malas prácticas empresariales que imponen metas inalcanzables a sus trabajadores en lo que respecta a productividad laboral, generando un ambiente de hostilidad y estrés, que repercute negativamente en el ambiente de trabajo y en la salud de los trabajadores.

De igual manera, la propuesta genera beneficios a futuro en tanto que un buen clima laboral, repercute positivamente en la productividad de los trabajadores y, por ende, en beneficio de la economía de la empresa y de la sociedad.

Finalmente, la iniciativa legislativa sigue la línea de la jurisprudencia del Poder Judicial peruano sobre despido por rendimiento deficiente y va acorde a la visión del derecho comparado.

IV. RELACIÓN CON LA AGENDA LEGISLATIVA Y LAS POLÍTICAS DE ESTADO DEL ACUERDO NACIONAL

La presente propuesta legislativa está en línea con la decimocuarta Política de Estado del Acuerdo Nacional, relativa al Acceso al Empleo Pleno, Digno y Productivo, la misma que señala:

> "Nos comprometemos a promover y propiciar, en el marco de una economía social de mercado, la creación descentralizada de nuevos puestos de trabajo, en

concordancia con los planes de desarrollo nacional, regional y local. Asimismo, nos comprometemos a mejorar la calidad del empleo, con ingresos y condiciones adecuadas, y acceso a la seguridad social para permitir una vida digna. Nos comprometemos además a fomentar el ahorro, así como la inversión privada y pública responsables, especialmente en sectores generadores de empleo sostenible"[16].

Finalmente, guarda relación con el tema N° 52 "Modificación y desarrollo de la normativa laboral vigente" y N° 61 "Contratación y cese en relaciones laborales" de la Agenda Legislativa para el Período Anual de Sesiones 2022-2023, aprobada mediante Resolución Legislativa del Congreso 002-2022-2023-CR.

[16] Acuerdo Nacional. Políticas de Estado. Recuperado de http://www.acuerdonacional.pe/politicas-de-estado-del-acuerdo-nacional/politicas-de-estado%E2%80%8B/politicas-de-estado-castellano/