

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

La justificación de ausencias al centro de trabajo y su impacto en la configuración de la falta grave de abandono de trabajo¹

Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

AUTOR

Andrea Cecilia Valencia Gargurevich

ASESOR:

Víctor Renato Sarzo Tamayo

CÓDIGO DEL ALUMNO:

20102267

2020

¹ El presente trabajo académico se encuentra basado en el Informe Jurídico sobre la Casación N° 1200-2016-ICA de propiedad de la autora presentado para optar por el título de abogada en el año 2019.

RESUMEN

El presente trabajo académico se centra en la falta grave laboral de abandono de trabajo regulada en la normativa y el modo para llevar a cabo el procedimiento de despido por dicha causal, con especial énfasis en la oportunidad correcta de inicio de dicho procedimiento, así como las pautas que pueden seguirse dentro de él. Dicho trabajo tiene como finalidad determinar la correcta interpretación de la normativa sobre la materia para evitar contradicciones en la resolución de procesos judiciales, en tanto que, a la fecha, se viene resolviendo en la vía procesal en dicha materia de forma distinta. El presente trabajo académico utiliza métodos interpretativos a fin de poder llegar a una conclusión respecto de la correcta interpretación de la normativa, y con ello, se determina que, el plazo regulado en el artículo 37° del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo tiene como finalidad comunicar al empleador las razones que motivaron las ausencias, siendo un plazo ordenador, motivo por el cual, aun cuando el trabajador no haya comunicado las razones en el plazo señalado, podrá presentar cualquier justificación dentro del plazo de los descargos establecido en la normativa, no pudiendo el empleador argumentar que dicho plazo tiene carácter perentorio. Finalmente, el presente trabajo brinda una propuesta normativa que clarifica el procedimiento, desde la fecha en la que se produce la inasistencia hasta la conclusión del procedimiento de despido.

ÍNDICE

1. Introducción.....	3
2. Las ausencias al centro de trabajo.....	3
2.1. Deber de asistencia y cumplimiento de labores.....	3
2.2. ¿Cuándo nos encontramos ante una causa que justifica la ausencia al centro de trabajo?.....	5
2.3. Procedimiento para la justificación de las ausencias.....	8
3. La configuración de la falta grave de abandono de trabajo.....	10
3.1. ¿Qué es una falta grave?.....	10
3.2. Abandono de trabajo como causa que extingue la relación laboral.....	11
3.2.1. Requisitos para su configuración.....	11
3.2.2. Procedimiento para su imputación y posterior despido.....	13
3.3. Vicios en el procedimiento: ¿qué consecuencias acarrea ello?.....	19
4. Propuesta de modificación normativa.....	22
5. Conclusiones.....	24
6. Bibliografía.....	26

1. Introducción

Toda relación de trabajo tiene como obligación principal la prestación de labores de parte del trabajador hacia el empleador y, consiguientemente, el pago de una remuneración a cambio de dicha prestación laboral.

Con motivo de ello, el trabajador debe prestar su fuerza de trabajo al empleador, de acuerdo con los lineamientos que este último le brinde para ejecutar las labores asignadas. De esta manera, la asistencia al centro de trabajo – entendiéndose por ello, la puesta a disposición del trabajador para la ejecución de las labores – resulta de vital importancia dentro de la relación laboral.

En ese sentido, la inasistencia al centro de trabajo constituye un incumplimiento de parte del trabajador, el cual únicamente podrá ser subsanado de contar con una justificación que acredite la imposibilidad del trabajador de prestar el servicio para el que fue contratado. Caso contrario, se configura un incumplimiento de la relación laboral, el cual, podrá ser incluso materia de despido, de cumplirse ciertos requisitos.

Si bien la legislación peruana regula la consecuencia jurídica del incumplimiento de asistencia al centro de trabajo de forma reiterada, se ha visto en la jurisprudencia interpretaciones distintas sobre la normativa, específicamente en el procedimiento para su configuración.

Atendiendo a ello, el presente trabajo académico tiene como finalidad analizar el procedimiento de justificación de ausencias regulado en la normativa y determinar la interpretación aplicable a fin de evitar contradicciones en la resolución de procesos judiciales que aborden dicha cuestión.

Asimismo, es intención del análisis realizado contribuir con la legislación aplicable, proponiendo nuevas fórmulas normativas que regulen de forma clara y precisa el procedimiento para la justificación de ausencias y su posterior implicancia en el procedimiento de despido.

2. Las ausencias al centro de trabajo

2.1. Deber de asistencia y cumplimiento de labores

Como se ha señalado previamente, la prestación principal por parte del trabajador en el marco de una relación laboral es la prestación del servicio para el que fue contratado, prestación que únicamente puede ser llevada a cabo si el trabajador realiza la labor para la que fue contratado.

De esta manera, se requiere que el trabajador asista a trabajar en los días considerados como laborables, para poder cumplir con el contrato de trabajo.

Sobre dicho punto, cabe resaltar que la asistencia al centro de trabajo no solo debe entenderse como la presencia física del trabajador en las instalaciones de la empresa, sino también a la realización de las labores, aun cuando aquella se realice fuera de las instalaciones.

Como es sabido, existen trabajadores que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata en tanto que las labores principales que realizan se ejercen fuera del centro de labores, tales como vendedores, repartidores, mensajeros, etc. Además de ello, también existe un número importante de trabajadores que si bien sí se encuentran sujetos a fiscalización inmediata realizan sus labores fuera del centro de trabajo, utilizando las tecnologías de la información, como, por ejemplo, las personas bajo la regulación del teletrabajo o durante la vigencia del trabajo remoto.

En ese sentido, la asistencia no solo debe entenderse como la presencia física del trabajador en el centro de trabajo, sino que, atendiendo al caso en concreto, se podrá también establecer como asistencia la prestación efectiva de la labor o la propia conexión al sistema que determine el empleador para la ejecución de las labores.

De acuerdo con ello, la ausencia al centro de trabajo no solo se constituye por la no presencia física del trabajador en las instalaciones de la empresa, sino también por la inejecución de las

labores para las que el trabajador fue contratado en los casos en los que no sea obligatoria la asistencia física por la propia naturaleza de las labores.

Así las cosas, para el presente trabajo académico, cualquier referencia a la “ausencia al centro de trabajo”, no deberá entenderse únicamente como la no presencia física al centro de trabajo, sino también al incumplimiento al deber de ejecución de las labores, en aquellos casos en los que la asistencia al centro de trabajo como tal no constituya una obligación para el trabajador.

Dicho ello, se debe tener presente que la ausencia al centro de trabajo importa una omisión de prestar el servicio para el que el trabajador fue contratado, constituyendo un incumplimiento principal de la relación laboral.

Dicho incumplimiento puede acarrear la imposición de sanciones por parte del empleador, dependiendo de la gravedad en la oportunidad de dicha ausencia – en tanto que, una ausencia en un día cualquiera y una ausencia en un día clave para la empresa pueden tener distintas sanciones –, y dependiendo de la reiterancia de las mismas.

Sin embargo, no cualquier ausencia al centro de trabajo será materia de sanción por parte del empleador, pues, atendiendo al caso en concreto, el trabajador podrá tener una justificación que acredite la imposibilidad de asistir a prestar labores, en cuyo caso, la ausencia será determinada como justificada y no se podrá imponer sanción alguna por ello.

2.2. ¿Cuándo nos encontramos ante una causa que justifica la ausencia al centro de trabajo?

La legislación peruana no se ha detenido en determinar qué constituye una justificación válida de una ausencia, por tal motivo, tenemos distintas apreciaciones doctrinarias sobre la

configuración de una ausencia y su justificación, o en su estado negativo, cuando una ausencia no podrá ser justificada.

Así, Gianfranco Bringas ha señalado que “(...) la inasistencia a prestar labores debe responder a la voluntad del trabajador y no a la presencia de otras causas que justifiquen su ausencia en el centro de labores” (2013: 142)

Por otro lado, respecto de la configuración del abandono de trabajo, Blancas ha señalado lo siguiente:

En este sentido, para la existencia de esta falta es necesaria la existencia de animus infringendi por parte del trabajador que se ausenta a sus labores. Al respecto, la jurisprudencia constitucional puntualiza que la comisión de esta infracción ‘(...) requiere que el trabajador por propia voluntad se determine a inasistir a su centro de labores. En tanto exista un motivo objetivo que fuerce la voluntad del trabajador de asistir a su centro de labores dicha falta grave no se configura (2013: 266)

De acuerdo con lo señalado por Bringas y Blancas, pareciera que la justificación de la ausencia tendría un elemento volitivo en su configuración, siendo que, en caso de que no exista tal voluntad de inasistir, por tratarse de un hecho externo que imposibilita la asistencia del trabajador, será justificado.

Sin embargo, ello pareciera no ser del todo cierto, pues, existen ausencias que sí responden a la voluntad del trabajador y que se encuentran justificadas, como, por ejemplo, el ejercicio del derecho de huelga.

En ese sentido, si bien el elemento volitivo es un criterio pertinente para analizar la justificación de una ausencia, podrán ocurrir escenarios en los cuales la voluntad del trabajador de inasistir al centro de trabajo se encuentre presente, y de igual manera la ausencia estará justificada y no podrá sancionarse al trabajador.

Por ello, a mi parecer, la justificación de las ausencias vendría a estar regulada en el artículo 12° del T.U.O. del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N°003-97-TR (en adelante, “LPCL”), el cual regula los supuestos de suspensión de la relación laboral y que señala lo siguiente:

“Artículo 12.- Son causas de suspensión del contrato de trabajo:

- a) La invalidez temporal;
- b) La enfermedad y el accidente comprobados;
- c) La maternidad durante el descanso pre y post natal;
- d) El descanso vacacional;
- e) La licencia para desempeñar cargo cívico y para cumplir el Servicio Militar Obligatorio;
- f) El permiso y la licencia para el desempeño de cargos sindicales;
- g) La sanción disciplinaria;
- h) El ejercicio del derecho de huelga;
- i) La detención del trabajador, salvo el caso de condena privativa de libertad;
- j) La inhabilitación administrativa o judicial por periodo no superior a tres meses;
- k) El permiso o licencia concedidos por el empleador;
- l) El caso fortuito y la fuerza mayor;
- m) Otros establecidos por norma expresa

Ello también ha sido materia de análisis por Arce quien señala que: “Para que las ausencias al trabajo sean excluidas de este supuesto [inciso h) del artículo 25° de la LPCL] hace falta justificarlas. Por ejemplo, tendrá que demostrar que se deben a enfermedad, accidente, la detención del trabajador, el caso fortuito y la fuerza mayor o a todas las causales de suspensión a que se refiere el artículo 12 de la LPCL” (2008: 534).

En ese sentido, para determinar la justificación de la ausencia se requiere que la misma se encuentre calificada como causal válida para la suspensión del contrato, siendo que los hechos independientes de la voluntad del trabajador constituyen un criterio que coadyuvaría a dicha justificación, sin ser estrictamente necesario el mismo.

Por tanto, una ausencia será justificada y no será pasible de sanción alguna por parte del empleador, cuando la razón que motive la misma se encuentre estipulada en el artículo 12° de la LPCL.

Cabe resaltar que, la justificación de la ausencia no implica necesariamente que ella acarreará el pago de la remuneración correspondiente, por cuanto, existen ausencias que, si bien

tendrán una justificación para inasistir a laborar – y, por tanto, no podrán ser sancionadas –, al no haberse prestado efectivamente la labor, no corresponderá el pago de la remuneración.

Este es el caso del ejercicio del derecho de huelga, la inhabilitación administrativa o incluso algunas licencias concedidas por el empleador cuando se haya pactado expresamente que estas no importarán el pago de la remuneración. Pues, debe tenerse presente que el pago de la remuneración tiene como contraparte el desarrollo de la labor para la que el trabajador fue contratado, siendo que, solo en algunos casos especiales, aun cuando no se haya efectivamente trabajado, se aplicará el pago de la remuneración, como, por ejemplo, la enfermedad en los 20 primeros días o el descanso vacacional.

2.3. Procedimiento para la justificación de las ausencias

El único procedimiento regulado para la justificación de las ausencias se encuentra establecido en el artículo 37° del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, Decreto Supremo N°001-96-TR, (en adelante, “el Reglamento”), el cual está dirigido para la justificación de las ausencias en el marco de la falta grave de abandono de trabajo.

Dicho artículo señala que:

“Para que no se configure el abandono de trabajo, previsto en el inciso h) del artículo 58° de la Ley [inciso h) del artículo 25° de la LPCL], toda ausencia al centro de trabajo deberá ser puesta en conocimiento del empleador, exponiendo las razones que la motivaron, dentro del término del tercer día de producida, más el término de la distancia. El plazo se computará por días hábiles, entendiéndose como tales los laborables en el respectivo centro de trabajo.”

De esta manera, dicho artículo debería ser utilizado para todas aquellas ausencias que hayan sido imprevisibles y no tengan un procedimiento de aviso previo por la misma naturaleza de dicha falta, como lo son el accidente, la enfermedad, la detención del trabajador, etcétera, pues, de esta forma se garantizaría un plazo adecuado para que el trabajador pueda justificar la ausencia.

Ahora bien, respecto de la interpretación de dicho artículo, debe tenerse en cuenta que se señala que el plazo de los 3 días hábiles tiene como finalidad, poner en conocimiento del

empleador las razones que motivaron la ausencia, y no así acreditar documentalmente la misma.

En ese sentido, queda la duda de si dicha redacción implica que el deber del trabajador es únicamente comunicar al empleador cuáles fueron los motivos de la ausencia, o si, por el contrario, ello implicaría también que en dicho plazo se deberá acreditar mediante documentos que justifiquen la ausencia.

La segunda posición ha sido sostenida por AELE, al señalar que “El texto reglamentario, a nuestro entender y bajo su sentido literal, no resulta convincente, puesto que bastaría un simple aviso telefónico al empleador antes de que venza el tercer día, exponiendo las razones que motivaron el denominado ‘abandono de trabajo’ para que desaparezca tal presunción” (2004: 53).

Para AELE, no sería suficiente la comunicación, en tanto que comunicar las razones sin acreditarlas documentalmente, haría que la presunción de abandono de trabajo desaparezca. Ello, es correcto, sin embargo, ello no implica que posteriormente el trabajador no pueda ser sancionado si no presenta la justificación correspondiente en un plazo razonable. Pues, debe tenerse presente que, la comunicación verbal – que puede implicar una llamada telefónica o incluso el uso de las tecnologías – no implica la justificación de la falta, sino únicamente un deber de diligencia del trabajador de poner en conocimiento del empleador que su ausencia se encuentra justificada.

De esta manera, a mi parecer, dado que nos encontraríamos ante un supuesto que tiene un plazo determinado – esto es, los 3 días brindados por la norma – bastaría que únicamente se comunique exponiendo las razones que motivaron la ausencia, con el compromiso de cumplir con presentar los medios probatorios que justifiquen la misma en un periodo posterior. Pues, debe tenerse presente que, podrían ocurrir situaciones en las que no sea posible cumplir con acreditar la justificación por hechos externos a la voluntad del trabajador.

Tal criterio también ha sido brindado por Quispe Chávez y Mesinas Montero, quienes han señalado que: “Puede darse la comunicación de la justificación del trabajador a través de correos, telégrafos, teléfonos, radiotelefonía y por cualquier medio de relación entre los

distantes, toda vez que el legislador no ha previsto un medio específico y puntual para que el trabajador ponga en conocimiento del empleador su ausencia al trabajo” (2009: 47).

Por tanto, resulta razonable que, el plazo de 3 días brindado por la normativa tenga como fin únicamente comunicar al empleador las razones que motivaron la ausencia, con el compromiso de presentar la acreditación documental en un plazo razonable atendiendo a las circunstancias del caso en concreto.

Ahora bien, en caso de que la comunicación de las exposiciones que motivaron la ausencia no logre ser justificada documentalmente en un periodo razonable, el trabajador podrá ser sancionado. Sobre ello, cabe resaltar que no habría vulneración del principio de inmediatez siempre y cuando se haya brindado un plazo razonable para presentar la justificación y, luego de vencido dicho plazo, se sancionara de forma inmediata al trabajador.

3. La configuración de la falta grave de abandono de trabajo

Las inasistencias reiteradas han sido consideradas por nuestra normativa como una falta grave pasible de despido siempre y cuando dicha reiterancia sea suficiente. Para determinar ello, se ha dispuesto un número específico de días – ya sea para ausencias consecutivas o no consecutivas – para que sea posible despedir al trabajador.

En el presente trabajo académico se limitará a las ausencias consecutivas, llamadas en nuestro ordenamiento como “abandono de trabajo”.

3.1. ¿Qué es una falta grave?

De acuerdo con nuestra legislación, la extinción del vínculo laboral se puede dar por diversos motivos, siendo uno de ellos, la comisión de una falta grave por parte del trabajador, cuya comprobación deberá ser sometida a un procedimiento específico con garantías de defensa para el trabajador.

Sin embargo, no se trata de cualquier falta que revista gravedad la cual podrá ser utilizada para iniciar un despido contra el trabajador, sino que debe encontrarse regulada en el artículo 25° de la LPCL.

Así, dicho artículo establece que es falta grave pasible de despido aquella “infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato, de tan índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación”.

De esta manera, tenemos que para que se configure una falta grave, se tienen dos requisitos, a saber: (i) infracción de los deberes esenciales que emanan del contrato de trabajo; y, (ii) que dicha infracción haga irrazonable la subsistencia de la relación laboral.

Sin embargo, la norma prevé una lista semi cerrada de supuestos que cumplen con dichas características, no siendo posible que el empleador impute una infracción distinta de las que se encuentran reguladas en dicha lista.

Cabe resaltar que señalo que dicha lista es “semi cerrada” y no “cerrada” por cuanto existen dos infracciones consideradas como faltas graves que son tratadas de forma genérica y no específica, pues pueden englobar distintas faltas, tales como el incumplimiento de las obligaciones de trabajo que supone el quebrantamiento de la buena fe laboral y la inobservancia del Reglamento Interno de Trabajo o del Reglamento de Seguridad e Higiene Industrial.

No obstante ello, las demás infracciones que son consideradas lo suficientemente graves para que puedan conllevar a un despido se encuentra tipificadas de forma específica con requisitos mínimos que deben cumplirse para dicha finalidad.

Así las cosas, las faltas graves que son pasibles de despido son aquellas reguladas en los incisos del artículo 25° de la LPCL. Dentro de dicha lista, se encuentra un articulado específico para las ausencias al centro de trabajo, consideradas como abandono de trabajo y ausencias injustificadas reiteradas.

3.2. Abandono de trabajo como causa grave que extingue la relación laboral

De acuerdo con lo mencionado, el inciso h) del artículo 25° de la LPCL, regula el abandono de trabajo como una infracción grave pasible de despido, señalando, para dichos efectos, que constituye falta grave el abandono de trabajo por más de 3 días consecutivos.

3.2.1. Requisitos para su configuración

La falta grave regulada en el inciso h) del artículo 25° de la LPCL requiere de dos elementos para su configuración, a saber: (i) que exista una reiteración en las faltas al centro de trabajo dentro de un plazo determinado; y, (ii) que dichas faltas sean injustificadas. (Blancas 2013: 264).

Sobre el primer requisito, es menester indicar que, tal y como señala Blancas, “para que la ausencia al trabajo llegue a revestir gravedad es indispensable que sea reiterada, sancionándose con mayor severidad en el caso que la acumulación de inasistencias sea consecutiva que cuando esta se produzca con intermitencias” (2013: 264).

Por su parte, para la configuración del segundo requisito, es necesario precisar que la ausencia al centro de trabajo – o la inejecución de labores en el día por aquellos trabajadores que no laboran presencialmente – debe carecer de justificación para encontrarse dentro del supuesto de hecho de la norma, pues, si la misma es justificada, nos encontraríamos dentro de un supuesto de suspensión del contrato de trabajo, y por ende, no podrá ser considerada para el cómputo del abandono de trabajo o inasistencias injustificadas.

Ello, incluso ha sido materia de análisis por el Tribunal Constitucional, el cual ha señalado lo siguiente: “(...) la falta grave de abandono de trabajo, prevista en el inciso h) del artículo 25° del Decreto Supremo N°003-97-TR, se configura cuando el trabajador, sin justificación alguna, deja de asistir a su centro de trabajo por más de tres días consecutivos (...); lo que denota que el trabajador tiene una conducta tendiente a incumplir el contrato de trabajo por sí mismo” (2005: Fundamento 6).

De esta manera, es importante destacar que nos encontraremos ante una falta grave, única y exclusivamente cuando las ausencias al centro de trabajo o la inejecución de labores – en aquellos casos en los que la naturaleza de las mismas no exija la presencia del trabajador en el centro de trabajo – cumplan con la reiterancia necesaria prevista en la norma y que las mismas carezcan de justificación.

Sobre la justificación, se debe hacer referencia nuevamente a lo establecido en el artículo 37° del Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, siendo que aquel establece que, para que

no se configure el abandono de trabajo, y por tanto, no se inicie el procedimiento sancionador correspondiente, en primer lugar, se señala que la ausencia debe ser puesta en conocimiento del empleador exponiendo las razones que la motivaron; y, en segundo lugar, que dicha exposición de razones debe darse dentro del término del tercer día de producida la ausencia, más el término de la distancia.

Sobre ello, debe tenerse en cuenta que, como cualquier falta grave estipulada en el artículo 25° de la LPCL, es necesario que el empleador inicie el procedimiento de despido con todas las garantías que el mismo tiene, a efectos de proceder con el despido del trabajador. En ese sentido, únicamente no se iniciará el procedimiento si es que el trabajador cumpliera con comunicar al empleador la razón que motivó la falta dentro del tercer día de producida.

Dado que ya se ha analizado en el presente trabajo académico la implicancia de la redacción del artículo referida a la comunicación de la exposición de las razones que motivaron la ausencia, nos referiremos únicamente al plazo previsto en dicho artículo.

3.2.2. Procedimiento para su imputación y posterior despido

Tal y como se ha señalado, el Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo dispone que para que no se configure el abandono de trabajo, el trabajador deberá poner en conocimiento del empleador las razones que motivaron la ausencia dentro del término del tercer día de producida.

Al respecto, se ha visto en la jurisprudencia diversas lecturas sobre el conteo del plazo establecido, pues, existen posiciones que establecen que (i) los 3 días se empiezan a contar desde el primer día de ausencia; y, (ii) los 3 días se empiezan a contar con cada ausencia individualmente considerada hasta la ausencia número 4 requerida para la configuración de la falta grave. Con el fin de ejemplificar la presente discusión, se tendrá como la primera ausencia el día 1 de un mes cualquiera.

La primera posición implicaría que las 4 ausencias requeridas para la configuración del abandono de trabajo se entiendan como un todo, no dando lugar a ausencias individuales, pues solo se permitiría justificar la ausencia del día 1 para que no se configure el abandono

de trabajo, pues, a partir del día 5 es que el empleador tendría potestad de iniciar un procedimiento de despido.

Dicha interpretación presentaría problemas en la aplicación si es que la única ausencia que tiene una justificación es la cuarta ausencia, en tanto que la misma norma requiere de por lo menos 4 inasistencias injustificadas para que se configure la falta grave de abandono de trabajo, poniendo así en desventaja al trabajador, quien deberá pasar por un procedimiento de despido para poder acreditar que no se cumplió con la reiterancia necesaria para incurrir en la falta grave de abandono de trabajo, por cuando solo fueron 3 ausencias injustificadas y no 4.

No obstante, dicha posición ha sido admitida en diversa jurisprudencia, como la Casación N° 1200-2016-ICA, en la cual el procedimiento de despido se inició el día 09 de abril de 2014, por las ausencias de los días 04, 05, 06 y 08 de abril, es decir, tres días después de la primera ausencia – y, al día siguiente de producida la cuarta ausencia –, siendo que la Corte Suprema al no haber cuestionado y convalidado dicho accionar, ha asumido dicha interpretación.

Ello se puede advertir de la siguiente argumentación: “De lo expuesto, se advierte que el demandante no ha comunicado dentro del término del tercer día de producido la inasistencia a sus labores, ocurrido el cuatro de abril de dos mil catorce, la justificación respectiva, pues, tal como se verifica en el considerando precedente, fue presentado el certificado de incapacidad el doce de abril de dos mil catorce” (Poder Judicial 2018: 9).

De esta manera, la Corte Suprema no cuestionó en ninguno de sus considerandos que el empleador haya iniciado el procedimiento antes de cumplidos los 3 días contados a partir de la cuarta falta requerida para la configuración de la falta grave, sino que, ha admitido que es posible iniciar el procedimiento de despido luego de 3 días contados a partir de la primera falta, dejando sin oportunidad al trabajador de justificar las demás ausencias requeridas para la configuración de la falta grave.

Por otro lado, la segunda interpretación de dicha normativa – aquella que considera que los 3 días se empiezan a contar con cada ausencia individualmente considerada hasta la ausencia número 4 – el trabajador que se ausenta por lo menos 4 días tendría hasta el día 7 para comunicar las razones que justificaron las ausencias de los días anteriores, siendo que el

procedimiento de despido recién podría iniciarse el día 8, garantizando que aquel pudiera justificar alguna de las ausencias antes de que se le impute una falta grave.

A efectos de poder determinar cuál de las dos interpretaciones es la correcta, es pertinente referirnos al método de interpretación lógico, el cual, “consiste en identificar la finalidad intrínseca de la regla jurídica, con el fin de aclarar el significado de aquella” (Arce 2013:189)

De acuerdo con dicho método interpretativo, se requiere identificar la finalidad de la norma, para determinar la interpretación correcta. Atendiendo a ello, se debe tener presente que el artículo 37° del RLFE, tiene como finalidad determinar los requisitos para encontrarse dentro de la configuración del abandono de trabajo por más de 3 días consecutivos, motivo por el cual, para verificar si en un caso concreto nos encontramos ante dicho supuesto, es necesario que ocurra la reiteración necesaria de las inasistencias y que cada una de ellas se trate de una ausencia injustificada. En ese sentido, el plazo establecido debería dar la posibilidad al trabajador para que comunique las razones que motivaron la ausencia de cada una de ellas en un plazo de 3 días de producida cada una.

Como ya se ha adelantado, una interpretación contraria, no permitiría que el trabajador justifique cada una de las ausencias, pues, solo luego de producida la primera, se contarían los 3 días y se daría inicio al procedimiento de despido, no dando posibilidad de que el trabajador sustente las 4 ausencias requeridas para que recién se configure el abandono de trabajo.

En atención a ello, considero que el correcto conteo del plazo estipulado en el artículo 37° del RLFE, de acuerdo con su interpretación lógica, se da a partir del día 4 de la inasistencia y no desde el día 1, con lo cual, la imputación del abandono de trabajo recién podría llevarse a cabo a partir del día 8 u 9 – dependiendo de los días laborables en el centro de trabajo – y no así, desde el día 5.

Cabe resaltar que, si bien en principio el día 7 sería para comunicar las razones que motivaron la ausencia del día 4, también se podrán presentar las razones respecto de los días anteriores, toda vez que, se trata de un momento previo a la imputación de la falta grave, motivo por el cual, de conocer el empleador que las ausencias del trabajador se encontraban justificadas, no tendría motivación alguna para iniciar el procedimiento de despido.

Ahora bien, resuelto este tema, es necesario verificar si dicho plazo brindado por la norma, se trata de un plazo perentorio – entendiéndose por ello que una vez transcurridos dichos días, el trabajador pierde la oportunidad de presentar una justificación – o si, por el contrario, se trata de un plazo ordenador, en el cual se establecen lineamientos para el inicio del procedimiento sancionador, sin que ello implique la imposibilidad de que el trabajador justifique las inasistencias en el plazo de los descargos.

Sobre dicho tema, existen controversias en la jurisprudencia, siendo que en diversas oportunidades se ha resuelto de distinta manera, optando en algunos casos por un plazo perentorio, y en otros, por un plazo ordenador.

Así, tenemos las siguientes sentencias:

En la sentencia casatoria recaída en el Expediente N° 1200-2016-ICA, se optó por el carácter perentorio, en tanto que la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social resolvió convalidar el despido realizado al trabajador a pesar de haber presentado la justificación de las inasistencias incluso previamente a la presentación de sus descargos, por cuanto no lo había presentado el plazo de los 3 días hábiles que precisa el RLFE.

En dicho expediente, el empleador tomó conocimiento durante el procedimiento de despido que las ausencias del trabajador se encontraban justificadas, y, aun así, procedió con el despido, siendo que la Corte Suprema resolvió a favor del empleador, convalidando dicho despido.

No obstante, en una controversia similar previa, en la cual, el trabajador – al igual que en el caso precedente – había presentado la justificación correspondiente, la Corte Suprema señaló que: “En el caso que el empleador inicie el procedimiento establecido en el artículo 31° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, la justificación de las inasistencias se podrá efectuar al realizar los correspondientes descargos ante la imputación formulada” (Poder Judicial 2014a: fundamento 17).

En ese sentido, verificamos que existen posiciones contrarias respecto de la posibilidad de que un trabajador presente la justificación de las inasistencias durante el plazo de los

descargos, no teniendo a la fecha, un criterio determinado para ello. De esta manera, es necesario determinar cuál de dichas posiciones es la correcta.

Para Blancas Bustamante, se trata de un plazo ordenador toda vez que indica que: “(...) en general, dicha fórmula [plazo perentorio] desconoce el principio de primacía de la realidad, en virtud del cual si el trabajador, aun vencido el plazo de aviso, logra demostrar la existencia de un motivo real que justifique su ausencia esta no debería considerarse como base para imputarle una falta grave” (2013: 268).

Coincido con dicha argumentación, toda vez que, el hecho de no haber justificado la inasistencia en el plazo determinado por el artículo 37° del RLFE, de ninguna manera implica que la falta se convierta en injustificable, toda vez que existe un procedimiento de despido estipulado en el artículo 31° de la LPCL, a través del cual, el trabajador tiene al menos 6 días naturales para ejercer su derecho de defensa sobre la falta imputada. En ese sentido, si el trabajador lograra demostrar en el plazo de descargos que sus ausencias fueron justificadas, no se podría proceder con el despido del trabajador.

Además de ello, se debe tener presente que, tal y como señala Arce Ortiz, el trabajador tiene un plazo no menor de 6 días naturales para que pueda defenderse de las conductas imputadas (2008: 540) con lo cual, el trabajador cuenta con ese plazo para acreditar que no ha cometido la falta que se le imputa por ser sus inasistencias justificadas.

Decir lo contrario, implicaría desconocer los requisitos para la configuración de la falta grave, pues, es necesario que las inasistencias sean injustificadas para que nos encontremos en el supuesto de hecho del abandono de trabajo, motivo por el cual, aun cuando la comunicación de la inasistencia no se haya dado en el plazo estipulado, de existir tal justificación y ser de conocimiento del empleador al haber sido presentada en el plazo de los descargos dentro del procedimiento de despido, el trabajador no podrá ser despedido por dicha causal.

Debe tenerse presente que, como ya hemos señalado a lo largo del presente trabajo académico, cuando una ausencia tiene una justificación establecida en la normativa, el hecho de que la misma no sea presentada durante el plazo otorgado en el artículo 37° del RLFE, no implica que deje de tener tal carácter de justificada, siendo únicamente necesario que durante la relación laboral el empleador haya tomado conocimiento de dicha justificación.

En ese sentido, es perfectamente válido que el trabajador presente la justificación de las ausencias durante el plazo de los descargos, en tanto que la falta que se está imputado son las ausencias injustificadas y reiteradas, siendo que la prueba óptima para desacreditar dicha imputación es la que constata la justificación de la ausencia.

Si optáramos por la posición de un plazo perentorio, y no se diera lugar a que el trabajador pueda desacreditar que dichas faltas fueron injustificadas, la conducta que se estaría castigando y sancionando con el despido sería el deber de diligencia, pues, sería la falta de la justificación en el plazo de los 3 días lo que acarrearía el despido y no así la configuración del abandono de trabajo, por cuanto las ausencias sí tuvieron una justificación conocida por el empleador durante el procedimiento de despido.

Por todo lo mencionado, si el plazo estipulado fuera de carácter perentorio, el artículo 37° del RLFE estaría exigiendo requisitos que la LPCL no ha previsto, ocurriendo así una contravención al principio de jerarquía normativa, por lo cual, dado que existe otra interpretación normativa, de acuerdo a la cual, nos encontramos ante un plazo ordenador, deberá preferirse ella, en atención a que la misma respeta lo dispuesto por la LPCL, respecto del inciso h) del artículo 25° y el artículo 31° del mismo cuerpo normativo.

Así las cosas, en caso de no haber comunicado las razones que motivaron las ausencias dentro del plazo de 3 días de producidas, el empleador podrá iniciar el procedimiento de despido y el trabajador podrá sustentar la justificación de las inasistencias con los medios probatorios pertinentes en el plazo de descargos. Ello ha sido también materia de análisis por Carlos Blancas, al señalar lo siguiente:

Pensamos por ello, que al haberse establecido un procedimiento previo al despido para que el trabajador ejerza su defensa y se investiguen los hechos en que pretende el empleador sustentar su decisión, el trabajador a quien se impute la falta grave de inasistencia injustificada a sus labores – falta que, por otra parte, no puede considerarse ‘falta grave flagrante que no resulte razonable tal posibilidad’ (LPCL, art. 31) – tendrá en ésta etapa la oportunidad de justificar su ausencia al trabajo (2013: 269)

Por todo ello, considero que el plazo estipulado en el artículo 37° del RLFE es un plazo ordenador, en tanto que, iniciado el procedimiento de despido, el trabajador – ejerciendo su

derecho de defensa – tendrá el plazo de descargos para presentar la justificación de las ausencias, en cuyo caso no se podrá proceder con el despido.

Así las cosas, para realizar un procedimiento de despido por la comisión de abandono de trabajo, en primer lugar, una vez ocurrida la cuarta ausencia, el empleador deberá brindarle 3 días hábiles para que el trabajador exponga las razones que motivaron las ausencias. De no ocurrir ello en dicho plazo, el empleador podrá dar lugar al procedimiento de despido, en virtud del cual, el trabajador tendrá el plazo de descargos para presentar la justificación que acredite que la ausencia se debió a una suspensión válida del contrato de trabajo. En caso de que, durante dicho plazo, el trabajador no lograra acreditar la justificación de las ausencias, recién se podrá dar lugar al despido de este.

En ese sentido, dado que anteriormente se ha señalado que los tres días establecidos por la norma tienen la finalidad de que el trabajador únicamente comunique las razones que motivaron las ausencias, para que luego de un plazo razonable presente la justificación documental, dicho plazo razonable vencería indubitablemente en el plazo de los descargos, pues es la última oportunidad que tendrá el trabajador de acreditar documentalmente su justificación.

Cabe resaltar que, en caso el trabajador presente alguna justificación acreditada de que la documentación respecto de su ausencia no pueda ser entregada en dicho plazo, el empleador deberá evaluar ello en el procedimiento de despido, pudiendo brindarle un plazo adicional para que presente su justificación.

3.3. Vicios en el procedimiento: ¿qué consecuencias acarrea ello?

Como se ha visto a lo largo del presente trabajo académico, cuando un trabajador presenta 4 o más inasistencias consecutivas al centro de trabajo, el empleador deberá primero, brindarle un plazo de 3 días hábiles contados desde la ausencia número 4 para que comunique las razones que motivaron las ausencias; y, de no ocurrir ello, podrá iniciar un procedimiento de despido al trabajador imputándole la causal de abandono de trabajo prevista en el inciso h del artículo 25° de la LPCL.

Dicho procedimiento de despido deberá contar con todas las garantías establecidas en aquel, incluyendo el plazo de los 6 días naturales para que el trabajador presente los descargos que crea correspondiente a la falta imputada.

Sin embargo, como hemos visto en las sentencias previas acotadas, ello no siempre ocurre, motivo por el cual, es pertinente analizar qué consecuencias acarrea el no seguir el procedimiento señalado previamente.

Para poder determinar ello, se verán las situaciones generadas en dos circunstancias, a saber: (i) si el empleador inició el procedimiento de despido sin esperar los 3 días previstos en el reglamento; y, (ii) si el empleador no tomó en cuenta las justificaciones presentadas por el trabajador durante el plazo de descargos, por no haberlas presentado en los 3 días brindados por el reglamento.

Respecto de la primera situación, se entiende que el trabajador inasistió los días 1,2,3 y 4 de un mes cualquiera y el empleador inició el procedimiento de despido el día 5, contraviniendo lo establecido en el artículo 37° del RFLE. Ello genera que el trabajador no tenga los 3 días hábiles contados a partir del día 4 para presentar su justificación, sino que cuente con únicamente el plazo de los descargos, encontrándose en desventaja pues, los días que tiene para presentar la justificación son menos que los que correspondían de una correcta interpretación de la norma.

Sobre ello vemos que, si el empleador continuara con el despido, a pesar de no haberle iniciado el procedimiento de despido en el momento correspondiente, es decir, pasados los 3 días hábiles contados a partir del día 4 de inasistencia, se habría iniciado el despido sin que la falta grave se haya configurado, ocurriendo así un vicio en el procedimiento de despido.

En efecto, dado que el artículo 37° del RLFE señala que para que no se configure el abandono de trabajo, toda ausencia debe ser puesta en conocimiento del empleador dentro del plazo de 3 días de producida, si es que el empleador no da la oportunidad de que el trabajador presente la justificación en el plazo establecido, la falta grave no podría configurarse porque no se ha podido acreditar que las ausencias han sido injustificadas, por no haber dado el plazo para su justificación.

En ese sentido, al no haberse configurado la falta grave de abandono de trabajo, el despido del trabajador sería un despido arbitrario dado que se le despidió sin haberse demostrado la falta grave establecida.

De acuerdo con nuestra legislación y jurisprudencia, el despido arbitrario puede acarrear dos consecuencias, la indemnización por despido arbitrario o la reposición en el empleo. La reparación correspondiente queda a criterio del trabajador, quien podrá demandar cualquiera de ellas en un proceso judicial de despido arbitrario interpuesto en contra del empleador.

Por otro lado, respecto de la segunda situación, en la que el empleador a pesar de haberle iniciado el procedimiento de despido en el momento correspondiente y haberle dado los 6 días de descargos para que el trabajador justifique su proceder, si aquel no permitiera la justificación de las ausencias en dicho plazo, estaría afectando el derecho a la defensa del trabajador.

Como ya se ha determinado líneas arriba, el trabajador cuenta con el plazo de descargos para justificar sus ausencias, de tal manera que, no contemplar dicha justificación por no haberla presentado en el plazo establecido por el RLFE, vulnera el derecho de defensa del trabajador, pues la oportunidad para contradecir la falta grave imputada es el plazo de los descargos.

Dado que la vulneración del derecho de defensa se encuentra recogida en el derecho fundamental al debido proceso, dicha afectación implicaría que el despido materializado se haya realizado infringiendo el derecho al debido procedimiento.

De acuerdo con la doctrina, los despidos realizados vulnerando derechos fundamentales, acarrearán la reposición en el empleo, en tanto que los trabajadores podrán demandar vía amparo el reconocimiento de que el despido realizado fue un despido lesivo de derechos fundamentales. En ese sentido, y en tanto que la función del amparo es retrotraer los efectos al momento anterior a la vulneración del derecho fundamental, dicho despido acarrearía la reposición en el empleo.

Cabe resaltar que, si fuera posible demandar dicho despido por la vía judicial ordinaria, el trabajador afectado también podrá solicitar la indemnización por despido arbitrario. Sin

embargo, dado que dicho tipo de despido ha sido solo formulado a través de demandas de amparo, en este caso, solo se podrá optar por la reposición.

De esta manera, cualquier vicio en el procedimiento de despido, ya sea por iniciarlo antes de que se configure la falta o no dejar al trabajador que justifique su proceder en el procedimiento de despido, acarrearía la reposición en el empleo del trabajador que ha sido afectado, o incluso la indemnización por despido arbitrario, en el primer supuesto si así el trabajador lo prefiriera.

4. Propuesta de modificación normativa

Dado que a lo largo del presente trabajo académico se ha podido percibir que no existe jurisprudencia unificada respecto de distintos aspectos de la falta grave de abandono de trabajo, considero conveniente que se realice una modificación normativa respecto de la regulación del RLFE, la cual reglamenta la falta grave mencionada.

De esta manera, considero que dicha modificación normativa debiera contener dos aspectos: (i) el correcto conteo del plazo de los 3 días hábiles señalados en dicha norma y (ii) la posibilidad que tiene el trabajador de presentar la justificación en el plazo de los descargos.

Antes de presentar mi propuesta normativa, considero conveniente hacer mención del proyecto de Decreto Supremo que aprueba el Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, prepublicado a través de la Resolución Ministerial N°263-2019-TR, en el cual se ha señalado lo siguiente:

“Artículo 33.-

Para que no se configure el abandono de trabajo o las inasistencias injustificadas previstas en el literal h) del artículo 25 de la Ley, el trabajador debe poner en conocimiento del empleador toda ausencia al centro de trabajo, exponiendo en cada caso el motivo debidamente acreditado, dentro del término del tercer día de producida más el término de la distancia.

El plazo se cuenta desde el día siguiente a cada inasistencia, por días hábiles, entendiéndose como tales los laborables en el respectivo centro de trabajo.

La inobservancia del plazo señalado en el primer párrafo del presente artículo no impide que el trabajador, dentro del trámite previo al despido, demuestre la existencia de un motivo real que justifica su ausencia al centro de trabajo”

De acuerdo con el proyecto, se puede verificar que dicha norma cumple con los dos aspectos antes mencionados, en tanto que se señala específicamente que los 3 días hábiles para justificar la inasistencia se cuentan individualmente por cada falta; y, además, que se deja constancia de que durante el plazo de descargos el trabajador podrá justificar las inasistencias, en cuyo caso no se podrá despedir al trabajador, sin embargo este último aspecto puede llevar a confusión en tanto que “la inobservancia del plazo” podría interpretarse como la inobservancia del plazo por parte del empleador sobre los días que se le deben dar al trabajador para justificar, aspecto que debe ser mejorado.

Por otro lado, el proyecto contempla que la exposición de la justificación de la ausencia debe darse al término del tercer día junto con la acreditación de la misma. Como se ha señalado en el presente artículo, considero que los tres días hábiles brindados por la norma tienen como fin comunicar los motivos, más no necesariamente la acreditación documental, la cual podrá realizarse en un plazo razonable.

Por ello, mi propuesta normativa, incluye dicho aspecto y regula los otros dos con una mayor precisión. La propuesta normativa sería la siguiente:

Para que no se configure el abandono de trabajo o las inasistencias injustificadas previstas en el literal h) del artículo 25 de la Ley, el trabajador debe poner en conocimiento del empleador toda ausencia al centro de trabajo, exponiendo en cada una las razones que la motivaron, dentro del término del tercer día de producida más el término de la distancia.

El plazo se cuenta desde el día siguiente a cada inasistencia, por días hábiles, entendiéndose como tales los laborables en el respectivo centro de trabajo. En tal sentido, el procedimiento de despido por abandono de trabajo solo podrá iniciarse transcurridos 3 días hábiles contados a partir de la cuarta inasistencia consecutiva injustificada, más el término de la distancia. El incumplimiento del plazo señalado acarrea la nulidad del procedimiento de despido.

Nada impide que durante el plazo de descargos contemplado en el artículo 31° de la Ley, el trabajador demuestre la existencia de un motivo real que justifica su ausencia al centro de trabajo.

Considero que dicha propuesta brinda una interpretación clara sobre la configuración de la falta y el trámite del despido, no dejando interpretación distinta que pueda perjudicar al trabajador.

5. Conclusiones

- En tanto que las relaciones laborales han sufrido variaciones en el tiempo existiendo la posibilidad de que los trabajadores realicen labores no solo en el centro de trabajo sino también fuera de aquel utilizando para ello los medios tecnológicos disponibles, la ausencia al centro de trabajo solo se determina por la no presencia física del trabajador en el centro de trabajo, sino también por la no ejecución de las labores en los días considerados laborables.
- Para poder determinar si una ausencia es justificada y, por tanto, no ser materia de sanción, la justificación debe enmarcarse en alguna de las causales válidas para la suspensión del contrato reguladas en el artículo 12° de la LPCL.
- El plazo de 3 días brindado por la normativa para que se configure la falta de abandono de trabajo tiene como fin únicamente comunicar al empleador las razones que motivaron la ausencia, con el compromiso de presentar la acreditación documental en un plazo razonable atendiendo a las circunstancias del caso en concreto.
- Si bien el artículo 37° del RLFE brinda un plazo para que el trabajador justifique la falta, es necesario señalar que dicho plazo no implica que, durante el procedimiento de despido, el trabajador no pueda justificar las ausencias imputadas, en tanto que el plazo de descargos tiene como fin que el trabajador pueda defenderse de las imputaciones realizadas, motivo por el cual, podrá contar con dicho plazo para presentar las justificaciones correspondientes.
- El artículo 37° del RLFE presenta problemas de aplicación en tanto que a lo largo del tiempo han surgido interpretaciones distintas en la jurisprudencia que ha afectado negativamente a diversos trabajadores que, a pesar de que contaban con justificaciones para inasistir a su centro de trabajo, los despidos fueron convalidados

por las instancias judiciales, motivo por el cual, es necesario una modificación normativa que esclarezca el desarrollo del despido por abandono de trabajo.

- Se postula una modificación normativa al reglamento, la cual considero resuelve los problemas señalados en el presente trabajo académico. Dicha propuesta normativa es la siguiente:

“Para que no se configure el abandono de trabajo o las inasistencias injustificadas previstas en el literal h) del artículo 25 de la Ley, el trabajador debe poner en conocimiento del empleador toda ausencia al centro de trabajo, exponiendo en cada una las razones que la motivaron, dentro del término del tercer día de producida más el término de la distancia.

El plazo se cuenta desde el día siguiente a cada inasistencia, por días hábiles, entendiéndose como tales los laborables en el respectivo centro de trabajo. En tal sentido, el procedimiento de despido por abandono de trabajo solo podrá iniciarse transcurridos 3 días hábiles contados a partir de la cuarta inasistencia consecutiva injustificada, más el término de la distancia. El incumplimiento del plazo señalado acarrea la nulidad del procedimiento de despido.

Nada impide que durante el plazo de descargos contemplado en el artículo 31° de la Ley, el trabajador demuestre la existencia de un motivo real que justifica su ausencia al centro de trabajo, en cuyo caso no podrá producirse el despido por tal motivo.”

6. Bibliografía

AELE

2004 *Extinción de la relación laboral: condiciones y procedimientos para el despido*. Tercera Edición. Lima: AELE.

ARCE, Elmer

2008 *Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Lima: Palestra Editores.

2013 *Teoría del derecho*. Lima: Fondo Editorial PUCP.

BLANCAS, Carlos

2013 *El despido en el Derecho Laboral Peruano*. Tercera Edición. Lima: Jurista Editores E.I.R.L.

GARCÍA, Álvaro y otros

2013 *Manual sobre faltas disciplinarias laborales: faltas graves que justifican el despido y otras sanciones menores*. Lima: Gaceta Jurídica.

MINISTERIO DE TRABAJO

1996 *Decreto Supremo N°001-96-TR*. Lima, 26 de enero.

2019 Resolución Ministerial N°263-2019-TR. Lima, 4 de noviembre.

PODER JUDICIAL

2014a *Expediente N°4548-2014*. Sentencia: 3 de marzo de 2015.

2014b *Expediente N°12943-2014*. Sentencia: 26 de agosto de 2015.

2016 *Expediente N°1200-2016*. Sentencia: 30 de mayo de 2018.

QUISPE, Gustavo y Federico MESINAS

2009 *El despido en la jurisprudencia judicial y constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

2005 *Expediente N°09423-2005-PA/TC*. Sentencia: 28 de febrero de 2006

Consulta: 29 de junio de 2019

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/09423-2005-AA.html>

VALDERRAMA, Ricardo y Fiorella TOVALINO

2014 *Despido arbitrario: Nuevos criterios jurisprudenciales sobre su calificación*