



**UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**



**TESIS DE GRADO
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

TEMA: DESPIDO EN VACACIONES.

TÍTULO:

**REGULACIÓN TÁCITA DEL DESPIDO DE TRABAJADORES DURANTE EL
PERÍODO VACACIONAL EN EL PERÚ**

Asesor: Mg. César Eduardo ESCALANTE CÁRDENAS.

**PRESENTADO POR:
Bach. Gustavo Enrique YÁBAR HERMOZA.**

**CUSCO-PERÚ
2017**



**UNIVERSIDAD ANDINA DEL CUSCO
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIA POLÍTICA
ESCUELA PROFESIONAL DE DERECHO**

**REGULACIÓN TÁCITA DEL DESPIDO DE TRABAJADORES
DURANTE EL PERÍODO VACACIONAL EN EL PERÚ**

**CUSCO-PERÚ
2017**



DEDICATORIA

Con amor y gratitud:

*a mi madre, Marcia Hermoza, por su amor inmarcesible;
a mi padre, Gustavo Yábar, por su inmerecido apoyo más allá del deber;
a Luciana, por su ejemplo de lucha, perseverancia y sacrificio en favor nuestro,
y a Sebastián, por su amistad entrañable y eterna;
a Francisco y Martha, por el fulgor de su guía y amor envueltos en sabiduría;
a Fernanda Pinares Payne, mi amiga, mi compañera, mi ternura, por su
bondadosa presencia en mi vida;
a Roberto González Álvarez, orfebre y maestro de nuevos intelectos, por su
inestimable aporte a mi formación académica;
a todas las personas cuya presencia aportó luz y calidez a mi vida, y se saben
acreedoras de mis afectos y grato recuerdo.*



AGRADECIMIENTO

Es necesario hacer una mención especial de agradecimiento a los docentes dictaminantes, Dra. Judith Antonia Ponce de León Coronado y Dr. José Hildebrando Díaz Torres, porque sus observaciones me evitaron serios traspies académicos en esta empresa; así como a mi asesor, Mg. César Escalante Cárdenas, por la amabilidad con la que siempre me brindó su tiempo y atención. Gracias. Para ustedes también va dedicado este trabajo.



PRESENTACIÓN

Hoy en día, decir que algún aspecto de la interacción humana no está regulado es altamente cuestionable. El advenimiento de las nuevas tendencias en el constitucionalismo, con la consiguiente presencia dominante de los principios fundamentales en el derecho, hace que la amplitud y versatilidad de estos muestren una respuesta para cada asunto aparentemente no regulado. En tal contexto, los trabajos de investigación que, como el presente, busquen ofrecer una propuesta normativa frente a un supuesto vacío, deberán extraerla de las canteras principales del constitucionalismo actual; pues ya todo está regulado desde los principios fundamentales.

Es con una consigna tal que en este documento se opta por desenterrar las respuestas a las preguntas de la investigación desde las entrañas de la propia Constitución; más precisamente, desde los derechos fundamentales, entre otros, a la libertad de empresa y al descanso, a partir de cuyo análisis se mostrará el modo en que se regula tácitamente el despido de trabajadores¹ durante el período vacacional en el Perú (materia no regulada expresamente), incluso desde una óptica que supera y armoniza las posturas polarizadas de la legislación extranjera que, a su modo, han intentado regular positivamente el tema.

¹ En el español, las reglas gramaticales permiten un empleo genérico del masculino, donde este género puede abarcar el conjunto designado por los dos miembros en una oposición —como *día* en la oposición *día / noche*— (Real Academia Española, 2011, pág. 20). En esta investigación, con la mención a *los trabajadores* o al *empleador*, no se pretende discriminar al género femenino. En cada uno de tales casos, entiéndase la mención hecha a ambos géneros, a efecto de evitar la sobrecarga visual del texto (gramaticalmente innecesaria) que implica escribir en cada ocasión *trabajador/a* o *empleador/a* o incluso *lector/a*.



ÍNDICE

DEDICATORIA III

AGRADECIMIENTOIV

PRESENTACIÓN V

RESUMEN VIII

ABSTRACT..... IX

1. PRIMER CAPÍTULO: EL PROBLEMA 1

 1.1. Planteamiento del problema..... 1

 1.2. Formulación del problema 4

 1.2.1. Problema principal 4

 1.3. Objetivo de la investigación..... 4

 1.3.1. Objetivo general 4

 1.4. Justificación de la investigación..... 4

 1.5. Viabilidad del estudio..... 6

2. SEGUNDO CAPÍTULO: MARCO TEÓRICO..... 8

 2.1. Antecedentes de la investigación 8

 2.1.1. Antecedentes directos 8

 2.1.1.1. Normativos..... 8

 Código de Trabajo de la República Dominicana..... 8

 Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras
 venezolana 9

 Código de Trabajo de la República de Panamá 10

 Ley del Contrato de Trabajo argentina 10

 Ley Federal del Trabajo de los Estados Unidos Mexicanos 11

 2.1.2. Antecedentes indirectos..... 12

 2.1.2.1. Académicos 12

 2.1.2.2. Normativos..... 13

 Código de Trabajo chileno 13

 Código Sustantivo de Trabajo colombiano 13

 2.1.3. El estado del arte del tema 13

 2.1. Bases teórico-científicas 14



- 2.1.1. El despido 14
 - 2.1.1.1. El (los) concepto(s) de despido 15
 - 2.1.1.2. El despido justificado (una perspectiva constitucional) 18
 - 2.1.1.2.1. Los principios fundamentales, la libertad de empresa y el despido justificado..... 19
- 2.1.2. El derecho al descanso (vacacional) 28
 - 2.1.2.1. Apuntes para una interpretación histórica 28
 - 2.1.2.2. Análisis principialista del derecho al descanso y su concepto 31
- 2.1.3. El despido durante el período vacacional 33
 - 2.1.3.1. Procedencia del despido 35
 - 2.1.3.2. Procedencia del despido en vacaciones..... 35
 - 2.1.3.3. Sobre la indemnización a que hubiere lugar 38
 - 2.1.3.4. Nota final 38
- 2.2. Definición de términos 39
- 2.3. Categorías de estudio 41
- 2.4. Hipótesis de trabajo 41
- 3. TERCER CAPÍTULO: METODOLOGÍA 43
 - 3.1. Diseño y nivel de la investigación..... 43
 - 3.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos 43
- 4. CUARTO CAPÍTULO: RESULTADOS Y CONTRASTACIÓN LÓGICA DE LA HIPÓTESIS 44
 - 4.1. Nota preliminar 44
 - 4.2. Análisis lógico de la hipótesis y las categorías de estudio..... 45
 - 4.3. Nota final..... 54
- 5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES 56
 - 5.1. Conclusión..... 56
 - 5.2. Recomendaciones 56
 - 5.2.1. Primera 56
 - 5.2.2. Segunda 57
 - 5.2.3. Tercera..... 57
- 6. TRABAJOS CITADOS 59



RESUMEN

El presente trabajo de investigación tiene por finalidad resolver el problema socio-normativo en que participa la legislación peruana, que se caracteriza por la ausencia de enunciado normativo alguno que ponga de manifiesto a sus destinatarios el modo en que se regula tácitamente el despido de trabajadores durante el período vacacional en el Perú.

Para tal efecto, se procede, en primer lugar, a evidenciar aquella regulación tácita por medio de deducciones a partir de enunciados normativos positivos preexistentes y, una vez clara la normativa tácita (que se sigue de la normativa expresa), se ofrece un enunciado normativo categórico, reflejo de aquella regulación tácita del asunto en cuestión, por cuyo mérito se haga público el modo en que, según el derecho vigente, se debe proceder a despedir o no a un trabajador según la posición en que se encuentre este frente al período vacacional.

**ABSTRACT**

The purpose of this paper is to provide a solution to a social and normative problem in which Peruvian labor law is involved, a problem that is characterized by the absence of a normative statement that brings to light the tacit (implied) regulation about (fair) dismissal during the vacation period in Peru.

To that effect, the tacit regulation previously mentioned is revealed and explained by an inference processing from the positive and pre-existing law (the premises) to what would be a suitable example of the categorical normative proposition or statement that reflects that tacit regulation of the matter (the conclusion). Revealing such issue, it will be common knowledge how to fairly proceed in layoffs during the vacation period in Peru.

1. PRIMER CAPÍTULO: EL PROBLEMA

1.1. Planteamiento del problema

La doctrina, con mucho acierto, señala que hay diferencia entre las expresiones *enunciado normativo* y *norma jurídica* (o simplemente *norma*). Con Riccardo GUASTINI, por ejemplo, se entiende que un **enunciado normativo** es lo que leemos en un texto (en un documento) normativo, pero la **norma** es lo que entendemos, lo que interpretamos, a partir de lo leído. Así, en el lenguaje de las fuentes del derecho, el enunciado es la fuente-origen de una norma, y esta es su contenido de sentido, su significado, su mensaje, el resultado de interpretar aquellos enunciados encriptados en el texto (Guastini, 2016a, pág. 85 y ss.)². En este orden de ideas, **el enunciado es el objeto de nuestro sentido visual, entretanto que la norma es el objeto de nuestro intelecto.** (Recordar esta diferencia será vital para comprender el lenguaje empleado en este trabajo).

De lo anterior se sigue que, desde la simple lectura de los enunciados normativos, se advierte contenidos evidentes, explícitos, vale decir: **normas categóricas** que son un reflejo de su enunciado normativo. Empero también, a partir de sus infinitas combinaciones y contenidos no perceptibles *prima facie*, podemos extraer otros contenidos lógicamente implícitos, no evidentes, es decir: **normas tácitas** de regulación de la interacción humana *que no pueden hallarse directamente en los enunciados normativos*. Casos descolantes de lo antedicho son, por ejemplo, los derechos fundamentales a la verdad, al agua potable, entre otros (Tribunal Constitucional [Perú], 2009), que son normas resultantes de la conjunción interpretativa de los artículos 1 y 3 de la

² Guastini, más que *enunciado normativo*, hace referencia a la *disposición normativa*; sin embargo, en este trabajo se prefiere la expresión *enunciado normativo* ya que esta diferenciación entre disposición y norma es la misma que hay en la gramática entre el enunciado y el mensaje, donde *enunciado* es la estructura lingüística compuesta por una secuencia de vocablos que contienen un mensaje, y este es la idea que se expresa con aquel, es decir, es el *dictum* de la expresión (Real Academia Española, 2011, pág. 228); y puesto que los fenómenos que experimenta la gramática, como el presente, se ven reflejados en las disciplinas, como el derecho, que se sustentan formalmente en ella, es preciso estandarizar la situación ya descrita a fin de que el público general puede ubicar y entender de mejor manera el paralelismo entre los binomios enunciado-mensaje y enunciado normativo-norma, que son lo mismo, salvo la evidente variación nominal.



Constitución Política del Perú, pero que evidentemente no tienen enunciado normativo *ad hoc* (con excepción, desde junio de este año —2017—, del derecho al agua, que ya goza de enunciación positiva en el artículo 7-A de la Constitución), lo cual redundó en que tales derechos (las normas que los consagran), a pesar de estar ya en la Constitución (implícitamente), pasaran casi inadvertidos hasta que el Tribunal Constitucional asintiera frente a su existencia.

Lo anterior es importante porque la materia de análisis en la presente investigación (el despido de trabajadores durante el período vacacional) se subsume dentro de una regulación más o menos vaporosa, de aquellas que obedecen a una normativa implícita y harto delicada de advertir, pues no hay en el ordenamiento peruano enunciado normativo alguno que muestre meridianamente, por ejemplo, la norma que (sí existe y) manda que no se puede despedir *ad libitum* a un trabajador durante el lapso en que este se encuentre ejerciendo su derecho al descanso vacacional.

Dicho de otro modo, los operadores del derecho no son conscientes de que existe una prohibición, o mejor: una fuerte restricción, respecto de despedir al trabajador (incluso cuando es justo hacerlo) durante el período de descanso vacacional efectivo; y es comprensible tal inconsciencia, dado que, al ser esquivamente implícita la norma que consagra dicha restricción, **ella se muestra al operador como un vacío**. En pocas palabras, la regulación del despido de trabajadores durante el período vacacional tiene una serie de normas que la prevén, pero no necesariamente enunciado normativo que la haga evidente.

Según la psicología jurídica, el camino hacia el cumplimiento de las prescripciones (preceptos) se sigue de varios procesos psicológicos básicos, uno de los cuales es *la atención*: «[L]a probabilidad de que una norma se cumpla aumenta cuando la situación dirige la atención de sus destinatarios hacia dicha norma» (Garrido, 2006, pág. 82). Según la teoría focal de la conducta normativa, el hecho que una norma se encuentre dentro de nuestro foco de atención cuando tomamos decisiones sobre cómo comportarnos es un



factor fundamental para su cumplimiento (p. 84). Esta es una referencia categórica al enunciado normativo (positivo), de donde se sigue que es menos probable cumplir las normas tácitas que las normas categóricas.

La situación antes descrita halla prueba de su existencia en la constatación de sus efectos sociales. Resulta que en los hechos, al margen de que los trabajadores merezcan o no ser despedidos, los empleadores defenestran a sus prestadores de servicios incluso mientras ejercen su derecho al descanso vacacional. Ello puede generar, y de hecho lo hace (Poder Judicial, 2016)³, lesiones a los intereses de los trabajadores, las cuales van desde la indefensión frente a la imputación de cargos (en caso de que el prestador de servicios se encuentre de viaje con ocasión del período de descanso vacacional) hasta perturbación de la paz, de la tranquilidad y del disfrute del tiempo libre (derechos consagrados en el artículo 2, inc. 22, de la Constitución), causada por la notificación de la carta de pre aviso de despido durante el ejercicio efectivo de dicho descanso vacacional.

Cuando esto ocurre (es decir, cuando el despido tiene lugar durante las vacaciones del trabajador), ni los abogados del prestador de servicios ni los llamados a resolver se pronuncian sobre el particular, principalmente porque los operadores del derecho que se enfrentan a estas situaciones no deducen con base en qué disposición se podría reclamar alguna indemnización por acaecer el despido durante el período vacacional (y eso si es que acaso ven tal situación como lesiva, al margen del despido). El resultado: un abuso impune que el trabajador tiene que soportar a pies juntillas. Esto último es lo que se busca solucionar con la presente tesis.

En resumen, los operadores del derecho, al no ver el enunciado normativo, tampoco ven la norma que regula el despido durante el período vacacional; al no verla, no llega a resarcirse el daño que tal práctica ocasiona en los prestadores de servicios, pues nadie reclama por un derecho que desconoce o, mejor dicho, que cree no tener. Es con base en lo anterior que se pretende

³ Caso en el que se da cuenta de un acontecimiento verdadero de despido de un trabajador durante el



mostrar el conjunto de normas que entre bastidores regula la situación problemática, y proponer un enunciado normativo cuyas expresiones sean fiel reflejo de aquellas normas.

1.2. Formulación del problema

1.2.1. Problema principal

¿Cómo se regula tácitamente el despido de trabajadores durante el período vacacional en el Perú?

1.3. Objetivo de la investigación

1.3.1. Objetivo general

Determinar cómo se regula tácitamente el despido de trabajadores durante el período vacacional en el Perú.

1.4. Justificación de la investigación (e impacto previsto)

¿Por qué realizar la presente tesis? Se había dicho en el planteamiento del problema que lo que causa la situación problemática era el desconocimiento de las normas tácitas (por inexistencia de enunciados normativos categóricos) que regulan el despido durante el período vacacional en el Perú; ante tal escenario, resulta evidente la necesidad de poner de manifiesto tales normas, bajo el rigor académico de una tesis.

Al hacer conocidas las normas en cuestión, dos posibilidades se abren de cara a la solución del problema: i) **la actuación espontánea de dichas normas**, es decir, su cumplimiento voluntario por parte de quienes se sienten obligados a ello luego de tomar conocimiento de su mandato; o ii) **la actuación forzosa de**



esas mismas normas⁴, por medio de los órganos jurisdiccionales que, enterándose de su existencia, proceden a imponerlas por la fuerza a quienes rehúsan cumplirlas de modo voluntario. Todo lo cual, evidentemente, no se consigue si aquellas normas no se hacen conocidas y previamente extraídas con rigor lógico de los enunciados normativos de las que se siguen y ya se encuentran en el ordenamiento positivo (como las disposiciones sobre el derecho al descanso, sobre el despido, sobre la libertad de empresa, entre otras).

Ahora bien, ¿para qué realizar la presente tesis? En primer lugar, elaborar un documento académico que muestre las normas cuyo desconocimiento genera la situación problemática solo constituye el paso inicial en la marcha hacia su solución; la finalidad de este trabajo de investigación es servir de base a un proyecto de ley o de antecedente a un precedente vinculante. Ambas situaciones, de concretarse, extinguirían la causa de la situación problemática de raíz, anoticiando a todos los operadores jurídicos a nivel nacional sobre las normas que regulan tácitamente el despido de trabajadores durante el período vacacional. Extinta la causa, la consecuencia gravosa pierde su fuente de existencia.

En segundo lugar, y siguiendo con esta pregunta, si bien es cierto que las normas que regulan el resarcimiento por daños (responsabilidad civil) ya existen, no es menos cierto que contar con enunciado normativo que fije de antemano la reparación por los daños irrogados a consecuencia del indebido despido en período vacacional abona a fortalecer la seguridad jurídica, pues los parámetros para su determinación serían conocidos por todos y los llamados a pronunciarse sobre ello verían un límite a su discrecionalidad, a diferencia de la situación por la cual se deje al criterio del juzgador cuánto debería pagar el empleador por los daños causados al trabajador por despedirlo durante sus vacaciones, con base en las amplias normas sobre la responsabilidad civil y su leal saber y entender. De este y del párrafo anterior se sigue que ofrecer una

⁴ Las expresiones *actuación forzosa* y *actuación espontánea del ordenamiento* son propias del profesor Roberto González Álvarez (González Álvarez, 2013).



solución de corte legislativo (como se pretende hacer en este trabajo) constituye el modo más eficiente de resolver el problema planteado.

Finalmente, ¿para quién o quiénes serviría la esta tesis? Es preciso mencionar que en 2013, solo a nivel del régimen privado, se registró la presencia de más de 3 millones 44 mil empleados, entretanto que en 2014 esa suma ascendió a más 3 millones 56 mil (La República, 2014). Todas esas personas y, desde luego, un robusto número más de trabajadores del sector público se verían beneficiados con una propuesta legislativa que impida abusos por parte de los empleadores en despidos llevados a cabo indebidamente durante el período vacacional de sus trabajadores, normando esta práctica e indicando las circunstancias en las que procede, así como las sanciones por su incumplimiento.

Ello en cuanto al ámbito nacional, en lo que respecta al ámbito internacional, el diario virtual *El Mundo* señala que, solo en agosto de 2015, la cifra de trabajadores que han quedado desempleados por esta abusiva modalidad (despido en vacaciones) asciende a 125 mil (El Mundo, 2015). De concretarse este trabajo en una ley o en un precedente vinculante, nuestro ordenamiento bien podría inspirar no solo la creación de enunciados normativos similares en países vecinos, sino la modificación de las que ya tuvieran en otras latitudes, habida cuenta de las precisiones que en estas líneas se pongan de relieve.

1.5. Viabilidad del estudio

En referencia al tiempo de investigación, es preciso resaltar dos aspectos del mismo: i) se ha dispuesto de un espacio temporal específico y exclusivo para la elaboración de la investigación; y ii) dada la delimitación del tema, la investigación no presenta un número irrazonable de aristas a desarrollar, por lo que el tiempo de su elaboración es bastante manejable y prudente. Siendo ello así, el tiempo no resulta un obstáculo de inviabilidad en la presente tesis.



En consideración a los recursos humanos, financieros y materiales, así como a las posibilidades físicas, políticas y sociales, cabe señalar lo siguiente: i) el presente trabajo no es multidisciplinario y no requiere más individuos que el investigador; ii) habida cuenta del corte teórico de la investigación, no se requiere interacción particular con ningún elemento social inaccesible; iii) las fuentes documentales son extraídas en su mayoría de sitios gratuitos de Internet; y iv) en consonancia con lo anterior, también se cuenta con material bibliográfico físico propio recabado con anterioridad al inicio de la investigación, amén de ello, en el medio existen bibliotecas y librerías que podrían proporcionar el material faltante, de ser el caso.

2. SEGUNDO CAPÍTULO: MARCO TEÓRICO

2.1. Antecedentes de la investigación

Este acápite se divide en tres segmentos: i) los antecedentes directos, ii) los antecedentes indirectos, y iii) el estado del arte del tema. En atención a que este es un trabajo sobre regulación del despido efectuado durante el período vacacional de los trabajadores, nuestros antecedentes estarán conformados principalmente por textos normativos extranjeros (pues, obviamente, en nuestro país los enunciados normativos sobre el tema no existen) los cuales, a su modo, han intentado solucionar el problema, ya sea prohibiéndolo de plano o permitiéndolo tácitamente.

Asimismo, se ofrece, dentro de los antecedentes indirectos, el extracto de una tesis de maestría relacionado con el tema a investigar. Finalmente, en lo que respecta al estado del arte del tema, se ofrece un diagnóstico particular sobre, precisamente, el estado en que se encuentra el tema con base en los antecedentes directos e indirectos precitados.

2.1.1. Antecedentes directos

2.1.1.1. Normativos

Código de Trabajo de la República Dominicana

El artículo 75, inc. 3.^{ro}, de este código señala lo siguiente: «*El desahucio no surte efecto y el contrato por tiempo indefinido se mantiene vigente si el empleador ejerce su derecho: [...] Durante el período de las vacaciones del trabajador*».

Una primera aclaración que hacer es que el término *desahucio*, en República Dominicana, hace alusión al derecho que tiene tanto el trabajador como el



empleador a expresar su voluntad de poner término a un contrato laboral de duración indeterminada, sin expresión de causa (*vid.* artículo 75).

Una segunda aclaración es que con el artículo bajo comentario, en apariencia, se protege únicamente al trabajador a tiempo indeterminado, no obstante, el artículo 190 hace la siguiente afirmación genérica: «*Durante el período de vacaciones[,] el empleador no puede iniciar contra el trabajador que las disfruta ninguna de las acciones prevista en este [c]ódigo*».

En conclusión, en República Dominicana se ha optado por negar totalmente la posibilidad de despedir al trabajador durante el goce efectivo de sus vacaciones.

Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras venezolana

El artículo 74 de esta ley norma lo siguiente: «*Durante la suspensión [de la relación de trabajo], el patrono o patrona no podrá despedir, trasladar ni desmejorar en sus condiciones de trabajo [...] al trabajador o trabajadora afectado por ella, sin causa justificada debidamente comprobada mediante el procedimiento de calificación de faltas establecido en esta Ley. Si por necesidades del patrono o la patrona, tuviere que proveer su vacante temporalmente, el trabajador o trabajadora será reintegrado a su puesto de trabajo al cesar la suspensión*».

Cabe aclarar que no es causal de suspensión, en los términos de este artículo, el goce efectivo de las vacaciones del trabajador; sin perjuicio de ello, el artículo 190 señala: «*Durante el periodo de vacaciones no podrá intentarse ni iniciarse algún procedimiento para despido, traslado o desmejora contra el trabajador o la trabajadora*».

Así, también Venezuela ha optado por la misma vía de no permitir el despido de trabajadores durante el período vacacional de estos.



Código de Trabajo de la República de Panamá

El artículo 60 del código panameño establece: *«Bajo pena de nulidad, el empleador no podrá, durante el tiempo en que el trabajador permanezca incapacitado o disfrutando de sus vacaciones, iniciar, adoptar [...] ni comunicarle ninguna de las medidas, sanciones y acciones previstas en este [c]ódigo. Para tales efectos, durante estos períodos, quedan suspendidos los términos de caducidad y prescripción».*

Se advierte, hasta ahora, que las medidas son similares; no obstante, en este caso apreciamos una sanción de nulidad expresa al acto por el cual el empleador despide al trabajador durante el uso físico de sus vacaciones. Ahora bien, se hace mención al despido, pero ¿qué hay del preaviso? La siguiente norma dará cuenta de ello.

Ley del Contrato de Trabajo argentina

El artículo 239 de la ley laboral argentina estipula que *[e]l preaviso [de despido] notificado al trabajador mientras la prestación de servicios se encuentra suspendida por alguna de las causas a que se refiere la presente ley, con derecho al cobro de salarios por el trabajador, carecerá de efectos, salvo que se lo haya otorgado expresamente para comenzar a correr a partir del momento en que cesara la causa de suspensión de la prestación de servicios. Cuando la notificación se efectúe durante una suspensión de la prestación de servicios que no devengue salarios en favor del trabajador, el preaviso será válido, pero a partir de la notificación del mismo y hasta el fin de su plazo se devengarán las remuneraciones pertinentes. Si la suspensión del contrato de trabajo o de la prestación del servicio fuese sobreviniente a la notificación del preaviso, el plazo de éste se suspenderá hasta que cesen los motivos que la originaron.*

En esta disposición vemos claramente que se hace alusión al preaviso de despido, empero, con ello, se redunda tácitamente en el despido, pues si no es



eficaz el preaviso trasladado al trabajador durante la suspensión de la prestación de servicios, menos lo será el despido mismo.

Ahora bien, en Argentina es posible anotar al trabajador durante sus vacaciones sobre la intención del empleador de poner fin a la relación laboral, siempre que los efectos del preaviso se posterguen hasta el momento en que se reanude la prestación efectiva de los servicios. En nuestra opinión, ello también perturba la buscada paz vacacional del trabajador, aun cuando los efectos del inminente despido estén bajo condición suspensiva.

Por su parte, GRISOLIA y AHUAD, comentando este artículo, señalan lo siguiente:

Se contemplan tres supuestos que hacen a la eficacia del preaviso, relacionados con la existencia de suspensiones que afecten la prestación de tareas: 1) Preaviso al trabajador durante suspensión del contrato con goce de sueldo: aquí, el preaviso no surte efectos jurídicos. Una vez vencida la suspensión, cobra virtualidad el preaviso, y empieza a correr su plazo; 2) Preaviso al trabajador durante suspensión del contrato sin goce de sueldo: el preaviso tiene pleno efecto jurídico, y genera la obligación de abonar las remuneraciones correspondientes al lapso de tiempo que lo comprende (por ejemplo, el preaviso de despido durante el período de excedencia o las suspensiones por causas económicas); y 3) suspensión sobreviviente a la notificación del preaviso: El mismo es eficaz, pero se suspenden sus efectos mientras dure la suspensión del contrato. Al finalizar la suspensión se reanuda el plazo del preaviso. (Sic). (Grisolia & Ahuad, 2009, pág. 295 y s.).

Ley Federal del Trabajo de los Estados Unidos Mexicanos

El artículo 46 de esta ley laboral mexicana es lo opuesto a lo que hemos visto hasta ahora, pues señala que tanto el trabajador como el empleador pueden poner fin a la relación laboral en cualquier momento sin incurrir en responsabilidad por ello, siempre que medie causa justificante.

2.1.2. Antecedentes indirectos

Hasta el momento hemos visto propuestas normativas previas que intentas regular directamente el problema en cuestión. Los ejemplos que se ofrecen a continuación no regulan directamente el problema planteado en este trabajo, empero sí regulan supuesto conexos de suspensión de la prestación de servicios, diferentes al vacacional.

2.1.2.1. Académicos

Tesis: Para optar el grado académico de **magíster** en derecho laboral.

Tema: La estabilidad laboral en el período de lactancia.

Autor: Marco Rodrigo MENA PERALTA.

Fecha: 2015.

Objetivo general: Elaborar un anteproyecto de ley reformativa del Código de Trabajo que establezca la prohibición de despido de personas trabajadoras que se hallen en período de lactancia, a fin de garantizar el interés superior del niño.

Conclusiones:

- i) El Código del Trabajo (ecuatoriano) no concede un tratamiento adecuado a las mujeres en período de lactancia, en relación a la protección que otorga a la trabajadora embarazada, lo que vulnera los derechos del niño.
- ii) Si la legislación laboral ecuatoriana no concede a la mujer en período de lactancia un tratamiento adecuado en cuanto a la terminación de su relación laboral, provoca una vulneración a los derechos humanos: derecho a la igualdad ante la ley, derecho a la salud, el derecho al trabajo y al interés superior del niño.
- iii) Si se establece en la normativa jurídica laboral la prohibición de despido intempestivo a la mujer en período de



lactancia, Ecuador sería uno de los pocos países que conceden protección especial a estas.

2.1.2.2. Normativos

Código de Trabajo chileno

El artículo 160 del Código de Trabajo chileno establece una serie de causales de terminación del contrato de trabajo; por su parte, el último párrafo del artículo 161 de ese mismo documento señala lo siguiente: «*Las causales señaladas en los incisos anteriores no podrán ser invocadas con respecto a trabajadores que gocen de licencia por enfermedad común, accidente del trabajo o enfermedad profesional, otorgada en conformidad [con] las normas legales vigentes que regulan la materia*».

En la norma antes trasuntada apreciamos que el despido no puede llevarse a cabo durante el desarrollo de ciertos supuestos de suspensión del vínculo laboral relacionados a la salud, pero no respecto del período vacacional.

Código Sustantivo de Trabajo colombiano

Finalmente, el artículo 62, lit. a), inc. 15, del texto laboral colombiano prevé que el despido del trabajador por causa de enfermedad (diferente de la profesional) no puede llevarse a cabo dentro del plazo conferido al trabajador para curarse (180 días).

2.1.3. El estado del arte del tema

Con base en los antecedentes precitados, se concluye que el tema de investigación se halla en un estado tal que existe una tendencia mayoritaria a considerar improcedente el despido (o mínimamente de eficacia diferida) en situaciones de suspensión del vínculo, como es el caso del período vacacional,



pero con especial relevancia en los supuestos de suspensión relacionados a la salud.

Ello no obstante, no deja de notarse también la tendencia minoritaria, pero no por ello menos importante, que opta por regular el tema de investigación según el mérito: si el trabajador merece ser despedido, el despido puede tener lugar en cualquier momento.

Finalmente, es remarcable la segunda conclusión de la tesis citada, sobre estabilidad laboral durante el período de lactancia, que indica que la ausencia de la debida regulación sobre tal tema provoca vulneración de derechos fundamentales, en sentido similar a lo indicado en el planteamiento del problema de este trabajo.

2.1. Bases teórico-científicas

2.1.1. El despido

Lo primero que salta a la vista cuando uno estudia la particular y controversial figura del despido en el derecho laboral es la abrumadora imprecisión de sus conceptos y el desorden doctrinario y jurisprudencial que la envuelven. Por ello, si bien partiremos de lo ya establecido sobre el tema, no podemos dejar de emplear una más rigurosa visión del despido desde el panorama de los derechos y garantías fundamentales para ordenar y dar precisión a los conceptos tratados.

Antes de desarrollar esta nueva perspectiva, echemos un vistazo al escenario doctrinario y jurisprudencial sobre el (maremágnum de) concepto(s) que se maneja en la literatura jurídica respecto al despido, todo ello representativo de nuestra protesta.

2.1.1.1. El (los) concepto(s) de despido

Para esbozar un concepto, de lo que sea, podemos emplear la antigua técnica consistente en expresar el género próximo y la diferencia específica del objeto a conceptualizar (*definitio fit per genus proximum et differentiam specificam*) (Ferrater Mora, 1965, pág. 412), por ejemplo: el concepto de mesa es «[m]ueble compuesto de un tablero horizontal liso y sostenido a la altura conveniente, generalmente por una o varias patas [...]» (Real Academia Española, 2014). Aquí, *mueble* es el género próximo, y todo lo demás, la diferencia específica; de este modo, podemos decir con tranquilidad que una mesa es un mueble, solo que con las diferencias ya anotadas. Con estos dos elementos (género próximo y diferencia específica) es posible hacer referencia directa a algo y distinguirlo del resto de objetos, incluso si comparten el mismo género.

Ahora bien: en lo que respecta al género próximo del despido, no hay consenso⁵. Sobre él se dice que es una «decisión»⁶, la «terminación»⁷, un «acto»⁸, la «extinción»⁹, una «facultad»¹⁰, la «forma»¹¹, la «disolución»¹² y hasta un «derecho»¹³. En nuestra opinión, solo uno de ellos se acerca a la corrección en su definición.

En cuanto a la diferencia específica, todas las opiniones confluyen en que el despido, sea lo que signifique, se lleva a cabo *por voluntad unilateral del*

⁵ Las referencias bibliográficas de este párrafo (las que se expresan inmediatamente después de esta nota), necesariamente deberán constar en notas al pie de página y no en el mismo párrafo, puesto que, por el número de autores en los que se apoya y el número y cercanía de referencias entre sí, generaría una sobrecarga visual antipedagógica, contraria a los objetivos de simplificación y eliminación de distractores menores que motiva el estilo de citado de la APA (Guerra Frías, 2010, pág. XV).

⁶ (Haro Carranza, 2013, pág. 239; Capón Filas & Giorlandini, 1987, pág. 150 [refiriéndose al despido justificado]; Real Academia Española, 2014).

⁷ (Arévalo Vela, 2016, pág. 228; Hernández Álvarez, 1997, pág. 553).

⁸ (Arce Ortiz, Derecho individual del trabajo. Desafíos y deficiencias, 2008, pág. 522; Valderrama Valderrama & Tovalino Castro, 2014, pág. 15 [citando a Montoya]).

⁹ (Blancas Bustamante, La cláusula del Estado social en la Constitución, 2011, pág. 551; Anacleto Guerrero, 2012, pág. 186 [citando a Olea]).

¹⁰ (Tribunal Constitucional [Perú], 2001).

¹¹ (Morgado Valenzuela, 1997, pág. 569 [refiriéndose al despido disciplinario]; Concha Valencia, 2014, pág. 20).

¹² (Ramírez Gutiérrez, 1983, pág. 262).

¹³ (Vinatea Recoba, 2004, pág. 113 [citando a Arce]; De Buen Unna, 1997, pág. 517 [refiriéndose al despido libre]).



empleador. Aquí no hay mayor problema, salvo algunas precisiones que haremos en breve. El problema está en *lo que el despido es* en esencia, y se dilucidará ello a continuación.

Según la Real Academia Española, *despido* es la «[a]cción y efecto de despedir [...]» (Real Academia Española, 2014). Pero ¿qué es una acción?, ¿qué sino la *forma* en que algo se hace? En efecto, piénsese en cualquier acción: siempre resulta ser la *forma*, el *procedimiento*, en que se ejecuta algo y, además, el *efecto* inmediato del empleo de tal forma o procedimiento.

Caminar, por ejemplo, es tanto el procedimiento de poner un pie delante del otro a cierto ritmo como el efecto de desplazarse de un lugar a otro por medio del empleo de tal procedimiento; otro ejemplo está dado por el verbo *comer*, que no es sino el procedimiento de masticar los alimentos y deglutirlos, así como el efecto de la trituración de la comida y tránsito de esta hacia el estómago por efecto de la masticación y deglución, respectivamente: todo eso es la *acción de comer*.

En ese orden de ideas, y tomando como punto de partida al prestador de servicios, el despido es *la forma de expulsar* al trabajador y *el efecto de retirarse* este; no podríamos tomar como punto de partida la relación laboral y señalar que el despido es *la forma* de extinguirla y *el efecto* de extinguirse esta por el empleo de aquella forma porque, como sabemos, no todo despido extingue la relación laboral, y por lo pronto buscamos una definición universal de *despido*, sin entrar a detallar los tipos ni sus características. Entonces, nos quedamos con que el despido es *la forma de expulsar* al trabajador y *el efecto de retirarse* este a consecuencia del empleo de aquella forma.

Pero, atención aquí, **no** se habla de los efectos que causa el retiro, o sea, del retiro como causa, sino de este **como efecto** inmediato del empleo de aquella forma de expulsión, porque los efectos del retiro pueden ser muy variados, mas los efectos de despedir son la simple retirada del (ex)trabajador, pudiendo o no extinguirse, además, la relación laboral; y nos referimos a esto último, es decir, al retiro como efecto, no como causa.



Dicho en un modo más técnico, y engarzando esta última conclusión con la diferencia específica en que la doctrina concordaba¹⁴, el despido es (i) tanto **toda forma** de expulsión del trabajador del centro laboral¹⁵ a la que se recurre con base en la voluntad determinante del empleador¹⁶ (ii) como **la separación** misma del trabajador del centro laboral a consecuencia del empleo de aquellas formas. Así, es perfectamente válido referirse al despido indistintamente (a) como la forma (o sea, como el *procedimiento de despido*), en cuyo caso hablamos del **despido-causa** o **despido-procedimiento**; (b) como el efecto (es decir, como la separación del trabajador), escenario en el que se hará alusión al **despido-efecto**, o sea, al **despido-separación**; o (c) como ambos.

Entonces, es correcta la apreciación doctrinaria del despido como *forma*, aunque nos resulta incompleta, según lo ya expuesto. Respecto a las que no son precisas, ya hemos visto que no puede ser la *extinción* (ni sus sinónimos), y aunque no negamos categóricamente que el despido pueda ser descrito con algún otro género próximo, para los efectos del presente trabajo emplearemos el género *forma* en los términos expresados antes.

Como precisión final, se dice que el despido se basa, como característica diacrítica, en la *voluntad determinante del empleador* porque, de no ser así, no habría una diferencia real entre el despido y el cese colectivo, claramente diferenciados a nivel legislativo.

Del artículo 47 (y ss.) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral se avizora que para el cese colectivo de trabajadores se requiere la solicitud del empleador ante la autoridad administrativa de trabajo, luego, la voluntad del empleador no es determinante: he ahí la más saltante diferencia entre el despido y el cese colectivo, y la razón por la cual se hace necesario resaltar este detalle en la conceptualización del despido.

¹⁴ O sea, que el despido (lo que sea que significara, dijimos) se llevaba a cabo *por voluntad unilateral del empleador*.

¹⁵ Género próximo.

¹⁶ Diferencia específica.



2.1.1.2. El despido justificado (una perspectiva constitucional)

Este es un punto medular en la investigación. Se había dicho que no existe enunciado normativo que prevea categóricamente la regulación del despido durante el período vacacional de los trabajadores en el Perú, lo cual resulta ser una deficiencia de la legislación. El artículo 139, inciso 8, de la Constitución Política del Perú manda que en tales casos se debe aplicar los principios generales del derecho, y es con base en ellos que se dará cumplimiento al objetivo de la presente investigación, y que se abordará la intelección de las categorías bajo análisis.

En ese orden de ideas, y en consideración a que se busca indagar por la correcta regulación del despido en vacaciones, no se puede partir sino de aquellos conceptos que están en armonía con el ordenamiento, como es el caso del despido justificado (a diferencia de todos aquellos tipos de despido que se oponen a la Constitución). Para comprender la naturaleza del despido justificado, hemos de apartarnos de los desgastados senderos por los que la doctrina ha transitado, a veces sin acierto, y abordar la intelección de esta institución jurídica a partir de teorizaciones modernas.

Una precisión más: las nociones del derecho laboral suelen cavilarse partiendo del trabajador, es decir, teniéndolo en mente y construyendo el escenario laboral en torno a él, y no está mal, pero no debe perderse de vista que en la relación de trabajo él no es el único agente, también está el empleador, y lo que le es propio a cada quien debe construirse pensando en su destinatario. Por ello, vamos a desbrozar el concepto de despido justificado partiendo de los derechos fundamentales *del empleador*, ya que, a fin de cuentas, este es un instituto muy propio de su situación jurídica; ello no sin antes zanjar ciertos otros conceptos necesarios para la tarea antes descrita.

2.1.1.2.1. Los principios fundamentales, la libertad de empresa y el despido justificado

Según el *DRAE*, un principio es una «[n]orma o idea fundamental que rige el pensamiento o la conducta» (Real Academia Española, 2014). La cualidad de fundamental de estas normas o ideas no necesariamente está caracterizada por estar ellas previstas en la Constitución (ya que también pueden hallarse en normas con rango inferior al de la Constitución), sino por su vinculación con la dignidad humana. Dentro de tales normas o ideas pueden hallarse, por ejemplo, los derechos fundamentales, el bien común, el Estado social, etc.

Bajo este contexto, diremos que la libertad de empresa es un principio, con la atingencia de que en lo sucesivo, cuando hagamos referencia a la libertad —con independencia de que el vocablo esté solo o acompañado de una noción a él subordinada (por ejemplo, libertad *de gestión*)—, deberá entenderse por tal el derecho fundamental a elegir hacer u omitir lo permitido (González Álvarez, 2013, pág. 236); nunca como una puerta abierta a la veleidad humana.

Se dice que los principios jurídicos, y por ende los derechos fundamentales, son mandatos de optimización (Alexy, 2007, pág. 458)¹⁷, y «exhiben cuatro rasgos en grado máximo: 1) presentan máxima jerarquía; 2) gozan de máxima fuerza jurídica; 3) regulan objetos de máxima importancia; y 4) adolecen de máxima indeterminación» (García Figueroa, 2009, pág. 107). Partiendo de esto último, de su máxima indeterminación, colegimos que no nos es posible abordar de modo plenario este ni ningún otro principio, ya que tampoco es posible prever, *a priori*, todos los casos en que un principio resulte manifestar un contenido (inicialmente inadvertido) que los regule; los alcances mayores o menores de un principio adquieren objetividad y se muestran al ser aplicado en un caso concreto. No obstante, es posible bosquejar su extensión *prima facie*, valga decir, en un sentido inicial y limitado (siempre sujeto a maximización).

¹⁷ Ordenan que algo (el contenido del principio) se cumpla en la máxima medida de lo posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas.



En este escenario, el principio de libertad de empresa contiene, *prima facie*, varios otros derechos, ligados a obligaciones y prohibiciones frente a los demás que se deducen lógicamente de ellos. Los principales (derechos) son: i) la libertad de creación (poder elegir crear o no crear una empresa); ii) libertad de rubro (poder elegir una [o más] actividad[es] económica[s] y desarrollarse en ella[s]) —o, si se quiere, libre acceso al mercado—; iii) libertad de gestión (autonomía en la administración); y iv) libertad de cese (derecho a elegir el momento en que las actividades o la propia existencia de la empresa han de cesar parcial, total, temporal o definitivamente —con las limitaciones de ley, claro—). (Landa Arroyo, 2010, págs. 255, s.; García Toma, 2013, pág. 928; Ochoa Cárdich, 2011, pág. 119).

Respecto a las obligaciones y prohibiciones que se deducen lógicamente de los derechos, si una persona tiene derecho a x , es decir, si x es verdadero, naturalmente, $no-x$ será falso, o sea, está negada la posibilidad de negar x ; esto es lógica elemental aplicada al derecho. Fulgencio tiene derecho a la vida; ergo, segar la vida de Fulgencio está prohibido, con las limitaciones que la naturaleza de las cosas (prevista en la ley) imponga, claro está. Es más, dado el tenor del primer artículo de la Constitución, se sigue de él y del derecho a la vida la obligación de preservar la vida de Fulgencio, no solo la de abstenerse de darle muerte.

En este orden de ideas y con el panorama anterior claro, tomaremos dos de los contenidos del derecho a la libertad de empresa para ejemplificar nuestro punto. La elección de estos dos derechos no es aleatoria, sino causal. Empecemos con la libertad de rubro. Sin importar a qué uno se dedique, la actividad económica que realice va a encajar en una o más de las *cuatro actividades económicas básicas*, a saber: i) producción; ii) extracción; iii) transformación o iv) comercialización. La agricultura y la ganadería nos dan una idea de producción; la minería y la tala ejemplifican actividades de extracción; la industria en general corresponde al rubro de la transformación; y el intercambio de bienes y servicios es lo que constituye toda la comercialización.



Bajo el epíteto *libertad de rubro*, se unifica lo que la Constitución consagra en los artículos 58 y 59 (en lo pertinente), e implica que toda persona puede elegir libremente ingresar a una o más de las cuatro actividades económicas básicas, en la modalidad que sea (libre acceso al mercado empresarial); ahora bien, este derecho comprende no solo la libertad de elegir un rubro, sino (y **principalmente**) también la libertad para desarrollarse en él, no únicamente en términos económicos (creación de riqueza), sino, además, en todo lo que implique desarrollo (prestigio, aprendizaje, crecimiento organizacional, etc.).

Siguiendo esta lógica, las prohibiciones correlativas a estos derechos serán la **prohibición** *erga omnes* (i) de toda injerencia indebida en la libre elección de rubro económico por parte de las personas, así como (ii) de toda perturbación o entorpecimiento indebido en el desarrollo de la empresa, sea económico o de cualquiera otra índole.

Si acaso estas prohibiciones no fueran observadas por sus destinatarios, el titular del derecho tiene a la mano, por una lado, (i) el recurso a la tutela jurisdiccional efectiva, «que condiciona el obrar (negativo y positivo) del poder público [para hacer] efectivo el derecho de acción» (González Álvarez, 2013, pág. 823) y, con él, los derechos que se busca hacer valer mediante la imposición de una orden directa al infractor por parte del órgano jurisdiccional; y por el otro, (ii) el recurso a **la autotutela organizacional eficaz**, sobre la cual volveremos luego para una explicación más detallada, lo que no obsta a que, por lo pronto, se pueda expresar su postulado esencial: *todo aquel con derecho a (o autorización para) la libre gestión de su (o de una) organización (económica o no) tiene la potestad para expulsar de esta al individuo cuya presencia, acción u omisión entorpezca, impida o ponga en riesgo cierto la efectividad de los principios fundamentales que interactúan en las relaciones al interior de la organización.*

Ahora bien, con respecto a la libertad de gestión (que es el segundo derecho contenido en la libertad de empresa, y que desarrollaremos para arribar a nuestro punto), somos de la opinión que, para comprender adecuadamente sus implicancias medulares, hemos de apartarnos del derecho, aunque sea solo



momentáneamente, e ir al terreno de la administración de empresas, pues si los juristas son los llamados a indicar qué es **la libertad**, son los administradores quienes tienen la autoridad para señalar qué es **la gestión** empresarial; con el aporte de ambos comprenderemos el principio que nos ocupa.

Los expertos¹⁸ coinciden en que las funciones fundamentales de la administración son cuatro: i) planificar; ii) organizar; iii) dirigir; y iv) controlar¹⁹. Estas cuatro funciones administrativas son los pilares de la gestión y se aplican «en todas las organizaciones, grandes²⁰ y pequeñas²¹, de manufactura y de servicio²², lucrativas y no lucrativas²³, tradicionales y basadas en la Internet»²⁴.

«La planificación se orienta al futuro; hacia lo que debe lograrse y cómo hacerlo»²⁵, es decir, «[seleccionar] los objetivos para el sistema de operaciones de la organización y las políticas, programas y procedimientos para alcanzar tales objetivos» (D' Alessio Ipinza, 2004, pág. 11). En lo antes dicho identificamos los elementos de la planificación, que son: i) los objetivos; ii) las acciones (los medios o actividades específicas para lograr lo anterior); iii) los recursos; y iv) la implantación (incluye asignar la dirección que debe tomar el personal para llevar a cabo el plan) (Donnelly, Gibson, & Ivancevich, 1994, pág. 142).

Organizar puede ser definido «como el elemento del proceso administrativo encargado de dotar a la institución de la arquitectura o la estructura adecuada a sus fines, así como de establecer la distribución de los recursos humanos que

¹⁸ En el presente caso (así como en el de algunos de los siguientes párrafos), también resulta razonable, dada la cantidad y proximidad de las referencias bibliográficas (las que se muestran en las notas que siguen a esta), emplear el citado al pie de página, para mayor comodidad visual del lector.

¹⁹ (Chiavenato, 2006, pág. 142 ss.; Donnelly, Gibson, & Ivancevich, 1994, págs. 8 ss., 98 ss.; Robbins & Coulter, 2010, pág. 8; Daft & Marcic, 2007, pág. 7).

²⁰ Se alude no sólo al tamaño, sino también a la extensión **internacional**. En tal sentido, cfr. PLA, LOUFFAT, WHITE, HEIZER y DONNELLY (Pla Barber & León Darder, 2004, págs. 131, 162; Louffat, 2008, págs. 89, ss.; White & James, 2000, pág. 251; Heizer & Render, 2009, págs. 34, ss.; Donnelly, Gibson, & Ivancevich, 1994, págs. 731, ss.).

²¹ (Longenecker & et ali, 2009, pág. 532).

²² (Heizer & Render, 2009, pág. 4).

²³ (Daft & Marcic, 2007, págs. 14, s.).

²⁴ (Louffat, 2008, pág. 13; D' Alessio Ipinza, 2004, págs. 11, ss.; Daft & Marcic, 2007, págs. 10, 550).

²⁵ (Donnelly, Gibson, & Ivancevich, 1994, pág. 142; Daft & Marcic, 2007, págs. 146, s.; Longenecker & et ali, 2009, pág. 151).



serán empleados, las funciones que cada uno de ellos realizará y las formas como deberán desarrollar su trabajo» (Louffat, 2008, pág. 13).

«La dirección es el elemento del proceso administrativo encargado de ejecutar todo aquello que fue planificado y organizado previamente» (*idem*, pág. 158). En este punto cabe hacer la siguiente precisión: los administradores enfocan su ciencia desde la óptica del empresario, y, en consecuencia, hablan de *dirección*; los cultores del derecho laboral, por su parte, tienden a ver el asunto empresarial desde el ángulo del trabajador, y, por ello, se enfocan en la *subordinación*. Dirección y subordinación son dos caras de una misma moneda. Así, por la función (nosotros diremos *derecho*) de dirección, el empleador busca encauzar, por medio de órdenes y directivas, la conducta de los agentes al interior de la empresa en la trayectoria de lo planeado y organizado; por la subordinación, el trabajador tiene la obligación de obedecer aquellas órdenes.

Finalmente, el control «es un proceso sistemático que consiste en la regulación de las actividades organizacionales para hacerlas consistentes con las expectativas establecidas en los planes, en las metas y en los estándares de desempeño» (Daft & Marcic, 2007, pág. 550). Es decir, supervisar, fiscalizar e inspeccionar por un lado, y rectificar, reajustar y reconducir por el otro.

Pues bien, si gestionar es planificar, organizar, dirigir y controlar, la libertad de gestión no tendría ningún sentido ni contenido a menos que por ella se entienda el derecho fundamental a la libertad de planificación, de organización, de dirección y de control de una organización. A tales contenidos se engarzan las prohibiciones y obligaciones lógicamente correlacionadas.

Con miras a ir encauzando el discurso hacia el logro de los objetivos de la presente investigación, hemos de enfocarnos en la prohibición particular seguida del derecho a la libertad de dirección. Si, en virtud de esta libertad, el empleador tiene derecho a impartir válidamente toda orden cuya observancia conduzca a la consecución de las proyecciones empresariales, así como el derecho a que estas sean obedecidas, es lógico afirmar que sus deberes correlativos estén constituidos por (i) **la obligación** del trabajador de obedecer



tales órdenes, y (i) la **prohibición** al Estado de limitar arbitrariamente la libre impartición de directivas al interior de la organización. Hasta aquí todo está bien, pero ¿qué si tales deberes no son cumplidos voluntariamente?, ¿**sería razonable que el empleador acuda al órgano jurisdiccional para hacer que el trabajador obedezca por la fuerza**? Definitivamente, no; no es eficiente pensar así.

En tal caso, es decir, en el supuesto que un trabajador se niegue ilegítimamente a obedecer la órdenes válidamente impartidas por el empleador, y que por ende esté lesionando tanto el derecho a la libertad de dirección (derecho a que las órdenes sean obedecidas) como la obligación de obediencia, se requiere de un recurso a la fuerza, de actuación compulsiva, cuyo empleo suprima la desobediencia *ipso facto* y haga desaparecer el estado de cosas lesivo a la libertad de dirección; esto se logrará por medio de la **autotutela organizacional eficaz**, que, como entrevimos, justifica la expulsión del trabajador que con su omisión desatienda su obligación de obediencia.

Bien visto el asunto, advertimos que al expulsar al trabajador, es decir, al ejercer una de las manifestaciones del derecho a la autodefensa, la autotutela organizacional eficaz, el estado de cosas lesivo al principio de libertad de empresa desaparece tan pronto como el debido procedimiento de despido lo permita.

Ahora bien, esto no queda ahí: se ha dicho también que el empresario tiene derecho al libre desarrollo empresarial en el rubro económico que haya escogido y que su deber correlativo lógico está constituido por la **prohibición *erga omnes*** (trabajador incluido) de impedir o entorpecer el libre desarrollo de la empresa. Así pues, ¿qué pasaría si el trabajador arremete contra esta prohibición al sabotear la producción o disminuir su rendimiento habitual deliberadamente? De nuevo, hay que ejercer el derecho a la autotutela organizacional eficaz para imponer el cese de lesiones (o incluso la amenaza cierta de lesión) al libre desarrollo empresarial, por medio de la expulsión del trabajador. Con su salida de la empresa, la lesión cesa automáticamente.

A modo de síntesis de todo lo antes expresado en el presente acápite, se ofrece el siguiente cuadro con lo más descollante y pertinente para los objetivos de la presente investigación:

ARISTA	PRINCIPIO FUNDAMENTAL DE LIBERTAD DE EMPRESA (Algunos contenidos <i>prima facie</i>)
DERECHO FUNDAMENTAL	DERECHO A LA LIBERTAD DE RUBRO (o de libre acceso al mercado empresarial) Derecho a elegir libremente y a desarrollarse empresarialmente en una o más de las cuatro actividades económicas básicas: i) producir, ii) extraer, iii) transformar o iv) comercializar.
DEBERES FUNDAMENTALES CORRELATIVOS A LA LIBERTAD DE RUBRO	DEBERES QUE CONDUCEN A LA ACTUACIÓN VOLUNTARIA DEL DERECHO Obligación estatal de remover todo escollo indebido que perturbe (i) la libre elección de rubro económico, así como (ii) el libre acceso, desarrollo y creación de riqueza en el rubro elegido. Prohibición <i>erga omnes</i> de toda injerencia indebida en la libre elección de rubro económico, así como de toda perturbación o entorpecimiento indebido en el desarrollo de la empresa, sea económico o de cualquier otra índole. GARANTÍA DE ACTUACIÓN FORZOSA Garantía de tutela jurisdiccional efectiva , «que condiciona el obrar (negativo y positivo) del poder público [para hacer] efectivo el derecho de acción» (González Álvarez, 2013, pág. 823) y, con él, los derechos que se busca hacer valer mediante la imposición de una orden directa al infractor por parte del órgano jurisdiccional.



<p style="writing-mode: vertical-rl; transform: rotate(180deg);">DERECHO QUE CONDUCE A LA SUPRESIÓN DE LESIONES O RIESGOS DE LESIÓN A LOS PRINCIPIOS</p>	<p>Autotutela organizacional eficaz, por cuyo mérito todo aquel con derecho a (o autorización para) la libre gestión de su (o de una) organización (económica o no) tiene la potestad para expulsar de esta al individuo (generalmente, al trabajador) cuya presencia, acción u omisión entorpezca, impida o ponga en riesgo cierto la efectividad de los principios fundamentales que interactúan en las relaciones al interior de la organización.</p>
<p style="writing-mode: vertical-rl; transform: rotate(180deg);">DERECHO FUNDAMENTAL (y las normas fundamentales que lo consagran <i>prima facie</i>)</p>	<p style="text-align: center;">DERECHO A LA LIBERTAD DE GESTIÓN</p> <p>Consistente en el derecho a la libre conducción administrativa de la empresa. Las normas fundamentales que consagran este derecho son:</p> <p>Derecho a la libertad de planificación.- Consistente en la libre autodeterminación en la creación de un plan que conduzca a la consecución de los fines empresariales, así como la libertad de elección de tales fines.</p> <p>Derecho a la libertad de organización.- Consistente en la libre autodeterminación en la conformación de la estructura empresarial, así como en la disposición de los recursos en función del plan ya esbozado.</p> <p>Derecho a la libertad de dirección.- Derecho a la libre impartición de órdenes y directivas conducentes a la ejecución de lo planeado, organizado y rectificado; así como a la obediencia de lo mandado.</p> <p>Derecho a la libertad de control.- Derecho a la libre fiscalización de las labores y conductas al interior de la empresa, así como a la reconducción o rectificación de las mismas hacia los estándares de planificación y organización de la empresa.</p>



<p>DEBER FUNDAMENTAL CORRELATIVO A LA LIBERTAD DE DIRECCIÓN</p>	<p>Obligación de todo trabajador de obedecer las órdenes de su empleador relacionadas a los fines de la empresa.</p>
<p>DERECHO QUE CONDUCE A LA SUPRESIÓN DE LESIONES O RIESGOS DE LESIÓN A LOS PRINCIPIOS</p>	<p>Autotutela organizacional eficaz.</p>

Ahora bien, es tiempo de recapitular. Hemos visto (i) que los principios son normas o ideas fundamentales que rigen el pensamiento o la conducta, a los cuales se enlazan lógicamente deberes jurídicos consistentes en prohibiciones y obligaciones que de ellos se siguen; (ii) que dentro de tales normas se encuentran, por ejemplo, los derechos fundamentales, siendo estos, en consecuencia, principios; (iii) que dos de los derechos que contempla el principio de libertad de empresa son (a) el derecho a la libertad de desarrollo empresarial en el rubro económico elegido y (b) el derecho a la libre impartición de órdenes y a que estas sean obedecidas; (iv) que los deberes (pertinentes para esta investigación) correlativos a aquellos derechos son —respectivamente— (a) la prohibición *erga omnes* de entorpecer o impedir el desarrollo empresarial y (b) la obligación del trabajador de obedecer las órdenes válidamente emitidas por su empleador; (v) que ante la negativa voluntaria de cumplimiento espontáneo de tales deberes procede el ejercicio de una de las manifestaciones del derecho a la autodefensa, que denominamos como *autotutela organizacional eficaz*, por cuya virtud el empleador tiene la potestad de expulsar al trabajador a efecto de suprimir el estado de cosas lesivo a sus derechos.

Con este panorama claro es menester retomar el cuestionamiento tácito con que arrancamos, es decir: ¿qué es el despido justificado? Pues bien, si



revisamos los artículos 23 y sucesivos de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que prevén las causas justas de despido, caeremos en la cuenta de que todas son hipótesis de transgresiones a principios (derechos) fundamentales o a los deberes jurídicos (prohibiciones y obligaciones) a ellos engarzados lógicamente, cuyos titulares son el empleador (generalmente los derechos a la libertad de dirección o de desarrollo empresarial) o de otros trabajadores (a la integridad física y moral, así como a la salud); lo que nos permite aseverar que **el despido justificado es un medio de extinción de la relación laboral, que procede válidamente (constitucionalmente) cuando la presencia, acción u omisión del trabajador en la empresa impide, pone en riesgo cierto o quiebra la actuación espontánea de los principios y deberes fundamentales presentes en la relación de trabajo.**

De lo señalado en el párrafo anterior se desprende, asimismo, que el despido justificado atiende a no menos de tres objetivos: i) sancionar la conducta contraria a los principios fundamentales; ii) suprimir la lesión real a los principios fundamentales; y iii) suprimir el riesgo cierto de lesión a los principios fundamentales.

2.1.2. El derecho al descanso (vacacional)

2.1.2.1. Apuntes para una interpretación histórica

En lo que sigue haremos breves incursiones históricas en el terreno del derecho al descanso en general, antes que en el del derecho a vacaciones en particular, dada la amplitud del primero en relación con el segundo (género-especie). Se hablará, principalmente, de reducción del tiempo efectivo de trabajo, lo cual es inversamente proporcional con el aumento del tiempo de descanso del trabajador. Comencemos.

Tal parece ser el caso que el texto más antiguo en el que se hace referencia al descanso del trabajo es el Antiguo Testamento. Antes de él existieron documentos legislativos como el Código de Hammurabi e incluso otros



anteriores como el Código de Esnuna, el Código de Lipit Ishtar (todos ellos sumerios), etcétera; pero el rastro del descanso laboral parece perderse antes de la Torá hebrea.

En el libro del Éxodo (20: 9-10), la deidad bíblica instauro el día de descanso semanal en los siguientes términos: «[...] (9) seis días trabajarás y harás toda tu obra (10) y el séptimo día [es] descanso para Yahweh[,] tu Dios, no harán ninguna obra tú y tu hijo y tu hija y tu siervo y tu sierva y tu bestia y tu forastero que [reside] dentro de tus puertas» (Cerni, 1990, págs. 309, s.). (Sic).

Desde luego, esta concesión de una pausa laboral fue recibida por los hebreos no como un derecho, sino como un deber religioso adicional, al extremo que de no descansar, o cesar la labor, en el día indicado, uno podía morir lapidado, como le sucedió a cierto infortunado a quien los hebreos hallaron recogiendo leña en el día de descanso (Números 15: 32-36). No fue sino hasta mucho después que, de labios de Jesús de Nazaret, se introduce la idea (infinitamente más coherente) del día de descanso como una prerrogativa en favor del ser humano: «El sábado²⁶ por razón del hombre fue hecho, y no el hombre por razón del sábado» (Lacueva, 1984, pág. 145) (Marcos 2: 27); frase proferida a los fariseos cuando estos le increpaban por el hecho de que sus discípulos estuvieran arrancando espigas en día de reposo, lo cual, según ellos, no era lícito.

Aun con todo, el descanso como derecho, en términos jurídicos, no surgirá sino hasta entrada la Revolución Industrial, y con ocasión de ella. Este fenómeno, originado en el Reino Unido (pero expandido a otros países europeos), acarrió un crecimiento demográfico desmesurado (por los campesinos que migraron a la ciudad, atraídos por la oferta de trabajo en las fábricas) y, con ello, unas condiciones de vida y trabajo insostenibles: doce horas o más de labor, bajos salarios, condiciones de insalubridad, sórdidas viviendas y una desigualdad lacerante respecto de aquellos a quienes la clase trabajadora enriquecía. En tal

²⁶ El vocablo traducido como *sábado* proviene del griego *sábbaton*, y este del hebreo *sabat*, que significa 'día de reposo'; así, el texto debe leerse como *El día de descanso fue hecho para el hombre, y no el hombre para el día de descanso*. (Strong, 2002, pág. 186).



contexto de explotación es que la masa proletaria se alza e inicia movimientos obreros para mejorar aquellas condiciones de vida y empleo, incluyendo la reducción de la jornada a ocho horas (Delgado de Cantú, 2010, págs. 111, s.).

El escenario en el Perú no era diferente, de hecho, era peor, mucho peor. En cierta ocasión (inicios del siglo XVII), el virrey de Montesclaros, al constatar él mismo las condiciones en que los indígenas trabajaban en una mina de Huancavelica, hizo lo que pudo para, entre otros detalles, dejar excluida la posibilidad del laboreo nocturno por parte de los mitayos (claro que posteriormente el trabajo nocturno fue parcialmente readmitido —bajo la administración del virrey Príncipe de Esquilache—) (Roel Pineda, 1999, págs. 113, ss.). Este quizá sea el primer intento colonial por dejar sentado un precedente directo y oficial sobre el descanso nocturno de los mitayos.

¿Qué nos dice lo anterior? Que, sea por compasión, sea por revolución, el reconocimiento de los derechos sociales en general, y del descanso en particular, ha devenido en la historia principalmente antecedido por un contexto de crueldad y abuso extremos por parte de la patronal, lo que nos permite aseverar que la presencia del derecho al descanso representa para el trabajador un lapso de imperturbable ausencia de lo laboral en su vida, ya que, antes de dicho reconocimiento, lo laboral infectaba todo o casi todo aspecto de ella.

Así pues, creemos que es acertada la redacción constitucional actual, en un mismo párrafo y artículo, por la que se reconoce al trabajador conjuntamente el derecho a la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, pues en su ejercicio efectivo son una unidad que busca el reposo del cuerpo y el alma respecto de toda agitación nociva e injusta en general, y laboral en particular.

Como nota final, si al ser humano le es normalmente valioso este haz de derechos sobre el descanso y la paz durante todo el año, le es especialmente valioso durante el período vacacional, respecto específicamente del trabajo. Es decir, se espera que lo laboral sea menos que lo último actuando en la vida del

trabajador durante las vacaciones; después de todo, ¿qué otro objeto tendría este derecho?

2.1.2.2. Análisis principialista del derecho al descanso y su concepto

Con el contexto bosquejado anteriormente, es claro que los deberes fundamentales correlativos a todos, o la mayoría de, los derechos sociales ganados a pulso y sangre por la clase obrera (principalmente) son una barrera a la intromisión de la patronal en el espacio que tales derechos consagran. Esto es aplicable al terreno específico del derecho al descanso, sobre el cual ahora nos abocaremos, en armonía con los fines de la presente investigación.

Pues bien, el *Diccionario de la lengua española* de la Real Academia Española ofrece una acepción asaz interesante respecto del verbo descansar: «Cesar en el trabajo, reparar la fuerzas con la quietud / Tener algún alivio en las preocupaciones» (Real Academia Española, 2014). En términos etimológicos, *descansar* está compuesto por el prefijo *des-*, que significa ‘hacer lo contrario de’, y la base léxica *cansar*, que significa ‘fatigar, disminuir la energía’ (Gómez de Silva, 2007, pág. 216); o sea, ocuparse en algo diferente a lo que fatiga; y, en términos jurídicos, podemos concluir que *descansar* es **gozar de un período de reposo psicosomático respecto de las causas de la fatiga**. Esto es totalmente lógico —y coherente con el artículo 2, inc. 22, de la Constitución peruana—, porque para reparar las energías no solo basta con no trabajar o tener autorización para no ir al centro laboral, sino (y quizá principalmente) tener sosiego.

Entonces, el principio fundamental del descanso está compuesto (i) por el derecho fundamental a gozar de un período razonable de reposo psicosomático respecto de las causas de la fatiga; así como (ii) por los deberes fundamentales correlativos que consagran, por un lado, (ii.1) la prohibición *erga omnes* de toda conducta que perturbe indebidamente el justo reposo psicosomático de cualquier individuo, y por el otro, (ii.2) la obligación de



conceder un período de reposo psicosomático a todo aquel que preste un servicio personal, que recae sobre quien razonablemente se beneficie de la prestación de tales servicios; esto, claro está, trasciende el ámbito de lo meramente laboral (subordinación).

Podemos resumir este principio como el derecho a reposar el cuerpo, los ánimos y la mente; la prohibición de perturbar el reposo; y la obligación de conceder reposo. Si aplicamos esto al ámbito exclusivamente laboral, entonces los feriados, el franco semanal obligatorio y las vacaciones son esos períodos en que tiene (o debe tener) lugar el descanso, es decir, son lapsos de reposo psicosomático respecto de las causas laborales de fatiga.

No se pierda de vista que, etimológicamente, *fatiga* proviene del latín *fatigare*, que significa ‘cansar’ o ‘molestar’ (Gómez de Silva, p. 297). Así, por la garantía del derecho al descanso, el empleador está obligado a conceder el período de descanso (denomínese vacaciones o no) y está prohibido de perturbar el reposo psicosomático del trabajador que lo goza con cualesquiera actos relacionados con el trabajo; o sea, no debe molestarlo (fatigarlo) con cuestiones laborales.

Ahora bien, sabido es que no hay derecho absoluto, y el del descanso no es la excepción. La extensión y límites naturales *prima facie* de este derecho son los ya expresados, ellos son sus límites o extensiones abstractas, empero, dichos límites variarán según sea el caso, según las circunstancias en que interactúe con otros derechos —que harán relucir sus topes o límites concretos— (González Álvarez, 2013, pág. 407); después de todo, cierto es que los derechos de uno terminan donde comienzan los derechos del otro.

Así, por ejemplo, el derecho a la imperturbabilidad del descanso va a hallar un límite natural interno ante la presencia del deber de prestar auxilio a una persona en peligro; el descanso jamás podría justificar la omisión de prestar auxilio, porque el derecho al descanso no contiene el derecho a dañar por omisión, he aquí un límite intrínseco, y como este hay muchos otros. Esta idea de delimitación *in casu* (González Álvarez, 2013, págs. 397, ss.) de los



derechos es axial para el siguiente acápite en particular y para todo este trabajo de investigación en general.

2.1.3. El despido durante el período vacacional

Hasta este punto hemos abordado por separado tanto lo referente al despido como lo atinente al descanso vacacional. Con base en ello, es preciso aclarar que cuando se haga alusión a la voz *despido*, estaremos refiriéndonos tanto al procedimiento como a la separación del trabajador del centro laboral, tal como lo desarrollamos antes. Dicho esto, corresponde ahora sintetizar las conclusiones a que arribamos ya en una respuesta a la siguiente pregunta: ¿es lícito despedir a los prestadores de servicios durante el goce efectivo de sus vacaciones?

Pues bien, antes que nada, es fundamental tener en cuenta que esta pregunta debe replantearse nuevamente caso por caso, pues como se verá en breve, es el caso concreto el que aportará la información determinante para responder, a veces de manera diferente a un caso anterior, aquel interrogante; no obstante, puede esbozarse una regla general que coadyuve a tal propósito, la cual se sigue del razonamiento que se expresa a continuación.

Por un lado, el derecho al descanso (en general, sea vacacional o no) no contiene el derecho a la ineficacia de los demás principios (derechos y deberes) fundamentales y, por ende, su ejercicio no puede justificar la lesión de estos; por otro lado, el derecho a la autotutela organizacional eficaz, así como su instrumento (el despido justificado), buscan, entre otros objetivos, la supresión de la lesión o de las amenazas de lesión a los principios fundamentales, pero, de ello se sigue, no buscan la lesión del derecho al descanso; en consecuencia, se puede ejercer la autotutela y su instrumento (o sea, se puede iniciar y ejecutar el despido) si, y solo si, por intermedio suyo se logra la eficaz restitución o salvaguarda directa e inmediata de los otros principios en juego. Únicamente así no se estaría lesionando el derecho al



descanso, ya que la salvaguarda de los principios está en armonía con este derecho.

De lo anterior se colige también que si únicamente en la búsqueda de la pronta restitución o salvaguarda de los principios vulnerados o con amenaza de vulneración es lícito el despido en vacaciones, entonces el requisito previo al despido vacacional es que el despido sea justificado, ya que ningún otro busca el logro de tales objetivos, sino todo lo contrario²⁷.

Entonces, vamos decantando que la licitud del despido en vacaciones dependerá de si en los hechos es procedente o no el despido; si no procede (es decir, si el despido no es justificado), corresponde, además de las opciones regulares de reposición o indemnización por la ausencia de causa justa de despido (según sea el caso), otorgar una indemnización adicional al trabajador por la lesión del derecho al descanso.

Ahora bien, en caso de ser procedente el despido, cabe preguntarse si ejecutar el despido durante las vacaciones del trabajador va a permitir la eficiente consecución de sus objetivos. Si la respuesta es negativa²⁸, y el despido acaece durante el período vacacional del trabajador, es de aplicación la indemnización por lesión del derecho al descanso. Empero, si ambas respuestas son positivas, o sea, si el despido procede (por ser justificado) y si ejecutarlo en vacaciones permite la eficiente consecución de sus objetivos (salvaguarda o restitución de principios), entonces el despido generará los efectos deseados sin obligación del empleador a pagar indemnización alguna derivada de la expulsión del trabajador.

Respecto a la indemnización por lesión del derecho al descanso a que hubiere lugar, el monto de la misma variará y será determinado con base en criterios de razonabilidad y proporcionalidad, teniendo en cuenta la gravedad del hecho con que se vulnera la buena fe y los demás principios fundamentales que

²⁷ Salvo el despido *ad nutum* (el que tiene lugar durante el período de prueba), pero no cabe hablar de él porque nunca acaece durante el período vacacional.

²⁸ Esto es, si el despido no salvaguarda o restituye nada.



asisten al trabajador. A continuación se ofrece una explicación y justificación de cada aseveración hasta aquí vertida, y ejemplos para su mejor intelección.

2.1.3.1. Procedencia del despido

Como dijimos antes, corresponde o es procedente el despido *cuando la presencia, acción u omisión del trabajador en la empresa impide, pone en riesgo cierto o quiebra la efectividad de los principios fundamentales presentes en la relación de trabajo*. Si no estamos ante esta situación, no procede el despido.

Si pensamos en cualquiera de las causales de despido contempladas en los arts. 23 y 25 de la LPCL, todas calzan en el enunciado sobre la procedencia del despido, por ejemplo: las deficiencias psicosomáticas que impidan al trabajador el desempeño de sus tareas o que representen un riesgo para la propia integridad o para la de terceros (artículo 23, a); en este caso, la presencia del trabajador discapacitado pone en riesgo cierto el cumplimiento de sus deberes no de lesionar el libre desarrollo de la organización ni la integridad de sus compañeros de trabajo. De este modo, es perfectamente procedente el despido, evidentemente, luego de las precisiones a que se refiere la ley (reajustes necesarios y razonables). Y así con las demás causales justas de despido, todas calzan en el enunciado que precede.

2.1.3.2. Procedencia del despido en vacaciones

Una vez que sabemos que es procedente el despido, dijimos, corresponde preguntarnos si hacerlo durante las vacaciones del trabajador nos permite alcanzar los objetivos del despido justificado. Uno de tales fines es la supresión de la lesión o amenaza de lesión a los principios fundamentales.

Volviendo al ejemplo de la invalidez sobrevenida, y en el caso que el trabajador inválido esté haciendo uso de sus vacaciones, obviamente este se encontraría



ausente del centro laboral, y de momento no pondría en riesgo la integridad ni el desarrollo de nadie; en consecuencia, despedirlo en mitad de su descanso vacacional no abona a la efectividad de ningún principio. En este caso, aun cuando el trabajador será despedido, es inconstitucional hacerlo durante sus vacaciones. Si así ocurriera, el trabajador no podrá solicitar indemnización ni readmisión en el empleo por lesión del derecho al trabajo, pero sí lo primero por lesión de su derecho al descanso, puesto que ha sido perturbado injusta e innecesariamente.

Pero si cambiamos la causal del ejemplo por el de hurto de los bienes de la empresa, está de más analizar si corresponde o no el despido, pues sí procede, mas hacerlo durante las vacaciones podría parecer indebido, ya que ello no va a traer de vuelta aquellos bienes hurtados; no obstante, hay otro argumento que sí justifica el despido en vacaciones: el de la lesión a la buena fe y, en consecuencia, a la integridad moral del empleador.

El descubrimiento del hurto genera en el empleador el daño moral por el quiebre de la confianza, por la acción de mala fe del trabajador. Ahora bien, toda injusticia causa resentimiento, lo cual redundaría en daño moral. Eso lo sabemos todos los que habitamos el mundo y hemos percibido injusticias hacia nosotros. No hay que perder de vista que el empleador está obligado a mantener vigente el vínculo laboral con el trabajador el tiempo que dure el procedimiento de despido, mientras va medrando el monto de los beneficios sociales que tendrá que pagarle²⁹. Si a ello se sumara el hecho de que el empleador tenga que esperar incluso a que el ladrón goce de sus vacaciones y, además, de beneficios sociales aún mayores (por el tiempo adicional que transcurre con el período vacacional), la percepción de esta injusticia —por ver que el pérfido no es sancionado prontamente, sino que su esfera patrimonial incrementa a costa de su víctima— ahondaría el daño moral causado al empleador.

²⁹ Detalle cuya advertencia agradezco al Abg. Jonathan Torre Pinares.



Hay que tener bastante en claro una verdad: el derecho al descanso no contiene el derecho a prolongar el resentimiento causado por la injusticia, o sea, el derecho a prolongar la lesión moral; por el contrario, los deberes fundamentales correlativos al derecho a la integridad moral (i) prohíben al Estado y a los particulares lesionar la integridad moral de los individuos, (ii) obligan al Estado y, cuando corresponda, a los particulares a cautelar la integridad moral de las personas, y (iii), en caso de no operar espontáneamente los dos primeros preceptos, conceden la potestad de autotutelar la integridad mediante acciones razonables y proporcionales tendentes a suprimir la situación de lesión a ella, lo más pronto posible.

Entonces, en virtud de los dos primeros deberes fundamentales antes mencionados, el Estado no puede amparar (normativamente, por ejemplo) una situación en la que la fundada percepción de una injusticia cause daño moral por el resentimiento de ver que quien ha traicionado la confianza siga beneficiándose a costa de uno; y en virtud del último deber fundamental, el empleador puede cesar la lesión moral del injusto por medio de la más pronta extinción unilateral del vínculo laboral (en mérito a la autotutela organizacional eficaz), respetando el debido procedimiento. Una cuestión adicional: el despido justificado sirve, amén de lo ya anotado, para imponer una sanción (la pérdida del empleo) por la conducta contraria a los principios fundamentales, es decir, para hacer justicia distributiva, y la justicia debe hacerse efectiva, siempre, lo más pronto posible, incluso en vacaciones, ya que este derecho no contiene la prerrogativa de retardar la justicia³⁰. Vemos, pues, que hay una delicada línea de equilibrio entre el derecho al descanso, el derecho a la integridad moral y el derecho a la autotutela organizacional eficaz, equilibrio que debe ser respetado por todo proyecto legislativo que intente regular el despido en vacaciones.

Así, en este último caso, sí corresponde el despido en vacaciones, pues al hacerlo se restablece más prontamente la efectividad del derecho a la integridad moral del empleador (lesionada por la injusticia) que si se esperara

³⁰ De lo contrario, un trabajador a quien su empleador le otorgó vacaciones vencidas para que encare un juicio alegaría que la sentencia condenatoria resultante no puede hacerse efectiva mientras él esté de vacaciones.

al término del período vacacional del victimario. Esto es aplicable en general (aunque debe analizarse cada situación particular) a toda lesión de la buena fe en el trabajo. Entonces, concluimos en que *el despido procedente puede ser efectuado durante el descanso vacacional del trabajador siempre que con ello se restablezca o salvaguarde más eficientemente uno o más de los principios fundamentales cuya lesión diera pie al despido.*

2.1.3.3. Sobre la indemnización a que hubiere lugar

Como hemos visto, la determinación de la viabilidad del despido en vacaciones requiere ser excogitada sin prisa; algunas ocasiones será más fácil hallar la respuesta correcta y algunas otras no tanto. Por otra parte, no todos los tipos de despido arbitrario son igualmente péfidos y, por ende, igualmente dañosos: un despido fraudulento que encubre el ánimo discriminatorio del empleador, llevado a cabo en plenas vacaciones de un trabajador inocente no tiene la trascendencia de un despido totalmente justificado, pero llevado a cabo durante el descanso vacacional (siendo que esto último no correspondía, claro está); es por ello que se requiere de una sanción variable que pueda *ajustarse* al demérito del empleador, pues queremos un derecho donde reine la justicia, no la ciega severidad, y, de cara a ello, la disposición normativa que regule el tema que nos ocupa ha de ofrecer topes mínimos y máximos de compensación por el despido indebidamente ejecutado durante el descanso del trabajador, siendo el mínimo, según nuestro parecer, dos URP, y el máximo dos UIT.

2.1.3.4. Nota final

La indemnización por lesión del derecho al descanso causada por el despido improcedente (todos los despidos inconstitucionales) se solicita como pretensión accesoria, siendo la principal la reposición o la indemnización, según sea el caso, por el despido improcedente, de modo que ya no cabe proponer la reposición por dicha lesión.



Finalmente, esta forma de despedir llevará el nombre del despido principal con el añadido de la lesión del derecho al descanso, así, si se expulsa al trabajador echando mano del engaño y en pleno uso de sus vacaciones, estaremos ante un despido fraudulento lesivo del derecho al descanso; si acaso ocurriera que se expulsa al trabajador sin expresión de causa, estaremos ante un despido incausado lesivo del derecho al descanso; y así con los demás despidos-base.

2.2. Definición de términos

A continuación se ofrece una lista de los términos esenciales (aquellos que estén subrayados) para la comprensión del presente trabajo de investigación, los cuales han sido empleados y explicado en él. En la definición de cada entrada, voz o término básico puede aparecer una o más palabras resaltadas en negrita, con un asterisco detrás y junto a ella (v. gr. **palabra***), esto indica que el vocablo también es un término básico y su definición se encuentra dentro de la lista. Se recomienda buscar en ella el término resaltado para una mejor comprensión de la idea que manejamos sobre el particular a lo largo del documento.

Asimismo, algunos términos básicos pueden contener más de una definición, en cuyo caso cada acepción estará dividida por una doble barra vertical (||). Dicho ello, proseguimos con la lista de los términos esenciales de la investigación:

TÉRMINOS:

Autotutela organizacional eficaz.- **Derecho fundamental*** que consagra la potestad del empleador para suprimir por la fuerza la lesión o amenaza de lesión a los **principios fundamentales*** al interior de la organización, por medio de sanciones disuasivas de actos prohibidos o incluso la extinción unilateral de relaciones laborales.



Calidad de vida.- Resultado de las condiciones reales en las que la existencia personal devenga agradable, valiosa y congruente con la propia valía humana.

Condición humana.- **Dignidad***.

Deber fundamental.- **Principio*** jurídico representativo de la **dignidad*** personal, vinculado lógicamente a uno o más **derechos fundamentales*** correlativos, consistentes en obligaciones y prohibiciones impuestas al Estado y a los particulares.

Derecho fundamental.- **Principio*** jurídico representativo de la **dignidad*** personal, vinculado lógicamente a **deberes fundamentales*** correlativos, que justifica toda acción u omisión de su titular por la que desarrolle su propia humanidad, y ampara toda pretensión tendente al mismo fin.

Descansar.- Gozar de un período de reposo psicosomático respecto de las causas de la fatiga (de lo que cansa o molesta).

Despido.- Toda forma de expulsión del trabajador del centro laboral a la que se recurre con base en la voluntad determinante y unilateral del empleador. || Separación del trabajador del centro laboral a consecuencia del empleo de aquellas formas de expulsión.

Despido justificado.- Forma de extinción de la relación laboral empleada con base en la voluntad unilateral y determinante del empleador, que procede cuando la presencia, acción u omisión del trabajador en la empresa impide, pone en riesgo cierto o quiebra la actuación espontánea de los **principios fundamentales*** presentes en la relación de trabajo.

Dignidad.- **Principio*** de valía humana o de humanidad como valencia innata, que reconoce que el ser humano vale y es digno (merecedor) *per se*. || **Derecho fundamental*** a la **calidad de vida***.



Enunciado normativo.- Representación lingüística escrita de mensajes jurídicos en un documento normativo.

Libertad.- Derecho fundamental a elegir y hacer u omitir lo permitido.

Norma.- Mensaje preceptivo que se deduce de uno o más **enunciados normativos***.

Principio fundamental.- Norma o idea primaria, esencial, que rige el pensamiento o la conducta.

2.3. Categorías de estudio

Nuestras categorías de estudio son simples, es decir, no se descomponen en indicadores o dimensiones (Arias, 2012, págs. 58, ss.); y son las siguientes:

a. **Despido de trabajadores**.- Toda forma de expulsión de prestadores de servicios del centro laboral, a ella recurrida con base en la voluntad determinante y unilateral del empleador.

b. **Descanso vacacional**.- Derecho fundamental de todo prestador de servicios subordinados a gozar anualmente de un período ininterrumpido de reposo psicosomático respecto de las causas laborales de la fatiga.

2.4. Hipótesis de trabajo

El despido de trabajadores durante el período vacacional se regula tácitamente en el Perú de modo tal que se permite al empleador despedir al trabajador durante las vacaciones de este siempre que concurren dos requisitos: i) que el despido sea justificado; y ii) que con el recurso al despido se logre la eficaz restitución o salvaguarda de alguno de los principios fundamentales (que están siendo) lesionados o en peligro real de lesión por la presencia, acción u



omisión del trabajador en el centro laboral. De contravenir el segundo requisito, corresponde una indemnización por lesión del derecho al descanso.



3. TERCER CAPÍTULO: METODOLOGÍA

3.1. Diseño y nivel de la investigación

El diseño de la investigación es no-experimental, pues en él no se manipulan las categorías de estudio, sino que estas son analizadas en el contexto dentro del cual ya existen (Hernández Sampieri, 2010, pág. 149). Dentro del diseño no-experimental, la investigación es del tipo transeccional correlacional: es transeccional habida cuenta de que las categorías de estudio son analizadas en un momento específico (pp. 151 y ss.), el cual es la circunstancia en la que ambas (el despido y el descanso vacacional), o parte de ambas, confluyen en el tiempo; y es correlacional porque se buscará explicar la relación (no-causal) entre ellas al momento de confluir en el tiempo (p. 154).

El nivel de la investigación es correlacional, dado que con la futura tesis se busca dar a conocer la relación que hay entre las categorías (el despido y el descanso vacacional) al confluir en el tiempo (p. 81).

3.2. Técnicas e instrumentos de recolección de datos

Siendo que la futura investigación es de índole documental, la técnica de recolección de datos empleada será la de análisis documental, y sus instrumentos *ad hoc* estarán constituidos por las fichas y la computadora.

4. CUARTO CAPÍTULO: RESULTADOS Y CONTRASTACIÓN LÓGICA DE LA HIPÓTESIS

4.1. Nota preliminar

Existe una diferencia importante entre *enunciados empíricos* y *enunciados analíticos*. Los primeros son proposiciones que versan sobre hechos, afirman o niegan que algo es el caso (*v. gr.*: la nieve es blanca, el Sol brilla, la Luna no es de queso, la Tierra no es plana, etc.), y, por ende, pueden ser verdaderos o falsos; son verdaderos o falsos en virtud de su relación con el mundo: verdaderos si corresponden a los hechos o falsos si no corresponden a los hechos, o sea, si afirman o niegan lo que en realidad es o no es el caso. Los segundos, por otra parte, aunque no son proposiciones que versan sobre hechos, son *necesariamente* verdaderos o *necesariamente* falsos, pero en virtud de su estructura lógica o de su significado: si son tautológicos («ningún soltero está casado»), son necesariamente verdaderos; y si son autocontradictorios («Pedro está vivo y está muerto»), entonces son falsos (Guastini, ¿Qué es la teoría del derecho?, 2016b, págs. 52, s.).

Un ejemplo más palpable de lo anterior es el siguiente: decir (i) «Colón descubrió América» es un enunciado cuya veracidad depende de la historia, de *lo que realmente pasó*, e incluso mediante investigaciones empíricas podría determinarse que ello no es cierto; pero decir (ii) «Colón descubrió América o Colón no descubrió América» expresa un enunciado disyuntivo necesariamente verdadero al margen de cualesquiera investigaciones que pudieran hacerse, ya que lo que se afirma con la segunda oración simplemente es que por lo menos una de aquellas aserciones (que lo hizo o que no lo hizo) es verdadera. Podría determinarse empíricamente (por investigación de los hechos en la historia) que sí lo hizo, o podría determinarse que no, en ambos casos, el enunciado disyuntivo siempre va a ser *lógicamente verdadero*. Solo podría ser falso si se descubriera tanto que sí lo hizo como que no lo hizo, pero eso es imposible y absurdo, por eso es *necesariamente verdadero* (Copi, Lógica simbólica, 1979, pág. 43).



Se recurre a esta diferenciación porque lo que se sostiene con esta investigación, en primer lugar, no versa sobre hechos del mundo, sino sobre normas que se enuncian en modo subjuntivo, o sea, como información no experimentada, no verificada, virtual (si ocurriera *x*, entonces *y*); y en segundo lugar, es que la hipótesis *se sigue lógicamente*, se deduce, de enunciados normativos positivos, categóricos, expresos, por lo cual debe verificarse la *veracidad analítica*, la *corrección lógica*, de los enunciados que aquí se postulan. En otras palabras, respecto a esto último, entre los enunciados normativos de la legislación peruana, que la mayoría de seres humanos puede leer, y la hipótesis que aquí se sostiene, de la que muy pocas personas tienen conocimiento, existe una brecha que no puede ser superada arbitrariamente, sino que debe demostrarse lógicamente y paso a paso que de aquellas se puede deducir esta. Solo entonces se podrá decir que lo que se afirma en la hipótesis es *la regulación tácita* (que se desprende de otras normas) *del despido de trabajadores en vacaciones*.

Ahora bien, dado que no existe en el Perú un trabajo similar, la única fuente de justificación y verificación de la hipótesis es, precisamente, esa secuencia ininterrumpida de deducciones lógicas que conduce a todo ser humano dotado de razón desde la letra expresa de la ley hasta la inadvertida hipótesis aquí planteada. Es con base en lo anterior que lo que sigue es la exposición concatenada de ese razonamiento deductivo.

4.2. Análisis lógico de la hipótesis y las categorías de estudio

Se fijó como hipótesis de trabajo el siguiente enunciado:

El despido de trabajadores durante el período vacacional se regula tácitamente en el Perú de modo tal que se permite al empleador despedir al trabajador durante las vacaciones de este siempre que concurren dos requisitos: i) que el despido sea justificado; y ii) que con el recurso al despido se logre la eficaz restitución o salvaguarda



de alguno de los principios fundamentales (que están siendo) lesionados o en peligro real de lesión por la presencia, acción u omisión del trabajador en el centro laboral. De contravenir el segundo requisito, corresponde una indemnización por lesión del derecho al descanso.

Dicho de otra manera, con el mismo significado, para que el despido pueda ejecutarse en vacaciones, debe existir una causa real para el despido y su ejecución en vacaciones debe ser necesaria. Es necesaria cuando deviene urgente por su relevancia para la efectividad de los derechos fundamentales, y es urgente en esos términos cuando, precisamente, con su recurso se logre la eficaz restitución o salvaguarda..., etcétera. Entonces, podemos resumir los requisitos del despido en vacaciones formulados en la hipótesis como (i) un despido causado y (ii) un despido urgente (la formulación completa, no resumida, de la hipótesis ofrece un criterio de urgencia).

Ahora bien, pasando a la categoría del descanso vacacional, dado que el derecho no es filología y los textos jurídicos no son diccionarios, la legislación, solo eventualmente, proporciona definiciones, sean estas aclaratorias o estipulativas, pero principalmente se aboca a regular la interacción humana. Por esta razón, en no pocas ocasiones se hace necesario proporcionar definiciones de los términos empleados por la legislación.

Así, en el presente trabajo se definió la expresión *derecho al descanso vacacional*, echando mano de la etimología y la lexicografía, como un derecho fundamental de todo prestador de servicios subordinados *a gozar anualmente de un período ininterrumpido de reposo psicosomático respecto de las causas laborales de la fatiga*. Habíamos visto también que *fatigar* significa 'cansar' o 'molestar'.

Esto del reposo psicosomático ininterrumpido respecto de lo que cansa o molesta tiene directa relación con lo dispuesto por el artículo 2, inc. 22, de la Constitución, que dice: «Toda persona tiene derecho [...] [a] la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso [...]». Dado que la



vacación es un período de tiempo libre, toda persona tiene derecho a disfrutar de él; se disfruta de él, por lo menos, teniendo paz, tranquilidad y descanso. Ergo, el empleador está prohibido de delegar trabajo (de lo contrario se anula todo el sentido de *tiempo libre*) o de efectuar cualquier intromisión en la esfera de conciencia del trabajador que lo perturbe durante las vacaciones³¹.

Lo anterior puede resumirse en la siguiente enunciación condicional: *si el trabajador está en período vacacional, entonces el empleador no puede ejecutar actos respecto de aquel que le supongan cansancio o molestia*. Puesto que recibir una acusación infundada con la consecuente pérdida del empleo es naturalmente una causa de molestia, **el empleador no puede despedir injustificadamente al trabajador en vacaciones.**

Un paréntesis: así como un enunciado disyuntivo, como «*x descubrió z o x no descubrió z*», no afirma que lo primero (que *x descubrió z*) sea cierto ni que lo segundo (que *x no descubrió z*) lo sea, sino simplemente que por lo menos uno (cualquiera) de esos enunciados simples que componen la disyunción es verdadero (Copi & Cohen, Introducción a la lógica, 2014, pág. 371); algo similar ocurre con los enunciados condicionales de la forma «*si p, entonces q*», estos no afirman que *p* sea cierto o que *q* lo sea, sino simplemente afirman *la implicancia*, la relación que se sostiene entre el antecedente y el consecuente (p.379). Así, por duro que suene, cuando alguien le dice a su interlocutor: «Si eres un don nadie, no deberías estar aquí», no está afirmando que su interlocutor es en efecto un don nadie ni que no debería estar allí, sino simplemente que el ser un don nadie *implica* que no deba estar allí. Con ello se cierra el paréntesis.

Con la explicación previa, se recapitula lo indicado dos párrafos arriba, cuando se concluyó que, dado que recibir una acusación infundada con la consecuente pérdida del empleo es naturalmente una causa de molestia, *el empleador no puede despedir injustificadamente al trabajador en vacaciones*. En tal contexto, cabe expresar la siguiente condicional: si es posible despedir al trabajador en

³¹ Esto no significa que después sí pueda perturbarlo, pero en este documento se procura enfocar el razonamiento en la consecución de los objetivos de la investigación.



vacaciones, entonces el despido tiene que ser justificado, necesariamente. De nuevo, no se está afirmando que es posible despedir en tales circunstancias, sino simplemente que, de ser posible, el único despido que cabría es el justificado. Ahora hay que deducir lógicamente la verdad de dicha posibilidad.

Pues bien, cierta es la frase que señala que ningún derecho es ilimitado; todo derecho presenta salvedades a su enunciado central en determinadas circunstancias. Se puede probar que esto es cierto demostrando que la afirmación contraria es absurda (p. 486) y, por ende, lógica y analíticamente falsa):

Todo derecho es ilimitado.

Mantener la vida es un derecho.

Ergo, mantener la vida es un derecho ilimitado.

Pero la Constitución prevé la pena de muerte en caso de traición a la patria.

Del razonamiento anterior se advierte dos situaciones: la primera, que existe por lo menos un caso en el que un derecho no es ilimitado, por lo que la frase *todo derecho es ilimitado* es falsa; la segunda, que aceptando esta frase demostrada como falsa se puede llegar a conclusiones contradictorias, absurdas.

Ahora bien, se sabe que lo arbitrario está prohibido. *Arbitrario* significa 'sujeto al capricho antes que a la ley o la razón' (Real Academia Española, 2014). O sea, está prohibido lo que no se sujeta a la ley o a la razón. Puesto que ninguna ley debe ser irrazonable, puede perfectamente decirse, al menos en un sentido débil, que *arbitrario* es *lo irrazonable*, ya que lo razonable es un atributo compartido por ambos criterios (ley y razón) de lo que no es arbitrario.

Así, siendo que el derecho al descanso es limitado, o sea, que permite algunas situaciones de perturbación, estas situaciones, claramente, no pueden ser irrazonables, arbitrarias, puesto que lo arbitrario, lo irrazonable, está prohibido. Dado que las perturbaciones al descanso pueden clasificarse como razonables



o como irrazonables, y dado que se niega la posibilidad de las perturbaciones irrazonables, las perturbaciones permitidas en el período vacacional deben ser razonables. Ahora, teniendo en cuenta que un despido justificado es un despido razonable, no arbitrario, **el despido justificado está permitido en vacaciones**. Con esto se demuestra también que es cierta la enunciación condicional con que iniciamos cinco párrafos arriba: si se permite despedir en vacaciones, el despido tiene que ser justificado, necesariamente.

Con lo anterior queda probada la veracidad analítica (la *logicidad*) del primer requisito para el despido en vacaciones planteado en la hipótesis, o, lo que es lo mismo, con ello se prueba que decir que procede el despido en vacaciones siempre que el despido sea justificado es aseverar la existencia de una norma que se deduce lógicamente del ordenamiento.

Ahora bien, se dijo que el despido procede válidamente, constitucionalmente, justificadamente, cuando la presencia, acción u omisión del trabajador en la empresa impide, pone en riesgo cierto o quiebra la efectividad de los principios fundamentales presentes en la relación de trabajo (claro, y es que solo por resguardar derechos fundamentales se puede emplear un instrumento que priva a un hombre de su fuente de sustento).

No obstante, como se vio en el cuerpo de la tesis, hay situaciones en las que, a pesar de que el despido es justificado, nada cambia que este sea ejecutado durante las vacaciones del trabajador o después de ellas, como cuando un trabajador con invalidez sobrevenida —cuya presencia, luego de haber hecho los reajustes razonables del caso, sigue poniendo en riesgo la seguridad de sus compañeros— sale de vacaciones. En el caso supuesto, este hombre estaría fuera del centro laboral, descansando, y de momento no pondría en riesgo a nadie; en consecuencia, despedirlo durante sus vacaciones no salvaguarda nada. En términos de seguridad, da igual despedirlo durante sus vacaciones o después de ellas.

Ante una disyuntiva compuesta por dos opciones igualmente probables, p o q , se debe dar una razón suficiente para elegir una y no la otra, pues hacerlo sin



dicha razón suficiente sería un capricho, o sea, una situación arbitraria (cosa que está prohibida, según se vio ya). Precisamente, el principio lógico de razón suficiente dice que *nada es tal sin que haya una razón para que ello sea así y no de otro modo o lo contrario* (Mixán Mass, *Lógica enunciativa y jurídica*, 2006, pág. 27).

Teniendo a la vista dos situaciones igualmente probables —que en este caso sería (i) despedir justificadamente durante las vacaciones o (ii) despedir justificadamente después de vacaciones—, debe esbozarse una razón suficiente para elegir alguna sin arbitrariedad. En ese contexto, existe una razón suficiente para optar por despedir después de vacaciones: el principio de proporcionalidad (mencionado en el artículo 200 de la Constitución), el cual tiene una escala de tres tamices, superados los cuales (en un orden específico) se dice que una medida es proporcional, o no, de ocurrir lo contrario (lo cual equivaldría a la cualidad de inconstitucional).

En primer lugar, debe identificarse un fin perseguido por una medida a tomar, luego, debe determinarse si la medida, que es un medio para la consecución de aquel fin, es o no idónea para ello (García Yzaguirre, 2012, pág. 321 y ss.). Posteriormente, si resulta que la medida es idónea, debe indagarse si existe alguna otra medida, igualmente idónea, pero menos lesiva o menos gravosa en relación con los derechos que la medida en cuestión podría lesionar (pp. 355 y ss.). Existe aún un tercer tamiz, como se dijo antes, pero lo ya indicado es suficiente (y lo demás no es relevante) para los fines de la presente investigación.

Pues bien, el fin que se busca alcanzar con el despido es, precisamente, aquello por lo cual este es procedente, o sea, la finalidad es efectivizar derechos fundamentales o resguardarlos de un riesgo cierto, lo cual es constitucional, es válido. La medida, evidentemente, es el despido durante las vacaciones de un trabajador. En tal contexto, ¿es idónea esta medida para alcanzar el fin con ella perseguido? Con las características del ejemplo ofrecido



cuatro párrafos arriba³², claramente no. Ello debido a que de momento, durante la ausencia del trabajador en vacaciones, no hay nada que proteger ni efectivizar realmente, pues nada se habría puesto en peligro. Entonces, la medida no sería idónea ni, en consecuencia, constitucional.

El razonamiento anterior debería bastar, y de hecho lo hace, para optar por esperar al término de las vacaciones para despedir; pero incluso, forzando las reglas de aplicación del principio de proporcionalidad³³, se podría esgrimir que la medida tampoco es necesaria, puesto que existe la posibilidad de hacerlo después de vacaciones, que es una medida realmente idónea y menos lesiva a la paz del trabajador. Por lo tanto, existe una razón suficiente, que excluye toda arbitrariedad, para optar por no despedir en vacaciones cuando se puede hacerlo después de ellas, dadas las circunstancias de inocuidad respecto de los derechos fundamentales ajenos a los del trabajador.

Debido a que en situaciones de inocuidad se presenta la doble opción igualmente probable de despedir en vacaciones o no, por un lado, y, por el otro, que estas situaciones ya tienen una respuesta predeterminada que resuelve la disyuntiva optando por no despedir en vacaciones; debemos centrar el razonamiento en aquellas situaciones carentes inocuidad, puesto que en ellas ya no existiría la doble opción mencionada.

Cuando no da lo mismo despedir en vacaciones o después, es decir, cuando existe una urgencia en la ejecución del despido para detener o dejar sin efecto la lesión o el riesgo cierto de lesión a los principios fundamentales, que para eso existe el despido, entonces opera una doble justificación del mismo: una en relación con la pérdida del empleo (ya que el despido sería justificado) y la otra en relación con la perturbación del descanso (ya que la perturbación sería urgente); lo cual encuadra perfectamente con la exigencia de razonabilidad en la perturbación permitida dentro del período de descanso; por ende, se requiere del segundo requisito formulado en la hipótesis.

³² O sea, del que sufrió invalidez sobrevenida al contrato de trabajo.

³³ Es decir, saltando al siguiente nivel de análisis a pesar de que la medida no ha superado ni el primero.



Pues bien, recapitemos y refinemos las proposiciones y deducciones que van desde la letra expresa de la ley hasta la hipótesis:

«Toda persona tiene derecho [...] [a] la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso [...]».

La vacación es un período de tiempo libre; ergo, toda persona tiene derecho a disfrutar de la vacación.

La paz, la tranquilidad y el descanso producen disfrute del tiempo en que tales condiciones se viven; luego, toda persona tiene derecho a la paz, a la tranquilidad y al descanso durante sus vacaciones.

Recibir una acusación infundada con la consecuente amenaza de pérdida del empleo es naturalmente una causa de molestia que perturba la paz; en consecuencia, toda persona tiene derecho a no recibir acusaciones infundadas durante sus vacaciones, por lo que el empleador está prohibido de despedir injustificadamente al trabajador que goza de vacaciones.

Todo derecho es limitado. No ser limitado implica, para un derecho, que su enunciado se aplica siempre, sin excepción, por lo que ser limitado, para un derecho, equivale a aceptar salvedades a su enunciado.

Las salvedades que todo derecho puede admitir a su enunciado pueden ser razonables o



irrazonables. En atención a que existe un principio (que es un mandato) de razonabilidad, la *irrazonabilidad* está prohibida; ergo, el derecho al descanso acepta salvedades razonables.

El despido justificado tiene por los menos tres objetivos: i) manifestar justicia distributiva a través de la sanción por las conductas contrarias a los principios fundamentales; ii) suprimir los actos contrarios a los principios fundamentales; y iii) suprimir el riesgo cierto de lesión a los principios fundamentales. Estos tres objetivos son razonables; en consecuencia, el despido justificado es una salvedad aceptada por el derecho al descanso, siempre que tales objetivos se cumplan al ejecutar el despido (puesto que el despido justificado es compatible con el descanso precisamente por esos objetivos).

Finalmente, el extremo de la hipótesis en el que se señala que, de contravenir el segundo requisito, corresponde una indemnización por lesión del derecho al descanso, se sigue del artículo 1969 del Código Civil, que dice que «[a]quel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo»; siendo absolutamente irrelevante para su aplicación al ámbito laboral el hecho que esta disposición sea propia del derecho común o que regule supuestos de responsabilidad extracontractual y que el caso laboral sea o no contractual.

Lo anterior se justifica en la aplicación analógica de la disposición mencionada, la cual procede por lo siguiente: i) no establece excepciones, sino una regla general; ii) no restringe derechos, pues nadie tiene derecho a causar daño a otro sin estar obligado a indemnizarlo; y iii) en la situación prevista por el Código Civil, se trata de la producción de un daño injustificado, padecido por un



tercero que no lo ha motivado y que debe ser indemnizado; y en el caso laboral, se trata de exactamente lo mismo, no siendo un detalle relevante (causal) el hecho que el daño se produzca dentro o fuera de un contrato laboral como para no aplicar una norma que se sustenta en la defensa del ser humano, razón presente en ambas situaciones. Después de todo, el principio de igualdad dispone que a igual razón, igual derecho; siendo, pues, esta afirmación de la hipótesis una deducción lógica del derecho a la igualdad.

4.3. Nota final

En la sustentación de este trabajo, se ha cuestionado la extensión de sus alcances al supuesto en el que se inicie el procedimiento de despido antes del comienzo del período vacacional, pero con posterior superposición al desarrollo del mismo; en tal contexto, ¿debería ejecutarse el despido cuyo procedimiento fue incoado antes, aunque ya haya comenzado el período vacacional, o debería suspenderse el procedimiento al tiempo que la vacación principie³⁴? Expliquemos esto con un ejemplo.

Transcurrido el primer año de prestación efectiva de servicios por parte del trabajador, el empleador debe otorgarle el descanso vacacional en algún momento del segundo año de labor. Consciente de ello, un trabajador solicita el otorgamiento de vacaciones a su empleador, y este, por escrito, aprueba su solicitud, indicando que las vacaciones iniciarán el siguiente mes. Pues bien, faltando tres días para el fin de mes, el empleador advierte lo que le parece una contravención a la buena fe laboral por parte del trabajador que solicitó la vacación y decide iniciar el procedimiento de despido, otorgando al prestador de servicios seis días hábiles para efectuar su descargo; ¿qué debería hacer llegado el fin de mes?

Sin tener un descargo que le amplíe el panorama de los hechos, parece razonable que el empleador opte por la aplicación del principio de presunción de inocencia no para absolver al trabajador, sino únicamente para suspender el

³⁴ Agradezco este interrogante a la profesora Judith Antonia Ponce de León Coronado.



procedimiento de despido hasta la culminación del período vacacional; de lo contrario, el empleador se arriesga a la contingencia de que el despido sea calificado posteriormente por un juez como improcedente (para decirlo de un modo que abarque todos los despidos que no sean justificados) y disponga por lo menos el pago de la indemnización por la lesión del derecho al descanso a que nos referimos en la hipótesis.

Ante esta aseveración, un lector crítico y atento podría redargüir mi posición indicando que todo el esfuerzo hecho por preservar la tranquilidad del trabajador durante las vacaciones es echado por tierra, ya que él ingresará a ese período de descanso con la tensión de lo que se viene, de un procedimiento de despido pendiente y una posible expulsión del trabajo.

A ello respondo desde ya que hay situaciones en las que no nos queda más que elegir entre una de dos opciones gravosas; lógicamente será aquella que conlleve el menor perjuicio posible. Optar por suspender el procedimiento de despido parece ser el camino menos lesivo para todos los involucrados, salvo que el empleador cuente con suficientes elementos de convicción y, pese a todo, el despido calce dentro de los parámetros de regulación tácita del despido que se desarrolló en este trabajo, pudiendo así despedir al trabajador incluso en plenas vacaciones.

5. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

5.1. Conclusión

El despido de trabajadores durante el período vacacional se regula tácitamente en el Perú de modo tal que se permite al empleador despedir al trabajador durante las vacaciones de este siempre que concurren dos requisitos: i) que el despido sea justificado; y ii) que con el recurso al despido se logre la eficaz restitución o salvaguarda de alguno de los principios fundamentales (que están siendo) lesionados o en peligro real de lesión por la presencia, acción u omisión del trabajador en el centro laboral. De contravenir el segundo requisito, corresponde una indemnización por lesión del derecho al descanso.

5.2. Recomendaciones

5.2.1. Primera

Con base en el estudio que antecede, se recomienda modificar el artículo 22 del TUO del Decreto Legislativo n.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo 003-97-TR, siendo su resultado el siguiente:

Artículo 22.- Despido justificado

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

En general, el despido procede toda vez que la presencia, acción u omisión del trabajador en la empresa impida, ponga en riesgo cierto o quiebre la efectividad de los derechos y deberes fundamentales



presentes en la relación laboral. Si el despido es procedente, podrá efectuarse incluso durante el período vacacional del trabajador, siempre que con ello se logre la eficaz restitución o salvaguarda de alguno de los principios fundamentales cuya lesión diera pie al despido.

Si se determina que el despido es improcedente o, siendo procedente, no se ajusta a lo señalado en el párrafo anterior, y, además, ha sido iniciado, continuado o consumado durante el período vacacional efectivo del trabajador, el despido es lesivo del derecho al descanso; en tal caso, el empleador abonará al trabajador una indemnización equivalente a un monto de hasta 2 UIT como máximo y 2 URP como mínimo, sin perjuicio del reintegro económico a que hubiere lugar por los demás derechos no gozados. El monto de la indemnización será determinado con base en criterios de razonabilidad y proporcionalidad, teniendo en cuenta la gravedad del hecho con que se vulnera la buena fe y los demás principios fundamentales.

5.2.2. Segunda

Entretanto no se concrete la primera recomendación, se propone adoptar estos criterios, que se extraen del propio ordenamiento, como objeto de un futuro precedente vinculante o de un pleno jurisdiccional.

5.2.3. Tercera

De cara a la segunda recomendación, se sugiere, dentro de los procesos judiciales laborales a iniciar, incluir como pretensión accesorias el pago de una indemnización por daños relacionados a la vulneración del derecho al descanso, según corresponda, conforme se ha establecido en la presente investigación; de este modo, el asunto podría llegar hasta el Tribunal



Constitucional o la Corte Suprema y tener lugar la oportunidad para la emisión de un precedente vinculante.



6. TRABAJOS CITADOS

- Expediente, 03052-2009-PA/TC (Pleno del Tribunal Constitucional 2009).
- Expediente, 1198-2016-0-1001-JR-LA-01 (Primer Juzgado de Trabajo de Cusco 2016).
- Alexy, R. (2007). *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*. (M. Atienza Rodríguez, & I. Espejo, Trads.) Lima: Palestra Editores.
- Arias, F. (2012). *El proyecto de investigación. Introducción a la metodología científica* (sexta ed.). Caracas, Venezuela: Episteme.
- Cerni, R. (1990). *Antiguo Testamento interlineal hebreo-español. Pentateuco* (Vol. I). CLIE.
- Chiavenato, I. (2006). *Introducción a la teoría general de la administración* (Séptima ed.). México: McGraw-Hill Interamericana Editores.
- Copi, I. (1979). *Lógica simbólica* (segunda ed.). (A. Sestier Boulier, Trad.) México: Compañía Editorial Continental.
- Copi, I., & Cohen, C. (2014). *Introducción a la lógica* (segunda ed.). México: Limusa.
- D' Alessio Ipinza, F. (2004). *Administración y dirección de la producción: enfoque estratégico y de calidad* (Segunda ed.). Perú: Pearson Educación.
- Daft, R., & Marcic, D. (2007). *Introducción a la administración* (cuarta ed.). Colombia: Thomson Learning.
- Delgado de Cantú, G. M. (2010). *Historia universal. De la era de las revoluciones al mundo globalizado* (tercera ed.). México: Pearson Educación.
- Donnelly, J., Gibson, J., & Ivancevich, J. (1994). *Dirección y administración de empresas* (octava ed.). EE. UU.: Addison-Wesley Iberoamericana.
- El Mundo. (14 de septiembre de 2015). *El abuso del 'despido por vacaciones', un fraude que hay que erradicar*. Obtenido de <http://www.elmundo.es/opinion/2015/09/14/55f5d1dcca474135318b457a.html>
- Ferrater Mora, J. (1965). *Diccionario de filosofía* (Quinta ed., Vol. I). Buenos Aires: Editorial Sudamericana.
- García Figueroa, A. (2009). *Criaturas de la moralidad. Una aproximación neoconstitucionalista al derecho a través de los derechos*. Madrid: Trotta.
- García Toma, V. (2013). *Derechos fundamentales* (Segunda ed.). Lima: Adrus.



- García Yzaguirre, J. (2012). *El test de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Perú: Adrus.
- Garrido, E. (2006). *Psicología jurídica*. Madrid: Pearson Educación.
- Gómez de Silva, G. (2007). *Diccionario etimológico de la lengua española* (tercera ed.). México: Fondo de Cultura Económica.
- González Álvarez, R. (2013). *Neoprocesalismo. Teoría del proceso civil eficaz*. Lima: ARA Editores.
- Grisolia, J., & Ahuad, E. (2009). *Ley de Contrato de Trabajo comentada* (segunda ed.). Buenos Aires, Argentina: Estudio.
- Guastini, R. (2016a). *Las fuentes del derecho. Fundamentos teóricos*. (C. Moreno More, & L. Cárdenas Rodríguez, Trads.) Lima: Raguel Ediciones.
- Guastini, R. (2016b). *¿Qué es la teoría del derecho?* Cusco, Perú: Huella Siete.
- Manual de publicaciones de la American Psychological Association* (tercera ed.). (2010). (M. Guerra Frías, Trad.) México: El Manual Moderno.
- Heizer, J., & Render, B. (2009). *Principios de administración de operaciones* (séptima ed.). México: Pearson Educación.
- Hernández Sampieri, R. (2010). *Metodología de la investigación* (quinta ed.). México: McGraw-Hill.
- La República. (24 de septiembre de 2014). *Aumenta número de empleados en el sector privado respecto al año pasado*. Obtenido de <http://larepublica.pe/24-09-2014/aumenta-numero-de-empleados-en-el-sector-privado-respecto-al-ano-pasado>
- Lacueva, F. (1984). *Nuevo testamento interlineal griego-español*. Colombia: CLIE.
- Landa Arroyo, C. (2010). *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Lima: Palestra Editores.
- Longenecker, J., & et ali. (2009). *Administración de pequeñas empresas: lanzamiento y crecimiento de iniciativas emprendedoras* (decimocuarta ed.). México: Cengage Learning.
- Louffat, E. (2008). *Organigramas y manuales organizacionales: fundamentos para su elaboración* (tercera ed.). Lima: Universidad ESAN.
- Mixán Mass, F. (2006). *Lógica enunciativa y jurídica* (cuarta ed.). Trujillo, Perú: BLG.
- Ochoa Cárdich, C. (2011). *Jurisprudencia constitucional económica*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante.



- Pla Barber, J., & León Darder, F. (2004). *Dirección de empresas internacionales*. Madrid: Pearson Educación.
- Real Academia Española. (2011). *Nueva gramática básica de la lengua española*. Bogotá, Colombia: Planeta Colombiana.
- Real Academia Española. (2014). *Diccionario de la Lengua Española*. Obtenido de <http://dle.rae.es/?w=diccionario>
- Robbins, S., & Coulter, M. (2010). *Administración* (décima ed.). México: Pearson Educación.
- Strong, J. (2002). *Diccionario Strong de palabras originales del Antiguo y Nuevo Testamento*. EE. UU.: Caribe.
- White, R., & James, B. (2000). *Manual del outsourcing. Guía completa de externalización de actividades empresariales para ganar competitividad*. Barcelona: Ediciones Gestión.