



UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA
FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS



TESIS PARA OBTENER EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

TÍTULO:

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN AISLAR A LOS
FACTORES DE RIESGO DE LA ACTIVIDAD BANCARIA, AL ANALIZAR EL
DESPIDO POR RENDIMIENTO DEFICIENTE**

AUTOR:

GARCÍA ALCÁNTARA, Alessandra Valeria

ASESOR:

M. Cs. VALDIVIA DÍAZ, Franklin

Cajamarca, Perú, diciembre de 2024



CONSTANCIA DE INFORME DE ORIGINALIDAD

1. Investigador:
Alessandra Valeria García Alcántara
DNI: 74869250
Escuela Profesional - Facultad:
Escuela Profesional de Derecho – Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
2. Asesor (a):
M. Cs. Franklin Valdivia Díaz
Departamento Académico:
Derecho y Ciencias Políticas
3. Grado académico o título profesional para el estudiante
 Bachiller Título profesional Segunda especialidad
 Maestro Doctor
4. Tipo de Investigación:
 Tesis Trabajo de investigación Trabajo de suficiencia profesional
 Trabajo académico
5. Título de Trabajo de Investigación:
FUNDAMENTOS JURÍDICOS QUE JUSTIFICAN AISLAR LOS FACTORES DE RIESGO DE LA ACTIVIDAD BANCARIA, AL ANALIZAR EL DESPIDO POR RENDIMIENTO DEFICIENTE
6. Fecha de evaluación: 23/10/2024
7. Software antiplagio: TURNITIN URKUND (ORIGINAL) (*)
8. Porcentaje de Informe de Similitud: 15%
9. Código Documento: oid:3117:397605161
10. Resultado de la Evaluación de Similitud:
 APROBADO PARA LEVANTAMIENTO DE OBSERVACIONES DESAPROBADO

Fecha Emisión: 11/11/2024

<i>Firma y/o Sello Emisor Constancia</i>	
	
M. Cs. Franklin Valdivia Díaz DNI: 45599001	Dra. Cs. Teresa Ysabel Terán Ramírez DIRECTORA <i>Directora de Instituto de Investigaciones Jurídicas y Políticas</i>

* En caso se realizó la evaluación hasta setiembre de 2023



Universidad Nacional de Cajamarca

"Norte de la Universidad Peruana"

Fundada por Ley 14015 del 13 de febrero de 1962

FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLITICAS

Av. Atahualpa N° 1050- Ciudad Universitaria - Cajamarca

Edificio 4f-102 - Telefax - 076 - 369293



ACTA DE SUSTENTACIÓN DE TESIS

En Cajamarca, en el Tribunal - Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cajamarca, siendo las 10:00 horas de la mañana del día cuatro de diciembre del dos mil veinticuatro; reunidos los miembros del Jurado Evaluador, designados mediante Resolución de Consejo de Facultad N° 059 de fecha: 21 de noviembre de 2024, conformado de la siguiente manera:

- 1.- PRESIDENTE : Julio Alejandro Villanueva Pastor
- 2.- SECRETARIO : Sandra Veronika Manrique Urteaga
- 3.- VOCAL : Teresa Yeabel Terán Ramírez

Procedieron a presenciar la exposición y evaluar la Sustentación de la Tesis, Titulada: "Fundamentos jurídicos que justifican aislar los factores de riesgo de la actividad bancaria, al analizar el despido por rendimiento deficiente" presentada por (el) (la) Bachiller en Derecho: Alessandra Valeria García Alcántara

y de conformidad con el Reglamento de Grados y Títulos de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional de Cajamarca.

Luego de la deliberación, se acordó: Aprobar por unanimidad con el calificativo: de diecisiete (17)

Siendo las 11:26 horas del mismo día, se dio por concluido el presente acto, firmando en seis copias originales los señores miembros del jurado (cuatro copias para la carpeta del bachiller, 01 para el file y 01 para el libro de Actas).

[Firma]
PRESIDENTE

[Firma]
SECRETARIO

[Firma]
VOCAL

[Firma]
BACHILLER

A:

Mi familia, por su apoyo y amor incondicional.

A mi asesor, por sus grandes enseñanzas en el ámbito académico, profesional y personal.

"Investigar no es solo descubrir lo que ya existe, sino cuestionar lo que parece evidente y construir nuevos caminos para la justicia y la equidad laboral" Jorge Toyama Miyagusuku

AGRADECIMIENTO

A mi querida familia, quienes han sido mi pilar y mi inspiración en cada paso de mi vida. A mi papá, Luis García, y a mi mamá, Noella Alcántara, les debo todo lo que soy. Gracias por su amor incondicional, por su apoyo constante y por enseñarme los valores que guían mi vida. Su dedicación y sacrificio han sido fundamentales para lograr alcanzar mis metas profesionales.

A mis hermanos, Eduardo, Renzo, Cristhian y Diego, gracias por ser mis compañeros de vida, por los momentos compartidos y por siempre estar a mi lado en cada desafío y en cada triunfo. Su apoyo y cariño me han dado la fuerza para seguir adelante y nunca rendirme.

Cada uno de ustedes ha dejado una huella imborrable en mi corazón y me ha ayudado a ser la persona que soy hoy. Estoy eternamente agradecida por tenerlos en mi vida y por todo lo que han hecho por mí.

Al M. Sc. Franklin, mi asesor y amigo. Su guía y apoyo han sido fundamentales en mi desarrollo profesional y personal. Gracias por creer en mí, por compartir su vasto conocimiento y por brindarme su tiempo y paciencia. Su confianza en mis capacidades me ha motivado a superar mis límites y alcanzar metas que parecían inalcanzables.

TABLA DE CONTENIDO

AGRADECIMIENTO	iv
TABLA DE CONTENIDO	v
LISTA DE FIGURAS.....	xi
LISTA DE TABLAS	xii
LISTA DE ABREVIACIONES.....	xiii
GLOSARIO.....	xiv
RESUMEN.....	xv
<i>ABSTRACT</i>	xvii
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO I: ASPECTOS METODOLÓGICOS.....	3
1.1. CONTEXTUALIZACIÓN O PROBLEMÁTICA.....	3
1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA	11
1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA.....	13
1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN.....	13
1.5. OBJETIVOS	15
1.5.1. General	15
1.5.2. Específicos.....	15
1.6. AMBITO DE LA INVESTIGACIÓN.....	16
1.6.1. Espacial	16
1.6.2. Temporal.....	16
1.7. TIPOS Y NIVEL DE TESIS.....	17
1.7.1. De acuerdo al fin que persigue.....	17
1.7.2. De acuerdo al diseño de investigación	18

1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan	19
1.8. HIPÓTESIS	20
1.9. MÉTODOS	20
1.9.1. Genéricos.....	20
1.9.2. Propios del Derecho.....	21
1.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN	23
1.10.1. Técnicas.....	23
1.10.2. Instrumento	24
1.11. UNIDADES DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN	24
1.12. POBLACIÓN Y MUESTRA.....	24
1.12.1. Universo.....	24
1.12.2. Muestra	24
1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN	25
CAPÍTULO II: MARCO TEÓRICO	30
2.1. ASPECTOS IUSFILOSOFICOS	30
2.1.1. Estado Constitucional de Derecho	30
2.1.2. La constitucionalización.....	31
2.1.3. Paradigma iusfilosófico post positivismo incluyente.....	34
2.1.4. Aplicación del paradigma iusfilosófico	36
2.1.5. La Interpretación	37
2.2. EL SISTEMA FINANCIERO.....	37
2.2.1. Productos financieros.....	38
2.2.2. Mercados	40
2.2.3. Intermediarios e instituciones financieras	41
2.3. LAS EMPRESAS BANCARIAS	43

2.4. TIPOS DE OPERACIONES BANCARIAS	44
2.4.1. Las operaciones activas	44
2.4.2. Las operaciones pasivas	44
2.4.3. Las operaciones neutras	45
2.5. PRINCIPALES OPERACIONES BANCARIAS	45
2.5.1. Financiación	45
2.5.2. Custodia y depósito	46
2.5.3. Emisión de títulos valores	46
2.6. EL RIESGO BANCARIO	47
2.7. TIPOS DE RIESGOS BANCARIOS	48
2.7.1. Los riesgos financieros	48
2.7.2. Los riesgos operativos	49
2.7.3. Los riesgos ambientales	49
2.8. PRINCIPALES RIESGOS DENTRO DEL SISTEMA BANCARIO	51
2.8.1. Riesgo crediticio	51
2.8.2. Riesgo de liquidez	51
2.8.3. Riesgo cambiario y el riesgo cambiario crediticio	52
2.8.4. Riesgo de tasa de interés	53
2.8.5. Riesgo de mercado	53
2.8.6. Riesgo operativo y legal	54
2.8.7. Riesgos ambientales	55
2.9. PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR	55
2.10. FACULTAD DISCIPLINARIA Y SANCIONADORA	57
2.11. TIPOS DE SANCIONES DISCIPLINARIAS	58
2.11.1. Conservativas	58

2.11.2. Extintivas.....	59
2.12. ALCANCES Y LÍMITES DE LA POTESTAD SANCIONATORIA.....	59
2.12.1. Límites internos.....	60
2.12.2. Límites externos.....	61
2.13. REQUISITOS DE VALIDEZ DE LA MEDIDA SANCIONATORIA.....	62
2.14. DESPIDO	63
2.15. DESPIDO JUSTIFICADO	65
2.16. CAUSAL DE RENDIMIENTO DEFICIENTE	66
2.16.1. Procedimiento	67
2.16.2. Desarrollo doctrinario	70
2.16.3. Desarrollo jurisprudencial.....	71
2.16.4. Derecho comparado.....	72
2.17. PRINCIPIOS.....	75
2.17.1. Función de los principios	76
2.18. PRINCIPIO PROTECTOR DEL DERECHO LABORAL	76
2.19. EL PRINCIPIO PROTECTOR Y EL ACCIONAR DEL ESTADO	78
2.19.1. Nivel legislativo	78
2.19.2. Nivel administrativo	78
2.19.3. Nivel jurisdiccional.....	78
2.20. SUB PRINCIPIOS DEL PRINCIPIO PROTECTOR DEL DERECHO LABORAL	79
2.20.1. <i>In dubio pro operario</i>	79
2.20.2. Regla de la aplicación de la norma más favorable.....	80
2.20.3. Regla de la condición más beneficiosa.....	80
2.21. PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD	81
2.22. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD.....	83

2.22.1. Responsabilidad subjetiva	84
2.22.2. Responsabilidad objetiva.....	85
2.23. SUB PRINCIPIOS DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD	86
2.23.1. El principio de responsabilidad por el hecho.....	86
2.23.2. El principio de personalidad	87
2.23.3. El principio de advertencia suficiente.....	87
2.24. OPERACIONALES.....	88
2.24.1. Reserva de la ley.....	88
CAPÍTULO III: CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS	89
3.1. LA OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO PROTECTOR COMO GARANTÍA EN EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO POR CAUSAL DE RENDIMIENTO DEFICIENTE.....	98
3.1.1. Evaluación y la redefinición del rendimiento deficiente	99
3.1.2. Preaviso.....	106
3.1.3. Descargos	107
3.1.4. Comprobación, despido y notificación.....	109
3.1.5. Accionar del Estado	111
3.1.6. Sub principios del principio protector	112
3.2. EL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD COMO LÍMITE A LA FACULTAD SANCIONADORA	117
3.2.1. Límites del poder disciplinario.....	118
3.2.2. Requisitos de validez de la medida sancionatoria	123
3.2.3. Control de constitucionalidad	126
3.2.4. Libre participación de las partes.....	128
3.2.5. Racionalidad	130

3.2.6. Razonabilidad y finalidad de la sanción	132
2.2.7. La justificación del acto de despido.....	134
3.3. EL RESPETO DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO DISCIPLINARIO DE LAS RELACIONES LABORALES	136
3.3.1. Dolo y negligencia inexcusable.....	137
3.3.2. La reprochabilidad	140
3.3.3. Responsabilidad subjetiva y objetiva	142
3.3.4. Sub principios del Principio de Culpabilidad.....	144
3.3.5. Factores de riesgo como circunstancias eximentes	145
CONCLUSIONES	147
RECOMENDACIONES.....	149
LISTA DE REFERENCIAS	150

LISTA DE FIGURAS

Figura 1 64

Figura 2 131

LISTA DE TABLAS

<i>Tabla 1</i>	50
<i>Tabla 2</i>	90
<i>Tabla 3</i>	101
<i>Tabla 4</i>	123
<i>Tabla 5</i>	142

LISTA DE ABREVIACIONES

C	: Constitución
D. Leg.	: Decreto Legislativo
D.S.	: Decreto Supremo
L. P.C. L.	: Ley de Productividad y Competitividad Laboral
art.	: Artículo
Cas.	: Casación
C.C.	: Código Civil
C.P.L.	: Código Procesal Laboral
Exp.	: Expediente
AAT	: Autoridad Administrativa de Trabajo

GLOSARIO

Aislar: Se deberá entender como excluir, no tener en cuenta, o no decidir (el despido) en función a estos; y, por tanto, al analizar si se configura la causal de rendimiento deficiente, los factores riesgo que inciden en la actividad bancaria se deberán excluir como causal de despido justificado.

RESUMEN

El Decreto Legislativo N.º 728, reconoció la causal de despido justificado por rendimiento deficiente, causal que ha consideración de un gran sector de la doctrina ha tenido diversos problemas en su aplicación; y, respecto ello, en el ámbito bancario existe una variable adicional, los factores de riesgo, los cuales afectan directamente al rendimiento del trabajador. En ese sentido, la presente investigación tuvo como objetivo, determinar los fundamentos jurídicos que justifiquen aislar a los factores de riesgo que inciden en la actividad bancaria, al analizar el rendimiento deficiente, como causal de despido justificado.

Y, ante dicho objetivo, se planteó la siguiente hipótesis: Los fundamentos jurídicos que justifican aislar a los factores de riesgo que inciden en la actividad bancaria, al analizar el rendimiento deficiente, como causal de despido justificado, son: i) la observancia del principio protector como garantía en el procedimiento de despido por causal de rendimiento deficiente, ii) el cumplimiento del principio de interdicción de la arbitrariedad como límite a la facultad sancionadora del empleador, iii) el respeto al principio de culpabilidad y su aplicación en el ámbito disciplinario de las relaciones laborales.

En el marco teórico de la investigación se estudió la actividad bancaria, sus componentes, operaciones principales, los riesgos bancarios, la potestad disciplinaria, el procedimiento de despido por rendimiento deficiente y normativa, el principio protector, el principio de interdicción de la arbitrariedad y, por último, el principio de culpabilidad. Finalmente, se pudo corroborar la hipótesis formulada, determinando que, los factores de riesgo que inciden en la actividad bancaria deben ser aislados al analizar la causal de rendimiento deficiente, en

observancia de los preceptos planteados, sin embargo, cabe resaltar que, se pudo generar adicionalmente, nuevas premisas bajo el estudio de los principios planteados que brindan razones adicionales para justificar la necesidad de aislar a los factores de riesgo y la incidencia negativa de estos en el rendimiento.

Palabras clave: ámbito bancario, factores de riesgo, rendimiento deficiente, principio protector, principio de interdicción de la arbitrariedad, principio de culpabilidad.

ABSTRACT

The Legislative Decree No. 728, recognized the cause of justified dismissal due to poor performance, a cause that has been considered by a large sector of the doctrine and has had various problems in its application; and, regarding this, in the banking field exists an additional variable, risk factors, which affect performance. In this sense, the objective of this investigation was to determine the legal foundations that justify isolating the risk factors that affect banking activity, by analyzing the cause of poor performance, as a cause for justified dismissal.

And, given this problem and objective, the following hypothesis was proposed: The legal bases that justify isolating the risk factors that affect banking activity, when analyzing the cause of poor performance, as a cause for justified dismissal, are: i) Compliance of the protective principle as a guarantee in the dismissal procedure due to poor performance. ii) Compliance with the principle of prohibition of arbitrariness as a limit to the employer's sanctioning power. iii) Respect for the principle of culpability and its application in the disciplinary field of labor relations. In the theoretical framework of the research, banking activity was studied, its components, main operations, banking risks, disciplinary power, the dismissal procedure for poor performance and regulations, the protective principle, the principle of prohibition of arbitrariness and finally the principle of guilt.

Finally, it was possible to corroborate the formulated hypothesis, determining that, the risk factors that affect banking activity must be isolated when analyzing the cause of poor performance, in compliance with the stated precepts; however,

it is worth highlighting that it was possible to additionally generate new premises under the study of the proposed principles that provide additional reasons to justify the need to isolate risk factors and their negative impact on performance.

Keywords: *banking field, risk factors, poor performance, protective principle, principle of prohibition of arbitrariness, principle of culpability.*

INTRODUCCIÓN

Con la promulgación de la Ley de Fomento del Empleo mediante el Decreto Legislativo N.º 728, con fecha 12 de noviembre del 1991, se reconoció la existencia de causas de despido justificado, y, dentro de ellas, se tomó en cuenta al rendimiento deficiente; es desde esa fecha, que el rendimiento deficiente se ha consolidado como una causa justa despido. Sin embargo, a la actualidad aún se presentan serios problemas al momento de aplicar dicha causal, más aún en sectores productivos con entornos complejos, dado que, en estos, se presentan cuestiones específicas sobre las cuales no se ha discutido con exactitud, como es el caso del ámbito bancario y sus factores de riesgo, los cuales afectan a la productividad y rendimiento.

Es en este sentido, que el objetivo general de este trabajo de investigación fue determinar los fundamentos jurídicos que justifiquen aislar a los factores de riesgo que inciden en la actividad bancaria, al analizar el rendimiento deficiente, como causal de despido justificado; dichos fundamentos fueron analizados y abordados a lo largo de esta investigación.

El estudio buscó aportar nuevos conocimientos a nivel de la doctrina, la administración de justicia e incluso hacia las partes involucradas, empleador y trabajador. Dado que brindó un aporte jurídico sobre el fenómeno del despido justificado por la causal de rendimiento deficiente y factores de riesgo del ámbito bancario.

Este trabajo se centró en el análisis de los fundamentos jurídicos que justifican aislar a los factores de riesgo que inciden en la actividad bancaria, al analizar el

rendimiento deficiente, como causal de despido justificado. Por lo tanto, esta investigación se ciñó al ámbito bancario, y se limitó a analizar a los factores de riesgo de este mismo, no se abordaron otros tipos de sectores productivos.

Respecto a la estructura de la investigación, la misma, se encuentra dividida en cuatro capítulos. El primer capítulo abarca los aspectos metodológicos de la investigación, contexto y formulación del problema, justificación, objetivos, hipótesis y métodos de investigación utilizados. El segundo capítulo, de la presente investigación corresponde al marco teórico de la investigación, donde se realizó una recopilación de información necesaria para la posterior discusión de la hipótesis. En el tercer capítulo se presenta la contrastación de hipótesis formulada. En el capítulo final de la investigación, se recopilan las conclusiones arribadas producto del análisis realizado en el marco teórico y la contrastación de hipótesis de la investigación, y, se presentan recomendaciones. Finalmente, se anota una lista de referencias, que contine el material bibliográfico del cual se extrajo información para el desarrollo de la presente tesis.

CAPÍTULO I

ASPECTOS METODOLÓGICOS

1.1. CONTEXTUALIZACIÓN O PROBLEMÁTICA

El artículo 59 de la Constitución Política del Perú de 1993, reconoce el poder de dirección del empleador como parte del derecho a la libertad de empresa, en virtud del cual toda persona ya sea natural o jurídica, tiene derecho a desarrollar una actividad (lucrativa o no), dentro del territorio nacional, siguiendo el marco del modelo de economía social de mercado aceptado por la Constitución; es así que, en este contexto, el titular tendrá diversas facultades de organización, reglamentación, fiscalización y sanción respecto del personal que contrate para ejecutar las labores de su rubro económico, dichas facultades componen lo que llamamos poder de dirección del empleador.

Las facultades que resultan del poder de dirección del empleador, han sido explícitamente reconocidas la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante LPCL), en el art. 9, que prescribe acerca de la subordinación existente en la relación laboral, dado que el trabajador presta sus servicios bajo dirección del empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones.

En palabras del profesor Fernández Rueda (1997), este poder de dirección determina que el empleador cuente con una potestad unilateral, que no requerirá aceptación o consentimiento del trabajador, se trata entonces, de un poder legítimo, que tiene carácter funcional, para garantizar los fines institucionales de la empresa y atender las exigencias propias de las actividades que esta ejecuta, bajo criterios de razonabilidad y buena fe, el modo de desarrollo de la labor que realizará el trabajador, dado que el cumplimiento de dicha labor encomendada, se constituye como uno de los fines de la relación laboral; en ese sentido, Espinoza Escobar (2017), afirma que esta facultad sería solamente una potestad de margen moral, más no un poder jurídico, si no fuera porque el empresario adicionalmente tiene la posibilidad de sancionar al trabajador que incide en una falta laboral, es así que, la materialización más evidente del poder de dirección es la potestad sancionadora, como una suerte de coerción, para manejar el desarrollo de las actividades por parte del empleador, para obtener los mejores resultados posibles.

De este modo, dentro de estas sanciones que puede imponer el empleador, se encuentra el despido, en ese contexto, tal como lo afirma Espinoza (2017), el despido significa la sanción más grave, que se da como consecuencia ante la comisión de una falta, y ello implica la disposición unilateral del empleador de finiquitar el vínculo laboral con el trabajador infractor, por causales relacionadas a la conducta o capacidad del mismo.

La doctrina laboral moderna, entiende al despido como “un acto de fuerza, un fenómeno de violencia inserta en los itinerarios de la autoridad empresarial” (Lastra citado por Bravo, 2019, pág. 178), por ello, siendo que, el despido responde a un acto unilateral por parte del empleador, que busca concluir con la relación laboral, es necesario que este fenómeno jurídico sea regulado, considerando su configuración como una situación excepcional, ante la regla general que busca la protección del trabajo a tiempo indeterminado; siendo que, este control se dará por medio de normas de restricción, prohibición y limitación del modo abusivo, arbitrario, independiente o injustificado de disponer el término unilateral de un contrato de trabajo.

Esa protección ha sido implementada en el ordenamiento jurídico, es por ello que, en el Perú, la ley limita a las empresas a poder despedir a sus trabajadores, solo ante la comisión de alguna de las faltas graves contempladas en la LPCL, que son las siguientes: i) relacionadas con la capacidad del trabajador, dispuestas en el art. 59 (detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, rendimiento deficiente y negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico), ii) relacionadas con la conducta del trabajador, dispuestas en el art. 60 (comisión de falta grave, condena penal por delito doloso e inhabilitación del trabajador). Al darse cualquiera de estas causales, se configura un despido justificado, que no caería en el campo de despido arbitrario consagrado en la Constitución Política del Perú, por lo cual sería legítimo, de modo contrario la ley obliga al empleador el pago de indemnización o posible reposición.

La normativa peruana, también dispone un procedimiento específico para la imputación de estas causales, si el empleador verifica la ocurrencia de los supuestos que habilitan el despido por capacidad o conducta del trabajador. Para iniciar este procedimiento, el empleador deberá imputarle por escrito las causales que determinarían su despido, y otorgarle un plazo no menor de seis días naturales, para que formule sus descargos, o de treinta días para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia, cabe recalcar que no se otorgará dicho plazo en los casos de falta grave flagrante, y en los que no resulte factible dicha posibilidad. Después de presentados los descargos, el empleador procederá a evaluarlos, y, de estimar que no han quedado desvirtuadas las faltas imputadas, o, no habiéndose presentado los descargos dentro del referido plazo de seis días, podrá proceder al despido del trabajador, el despido debe comunicarse por escrito y es importante indicar de manera precisa la causa y la fecha de cese.

De todas las causales de despido antes esbozadas, teniendo en cuenta el tema de esta investigación, es pertinente centrarnos en a aquel despido justificado derivado de la capacidad en el ámbito del rendimiento deficiente, establecido en el inciso b) art. 23 del D. S. N.º 003-97-TR, donde se establecen las causas justas relacionadas con la capacidad del trabajador, así mismo en el inciso b) del art. 25 del D. S. N.º 003-97-TR, refiere que la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción califica como una falta grave meritoria de despido, que, también se sujeta al procedimiento establecido para su respectiva imputación.

En el ámbito bancario, dada la constante aparición de nuevos retos debido a la evolución global, la necesidad de permanecer competitivo, y dado que, dicho sector de producción se desarrolla en un contexto con características muy inusuales, las empresas se ven obligadas a optimizar el material humano, lo cual tiene que ver directamente con el rendimiento de sus trabajadores. Siendo ello así los trabajadores son constantemente monitoreados para evaluar su labor, y si bien suelen utilizar un sistema de evaluación del desempeño laboral y se siguen implementando nuevos modelos de evaluación por parte de las Gerencias de Recursos Humanos, estas, son objeto de numerosas críticas por la actitud anárquica e informal en que los superiores evalúan el desempeño laboral de sus trabajadores. Es debido a este panorama, que toma importancia reconocer los lineamientos para evaluar el despido por causal de rendimiento deficiente, que es constantemente es invocado por las entidades bancarias para finiquitar los vínculos laborales.

Ahora bien, respecto a la configuración de esta causal, corresponde tomar en consideración algunos parámetros que ha desarrollado la jurisprudencia, en el Exp. N.º 17516-2019-0-1801-JR-LA-01, caso Roxana Úrsula Egoavil Pinedo contra la empresa Banco De Crédito Del Perú – BCP, se explica que, para el cese de la relación laboral por rendimiento eficiente presupone la reducción constante de la capacidad ordinaria del trabajador, observado en conjunto con un grupo de trabajadores de su propia categoría ocupacional objetiva y mediante la calificación de sus habilidades subjetivas. Esta idea presupone establecer un rendimiento promedio entre los demás trabajadores relacionados, así

como la cantidad media específica de la producción y la calidad de la misma para poder acreditar la configuración de la falta; cabe indicar que si el rendimiento está pactado de forma individual o colectiva debe encontrarse dentro de lo normal o promedio, ya que, si se acordó un mínimo mayor a este, se podrá considerar que existe un abuso de derecho por parte del empleador.

Así mismo, el máximo intérprete de la constitución, ha establecido diversas situaciones por el cual el empleador podrá demostrar la constitución ordinaria del detrimento descrito, tales como:

- a) El rendimiento del trabajador es inferior a su promedio personal habitual o al que ha sido advertido con los demás miembros, o lo advertido en el centro de trabajo.
- b) Mediante diligencia y esfuerzo normales, el rendimiento del trabajador podrá recobrar el récord anterior.
- c) La disminución del rendimiento no es un hecho aislado o esporádico, sino un registro continuo del trabajador en la ejecución de la prestación.

Así, para la construcción de esta causal se debe tener en cuenta un criterio subjetivo y otro objetivo, tal como lo precisa el autor Carlos Cadillo Ángeles (2013), para quien, la ley exige que el empleador examine la disminución del rendimiento desde dos criterios:

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

Debemos considerar, también lo establecido en el Exp. N.º 545-99-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha requerido que la constitución de una causal por rendimiento deficiente deberá sujetarse a un estricto nexo causal, debido a que es necesario establecer la relación de causalidad idónea entre las características del tipo normativo con la conducta supuestamente infractora, y se deberán evaluar la conducta infractora con los elementos objetivos y subjetivos que tal situación acarrea.

Por último, y, en concordancia a la información que antecede, se pronuncia la Recomendación sobre la terminación de la relación laboral N.º 166, del año 1982, según la cual, se ha determinado la necesidad de un requerimiento previo, estableciendo que no debe extinguirse la relación laboral por desempeño insatisfactorio, sin haber cumplido con brindar las instrucciones específicas, advertido por escrito, solo si se cumplió con estos requerimientos previos se podría materializar el despido, si el trabajador continua desarrollando su labor en forma insatisfactoria, claro está que dicha evaluación debe alinearse a un período razonable

permitiendo la mejora del desempeño; es evidente que, dicha normativa internacional busca priorizar la mejora del desempeño laboral antes de materializar el despido, estableciendo pautas para evitar el despido por esta causa y observando la prevalencia de la relación laboral.

Consideramos que, aun teniendo en cuenta este desarrollo jurisprudencial y doctrinal del despido por causal del rendimiento deficiente, en el ámbito de la actividad productiva bancaria, no se ha tomado en cuenta que, que en un campo como el bancario, existen los denominados factores de riesgo que inciden en el rendimiento del trabajador, y que estos, afectan directamente en el nivel de producción de la empresa bancaria; tales factores de riesgo se producen por condicionantes del entorno en el que actúa la empresa, y pueden incidir de forma general o ser específicos de un sector, situaciones, circunstancias o eventos que pueden suscitarse en la empresa y reducir o limitar el rendimiento y liquidez de los valores objeto de la oferta pública y traducirse en pérdidas.

De esta forma, es evidente que esta variable se encuentra inmersa al momento de evaluar el rendimiento de los trabajadores y consecuente despido, sin embargo, se puede evidenciar que estos no han sido contemplados por la jurisprudencia, y tampoco existe normativa respecto al tema, todo esto significaría un problema al momento de buscar efectuar esta facultad que le corresponde al empleador, pues lo que se busca es una correcta intervención del empleador al contemplar esta alternativa cuando la situación lo amerite, de modo tal que, ante situaciones

excepcionales, pueda probarse la necesidad de renovación en los recursos humanos que permitan satisfacer de mejor manera las necesidades de la empresa y lograr sus objetivos trazados, muy por el contrario, el ignorar o no aislar estas variables significaría una aplicación indiscriminada y arbitraria de la causal contemplada.

1.2. DESCRIPCIÓN DEL PROBLEMA

La normativa peruana contempla causales de despido justificado, en un *numerus clausus*, dentro de ellas encontramos a las casusas relacionadas con la conducta del trabajador y las relacionadas con la capacidad del trabajador; siendo que en el inciso b) art. 23 del D. S. N.º 003-97-TR, se establecen las causas justas relacionadas con la capacidad del trabajador, y así mismo, en el inciso b) del art. 25 del D. S. N.º 003-97-TR, se establece, la causa de despido por rendimiento deficiente, entendida como la disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de producción y calificada como una falta grave meritoria despido.

Y si bien, esta causal de despido justificado, ha sido desarrollada jurisprudencialmente, considerando que, para el análisis del rendimiento deficiente se debe tener en consideración dos cosas: i) establecer un rendimiento promedio entre los demás trabajadores relacionados, ii) cantidad media específica de la producción y la calidad de la misma para poder acreditar la configuración de la falta para la configuración de falta de rendimiento deficiente.

Incluso el Tribunal Constitucional, ha desarrollado parámetros que deben ser tomados en cuenta para el respectivo análisis, y reconocer si se está ante un caso de rendimiento deficiente, o no, como son: i) el rendimiento del trabajador es inferior a su promedio personal habitual o al que ha sido advertido con los demás miembros, o lo advertido en el centro de trabajo. ii) mediante diligencia y esfuerzo normales, el rendimiento del trabajador podrá recobrar el récord anterior, y, iii) la disminución del rendimiento no es un hecho aislado o esporádico, sino un registro continuo del trabajador en la ejecución de la prestación.

También se ha establecido, que para la imputación de esta causal resulta necesario el análisis del rendimiento del trabajador bajo dos criterios, que son los siguientes: i) criterio subjetivo, respecto a la capacidad individual del trabajador, en una antes y después, ii) criterio objetivo referido a la capacidad analizada en comparación con el resto de trabajadores en situaciones similares.

Resulta que, en el ámbito de la actividad productiva bancaria, existen diversos factores de riesgo que inciden en la producción y en consecuencia afectan el rendimiento del trabajador, sin embargo, estos factores son parte del contexto en el cual se desarrolla la actividad bancaria, y su existencia e influencia en la productividad y el rendimiento, no se encuentra bajo el dominio del trabajador; muy a pesar de ello, aún con todas las directrices jurídicas ya desarrolladas por la jurisprudencia y la doctrina, resultan ser insuficientes para abordar a esta variable, los factores de riesgo en el ámbito bancario.

De este modo, se genera una laguna axiológica, respecto a una situación jurídica específica, esta es, la regulación de los factores de riesgo y su afectación en el rendimiento del empleador, ello respecto a la imputación de la causal de despido justificado por rendimiento deficiente.

De este modo, ya que, es imprescindible la correcta aplicación de la causal y su respectiva sanción, y, ante la falta de normativa, de desarrollo jurisprudencial o doctrinario del tema, es necesario justificar bajo fundamentos jurídicos la exclusión de los factores de riesgo al analizar esta causal del rendimiento deficiente, limitando el análisis de la causal a aquellos factores que si están bajo el dominio del trabajador y dependen de él.

1.3. FORMULACIÓN DEL PROBLEMA

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican aislar a los factores de riesgo que inciden en la actividad bancaria, al analizar el rendimiento deficiente, como causal de despido justificado?

1.4. JUSTIFICACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación que, buscó identificar los fundamentos jurídicos que justifiquen aislar a los factores de riesgo que inciden en la actividad bancaria, al analizar el rendimiento deficiente, como causal de despido justificado, esto tuvo importancia a nivel de la doctrina, administración de justicia, y finalmente, también tendrá incidencia en la relación laboral, respecto a las dos partes que interactúan en la misma: empleador y trabajador.

A nivel de la doctrina, esta investigación brindó mayor conocimiento jurídico sobre el fenómeno del despido justificado por la causal de rendimiento deficiente, el cual si bien ha sido desarrollado en cierta medida a través de la jurisprudencia, su aplicación aun no suele ser totalmente clara, más aún en el ámbito de la actividad bancaria, donde inciden los denominados factores de riesgo, los cuales no han sido tomados en cuenta para su respectivo análisis, muy a pesar de que estos se encuentran inmersos directamente, dado que inciden en el rendimiento de los trabajadores, aunque no sean variables que estén bajo su dominio, creando de este modo un vacío legal; por lo que resultó necesario justificar a través de fundamentos jurídicos la exclusión de dichos factores de riesgo presentes en la actividad bancaria, todo ello a través de un análisis doctrinal, con el cual, como consecuencia inmediata, también se recabó conocimientos jurídicos que servirán de aporte a la doctrina.

Asimismo, contribuyó a los operadores jurisdiccionales, ya que pone de conocimiento la problemática existente respecto al despido justificado en causal de rendimiento deficiente, en el ámbito bancario, respecto del aislamiento de factores de riesgo que inciden en él, en el mismo sentido, con lo recabado en la presente investigación se proporcionó información que permite comprender de mejor manera este fenómeno jurídico, facilitando su análisis y como consecuencia al encontrarse ante problemáticas o incertidumbres jurídicas que aborden este tema, se contará con herramientas para resolver de manera más óptima, permitiendo la aplicación de las disposiciones jurídicas pertinentes.

Por último, el resultado de esta investigación, también tuvo incidencia directa en las dos partes de la relación laboral, tanto trabajador como empleador, dado que al encontrarse ante un vacío de la norma, referente a un acto como lo es el despido que refiere la ruptura de manera unilateral del contrato laboral, el conocimiento de estos fundamentos jurídicos que justifican aislar a los factores de riesgo que inciden en la actividad bancaria, facilita reconocer la correcta configuración de falta por parte del empleador cuando lo considere conveniente para ejercer la facultad del despido; y por parte del trabajador, permite encontrar criterios respecto a los cuales podrá basar su defensa ante un despido que el considere inadecuado cuando se ha utilizado esta causal.

1.5. OBJETIVOS

1.5.1. General

Determinar los fundamentos jurídicos que justifican aislar a los factores de riesgo que inciden en la actividad bancaria, al analizar el rendimiento deficiente, como causal de despido justificado.

1.5.2. Específicos

- a) Analizar el alcance del contenido del principio protector, para evidenciar su incidencia en el procedimiento de despido por causal de rendimiento deficiente.

- b) Analizar el principio de interdicción de la arbitrariedad, a fin de justificarlo como límite a la facultad sancionadora del empleador.
- c) Analizar el principio de culpabilidad para determinar su aplicación en el ámbito disciplinario de las relaciones laborales.

1.6. AMBITO DE LA INVESTIGACIÓN

1.6.1. Espacial

Atendiendo a que, el D. Leg. N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, es la normativa de la cual se desprende el despido justificado por causal de capacidad del trabajador, en su variante de rendimiento deficiente. Y, dado que, dicha norma es de alcance nacional, específicamente en el territorio peruano, es en ese mismo ámbito que se desarrolló la presente investigación.

1.6.2. Temporal

Respecto al ámbito temporal, el D. Leg. N.º 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, es la norma pertinente, que, habilita el despido justificado por causal de capacidad del trabajador, en su variante de rendimiento deficiente. Y debido a que tal normativa, fue publicada el 27 de marzo de 1997 y mantiene su vigencia hacia adelante, ese fue el límite temporal utilizado para la presente investigación.

1.7. TIPOS Y NIVEL DE TESIS

1.7.1. De acuerdo al fin que persigue

A. Básica

Según Mutané Relat (2010), la particularidad de este tipo de investigación, es que parte de un marco teórico y su desarrollo permanece dentro de él, y su objetivo es ampliar el conocimiento científico, pero sin necesidad de realizar una contrastación a nivel práctico.

Siendo así, debido a que esta investigación analizó desde un punto de vista dogmático los fundamentos jurídicos que podrían justificar aislar a los factores de riesgo que inciden en la actividad bancaria al analizar el rendimiento deficiente, como causal de despido justificado, y que, evidentemente se hizo un desarrollo a nivel doctrinal y teórico, más no práctico, esta investigación es de tipología básica por el fin que persigue.

B. Explicativa

Según Hernández Sampieri, Fernández Collado, & Baptista Lucio (2014), una investigación explicativa se caracteriza por responder al "por qué" de los hechos o fenómenos. Va más allá de describirlos, explorando sus causas, relaciones y efectos para construir un marco

teórico robusto que permita entenderlos en profundidad. Este enfoque es ideal para investigaciones que desean aportar un entendimiento sistemático y lógico del tema tratado

Es por ello, que la presente es una tesis explicativa, dado que, busca analizar y comprender el fenómeno de estudio desde una perspectiva descriptiva, pero también analítica, con el objetivo de ofrecer una visión clara y fundamentada del tema en estudio. Esta tesis planteó por medio de un análisis, principios que justifiquen aislar los factores de riesgo, ello mediante una actividad explicativa del fenómeno, para permitir su aplicación conforme a los principios constitucionales que contienen los fundamentos contenidos en la hipótesis.

1.7.2. De acuerdo al diseño de investigación

A. Descriptiva

Teniendo en cuenta lo que señala Tantaleán Odar (2015), una investigación es descriptiva cuando busca describir o precisar las peculiaridades más importantes de un fenómeno, para ello analiza y evalúa los diversos campos de estudio.

Lo cual corresponde a esta investigación, pues buscó detallar un fenómeno jurídico, el cual es la

incidencia negativa de los factores de riesgo en el ámbito bancario, que causa el rendimiento deficiente del trabajador; ello dado que mediante su análisis se pudo identificar los fundamentos jurídicos que justifiquen aislar a los factores de riesgo que inciden en la actividad bancaria al analizar el rendimiento deficiente, como causal de despido justificado.

1.7.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

A. Cualitativa

Para Mendoza Palacios (2006), el propósito de los métodos cualitativos es comprender un fenómeno describiendo las cualidades que lo componen, así como el entorno en el que se desarrolla.

Es este propósito que la atención no se concentra en el grado de exactitud del conocimiento, sino la profundidad del conocimiento; por lo tanto, este tipo de investigaciones, buscan las diversas cualidades que pueden exhibir u someter a análisis, más no la cantidad de veces que una de ellas se repite en un fenómeno.

Teniendo en cuenta lo precisado, se afirma que esta investigación fue cualitativa, de acuerdo a los métodos y procedimientos que utilizó para extraer

características del fenómeno jurídico de estudio, ya antes mencionado.

1.8. HIPÓTESIS

Los fundamentos jurídicos que justifican aislar a los factores de riesgo que inciden en la actividad bancaria, al analizar el rendimiento deficiente, como causal de despido justificado, son:

- a) La observancia del principio protector como garantía en el procedimiento de despido por causal de rendimiento deficiente.
- b) El cumplimiento del principio de interdicción de la arbitrariedad como límite a la facultad sancionadora del empleador.
- c) El respeto al principio de culpabilidad y su aplicación en el ámbito disciplinario de las relaciones laborales.

1.9. MÉTODOS

1.9.1. Genéricos

A. Analítico

Para Larenz (1966), el método analítico es aquel método de investigación, en el cual se realiza la separación de un todo, descomponiéndolo en sus partes

más relevantes para determinar, su origen, naturaleza y consecuencias.

Teniendo en cuenta ello, este método genérico fue usado en esta investigación, pues se buscará analizar la situación específica de la incidencia negativa de los factores de riesgo en el ámbito bancario, que causa el rendimiento deficiente del trabajador.

De igual manera, fue aplicable al analizar el procedimiento de despido por causal de rendimiento deficiente, así mismo, los elementos, presupuestos y requisitos para imputar la falta grave de rendimiento deficiente y los principios que inciden este procedimiento; todo ello, para determinar los fundamentos jurídicos que justifican aislar a estos factores de riesgo que inciden en el ámbito bancario, al analizar la causal de rendimiento deficiente.

1.9.2. Propios del Derecho

A. Dogmático jurídico

Como refiere Díaz (1998), por medio de la dogmática, se describe, analiza, interpreta y aplica normas jurídicas; y para perseguir ese fin, reconoce y estudia las normas jurídicas, las interpreta y aplica.

Es así que, en esta investigación se usó el método dogmático, pues se centró en analizar la normativa y principios jurídicos que justificaron aislar a los factores de riesgo que inciden en la actividad bancaria, al analizar el rendimiento deficiente, como causal de despido justificado.

B. Hermenéutico jurídico

El método hermenéutico, según Ferrer (2013), es un método completo, idóneo para englobar la comprensión y explicación de normativa u hecho de relevancia jurídica, de la mano con los principios y valores que influyen en el derecho; así mismo toma mano de la argumentación jurídica, generando un análisis interpretativo por parte del investigador.

En la presente investigación, se usó el método hermenéutico, ya que se abordó la comprensión y explicación del fenómeno de estudio, el cual no es otro que, la incidencia negativa de los factores de riesgo en el ámbito bancario, que causa la disminución del rendimiento del trabajador; y este se analizó bajo la óptica de principios y subprincipios de orden jurídico, sistema normativo, jurisprudencia vinculante, normativa, entre otros, y mediante este análisis se pueden determinar y/o corroborar los fundamentos jurídicos que justifican aislar

a los factores de riesgo al analizar el despido por rendimiento deficiente.

1.10. TÉCNICAS E INSTRUMENTOS DE INVESTIGACIÓN

1.10.1. Técnicas

A. Análisis documental

Esta investigación se usó la técnica de análisis documental, debido a que, en ella se analizó diversidad de documentos académicos, que contienen información respecto la problemática planteada; haciendo uso de estos documentos, es que se pudo obtener una respuesta a la misma, mediante el cotejo de la hipótesis planteada, lo que nos permitió determinar los fundamentos que justifican aislar a los factores de riesgo que inciden en la actividad bancaria, al analizar el rendimiento deficiente, como causal de despido justificado .

B. Argumentación jurídica

La presente investigación utilizó la argumentación jurídica como técnica, dado que se buscó construir o estructurar argumentos de consistencia, para lo que se realizó un análisis a nivel jurídico, con la intención de brindar respuesta la problemática planteada, y como consecuencia, se determinó fundamentos que justifican aislar a los factores de riesgo que inciden en la actividad

bancaria, al analizar el rendimiento deficiente, como causal de despido justificado.

1.10.2. Instrumento

A. Guía de análisis documental

Son documentos en los cuales se plasmará las ideas o aspectos más relevantes, que resultaran del análisis documental.

1.11. UNIDADES DE ANÁLISIS O UNIDADES DE OBSERVACIÓN

El presente trabajo de investigación no contó con unidad de análisis, ya que, la unidad de análisis hace referencia a un individuo.

Sin embargo, cabe recalcar que la Unidad de Observación fue el inciso b) del art. 25 de la L.P.C.L. y el inciso b) art. 23 del D. S. N.º 003-97-TR.

1.12. POBLACIÓN Y MUESTRA

1.12.1. Universo

No es aplicable en el presente trabajo de investigación.

1.12.2. Muestra

No es aplicable en el presente trabajo de investigación.

1.13. ESTADO DE LA CUESTIÓN

Después de realizar la respectiva búsqueda en RENATI, se encontró la tesis de pregrado titulada: “Propuestas para la determinación del rendimiento deficiente como causal de despido justificado en el ordenamiento jurídico peruano” presentada en la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo, siendo que en sus conclusiones, Tejada Linares (2021) resalta que, los elementos característicos del rendimiento deficiente como causal de despido justificado son: gravedad, continuidad, capacidad del trabajador y rendimiento promedio en labores, pactado previamente en el contrato.

Así mismo, presenta una propuesta legislativa sustentada en la de un sistema de gestión de rendimiento, un reglamento de evaluación de rendimiento, así como la obligación de comunicar a los trabajadores cuáles serán los rendimientos esperados, los mecanismos de evaluación y los resultados obtenidos. Por último, menciona que para objetivar la causal de rendimiento deficiente es necesario que la carta de imputación contemple sea verdadera y no simulada, especificando de manera concreta la causa de despido, se presente un cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas, referirse al trabajador y no a los medios materiales o de trabajo.

En dicho trabajo de investigación se ha determinado algunos parámetros con respecto a la causal de rendimiento deficiente, estableciendo criterios y una propuesta de procedimiento, es imperativo tomar en cuenta que, la relación laboral se desenvuelve en distintos

campos productivos siendo que, en el bancario, objeto de estudio en esta presente investigación, contiene elementos diferenciadores, como son los factores externos que influyen directamente la productividad de la empresa e inciden en el rendimiento del trabajador, de este modo, extenderse el análisis respecto a estos, para identificar debidamente como deben ser tratados al momento de evaluar un despido por rendimiento deficiente.

Asimismo, se encontró la tesis de pregrado titulada: “Consideraciones respecto al despido por causal de rendimiento deficiente” escrita por Obregón Rivera (2015), presentada en la Pontificia Universidad Católica del Perú Facultad de Derecho, sus aportes primordiales, resalta lo siguiente: Si bien la LPCL contempla la posibilidad de que el empleador dé término a la relación laboral por causa justa basada en el rendimiento deficiente del trabajador; en vista que las carencias que definen éste rendimiento deficiente contienen un alto grado de subjetividad, el despido será considerado justo en base a las pruebas que pueda presentar el empleador.

Dicha investigación ha evidenciado la situación de incertidumbre en la que se encuentran ambas partes de la relación laboral, respecto a la aplicación de esta causal, así como la necesidad de extender el análisis respecto a elementos que inciden en la producción de la empresa como es el caso de los factores de riesgo, presentes en la actividad bancaria. Igualmente, dicho trabajo de investigación, también aporta lo determinados criterios para dar objetividad a la causal, como son:

- a) La Carta de Comunicación de Rendimiento Deficiente
- b) Parámetros de habitualidad y reiterancia
- c) Comparación estadística del nivel de rendimiento
- d) Reglamento de Evaluación de Rendimiento, como facultad del empleador
- e) Plazo de 30 días naturales como mínimo para que durante el mismo se pueda determinar que superó las imputaciones en su contra
- f) Esto constituye un antecedente importante que evidencia el problema de eficacia que generó el D. Leg. N.º 1384, razón por la cual se requiere analizar sus consecuencias jurídicas en la teoría del acto jurídico.
- g) Propuesta de procedimiento de despido

Sin embargo, debe sostenerse que aún con los parámetros identificados no se logra la satisfacción plena de los derechos del trabajador debido a que es necesario que el análisis se amplíe, pues se evidencia que dichos criterios no son suficientes para analizar determinados elementos presentes en la relación laboral como los factores de riesgo presentes en la actividad bancaria.

También se encontró la tesis de posgrado titulada “El despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad en la normativa peruana respecto de puestos de fuerza de venta”, presentada en la

Pontificia Universidad Católica del Perú, entre sus conclusiones se rescata que:

Si bien es cierto, luego de haber realizado una profunda investigación doctrinaria, jurisprudencial y de legislación comparada, hemos observado que, en nuestro ordenamiento jurídico, existen las instituciones jurídicas necesarias para realizar una correcta aplicación de la norma mediante la aplicación de principios, sin embargo, también es cierto que se trata de un marco sumamente amplio y que, sin lugar a dudas, puede generar el riesgo de que surjan posiciones diferentes y aplicaciones heterogéneas por parte de empleadores y/o jueces. (Velásquez, 2022, pág. 398)

A partir de ello, se evidencia que, tanto como para los trabajadores y empleadores, así como a nivel judicial, los criterios de aplicación que se designan, son alcances muy amplios, situación que traerá consigo consecuencias jurídicas al momento de analizar la causal de rendimiento deficiente en determinados sectores productivos, como el bancario, motivo de análisis en este trabajo de investigación; ya que, los factores externos son parte del proceso productivo de la empresa bancaria y tienen repercusión directa en el nivel de productividad, dicha incidencia, no puede pasar desapercibida, siendo de ese modo necesario su respectivo análisis.

En dicha tesis, también resalta la siguiente conclusión:

Lo más importante para la aplicación de la causal de despido por rendimiento deficiente es la evaluación de rendimiento, pues es la herramienta mediante la cual se determina la idoneidad del rendimiento del trabajador. Para ello, el empleador debe implementar metodologías objetivas en la evaluación de rendimiento para que esta sustente válidamente un despido por rendimiento deficiente (comparación individual, normas de trabajo y comparación por pares). (Velásquez, 2022, pág. 186)

El autor concluye que, es preciso que implementar metodologías objetivas en la evaluación de rendimiento para sustentar válidamente un despido por rendimiento deficiente, esto evidencia la obligación de establecer límites cada vez más eficientes para determinar el rendimiento del trabajador; en consideración a ello, es de importancia tomar en cuenta la influencia de aquellas variables presentes en la producción, ello justifica la necesidad de un análisis específico respecto a los factores externos presentes en la actividad bancaria, debido a su influencia directa en el desempeño del trabajador, dado que al incidir negativamente en el contexto bancario, pueden ser causal del rendimiento deficiente del trabajador; este análisis se realizará en la investigación.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

2.1. ASPECTOS IUSFILOSOFICOS

El presente trabajo de investigación encuentra cabida en el paradigma filosófico positivismo jurídico incluyente, ello, atendiendo que el paradigma en cuestión encuentra sustento en el modelo estatal que tiene nuestro país, dado que este se afirma como un Estado Constitucional de Derecho, y en este contexto, también se observa el proceso de constitucionalización. Sin embargo, con fines académicos desarrollaremos primero el modelo de estado actual, la constitucionalización, para posteriormente abarcar el paradigma ya mencionado y su aplicación en esta investigación.

2.1.1. Estado Constitucional de Derecho

La evolución del modelo de Estado ha sido un proceso dinámico y complejo, que ha respondido a cambios sociales, políticos, económicos y filosóficos. Este recorrido histórico puede ser ordenado en varias etapas: Estado Legal, Estado Liberal, Estado Social y finalmente, Estado Constitucional de Derecho (modelo actual de Estado peruano, en el cual se desarrolla nuestra investigación). Cada uno de estos modelos tiene características distintivas y ha contribuido al desarrollo del concepto moderno de Estado.

Ahora bien, el modelo de estado constitucional de derecho, se consolida a finales del siglo XX y principios del XXI, y es el que maneja actualmente el Estado peruano, consecuencia de la constante evolución, cada etapa ha aportado elementos cruciales, siendo que esta integra y supera las anteriores e implanta a la Constitución como su fundamento supremo, del cual se extraen los principios que alimentan a toda la normativa y ante los cuales se deben adaptar las normas y el derecho en general, de acuerdo a ello, se pronuncia Sanz (2016), afirmando que, de esta forma se garantiza no solo la legalidad y los derechos individuales, sino también los derechos sociales y económicos, asegurando así una protección integral y una administración equitativa del poder.

2.1.2. La constitucionalización

Ahora bien, respecto al Estado constitucional de derecho resulta evidente hablar del proceso de Constitucionalización para entender mejor este fenómeno jurídico, que define el modelo estatal actual, en opinión de Guastini citado por Aguiló (2007), este proceso depende de diversos factores que pueden estar presentes en mayor o menor dentro de determinado ordenamiento jurídico, por ello que responde a una situación gradual, dichos factores son los siguientes:

- a) Que, la Constitución tenga la característica de rígida, de este modo la dificultad o resistencia para modificarla,

significará mayor inclinación a constitucionalizarse del orden jurídico.

- b) La existencia de una garantía jurisdiccional de la Constitución, este factor se desprende del anterior, dado que al ser rígida la constitución, ello da como consecuencia una jerarquía normativa donde se impone en primer nivel la Constitución. A esto se le suma lo denominado reserva de Constitución lo que significa que ciertas materias no pueden ser derogadas o modificadas por ley, solo por Constitución.
- c) Que, la Constitución tenga una fuerza normativa vinculante, lo que implica que todos los enunciados que contiene esta, se entienden como normas jurídicas obligatorias para los destinatarios, no pueden ser incumplidas.
- d) La sobre interpretación de la Constitución, como consecuencia una interpretación extensiva, de modo que del texto constitucional se extraen una amplia cantidad de principios y normas.
- e) Aplicación directa, lo que implica que las normas y principios extraídas de la constitución deben y pueden ser aplicadas por todos los jueces y en todo tipo de casos.
- f) La interpretación de la ley debe ser conforme a la Constitución, de modo que deben descartarse aquellas

interpretaciones de la ley que contravengan a la Constitución o no sean compatibles con ella.

- g) La Constitución toma un papel relevante en el ámbito político, dado que es constantemente consultada para argumentar y defender opciones políticas del gobierno, así como conflictos entre los órganos del mismo, y también los jueces no se limitan o restringen entorno a las cuestiones políticas.

Según Guastini (2015), la constitucionalización como proceso de transformación, da como consecuencia un ordenamiento jurídico totalmente impregnado por las normas constitucionales, es así, que la Constitución llega a ser extremadamente penetrante, invasiva, desbordante; sin embargo, cabe precisar que ello tiene especial importancia, pues de modo contrario, las normas constitucionalizadas tendrían un rango de acción limitado, como máximo, determinarían los derechos de libertad de los ciudadanos frente a los poderes públicos.

Por el contrario, en un ordenamiento constitucionalizado, el Derecho constitucional tiende a ocupar todo el espacio de la vida social y política, condicionando la legislación, la jurisprudencia, las relaciones privadas.

En un ordenamiento constitucionalizado, la constitución deja de ser un simple manifiesto político, sin efecto jurídico inmediato, y sin aplicación jurisdiccional, por el contrario, es entendido como un

conjunto de genuinas normas jurídicas, vinculantes para todos sus destinatarios.

Por ende, el legislador en el desarrollo de su labor está obligado a hacer suyos los fines perseguidos en la Constitución, así mismo, la jurisprudencia está condicionada, los jueces tienen el poder y el deber de aplicar directamente la Constitución en las controversias presentadas ante ellos, incluso preponderándolas sobre otras, igual suerte debe seguir la doctrina, y las relaciones inter privadas, deben tener observancia de las normas constitucionales.

2.1.3. Paradigma iusfilosófico post positivismo incluyente

Para Coleman (1998), un destacado defensor del positivismo incluyente, este modelo filosófico afirma que las normas jurídicas pueden y deben incorporar a los principios, habla de una unión entre los principios y el sistema jurídico, esto significa que implica que los principios son reconocidos dentro del sistema.

Como lo explica Hart, citado por Einar (2014), el positivismo incluyente se dio como resultado del esfuerzo por equilibrar el rigor normativo del positivismo jurídico con la necesidad de considerar principios en la aplicación e interpretación del derecho.

Esta corriente filosófica ofrece una visión más dinámica y adaptable del derecho, capaz de responder a las complejidades de las sociedades modernas y los desafíos éticos que enfrentan,

buscando dar respuestas a situaciones de relevancia jurídica, tomando mano de los principios, todo esto, también con implicancia del contexto existente, en este caso el Estado Constitucional de Derecho, la constitucionalización y la implicancia de los principios, para permitir fiscalizar o normar situaciones, mediante la interpretación acorde a principios.

Ahora bien, el Positivismo Jurídico Incluyente, según Einar (2014), se refiere a una corriente dentro del positivismo jurídico que abarca ciertos postulados teóricos específicos. En términos generales, este enfoque reconoce la existencia de criterios morales en la validez de las normas jurídicas, a diferencia del Positivismo Jurídico Excluyente que niega esta conexión entre el derecho y la moral.

Los postulados teóricos del Positivismo Jurídico Incluyente, se basan principalmente en la aceptación de la Tesis Social, que sostiene que el derecho es un artefacto social y que la distinción entre normas jurídicas y no jurídicas radica en su relación con hechos sociales relevantes; por último, podemos considerar que este enfoque acepta la Tesis de la Incorporación, que reconoce la existencia y necesidad de criterios morales en la determinación de la validez de las normas jurídicas.

Para concluir tenemos que este paradigma se caracteriza por considerar que los criterios morales desempeñan un papel en la determinación de la validez del derecho, lo que lo diferencia del

Positivismo Jurídico Excluyente que separa de manera más tajante el derecho de la moral.

2.1.4. Aplicación del paradigma iusfilosófico

En este contexto, donde a nivel nacional, que es limite espacial, nos encontramos ante un estado constitucional de derecho, y ante el fenómeno de la constitucionalización, es que tomaremos mano del paradigma iusfilosófico post positivismo incluyente.

Este paradigma, que integra los valores, principios y derechos fundamentales como elementos centrales del sistema jurídico, se justifica en virtud de la existencia de una laguna axiológica en el caso planteado.

Dicha laguna axiológica, al constituir un espacio normativo vacío desde el punto de vista valorativo, demanda una interpretación que no se limite a un análisis puramente literal o positivista de la norma, sino que incorpore un enfoque hermenéutico que permita integrar principios constitucionales y criterios éticos.

El paradigma postpositivista incluyente resulta idóneo en este sentido, ya que reconoce que el derecho no se agota en las disposiciones normativas, sino que, también incluye valores y principios fundamentales que informan y orientan la interpretación jurídica.

2.1.5. La Interpretación

Considerando que, para el caso de estudio, se ha detectado una laguna axiológica, respecto a la aplicación de la disposición normativa que contiene la causal de rendimiento deficiente, entendemos a la interpretación como un remedio que nos permitirá llenar de contenido la misma.

En ese sentido es que, la presente investigación usó, los siguientes métodos interpretativos: teleológico y axiológico-principalista; el primero implica interpretar la disposición normativa considerando su finalidad o propósito dentro del sistema jurídico, mientras que el segundo propone tomar mano de los valores y principios fundamentales, guiando la decisión hacia un resultado coherente con los mismos. Siendo que, de ese modo, se buscó asegurar que la resolución de la laguna axiológica identificada al aplicar la causal de rendimiento deficiente, en un contexto donde concurren factores de riesgo, sea efectuada de manera que se preserve la integridad y coherencia del sistema jurídico. Para ello, resulta indispensable adoptar una interpretación que no solo respete la armonía interna del ordenamiento legal, sino que, también sea plenamente compatible con los principios fundamentales que lo informan.

2.2. EL SISTEMA FINANCIERO

Para entender el sistema financiero, se debe tener presente que, se compone de cuatro elementos básicos: instituciones (empresas,

particulares y organismos públicos), productos financieros (activos y pasivos), intermediarios e instituciones financieras y mercados, y que estos, interactúan constantemente entre sí; en este contexto es que el sistema financiero se da como resultado de un fenómeno concreto, que se explica en lo siguiente; existen empresas, particulares y organismos públicos, cuyos gastos, en determinado periodo, superan a sus ingresos, las que son denominadas económicas con déficit; otras, en cambio, obtienen unos ingresos mayores que los gastos que van a efectuar en una época concreta; a estas las denominaremos unidades económicas con superávit.

Ante este panorama, explican López y Pascal (2010), el sistema financiero es la herramienta que permite dirigir el ahorro que provienen de aquellas unidades económicas con superávit, es decir las que tienen más recursos de los que necesitan, hacia el gasto de las unidades económicas con déficit, aquellas que no poseen los recursos necesarios para desarrollarse, con la finalidad de que se realicen inversiones o actividades de mero consumo, y consecuentemente evitar que la economía se estanque, para que de este modo se mantenga un flujo continuo en términos económicos.

2.2.1. Productos financieros

Bellido (1998), explica que, según la doctrina española, los activos y pasivos son los productos financieros provenientes de las unidades económicas con déficit y que adquieren quienes tienen excedentes, con la intención de invertir sus ahorros; estos

productos se colocan y se adquieren en el mercado financiero, donde median diversas instituciones financieras, que ayudan a colocarlos según las necesidades específicas de las entidades o personas naturales para las cuales brindan sus servicios.

Para Calvo, Parejo, Rodríguez, Cuervo y Alcalde (2018), estos productos son dinámicos en el mercado, y de ellos dependen las operaciones que se realizan dentro del sistema financiero, por ello es que, en ellos influyen inevitablemente el mercado y los intermediarios bancarios; y el derecho, también toma relevancia en este campo, pues todo lo que pasa dentro del sistema financiero debe realizarse en observancia de la normativa y bajo el control necesario por parte del Estado, ello con la finalidad de aportar seguridad jurídica a las transacciones y poder generar confianza en los inversores.

Estos productos financieros, se encuentran divididos en dos grupos, y para realizar una diferenciación entre los dos tipos de productos, Calvo, et al. (2018), explica que, podemos entender a los productos de activos como aquellos productos de financiación a las empresas o particulares, mientras que los productos de pasivo son aquellos productos financieros que usan las entidades financieras para gestionar fondos, dado que permiten invertir el dinero que no planeas gastar en la actualidad y deseas mantener seguro y disponible para un futuro.

2.2.2. Mercados

Para López y Sebastián (2010), los mercados financieros son el lugar (físico o virtual) en el que se produce el intercambio de productos financieros (activos y pasivos), así mismo, estos autores afirman que, este medio, es por naturaleza dinámico, y bajo esa característica de dinamismo, determinan o fijan el precio productos financieros.

Para comprender un poco más sobre el mercado, que podría entenderse como el contexto en el que se desenvuelve el sistema financiero, debemos identificar sus principales funciones, que son las siguientes:

- a) Permitir el contacto constante entre los agentes intervinientes, en consecuencia, prolifera la interacción necesaria entre ellos para impulsar al sistema financiero y sus actividades.
- b) Fijar los precios de los productos financieros, que, si bien aplicarán para todos los que interactúen en el mercado, a su vez también son variables.
- c) Dar liquidez a los activos, ello significa que, el activo mediante su valor económico, sea fluctuante como dinero, sin tener una pérdida en su valor.

- d) Disminuir plazos y costos de mediación entre los agentes que son parte del sistema financiero, ello bajo la característica de inmediatez.

2.2.3. Intermediarios e instituciones financieras

López y Sebastián (2010), explican que, son aquellas organizaciones que tienen por objetivo interconectar a las instituciones presentes en el sistema financiero (empresas, particulares y organismos públicos), según las necesidades de cada una, para satisfacerlas mutuamente; así mismo, en palabras de Broseta (2003), la principal actividad de estos intermediarios, consiste en la captación de depósitos de terceros que financien inversiones mediante préstamos y asistencia financiera (banca crediticia) y en la provisión de medios económicos a aquellos que no cuentan con fuentes de inversión inmediata (banca transaccional); en consecuencia a ello, es que los intermediarios financieros tienen la responsabilidad de velar por el dinero de aquellos que financian y generar un interés para los mismos; y por otro lado deben evaluar al deudor y de hacer que cumpla con el pago respectivo.

Bajo este análisis, afirmamos que los intermediarios e instituciones financieras como parte del sistema financiero, son entidades que funcionan a suerte de un mediador, y su principal función es captar a aquellas empresas con superávit (capacidad de inversión y ahorro) para dirigir esa capacidad económica, bajo

diferentes modalidades, hacia las que tienen déficit económico (para el consumo privado y permitir la inversión empresarial); para ello se valen de los activos y pasivos financieros, así como del mercado financiero.

Dentro del sistema financiero peruano, según Superintendencia de Banca, Seguros y AFP de la República del Perú (2017) los intermediarios financieros se dividen en tres:

- a) Empresas del sistema bancario, su actividad principal se centra en recibir dinero, en diferentes formas como depósitos en cuentas corrientes, de ahorros o en otros acuerdos financieros, para luego utilizar, no solo el dinero recibido, sino también su propio capital y fondos obtenidos de otras fuentes de financiamiento, para otorgar préstamos en diferentes formas y modalidades.
- b) Empresas del sistema no bancario, conjunto de instituciones financieras no clasificadas como bancos, que participan en la captación y canalización de recursos, por ejemplo, las instituciones micro financieras (cajas rurales de ahorro y crédito, cajas municipales de ahorro y crédito y otros, otorgan financiamiento a sectores específicos).
- c) Otras empresas, estas empresas pertenecen al sistema financiero, sin embargo, no clasifican en ninguno de los dos anteriores grupos, se diferencian principalmente por

seguir otra líneas excepcionales de financiación, entre ellas tenemos: empresas de arrendamiento financiero (adquisición de bienes muebles e inmuebles, los que serán cedidos en uso), empresas de factoring (adquisiciones en valor mobiliario representativo de deuda), almacenes generales de depósito (almacenamiento, custodia o conservación de bienes y mercancías), entre otras.

2.3. LAS EMPRESAS BANCARIAS

Las entidades bancarias son aquellos intermediarios financieros catalogados dentro de la sección de empresas del sistema bancario; estas buscan dar financiamiento, haciendo uso de dinero obtenido de terceros, de su capital y así como otras fuentes de financiación.

Es así que, la actividad bancaria implica la recepción del ahorro, el que está representado por el dinero, que, bajo cualquier modalidad, confían las personas naturales y jurídicas del país o del exterior, en las empresas del sistema financiero; esto incluye los depósitos y la adquisición de instrumentos representativos de deuda, que posteriormente son vinculados por concesión de crédito a agentes deficitarios.

De este modo, es evidente, que, en este mercado no se ponen en contacto directo los suministradores de fondos con las personas que necesitan estos recursos, son los bancos quienes permiten esta conexión.

Citando a la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP de la República del Perú (2017), dentro de las empresas del sistema bancario están: i) Banca Múltiple o banca privada, comercial o de primer piso, es aquella institución de crédito que cuenta con instrumentos diversos de captación y canalización de recursos. li) Empresas del Estado (tenemos Banco de la Nación, Corporación Financiera De Desarrollo (COFIDE), Banco Agropecuario (AGROBANCO). Fondo Mi Vivienda S.A.)

2.4. TIPOS DE OPERACIONES BANCARIAS

En opinión de Broseta (2003), las operaciones bancarias, son aquellos procedimientos que le permiten al banco, en su papel de intermediario, darle un flujo al activo económico mediante el dinero que ingresa. Estos tienen una clasificación general en tres grupos:

2.4.1. Las operaciones activas

Son las que permiten a las entidades de crédito, beneficiar a sus clientes con disponibilidad monetaria inmediata, haciendo uso del capital propio y de lo recibido por parte de otros clientes, entre ellas tenemos: crédito, préstamo, descuento bancario, leasing, fianzas, avales bancarios, y descubiertos bancarios.

2.4.2. Las operaciones pasivas

Son aquellas que permiten que las entidades con disponibilidad monetaria y financiera, encuentren formas de ahorro o inversión del capital que poseen, de este modo, el banco obtiene valor monetario que posteriormente será usado para los fines de la

empresa, claro está con el respaldo de que, el dinero invertido sea devuelto y genere ganancias en los casos que corresponde; como ejemplo de este tipo de operaciones tenemos: cuentas corrientes, cuentas ahorro, depósitos a plazo y certificados de depósito.

2.4.3. Las operaciones neutras

Estas son actividades de la empresa bancaria que no involucran conceder u obtener de créditos, por el contrario, consisten en prestaciones de servicios adicionales que son demandados según necesidades que puedan tener de los clientes.

Entre ellas, tenemos: transferencias bancarias, banca por Internet, domiciliaciones bancarias, compra-venta de divisas, tarjetas de débito, tarjetas de crédito y custodia de valores mobiliarios.

2.5. PRINCIPALES OPERACIONES BANCARIAS

2.5.1. Financiación

Como explica Gallo (2022), esta operación bancaria implica que, los bancos concedan préstamos o créditos de todo tipo a personas y empresas.

En ese sentido, la importancia del crédito o financiamiento radica en que hace posible que las personas y empresas obtengan o cuenten con recursos que no poseen en ese momento, y puedan invertirlos en sus negocios, y de este modo, darles la posibilidad de

con este nuevo capital (financiado por la entidad bancaria) generar futuros ingresos.

Es así que, gracias a estas operaciones, los bancos toman un papel importante en la economía, actúan como agentes de apoyo que impulsan las actividades económicas y permiten la inversión.

2.5.2. Custodia y depósito

Para Casco (2003), es una operación bancaria a través de la cual, los bancos consiguen gran parte de los recursos monetarios, con la finalidad de ubicarlos o direccionarlos hacia otros de sus clientes, que requieren esa disponibilidad económica, bajo otras formas contractuales (operaciones activas).

Como es evidente, este conforma uno de los pilares básicos de la banca pues brinda seguridad a aquellos que se valen de estas entidades para almacenar sus bienes de valor, y, por otro lado, es sumamente necesario para el intermediario financiero bancario, pues es un hecho lógico que las entidades bancarias no podrían trabajar únicamente con capital propio, este es por excelencia un negocio con dinero ajeno.

2.5.3. Emisión de títulos valores

De manera genérica, según Flint (1988), los títulos valores son documentos que representan derechos patrimoniales, por ende, tienen carácter de instrumentos con contenido económico,

cuya función es permitir la fácil circulación del patrimonio bajo una representación; en otras palabras, están hechos para movilizar valores, los cuales deben otorgarse siguiendo las prescripciones legales establecidas y sus requisitos.

De este modo, las entidades bancarias por medio de la emisión de títulos valores como productos financieros, toman un papel importante dentro de los mercados financieros.

2.6. EL RIESGO BANCARIO

Soler et al. (1999) define al riesgo como la posibilidad de sufrir un daño, que consiste en una pérdida de valor económico, ello implica disminución en la productividad, en concordancia a ello, Díaz (2021), menciona que, los riesgos bancarios son los peligros latentes que afrontan las empresas dedicadas a realizar operaciones bancarias, dado que son inherentes del entorno en el que se desarrollan; dichos riesgos pueden traducirse en pérdidas económicas para el banco, es decir menos rentabilidad, disminución de operaciones bancarias y pérdida de potenciales clientes; situación que evidentemente tiene incidencia en la labor de los trabajadores de la empresa, ello debido a que, el fin principal de una entidad bancaria es generar operaciones bancarias que permitan su subsistencia y su incremento económico, y por ende las principales tareas de los trabajadores dentro del ámbito bancario son generar operaciones bancarias exitosas que permitan rentabilidad y ganancias al banco.

Ahora bien, nos referimos al riesgo como un posible peligro e incertidumbre para el banco; es decir, es una posible situación, en la que no se sabe con exactitud lo que ocurrirá a futuro, en la que puede o no darse un hecho, pero que, si ese hecho se da, este podría resultar perjudicial para el nivel de productividad del banco.

Respecto a esto, Quezada (2011) explica que, en la actualidad las empresas coexisten con un sin número de riesgos de diversa naturaleza, pero este fenómeno toma mayor incidencia en la actividad bancaria y financiera en general, dado que para este rubro el riesgo aparece como algo inherente, es más, llega a ser necesario para esta actividad; y más aún porque el riesgo, tal como lo plantea el autor, actúa en esta actividad a modo de acicate, entendemos ello porque, al manejarse en un mercado que depende de diversidad de factores de riesgo, la inversión en este rubro suele verse afectada por una característica muy inusual, como es que, a mayor riesgo es mayor la rentabilidad o posibilidad de ganancia, ello puede ser visto desde el punto de vista del inversor particular o institucional, y también desde el punto de vista de los bancos y demás entidades financieras.

2.7. TIPOS DE RIESGOS BANCARIOS

2.7.1. Los riesgos financieros

Estos riesgos tienen incidencia directa en la rentabilidad que pueda generar la empresa en el desarrollo de sus actividades, a su vez se dividen en riesgos bancarios tradicionales, referidos principalmente al modo de administración, son los más usuales

dentro del ámbito bancario; y los riesgos de tesorería, con base en arbitraje financiero, refieren al movimiento del capital del banco, pueden generar utilidades si se hace correctamente o pérdidas si se realiza de manera incorrecta.

2.7.2. Los riesgos operativos

Están relacionados con los procesos generales del banco, la administración de las carreras del personal y de los recursos internos, el desarrollo de conocimiento y producto; y finalmente tenemos el enfoque con respecto a adquisición de clientela.

2.7.3. Los riesgos ambientales

Se relacionan con el contexto empresarial donde se realiza sus actividades la entidad, incluyen todo tipo de riesgos externos que podrían afectar las operaciones del banco a nivel social, político y económico, incluso dentro de estos se puede evidenciar las posibles crisis generadas por el entorno.

Esta clasificación esbozada, fue planteada por Brajovic, Sonja & Van Greuning, Hennie (2010), y este autor, también menciona que los riesgos financieros se relacionan entre sí, son interdependientes, es por esta característica que se pueden amplificar los riesgos individuales y consecuencia de ello, se aumenta significativamente el perfil global del riesgo bancario y su incidencia en la productividad, es decir, la suma total del riesgo

puede ser mayor que la suma de sus partes individuales debido a estas interdependencias, y de este modo su alcance llega a ser mayor, y las pérdidas que puede generar pueden llegar a incrementarse significativamente. Por cuestiones académicas evidenciaremos dicha clasificación en la siguiente tabla.

Tabla 1

El espectro del riesgo bancario

Riesgos financieros	Riesgos operativos	Riesgos ambientales
Estructura de balance general	Fraudes internos y externos	Riesgos políticos y del país
Estructura de ingresos de unidades	Prácticas laborales y de seguridad en el trabajo	Política macroeconómica
Suficiencia de capital		Infraestructura financiera
Crédito	Clientes, productos y servicios empresariales	Infraestructura jurídica
Liquidez		
Mercado	Daños a activos físicos	Crisis bancaria y contagio
Tasa de interés	Interrupción del negocio y fallas del sistema	
Riesgo cambiario		
	Gestión de proceso, entrega y ejecución	

Nota: La tabla presentada desarrolla la clasificación explicada, el autor de la tabla es de Brajovic y Van, 2010, pág. 22.

2.8. PRINCIPALES RIESGOS DENTRO DEL SISTEMA BANCARIO

2.8.1. Riesgo crediticio

Según Costa (1995) se da debido a la posibilidad de que el deudor se niegue a cumplir con las obligaciones del contrato financiero, y en consecuencia afecte el tráfico propio de la actividad del banco, ya que este se ve paralizado causando graves perjuicios en la producción de la empresa. Dentro de este riesgo, también se contemplan las pérdidas por deudas fallidas, los costos en intereses y los costos de las gestiones administrativas realizadas para los cobros. Como es evidente este riesgo significa que se genere pérdidas por la insolvencia del deudor, y este impacto se debe a que las provisiones del banco dependen del pago de los adeudos, y así mismo se debe considerar el tiempo de morosidad y las garantías que acompañen las operaciones.

2.8.2. Riesgo de liquidez

En opinión de Castro (2011), este riesgo se produce cuando la institución no puede cubrir sus necesidades financieras procedentes de su actividad y si lo puede hacer, resulta muy costoso o a un valor elevado al normal, este riesgo de liquidez también significa la dificultad de transformar en efectivo un activo, dado que se vuelve imposible venderlos en el mercado. En

palabras de Fabozzi, Modigliani, y Ferri (1996), esta situación se da cuando no es posible atender las demandas de los depositantes, consecuencia de una corrida bancaria, pues los depositantes masivamente desean retirar sus saldos tan pronto como sea posible, y para atender estas solicitudes, los bancos se ven obligados a buscar modos de obtener fondos para permitir los retiros de dinero, ya sea a altos precios o quemando activos, lo cual genera mayores pérdidas a la entidad.

2.8.3. Riesgo cambiario y el riesgo cambiario crediticio

Para entender sobre este tipo de riesgo, es importante definir qué es el tipo de cambio, este es el precio de una moneda en términos de otra, es por ello que se da una relación cambiaria entre dos monedas de distintos países; existen diversos factores adicionales que definen el valor de cambio, en el Perú el Banco Central de Reserva interviene en el mercado cambiario con la finalidad de controlar el precio.

Es así que para Blanco y Ramón (2000), este riesgo se da ante la posibilidad de pérdidas, que pueden surgir por las variaciones a las que está sujeta la moneda a causa de los movimientos o volatilidades en el valor de la misma, ello debido a que, bajo este valor económico es que se realizan las diversas operaciones bancarias.

En el mismo sentido, Jiménez (2004) opina que, el riesgo cambiario es imprevisible e inevitable, pues responde al paso del

tiempo, no es exacto y varía constantemente, la posible pérdida dependerá de la variación del tipo de cambio como de la amplitud de dicha variación, asimismo, se debe tomar en cuenta que, las variaciones en el tipo de cambio suelen afectar a los precios de los bienes y servicios producidos en un país respecto a los producidos en otros países; es por ello que, afectan a los precios de todos los activos y pasivos denominados en una moneda respecto a los denominados en otra.

2.8.4. Riesgo de tasa de interés

El Comité de Supervisión Bancaria de Basilea (BIS, 1997) define el riesgo de tipos de interés como la exposición de la situación financiera de un banco a movimientos adversos en los tipos de interés; así mismo, para Castro (2011), este se da debido a la disminución de las tasas de interés, situación que implicaría graves pérdidas para la entidad, pues afecta la rentabilidad y el margen financiero, este es un riesgo latente que afecta a los bancos, empresas e inversores institucionales, e incluso condiciona la existencia de posibles inversiones.

2.8.5. Riesgo de mercado

El Banco Central de Reserva del Perú, define a este como el riesgo de pérdidas en las posiciones de dentro y fuera de la hoja de balance y que se da a consecuencia de los movimientos en los precios del mercado.

Castro (2011) explica que esta posible pérdida depende de la diferencia en los precios que se registran en el mercado, los cuales también a su vez responden a otros factores de riesgo (precios, tasas de interés, tipos de cambio, etc.), los cuales al interactuar entre sí, funcionan como variables que inciden, significativamente dando movimientos adversos en los precios del mercado, y afectando la posición dentro del mercado e incluso la capacidad de la entidad de generar operaciones bancarias efectivas en él.

Respecto a ello debemos tomar en cuenta que, el estado emitió el Reglamento para la Supervisión de Riesgos de Mercado, el año 1998, y su objetivo es promover una cultura de administración de riesgos entre las empresas supervisadas.

2.8.6. Riesgo operativo y legal

Se encuentra supeditado a la administración de la entidad bancaria, en concordancia Castro (2011), afirma que este se materializa como consecuencia de deficiencias de carácter operativo del banco en cualquiera de los procedimientos requeridos al momento de brindarse los servicios, es así que, se afectará directamente el suministro del servicio o producto bancario, y si esto sucede se produciría una pérdida financiera, que se traducen en gastos financieros excesivos o pérdida de clientes y futuras inversiones.

Estos fallos operacionales, también incluyen incumplimiento de normas y procesos establecidos por el personal del banco, deficiencias en la capacitación del personal, interrupción de los sistemas de apoyo operativo y otros.

2.8.7. Riesgos ambientales

En opinión de Castro (2011), se refiere a la exposición a pérdidas por colocación de recursos en el país de origen de la entidad u otro país debido a que se pueden ocasionar pérdidas derivadas de efectos adversos en el entorno del país propio o ajeno, estas pérdidas pueden responder a cambios que pueden ser de carácter económico, social, político, jurídico u otros, incluso se puede dar que sus bancos centrales o instituciones públicas, no tengan la capacidad o la voluntad de cumplir con sus obligaciones en el exterior, en otras palabras, se define como la posibilidad de que un conjunto de prestatarios de otra nación se vean imposibilitados de cumplir con el contrato financiero o que tienen la voluntad de cumplirlo lo hacen de manera deficiente.

2.9. PODER DE DIRECCIÓN DEL EMPLEADOR

El poder de dirección del empleador encuentra sustento en el art. 59 de la Constitución (derecho a la libertad de empresa) y el art. 9 de la LPCL, los cuales sustentan que cualquier persona puede iniciar una actividad, y, al iniciarla el empleador se irroga facultades de dirección para dicha actividad con respecto a la mano de obra que ejecutará la actividad, en consideración a ello Buen y Morgado (1997), señalan que este poder

de dirección determina que el empleador cuente con una potestad unilateral, dado que no requerirá aceptación o consentimiento del trabajador.

Se trata, entonces, de un poder legítimo que de importancia funcional ya que permitirá garantizar el cumplimiento de los fines institucionales de la empresa y cumplir las exigencias para el desarrollo de sus actividades.

La doctrina en su mayoría, se ha decantado por la concepción amplia del poder de dirección, en la que se indica que, está compuesto por las siguientes facultades irrogadas al empleador:

- a) Organización, por la que el empleador define cómo se distribuirán y ejecutarán las labores en el centro de trabajo.
- b) Reglamentación, el empleador establece normas de imperativo cumplimiento en el desarrollo de la labor.
- c) Supervisión, por el que el empleador tiene la facultad de vigilar el adecuado cumplimiento de las obligaciones laborales de sus trabajadores.
- d) Disciplinario o sanción, en concordancia con la anterior, ante algún incumplimiento tiene la potestad de aplicar medidas disciplinarias para corregir la conducta.
- e) *Ius variandi*, alterar unilateralmente el lugar de la prestación de trabajo, atendiendo a las necesidades de la empresa.

Sin embargo, tal como lo menciona Fernández Toledo (2019), existe una concepción restringida o de contenido propio del poder de dirección que distingue claramente el poder de dirección del resto de derechos subjetivos laborales del empleador, de este modo se distingue, adicionalmente al poder de dirección, los poderes de control, poderes de administración, poder disciplinario y de sanción, y el *ius variandi*.

Esta concepción sostiene que todas tienen un contenido diferente al poder directivo, que lo hacen ser poderes o facultades distintos del empleador, no incluyéndose los mismos, pues el hecho que todos sean instrumentos de que dispone el empleador para lograr su proyecto empresarial no los hacen ser uno solo; pero para consideraciones de este trabajo tomaremos en cuenta la primera por ser la más aceptada.

2.10. FACULTAD DISCIPLINARIA Y SANCIONADORA

Este es parte del poder de dirección del empleador, y este significa la posibilidad que tiene el empleador de sancionar al trabajador ante el incumplimiento de las normas establecidas en el margen del desarrollo del trabajo; como afirma Alonso Olea y Casas Baamonde (2006), el poder disciplinario tiene suma importancia, pues complementa al poder de dirección, sin este sería un mero poder moral y no un poder jurídico, dado que si no fuera acompañado de la potestad del empleador para sancionar al trabajador que incurre en una falta laboral, no existiría modo en el que el empleador pueda condicionar el actuar del trabajador.

Del mismo modo, Espinoza Escobar (2018), indica que, la potestad sancionatoria se materializa mediante la imposición de una sanción

disciplinaria, que modifica la situación jurídica del trabajador, e incluso en casos extremos de falta grave, podría generar el término de la relación laboral con el despido.

Así mismo, tal como explica Fernández (2019) la función de esta potestad es preventiva general, intimidatoria, dado que condiciona a todos los trabajadores con una posible consecuencia perjudicial ante el incumplimiento; y preventiva especial, aflictiva, respecto al trabajador sancionado, de este modo se garantiza el adecuado desarrollo de las actividades propias de la empresa.

2.11. TIPOS DE SANCIONES DISCIPLINARIAS

En el Perú, la LPCL regula la facultad del empleador de imponer sanciones diversas correspondientes a faltas especificadas de manera taxativa, teniendo en cuenta los antecedentes, gravedad y otras circunstancias coadyuvantes.

En ese sentido, es evidente que la respuesta disciplinaria no será la misma en todos los casos y por ende la consecuencia serán diversas.

2.11.1. Conservativas

Para Fernández (2019), son aquellas cuya aplicación no tiene como resultado la extinción del vínculo laboral, por el contrario, persigue un fin correctivo dado que busca una mejora por parte del trabajador respecto a su conducta o capacidad.

Debido a su consecuencia, estas las faltas que generan este tipo de sanciones no son graves, dentro de ellas podemos encontrar: sanciones de advertencia (tales como la amonestación verbal y la amonestación escrita) y sanciones de afectación (afectan algún derecho del trabajador, ejemplo, suspensión que afecta la remuneración).

2.11.2. Extintivas

Respecto a estas, Fernández (2019), explica que su aplicación supone la extinción del vínculo laboral como respuesta a la gravedad de la falta perpetrada por el trabajador, como es lógico, la única dentro de esta clasificación es el despido.

Es así que, el despido se ubica dentro de la clasificación de sanciones extintivas y es la sanción más grave, por lo que se impone tras la comisión de una falta grave cometida por el trabajador, establecidas en la LPCL y respetando el procedimiento establecido para tal efecto. A diferencia de las otras medidas en el despido tiene una función retributiva, además de la preventiva.

2.12. ALCANCES Y LÍMITES DE LA POTESTAD SANCIONATORIA

Dado que el empleador al ejercer la potestad sancionatoria de modo unilateral, da consecuencias que afectan al trabajador, es evidente que, al producir tales efectos, dicha facultad no puede ser absoluta, es

aquí donde toman especial relevancia los límites que debe tomar en cuenta el empleador al hacer ejercicio de su potestad o poder de dirección.

2.12.1. Límites internos

Según, Blancas (2010), estos se sustentan en criterios de funcionalidad y de razonabilidad. De acuerdo con el primero, el control tiene como límite insuperable el contenido de la prestación, de acuerdo a la labor a la que se comprometió a desarrollar el trabajador; en ese sentido, si el control ejercido por el empleador, se amplía de modo tal que busca abarcar cuestiones adicionales a la obligación laboral, no sería válido.

Es así que, por este criterio, se evalúa la legitimidad del control, por lo que impide ejercer control sobre las actividades extralaborales del trabajador, convicciones políticas, religiosas, situaciones externas, e incluso controlar las actividades del trabajador durante las pausas laborales como el refrigerio, cambiarse de ropa o asistir a los servicios higiénicos.

Por otro lado, el criterio de razonabilidad, se desprende del art. 9 de la LPCL, establece entonces que, la potestad sancionatoria debe ejercerse dentro de los límites de la razonabilidad; y este límite de acuerdo con lo establecido por el Tribunal Constitucional, responde un criterio vinculado a la justicia, que busca evitar la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales del empleador.

Por último, también podemos considerar, la buena fe, entendida como un límite de la potestad sancionatoria, debido a que, el principio de buena fe informa el cumplimiento de las prestaciones de cualquier tipo de relación contractual, incluyendo aquellas que derivan de la relación laboral.

Según Espinoza (2017), esta implica que el comportamiento del empleador, sobre todo en ejercicio de una facultad discrecional, debe ser un comportamiento honesto, íntegro y cuyo fin no puede ser dañar o perjudicar al trabajador, muy por el contrario debe regirse por la finalidad propia del ejercicio de la potestad sancionatoria reconocida en la LPCL, que no es otro que, direccionar la conducta del trabajador al cumplimiento de los fines empresariales en pro del desarrollo de la empresa, salvo que se trate de una falta grave que torna imposible la subsistencia del vínculo laboral.

2.12.2. Límites externos

Tienen su sustento en el ordenamiento jurídico, es así que, el respeto de los derechos fundamentales y la dignidad del trabajador, está reconocido en el art. 23, párrafo tercero de la carta magna, que nos recuerda que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, ello se justifica en el entendido del trabajador como sujeto de derecho, lo cual afirma imperativamente el respeto a su dignidad y la necesidad de

protección y garantía de los derechos fundamentales que le asisten.

En concordancia a ello, Blancas (2010), explica que los derechos fundamentales representan un límite para la facultad de control y vigilancia del empleador, dado que la relación laboral, va más allá de una mera visión patrimonialista, puesto que el control no implica únicamente el cumplimiento de los fines de la empresa en referencia a ganancias o pérdidas, sino que responde a una evaluación de la persona y su labor, por lo que debe darse en sus justos términos.

De esta forma, los derechos constitucionales y la protección de la dignidad del trabajador se convierten en un límite para el ejercicio de la potestad sancionatoria.

2.13. REQUISITOS DE VALIDEZ DE LA MEDIDA SANCIONATORIA

Según Espinoza (2018), para que una sanción sea válida, es necesario tener en observancia lo siguiente:

- a) La existencia de una falta laboral previamente determinada como causa habilitante para el ejercicio de la potestad sancionatoria.
- b) Proporcionalidad de la sanción.
- c) Respeto del principio de Inmediatez u oportunidad.
- d) Respeto del principio Non bis in ídem.

e) Garantía del derecho de defensa del trabajador

2.14. DESPIDO

En la opinión de Plá, como se citó en Alba (2016), el despido es un acto unilateral mediante el cual el empleador extingue el contrato de trabajo, respecto a esto la normativa peruana, en el inciso g) del art. 16 del TUO del D. Leg. 728, aprobado por D. S. N.º 003-97-TR - LPCL, reconoce al despido como una causa de extinción del contrato de trabajo, conforme a ello podemos concluir que el despido es la extinción del vínculo laboral promovido por el empleador, legalmente establecida y con una causa que lo justifique; si el despido se da siguiendo estos parámetros, pues resulta que no es un acto lesivo o ilegal, ya que está regulado por el ordenamiento jurídico, como un mecanismo legal plenamente válido para extinguir el vínculo laboral, pero siempre y cuando se respeten los siguientes requisitos: se siga el procedimiento preestablecido (plazos y tiempos); y exista la causalidad.

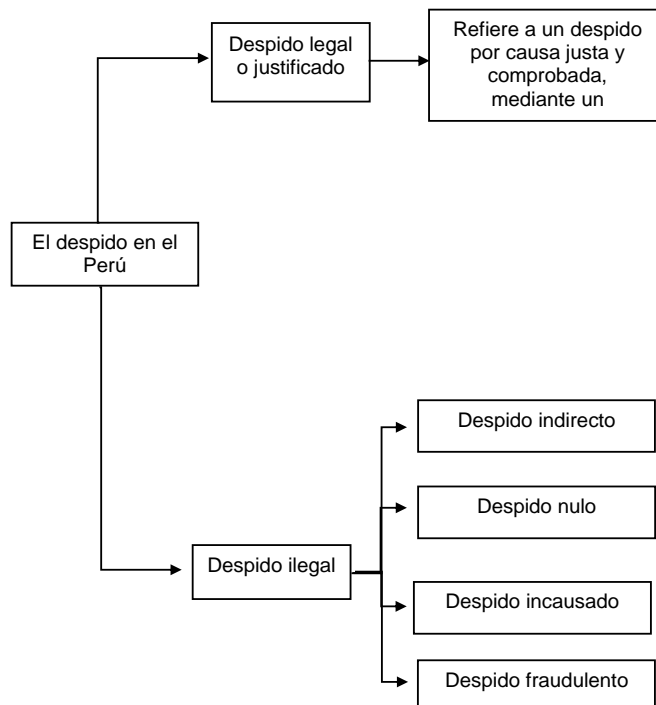
Así mismo, nuestro ordenamiento, también contempla el despido sin causalidad y/o sin seguir el procedimiento correspondiente, estos son regulados dentro de la clasificación del despido, pero con diferentes consecuencias, y, muy por el contrario, no son permitidos, en el caso de configurarse este tipo de despido, el ordenamiento jurídico peruano ha previsto normativamente una consecuencia ante los mismos, de modo tal que para nuestro Estado este despido está considerado como ilegítimo o antijurídico, y, como consecuencia corresponde en estos casos declarar la ineficacia o nulidad del acto del despido por considerarlo lesivo, con lo

que se solicita la readmisión del trabajador o indemnización del mismo, pues si suponen un acto ilegal y que contraviene las normas laborales

La intención de establecer la existencia del despido no justificado, es para garantizar la protección del trabajador, habilitando la impugnación del despido realizado en los términos no permitidos legalmente; el legislador solo ha considerado regulado expresamente, el denominado despido arbitrario, el despido nulo y el despido indirecto; en cambio el TC mediante la jurisprudencia, adiciona a esta clasificación dos tipos de despido, el incausado y el fraudulento.

Figura 1

El despido en el Perú



Nota: La figura presentada, desarrolla el despido y su clasificación, elaborada a partir del cuadro de Canales, 2016, pág.

2.15. DESPIDO JUSTIFICADO

Este tipo de despido, según Blancas (2021) es aquel que se perpetra en armonía con el derecho constitucional a la estabilidad laboral, derecho que se adquiere desde que inicia la relación del trabajo, dicha armonía se debe a que este tipo de despido, es de carácter excepcional, es decir, en situaciones determinadas y necesita estar justificado en causales previstas por la normativa.

Así mismo, Toyama (2009) agrega que, el despido justificado corresponde a una manifestación del poder sancionatorio que tiene el empleador, mediante el cual, en determinadas oportunidades contempladas por ley, este puede resolver o terminar por decisión unilateral el vínculo de trabajo, como resultado de la imposición de una sanción, en este caso, la más radical, y por tanto a consecuencia de una causal grave, las que se encuentran establecidas en el art. 22 a 24 de la LPCL, que mencionaremos a continuación:

- a) Las relativas a la capacidad del trabajador: Detrimiento de facultades o ineptitud sobrevenida, rendimiento deficiente y la negativa injustificada del trabajador a someterse al examen médico o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas.
- b) Las relativas a la conducta del trabajador: despido disciplinario, debido a la comisión de falta grave. (especificadas en el art. 25 de la LPCL), la condena penal por delito doloso y la inhabilitación del trabajador

Es conveniente, tener en cuenta que además de las causas ya expresadas, este despido debe llevarse a cabo según el procedimiento establecido en el art. 31 de la LPCL. Sin embargo, si no se cumple con estos requisitos, el despido puede ser impugnado ante la judicatura, alegando un despido ilegal, encuadrándolo en la otra tipología de despido; si la sentencia confirma el despido vulneratorio, el trabajador podrá cobrar todos los beneficios laborales generados durante la existencia del vínculo laboral, por ejemplo, remuneraciones no pagadas o beneficios sociales no pagados, siempre que no hayan prescrito.

Empero, si obtenida la sentencia final, esta declara como justificado el despido, ello implicaría la convalidación de la extinción del contrato de trabajo, que se entiende producida desde la fecha en que se produjo el despido, y ante ello, adicionalmente, el ordenamiento también habilita al empleador a interponer una demanda de indemnización de daños y perjuicios contra el ex - trabajador.

2.16. CAUSAL DE RENDIMIENTO DEFICIENTE

Esta es una causal de despido relativa a la capacidad del trabajador regulado en el art. 23 literal b) de la LPCL, que implica una deficiencia del rendimiento, entendiendo la deficiencia, como disminución muy por debajo de los niveles normales.

Por otro lado comprendemos el rendimiento, como una utilidad y como una magnitud, tal como lo explica Poquet (2014), como utilidad el termino rendir, significaría dar frutos, es decir generar un aporte o utilidad dentro de la empresa, lo que se traduciría en ganancias; respecto a

entender el rendimiento como magnitud, la autora empareja ello con el resultado o nivel de fuerza de trabajo, que se traducirá en productividad dentro de la empresa, de acuerdo a niveles. Respecto a lo señalado, unificando la definición, podemos concluir que el rendimiento es la utilidad o ganancia que se prevé generará el trabajador producto del desarrollo de sus actividades en la empresa, lo que posteriormente será se comprenderá de acuerdo a niveles de productividad.

Dese el punto de vista de Pedraza, Amaya, y Conde (2010), el rendimiento laboral son acciones observables dirigidas hacia una meta, donde el individuo tiene la voluntad y la capacidad de desarrollarla, en el marco de un contexto idóneo (que debe ser proporcionado por el empleador) para alcanzarlas.

Es así que, en líneas generales, podemos concluir que, el rendimiento deficiente, implica el incumplimiento del deber de rendimiento, que impiden al trabajador cumplir adecuadamente con su prestación laboral, pues no genera ni la utilidad ni el nivel productivo esperado, así mismo debe tomarse en cuenta que esta causal implica que este rendimiento vaya en descenso.

2.16.1. Procedimiento

Como sostiene Maravi (2000), en un procedimiento, no participa la función jurisdiccional, por lo que solo se establece como un conjunto de reglas o normas que regulan la actividad, participación, facultades y deberes de los sujetos.

El procedimiento ante la existencia de causales de despido justificado, está establecido por norma y consta de tres pasos o momentos: notificar carta de imputación, otorgar el plazo de treinta días y de ser el caso, notificar la carta de despido (art. 31 y 32 de la LPCL). Sin embargo, dentro de este procedimiento, implícitamente se considera la herramienta que sirve para medir el desempeño, y esta no es otra que, la evaluación de rendimiento, la cual debe ser implementada por el empleador, utilizando dos criterios, por un lado, el criterio individual, y, por otro lado, el criterio colectivo, antes de la imputación de cargos, y dicha imputación debe sustentarse en dicha evaluación.

Un punto relevante en este procedimiento, es la ausencia de descargos, en otras palabras, dentro de la estructura del procedimiento de despido por capacidad no existe de manera expresa el derecho de presentar descargos escritos, a diferencia de lo que sucede en el procedimiento de despido por falta grave, como lo indica Blancas (2013), no se necesita contestación escrita de la imputación, debiendo considerarse que, el plazo que se le concede al trabajador, constituye un periodo para corregir o superar las deficiencias o demostrar su capacidad para la labor que desempeña.

Por otro lado, el Reglamento de Ley de Fomento al Empleo (D.S N.º 001-96-TR) en su art. 34 establece que para la verificación del rendimiento deficiente a que se contrae el inciso b) del art. 56

de la Ley, el empleador podrá solicitar el concurso de los servicios de la Autoridad Administrativa de Trabajo (ATT), así como del Sector al que pertenezca la empresa; respecto a ello, Cadillo (2019) indica que el empleador debe demostrar el rendimiento deficiente cumpliendo los requisitos contenidos en el art. 23 literal b) de la LPCL (la evaluación), sin embargo, también puede solicitar la participación de la AAT para la verificación del rendimiento deficiente, sin que dicha participación o certificación constituya un requisito indispensable para el despido por capacidad. Simplemente, se trata de una alternativa que tiene el empleador para obtener una prueba más del rendimiento deficiente del trabajador.

En resumen, el procedimiento de despido por rendimiento deficiente en relación con la capacidad podría resumirse de la siguiente manera:

- a) Evaluación: Implementar una evaluación de rendimiento utilizando dos criterios, por un lado, el criterio individual, y, por otro lado, el criterio colectivo. Esta etapa se incorpora en virtud de lo abordado en el acápite anterior.
- b) Preaviso: Notificar la carta de preaviso de despido al trabajador sobre el cual se haya detectado que incurrió en rendimiento deficiente. Atendiendo el principio de inmediatez.

- c) Plazo: Otorgamiento y contabilización del plazo mínimo de treinta días naturales para que el trabajador acredite su capacidad o supere su deficiencia.
- d) Despido: Comprobación de continuidad del rendimiento deficiente y notificación adecuada de la carta de despido.

2.16.2. Desarrollo doctrinario

Para la construcción de esta causal se debe tener en cuenta un criterio subjetivo y otro objetivo tal como lo precisa el autor Cadillo (2019), en primer lugar un criterio subjetivo, que se refiere a la comparación individualizada del trabajador entre su rendimiento actual y el anterior, bajo condiciones similares; y por otro lado un criterio objetivo, que se refiere a la comparación del rendimiento del trabajador con el rendimiento pactado a través de convenios individuales o colectivos, o con el rendimiento medio o normal del resto de trabajadores que se encuentran en condiciones similares.

Adicionalmente, autores como Alache (2019) refieren que el empleador debe establecer objetivos y metas, así como hacer un ranking aplicable a todos los trabajadores de la empresa, dicho ranking se puede complementar con la segmentación por tercios o quintiles los cuales deben ser evaluados periódicamente acompañado de una constatación retroalimentación.

2.16.3. Desarrollo jurisprudencial

Ahora bien, respecto a la configuración de esta causal, debemos tomar en consideración algunos parámetros que ha desarrollado la jurisprudencia, en el Exp. N.º 17516-2019-0-1801-JR-LA-01, caso Roxana Úrsula Egoavil Pinedo contra la empresa Banco De Crédito Del Perú – BCP, se explica que, para el cese de la relación laboral por rendimiento eficiente presupone la reducción constante de la capacidad productiva ordinaria del trabajador, observado en conjunto con un grupo de trabajadores de su propia categoría ocupacional objetiva y mediante la calificación de sus habilidades subjetivas, es decir, también bajo un cotejo de su rendimiento anterior con el actual.

Esta idea presupone establecer un rendimiento promedio entre los demás trabajadores relacionados, así como la cantidad media específica de la producción y la calidad de la misma para poder acreditar la configuración de la presente causa; cabe indicar que si el rendimiento está pactado de forma individual o colectiva debe encontrarse dentro de lo normal o promedio, ya que, si se acordó un mínimo mayor a este, se podrá considerar que existe un abuso de derecho por parte del empleador.

También, debemos considerar lo establecido en el Exp. N.º 545-99-AA/TC, el Tribunal Constitucional ha requerido que la constitución de una causal por rendimiento deficiente deberá sujetarse a un estricto nexo causal, en sus argumentos sustenta

que, ello responde a la necesidad de establecer la relación de causalidad idónea entre las características del tipo normativo con la conducta supuestamente infractora, la determinación de la extinción de la relación laboral por rendimiento deficiente se deberá sujetar conforme a la conexión de un nexo de causalidad, en cuanto que se deberán evaluar la conducta infractora con los elementos objetivos y subjetivos que tal situación acarrea.

2.16.4. Derecho comparado

Como puntos relevantes respecto a esta causal, tenemos lo establecido en la normativa internacional, en ese sentido, la Organización Internacional del Trabajo (OIT), cuenta con disposiciones normativas sobre la terminación de la relación laboral en el Convenio N.º 158 y en la Recomendación N.º 166.

Si bien el Perú no ha ratificado dichos dispositivos, por lo cual no son vinculantes, sí nos pueden proporcionar algunas luces sobre la manera de entender el despido por motivado en el rendimiento, más aún por la similitud que existen en ciertos aspectos fundamentales.

En general, al igual que nuestra normativa, el Convenio N.º 158 recoge el principio de causalidad que establece que no puede culminarse la relación de trabajo sin causa justa basada en la conducta o capacidad, y previo ejercicio de derecho de defensa.

Por otro lado, en específico sobre el despido motivado en el rendimiento, la Recomendación N.º 166, que si bien no ha sido ratificada por el Perú no ha ratificado dichos dispositivos, por lo cual no son vinculantes, pero sí se constituyen como recomendaciones, ello en virtud del art. 3 de la Constitución, en ese sentido puede ser tomado en cuenta como un parámetro objetivo; en esta se especifica que, para despedir por desempeño insatisfactorio, que podemos entender como término equivalente al de rendimiento deficiente de la LPCL, es necesario seguir un procedimiento que implica tres requisitos:

- a) Establecer las indicaciones correctas para prestar labores.
- b) Comunicar los resultados negativos de manera previa y por escrito.
- c) Otorgar un plazo razonable para que el trabajador mejore su rendimiento.

Se entiende con ello que, no debería darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por desempeño insatisfactorio, a menos que el empleador le haya dado las instrucciones apropiadas y le haya advertido por escrito y el trabajador siga realizando su labor en forma insatisfactoria después de haber transcurrido un período razonable para que la mejore.

Obregón (2015), indica respecto a este dispositivo que, entiende el procedimiento de este modo: En primer lugar, advertir por escrito que el trabajador se está desempeñando insatisfactoriamente y precisar como subsanar dicha deficiencia; y, en segundo lugar, otorgar un plazo razonable al trabajador para que subsane su deficiencia. Sobre el primer punto, la normativa nacional, no exige que se instruya al trabajador sobre la manera de subsanar su deficiencia, sólo precisa que la causal debe ser detallada en la carta de preaviso. Respecto, del segundo punto, este extremo sí es acogido por nuestra normativa al establecer que el empleador debe otorgar un plazo de treinta días para que el trabajador demuestre su capacidad o corrija su deficiencia

Así mismo, la Recomendación sobre la terminación de la relación laboral N.º 166, del año 1982, ha determinado la necesidad de un requerimiento previo, estableciendo que no debería darse por terminada la relación de trabajo de un trabajador por desempeño insatisfactorio, a menos que el empleador le haya dado las instrucciones apropiadas y le haya advertido por escrito y el trabajador siga realizando su labor en forma insatisfactoria después de haber transcurrido un período razonable para que la mejore, a esta recomendación que si ello debemos entender como un límite adicional que requiere el previo aviso de forma específica por parte del empleador.

2.17. PRINCIPIOS

Para Arce y Váldez (1990) los principios se definen como las ideas fundamentales sobre los cuales reposa la organización jurídica de una comunidad, emanados de la conciencia social, que cumplen funciones diversas dentro del ordenamiento jurídico.

En opinión del profesor Castro (1982) son las ideas fundamentales e informadoras de la organización jurídica de la Nación, que actúan como base de la misma.

También debemos tomar en cuenta, que, desde el punto de vista de Larenz (1985) los principios jurídicos son los pensamientos directores de una regulación jurídica existente o posible son pautas orientadoras de normativa jurídica que, en virtud de su propia fuerza de convicción, pueden justificar decisiones jurídicas.

En conclusión, los principios jurídicos representan los pilares fundamentales sobre los que descansa el ordenamiento jurídico, cumpliendo una función orientadora y estructural en el sistema legal.

Estas ideas básicas no solo dan coherencia y sentido a las normas jurídicas, sino que también reflejan los valores y la conciencia social de una comunidad, lo que les otorga un carácter dinámico y adaptativo; así mismo, actúan como pautas esenciales que dirigen la interpretación y aplicación del derecho, justificando decisiones y garantizando que el sistema jurídico se mantenga alineado con los ideales de justicia y equidad. En esencia, los principios jurídicos no son simples enunciados

normativos, sino que constituyen el marco sobre el cual se edifica y evoluciona la organización jurídica, proporcionando estabilidad y parámetros.

2.17.1. Función de los principios

Respecto a la función de los principios, citando a Podetti (1997), las funciones de los principios son:

- a) Integrativa, como un instrumento técnico para calcular una laguna del ordenamiento.
- b) Interpretativa, como un modo de subsumir el caso en un enunciado amplio, que ayudan al intérprete a orientarse en la interpretación correcta, con adecuación a los valores fundamentales.
- c) Finalística, al permitir orientar hacia fines más amplios de política legislativa.
- d) Delimitativa, al poner un límite al actuar de la competencia legislativa, judicial y negocial.
- e) Fundante, al ofrecer un valor para fundar internamente al ordenamiento y dar lugar a creaciones pretorianas.

2.18. PRINCIPIO PROTECTOR DEL DERECHO LABORAL

En la situación laboral, debe anotarse que dichas partes, el empresario o empleador, por un lado, y el trabajador por el otro, no se

encuentran en un plano de igualdad, sino que, por el contrario, existe una situación de preeminencia del empresario, dueño del capital, respecto del dependiente, quien habitualmente solo tiene su fuerza de trabajo como herramienta para ganarse la vida, la cual pone voluntariamente a disposición del empleador y por ende bajo sus lineamientos.

Es así que, tal como lo menciona Murano (2021), el principio protectorio es aquel que busca amparar al trabajador dada la situación de desequilibrio que existe en la relación laboral, pues resulta evidente la superioridad del empleador ante el trabajador; así mismo, en opinión de Díez (2019), este principio, nace frente a la necesidad de lograr un cierto equilibrio jurídico entre ambas parte de la relación laboral, ante la situación de dependencia.

Para Ackerman (2005), la protección de este principio abarca diferentes momentos de la relación laboral, pero la más marcada y que deja en evidencia la desigualdad en la relación laboral es al originarse la mismas, donde incluso se establecen parámetros en los que desarrollará la labor el trabajador, ello como consecuencia de la necesidad inminente del futuro empleado de encontrar un trabajo; así mismo y durante, porque el trabajador se encuentra sujeto a las órdenes del empleador al realizar su labor.

Todo ello, se traduce en una carencia de libertad, consecuencia lógica de la necesidad de trabajar, dado la existencia de una gran cantidad de mano de obra, y limitadas vacantes en trabajos disponibles, ello es la causa inmediata de la desigualdad entre ambas partes de la relación

laboral, fundamentando la necesidad de la protección del derecho del trabajo.

2.19. EL PRINCIPIO PROTECTOR Y EL ACCIONAR DEL ESTADO

La protección de la que se habla en correspondencia a este principio, se evidencia según Diez (2019), en el accionar del Estado en tres niveles, uno correspondiente a las tres diferentes funciones del Poder.

2.19.1. Nivel legislativo

A través de su facultad propia de sancionar el estado a su vez, crea normas, ejerciendo su función legislativa, en virtud de la cual busca limitar la autonomía de las partes que participan en la relación laboral, específicamente en la voluntad de contratación entre el trabajador y el empleador, es así que, el Estado impone un conjunto de disposiciones que las partes no pueden dejar de lado en la contratación, lo cual se conoce como orden público laboral.

2.19.2. Nivel administrativo

Mediante el ejercicio de su función administrativa, el Estado controla el debido cumplimiento de las normas laborales, facilitando la armonía en las relaciones individuales y colectivas, como instrumento para mantener la paz social.

2.19.3. Nivel jurisdiccional

Los magistrados se abocan a la aplicación del derecho laboral a los casos particulares, su función jurisdiccional dicta la

obligación de resolver conforme a los principios establecidos en la Constitución, permitiendo generar decisiones con argumentos sólidos de carácter tuitivo y justo.

2.20. SUB PRINCIPIOS DEL PRINCIPIO PROTECTOR DEL DERECHO LABORAL

Plá (1198) siguiendo la línea doctrinal de Grísolia, establece que, del principio protector, derivan tres reglas o sub principios, que siguiendo el fin de este buscan permitir un equilibrio de poder en la relación laboral, mediante reglas de carácter compensatorio.

2.20.1. *In dubio pro operario*

En opinión de Plá (1198), cuando hubiera contrariedad respecto a las interpretaciones de una norma de carácter laboral, este subprincipio establece que se deberá seleccionar aquella que más favorezca al trabajador y la protección de sus derechos.

Por otro lado, para Murano (2021), es una directiva dirigida al juez (o al intérprete) en el caso de existir una duda razonable en la interpretación de una norma, va dirigido fundamentalmente al intérprete, y se presenta cuando una determinada norma tiene varias interpretaciones posibles, con diferentes consecuencias, es decir, posturas disimiles respecto a una situación en específico, siendo ese el caso, el operador jurídico debe escoger la más favorable al trabajador, en este punto el autor precisa que, para esta selección, también resulta necesario que, dicha interpretación,

además de ser favorable al trabajador, debe estar debidamente justificada.

2.20.2. Regla de la aplicación de la norma más favorable

Citando a Plá (1198), es una nueva norma o normativa no puede empeorar nunca las condiciones que ya tiene un trabajador sí como en el caso anterior la duda recaía en la interpretación de una norma, aquí se presentan dos o más normas aplicables a una misma situación jurídica; en tal caso, el juez debe, necesariamente, inclinarse por aquella que resulte más favorable al trabajador, aunque sea de jerarquía inferior.

2.20.3. Regla de la condición más beneficiosa

En opinión de Murano (2021) una nueva norma o la aplicación normativa no puede empeorar las condiciones que ya tiene un trabajador. Esta regla establece que toda modificación respecto al vínculo laboral (ello implica inicio, desarrollo e incluso término) no puede ir en contra de los mínimos inderogables contenidos en la ley, los estatutos especiales o los convenios colectivos, es decir no puede causar un detrimento en los mismos.

Esta regla dispone que cuando una situación anterior es más beneficiosa para el trabajador se la debe respetar: la modificación debe ser para ampliar y no para disminuir derechos, adicionalmente, en ese mismo sentido, se precisa que, tampoco se puede considerar que se pretenda aplicar un criterio que considere

la vulneración del orden público laboral, que está compuesto por las normas imperativas que surgen de la constitución, la ley, los estatutos especiales y los convenios colectivos de trabajo y que constituyen mínimos inderogables.

2.21. PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD

Al reconocerse en los artículos 3 y 43 de la Constitución Política del Perú el Estado Social y Democrático de Derecho, resulta congruente la aparición del principio de interdicción o prohibición de todo poder ejercido en forma arbitraria e injusta.

Citando a Landa (2018) este principio significa que se encuentra prohibida toda actuación arbitraria del Estado, incluyendo al propio TC, para ello, se establece que, cuando este y los demás jueces constitucionales controlan la validez de una norma o tutelan derechos fundamentales deben hacerlo con estricta sujeción a los mandatos constitucionales, por lo cual sus decisiones deben estar debidamente motivadas y ejercerse con razonabilidad, como consecuencia a esto, el control que se efectúa sobre los poderes públicos y sobre los sujetos privados deberá efectuarse con distintos márgenes y grados de intensidad, en aras de evitar la arbitrariedad en el ejercicio del control de constitucionalidad, de ahí que este principio funcione como un límite al ejercicio del poder.

Es necesario resaltar que, como afirma Conejo (2018), este principio implica un control de constitucionalidad de los actos de autoridad, no basta que un acto de autoridad colme lo señalado en el principio de

legalidad (fundamentación y motivación) sino que, además, es requisito que todo acto emanado del ejercicio del poder público cuente con una justificación tal que lo legitime.

Así mismo, Conejo (2018) acota que, este principio busca la posibilidad de establecer un control sobre los actos que impiden la libre participación de todos los interesados en las deliberaciones que se dan en a su interior.

Respecto a ello en la sentencia del Exp. N.º 3167-2010-PA/TC, en la que se analizó la aplicación de una sanción administrativa, el TC ha indicado que el establecimiento de disposiciones sancionatorias tanto por entidades públicas, privadas, particulares, así como por autoridades judiciales no puede circunscribirse a una mera aplicación mecánica de las normas, sino que en ella debe efectuarse una apreciación razonable de los hechos en cada caso concreto, tomando en cuenta las particulares circunstancias que lo rodean. El resultado de esta valoración y evaluación llevará pues a adoptar una decisión razonable, proporcional y no arbitraria.

En el Exp. N.º 0006-2003-AI/TC, establece que la racionalidad, es un criterio íntimamente vinculado a la justicia y está en la esencia misma del Estado Constitucional de Derecho, este es parte del mecanismo de control o interdicción de la arbitrariedad en el uso de las facultades discrecionales, exigiendo que las decisiones que se tomen en ese contexto respondan a criterios de racionalidad y que no sean arbitrarias. Como lo ha sostenido este Colegiado, esto «implica encontrar justificación

lógica en los hechos, conductas y circunstancias que motivan todo acto discrecional de los poderes públicos»

Por último, en el Exp. N.º 090-2004 AA/TC, se afirma que el principio de interdicción de la arbitrariedad nace desde la consolidación del Estado de derecho y este tiene un doble significado, tal como se ha afirmado mediante sentencia: En un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva; como lo incongruente y contradictorio con la realidad que ha de servir de base a toda decisión, es decir, como aquello desprendido o ajeno a toda razón de explicarlo, en este se afirma que lo arbitrario será todo aquello carente de vínculo natural con la realidad.

En consideración a esto, Landa (2018), establece que este principio tiene un doble significado, en un sentido clásico y genérico, la arbitrariedad aparece como el reverso de la justicia y el derecho; y en un sentido moderno y concreto, la arbitrariedad aparece como lo carente de fundamentación objetiva, lo incongruente y contradictorio con la realidad que lo que desvirtúa toda decisión.

2.22. PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

La culpabilidad, tal como afirma Islas (2014), es el juicio de reproche al autor de la conducta violatoria del deber jurídico penal, por el conocimiento que tiene de que con su acción u omisión perjudicará al bien jurídico alguno y ante el hecho de que, aun existiendo otra alternativa de

actuación no lesiva o menos lesiva, este prefiere concretar la conducta vulneradora.

Respecto a ello, Zaffaroni (2000), explica la culpabilidad como reprochabilidad, analizándola desde la perspectiva de la confluencia de un conjunto de presupuestos o caracteres que debe presentar una conducta, que hacen que sea reprochable jurídicamente a su autor (sujeto activo), de este modo no basta con la sola acción, existen factores adicionales que deben confluir para que sea reprochable.

En opinión de Plasencia Villanueva (2004), la culpabilidad se define como, el juicio de reproche que se dirige en contra del sujeto activo de un delito, en virtud de haber ocasionado la lesión o puesta en peligro de un bien jurídico, en su definición este doctrinario resalta que el autor en estas circunstancias no debía tener otras posibilidades de actuación menos lesivas o dañinas del bien jurídico.

2.22.1. Responsabilidad subjetiva

Para aproximarnos a ellos, tomaremos la opinión de Trujillo (2020), este autor señala que el principio de culpabilidad en sentido estricto o principio de responsabilidad subjetiva implica que el autor del injusto tenga doble capacidad individual: ser un agente apto para motivarse en la norma y tener capacidad de autogobernar su actuar en un contexto situacional de normalidad.

En esa línea, Villavicencio (2006) explica que la culpabilidad se basa en la libertad contextualizada del ser humano revela que

la responsabilidad del autor del injusto es de naturaleza subjetiva, significa esto que sólo es posible perseguir a personas que posean ciertas condiciones mínimas psíquicas y físicas o aptitud para dirigir su actuar en un contexto situacional determinado por condiciones de normalidad motivacional.

Al respecto, el profesor Mir Puig (2016) sostenía que el principio de culpabilidad acoge el principio de personalidad, principio de responsabilidad por el hecho, principio de dolo o culpa y principio de imputación personal.

En buena cuenta el principio de culpabilidad en sentido estricto o principio de responsabilidad subjetiva requiere que el autor del hecho típico y antijurídico goce de capacidad o aptitud para decidir y orientar su actuar en un entorno delimitado, de manera tal que sólo así puede configurarse la manifestación del principio de responsabilidad subjetiva basada en la libertad contextualiza del autor del injusto.

2.22.2. Responsabilidad objetiva

Como lo explica Trujillo (2020), el principio de culpabilidad en sentido lato proscribía toda forma de responsabilidad objetiva, responsabilidad por el resultado o responsabilidad por consecuencias imprevisibles; sobre la base de la doctrina canónica que afirmaba que quien quiso la causa quiso también el efecto. Por su parte, Zaffaroni (2000), explica que, la sola causación de un resultado fortuito o la simple materialización de una conducta

imprevisible no resultan suficientes para determinar responsabilidad penal pues además se requiere que tales fenómenos estén conectados con la persona de forma subjetiva a través de las manifestaciones del dolo o culpa; por consiguiente, el efecto material o la causa objetiva necesariamente deben haber sido queridas o previstas por el agente. En líneas generales, el principio de culpabilidad en sentido estricto contendrá el principio de responsabilidad subjetiva que establece las exigencias mínimas para sancionar el injusto del agente, el mismo debe operar en el plano de la culpabilidad.

Ahora bien, cabe recalcar que varios de los principios se encuentran positivizados de manera explícita, siendo que aquí se encuentra reconocido el principio de culpabilidad, en el art. VII del Título Preliminar del Código Penal, que establece lo siguiente: La pena requiere de la responsabilidad penal del autor. Queda proscrita toda forma de responsabilidad objetiva.

2.23. SUB PRINCIPIOS DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD

En opinión de Trujillo (2020), tradicionalmente el principio de culpabilidad comprende una serie de manifestaciones, que son entendidos como sub principios de este.

2.23.1. El principio de responsabilidad por el hecho

Implica que la sanción de conductas acordes con un derecho penal de acto y simultáneamente destierra el castigo de la

personalidad, es decir no se puede establecer una pena solo por el carácter o el modo de ser del individuo propios del derecho penal de autor; sin embargo, dichos alcances se encuentran desarrollados por el principio de exterioridad en su dimensión político formal o limitante.

2.23.2. El principio de personalidad

Impide penar al individuo por hecho ajeno y ordena su persecución por acto propio está desvalorado por el principio de exterioridad en su vertiente no hay crimen sin conducta voluntaria ergo dominable y por el principio de legalidad penal en su dimensión de ley penal estricta que imposibilitaría interpretar el término el que bajo criterios de responsabilidad colectiva, familiar o impersonal.

2.23.3. El principio de advertencia suficiente

Requiere la emisión de mensajes claros dirigidos a los ciudadanos y la formulación de tipos penales entendibles; debemos acentuar que este principio también se dirige hacia los legisladores, ya que actúa a su vez como una exigencia para los mismos, sin embargo, debe reconocerse que dicho principio de advertencia suficiente también implica, la claridad respecto a la configuración de la falta, de modo que correspondería establecer criterios específicos que puedan permitir al posible autor, si efectivamente cometió o no la falta estipulada en la ley.

2.24. OPERACIONALES

2.24.1. Reserva de la ley

En esta tesis, se usó el Principio de Reserva de ley como equivalente del Principio de Reserva Legal. Asimismo, su concepto no se encontrará ligado a la materia tributaria, debiendo entenderse a la Reserva de Ley, como aquel principio que permite al legislador reserva para sí la regulación de ciertas materias.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPOTESIS

Teniendo en cuenta la contextualización y planteamiento del problema de la presente investigación, resultó evidente la incertidumbre que supone la aplicación de la causal de despido justificado a razón del rendimiento deficiente del trabajador en el ámbito bancario; es por ello, que se formuló la siguiente pregunta: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos que justifican aislar a los factores de riesgo que inciden en la actividad bancaria, al analizar el rendimiento deficiente, como causal de despido justificado?

Para responder dicha pregunta se planteó el objetivo de determinar los fundamentos jurídicos que justifican aislar a los factores de riesgo que inciden en la actividad bancaria, al analizar el rendimiento deficiente, como causal de despido justificado; y de forma específica los siguientes:

- i) analizar el alcance del contenido del principio protector, para evidenciar su incidencia en el procedimiento de despido por causal de rendimiento deficiente,
- ii) analizar el principio de interdicción de la arbitrariedad, a fin de justificarlo como límite a la facultad sancionadora del empleador,
- iii) analizar el principio de culpabilidad para determinar su aplicación en el ámbito disciplinario de las relaciones laborales.

Siendo que, a partir de dichos objetivos se buscará contrastar la hipótesis de esta investigación, para determinar los fundamentos jurídicos que justifican aislar a los factores de riesgo que inciden en la actividad bancaria, al analizar la causal de rendimiento deficiente para concretar un despido justificado.

No obstante, antes del análisis respectivo de los elementos planteados en la hipótesis, resulta imperativo examinar los factores de riesgo (para ello tomaremos como referencia los principales riesgos dentro del sistema bancario desarrollados en el marco teórico), respecto a tres cuestiones que serán fundamentales para permitir el desarrollo de la presente investigación, que son las siguientes: i) si afecta o no al rendimiento laboral, ii) si existe o no control por parte del empleador, iii) si existe o no control por parte del trabajador, lo que desarrollaremos en el siguiente cuadro.

Tabla 2

Análisis preliminar de los factores de riesgo del ámbito bancario

Factores de riesgo	Afectación al rendimiento	al Empleador	Trabajador
Riesgo Crediticio	Debido a que el banco para realizar sus objetivos requiere que los trabajadores puedan cobrar efectivamente las deudas contraídas con la entidad, y siendo que, el riesgo en cuestión genera insolvencia del deudor, resulta que impide el cobro es decir impide	No es controlado por el empleador, si bien en este caso se puede establecer políticas que permitan seleccionar deudores que tengan condiciones económicas óptimas para que puedan cubrir sus deudas, este sería	No es controlado por el trabajador, más allá del cumplimiento estricto de las posibles políticas implementadas, pero en situaciones de afectación, el trabajador de ningún modo tendría

	realizar la labor, en consecuencia, si existe afectación al rendimiento.	solo un filtro de buena fe que puede ser superado en determinadas ocasiones por el riesgo en cuestión.	injerencia en ello.
Riesgo de Liquidez	Este riesgo da como consecuencia la falta de fondos de la entidad bancaria, entonces dado que el negocio bancario necesita de esos fondos para realizar sus principales operaciones, claro está a través de sus trabajadores, este riesgo limita la capacidad de realizar el trabajo y en consecuencia se da una afectación al rendimiento.	El riesgo de liquidez puede ser evitado y paliado por el empleador, en primer lugar, bajo políticas de adecuado manejo de fondos y respecto a disminuir la afectación este puede inyectar capital económico a su empresa para permitir su desarrollo óptimo.	Este riesgo no puede ser controlado o evitado por el trabajador, este en su posición solo puede hacer uso de los recursos brindados y bajo las políticas establecidas.
Riesgo Cambiario y Riesgo Crediticio	Este se refiere a la volatilidad de la moneda que genera pérdidas	Lo cambios en la moneda son comunes en el ámbito bancario, y	El trabajador tampoco tiene poder sobre el cambio de la

económicas, en este caso no moneda en las
 respecto al puede ser que se realizan
 rendimiento estas controlado por el operaciones ni
 pérdidas afectan empleador, las posibles
 directamente al meridianamente afectaciones, a
 nivel de puede ser previsto, pesar de que
 productividad pero nunca con trabaja
 esperado de los exactitud, dado supeditado a
 trabajadores, dado que es una los cambios de
 que las ganancias característica la misma.
 en las operaciones usual de la
 realizadas serán actividad en sí
 menores e incluso misma.
 se afectará las
 operaciones
 bancarias a
 realizar, en por ello
 que si existe
 afectación negativa
 en el rendimiento.

Riesgo de Este riesgo afecta Este al igual que el La tasa de
 la Tasa de la rentabilidad y riesgo cambiario interés con esta
 Interés margen financiero, supone un cambio característica
 en ese sentido inherente al ámbito cambiante, que
 respecto al bancario, y no es necesaria en
 rendimiento estas resulta exacto en el ámbito
 pérdidas afectan ningún caso, el bancario, no
 directamente al empleador no puede ser
 nivel de puede preverlo evitado ni
 productividad mucho menos corregido por el
 esperado de los evitarlo, porque trabajador,
 trabajadores, dado forma parte de las dado que este
 que las ganancias reglas de juego de solo trabaja

<p>en las operaciones realizadas serán menores e incluso disminuirá la posibilidad de concretar operaciones bancarias, por lo tanto, afirmamos que existe afectación al rendimiento.</p>	<p>la misma actividad económica, si bien puede ser favorable cuando de este resulta desfavorable, afecta gravemente.</p>	<p>supeditado a como varíe en el mercado.</p>
--	--	---

<p>Riesgo de Mercado</p>	<p>Este implica movimientos adversos en el mercado, cabe resaltar que este riesgo puede en determinadas ocasiones contener la afectación de otros riesgos, ya que hablamos de una afectación del entorno en donde se desarrollan las actividades bancarias, el mercado; este genera pérdidas financieras respecto a operaciones</p>	<p>implica Este riesgo contiene en si la convergencia de varios riesgos y por ello, resulta en que, también es parte del entorno común donde se desarrolla la entidad, y es necesario para todos ceñirse a esas reglas de imprevisibilidad, siendo así el empleador no puede controlar los cambios del mercado, solo genera políticas de respaldo en</p>	<p>En este supuesto de afectación el trabajador tampoco puede controlar los cambios suscitados, ni muchos menos evitarlos, dado como corresponde a la actividad debe realizar sus labores bajo los cambios y fluctuaciones del mercado.</p>
--------------------------	---	--	---

efectuadas y casos de merma la afectación grave. capacidad de realizar nuevas operaciones bancarias por parte de los trabajadores, lo cual en términos de productividad efectivamente representa una disminución del rendimiento.

Riesgo Operativo Legal	Este factor de riesgo refiere a las deficiencias en la administración de la entidad al momento de brindar los servicios, consecuencias respecto a este van desde pérdidas financieras hasta extenderse en pérdidas de clientes e inversiones, ello respecto a la productividad significa un grave	Este riesgo si puede ser previsto y evitado por el empleador, al respecto a la administración de la entidad financiera y evitar posibles pérdidas.	En el caso del trabajador, este no tiene control sobre las gestiones de administración de la empresa, solo sufre impactos por parte de las políticas implementadas en la empresa.
------------------------	---	--	---

	perjuicio que disminuye el rendimiento de los trabajadores.		
Riesgos políticos y del país	Estos riesgos son consecuencias de efectos adversos producidas en el país de inversión, esto disminuye la capacidad de cumplir con obligaciones de pago e incluso la posibilidad de inversiones, es por ello que significan una grave disminución en dos cuestiones fundamentales el cobro de deudas contraídas y la nueva aparición de operaciones, lo que afecta gravemente a los trabajadores cuya labor principal es permitir que el banco realice operaciones bancarias éxitos, en consecuencia	Este riesgo supone un cambio en el entorno del país, y como es evidente este es imprevisible, y el empleador no tiene control alguno sobre ello, porque forma parte del entorno donde se desarrollan dependiendo el país donde se encuentre.	El trabajador por su parte tampoco puede controlar los cambios suscitados en el país donde se desarrolla la actividad, resulta que estos cambios dependen a cuestiones políticas, sociales, económicas, fuera de su alcance.

existe afectación
negativa al
rendimiento.

Nota: Cuadro de creación propia. Si bien este análisis se ha realizado en torno a los principales riesgos dentro del sistema bancario, en nuestra hipótesis, también se ha realizado la clasificación respecto a tipos de riesgo (financieros, operativos y ambientales), y cabe resaltar que esta clasificación no es ajena a los riesgos analizados en el cuadro, sino que, por cuestiones académicas se ha decidido enfocarnos en los de mayor incidencia.

En un examen conjunto del cuadro arribamos a las siguientes afirmaciones:

- a) Todos los riesgos bancarios, si se concretaran en una afectación negativa para la empresa, disminuyen las ganancias en las operaciones bancarias y así mismo merman las probabilidades de generar nuevas operaciones u obtener nuevos clientes. Por lo tanto, si el riesgo bancario llega a afectar a la entidad, como consecuencia se dará una disminución del rendimiento de los trabajadores, claro está en el entendido de que la labor de estos trabajadores se sujete a la capacidad de concretar efectivamente las operaciones bancarias.

- b) Los riesgos bancarios no pueden ser previstos con exactitud por los empleadores, y, si bien estos pueden implementar políticas para intentar disminuir el grado de afectación, o, pueden inyectar capital para mitigar las crisis, resulta evidente que el ámbito bancario es un entorno de riesgos donde el empleador no tiene control y es más se sujeta a ellas como si fueran reglas de juego en consideración a las que tiene que desarrollar su actividad.
- c) En el caso del trabajador este no tiene control alguno sobre los riesgos, son imprevisibles para él tanto como lo son para el empleador, sin embargo, en su caso resulta que, también son inevitables, dado que el trabajador debe desarrollar su labor sujeto a las normas de juego que dicta en el entorno bancario en razón a sus riesgos y sumado a ello en consideración a las políticas asumidas por el empleador (que como mencionamos pueden disminuirlo, pero no evitarlo), por lo tanto, resultan ser inminentes, ya que se encuentra aún más imposibilitado de evitarlos, dado que si bien el empleador al implementar políticas puede paliar el efecto negativo solo en parte, el empleador no tiene ni esa potestad, solo el cumplimiento estricto de su labor bajo los parámetros establecidos.

Es consideración a estos datos que se realizará la contrastación de hipótesis, de modo tal que servirán en la labor de determinar si los fundamentos jurídicos planteados en nuestra hipótesis permiten justificar el aislar a los factores de riesgo que inciden en la actividad bancaria, al

analizar el rendimiento deficiente, como causal de despido justificado, en ese sentido, revisaremos en los capítulos siguientes.

Por último, es importante mencionar que, el análisis se realizó teniendo en cuenta la escuela ius filosófica del positivismo incluyente en la que alcanza soporte nuestro trabajo de investigación, así mismo para el desarrollo tomaremos mano del método analítico, dogmático y hermenéutico.

3.1. LA OBSERVANCIA DEL PRINCIPIO PROTECTOR COMO GARANTÍA EN EL PROCEDIMIENTO DE DESPIDO POR CAUSAL DE RENDIMIENTO DEFICIENTE

Como hemos visto, el principio protector toma importancia en el ámbito laboral con la finalidad de equilibrar la relación entre las partes, dada la situación de desventaja en la que se encuentra el trabajador, ante el empleador, por lo tanto, la protección de este principio debe abarcar los diferentes momentos de la relación laboral, y, para el caso que nos ocupa, trataremos la etapa final de la relación laboral, pues hablaremos respecto al término de la misma, exactamente en el despido por la causal de rendimiento deficiente.

Ahora bien, el principio protector obligatoriamente debe ser observado en cualquier procedimiento sancionador, y como es evidente, también en el que es materia de análisis, siendo que corresponde analizar cómo reacciona ante los factores de riesgo que influyen negativamente en el rendimiento, en el ámbito de la actividad bancaria.

Para identificar estas etapas, se debe tener en consideración que dicho procedimiento se encuentra sustentado en la normativa, precisamente en los artículos 31 y 32 de la LPCL, y se adiciona a su vez la etapa de evaluación, cabe aclarar que si bien no se establece taxativamente de una etapa de evaluación, esta se encuentra tácitamente presente, debido a que el fin de la contratación es el cumplimiento de los fines empresariales y el empleador espera un desempeño mínimo, en cooperación con el cumplimiento de estos fines; además de que, dicha evaluación resulta ser una herramienta necesaria dentro del procedimiento, que es con la que se inicia el mismo.

3.1.1. Evaluación y la redefinición del rendimiento deficiente

En esta etapa, el empleador debe establecer un modelo de evaluación, valiéndose de su poder de dirección, con la finalidad de establecer parámetros que permitan calificar el rendimiento de los trabajadores, y por ende identificar una situación de rendimiento deficiente.

Respecto a ello, la OIT, en sus disposiciones normativas sobre la terminación de la relación laboral en el Convenio N.º 158 y en la Recomendación sobre la terminación de la relación laboral N.º 166, del año 1982, ha dispuesto ciertos parámetros, si bien el Perú no ha ratificado dichos dispositivos, por lo cual no son vinculantes, sí se constituyen como recomendaciones, ello en virtud del art. 3 de la Constitución, es por ello que corresponde

tomar estos parámetros en cuenta para entender el despido motivado por la causal de rendimiento deficiente.

Ahora bien, la normativa internacional citada, ha determinado la necesidad de un requerimiento previo, afirmando que no debería darse por terminada la relación de trabajo por el simple hecho de la existencia de un desempeño insatisfactorio o de la disminución del rendimiento, a menos que el empleador le haya dado las instrucciones apropiadas y le haya advertido sobre lo que este entiende como rendimiento deficiente; esto, en pocas palabras significaría que no se puede imputar la falta de rendimiento deficiente sin haber establecido los parámetros de evaluación.

Como mencionábamos en líneas anteriores, la finalidad del principio protector es equilibrar la relación laboral, y en ese contexto, dicho desequilibrio que se busca combatir, se evidencia aún más ante la posibilidad de un despido, como es el caso, que implica el término del vínculo laboral por voluntad del empleador, es por ello, que en este panorama resulta imperativo la observancia del principio protector, para establecer los parámetros debidos de evaluación; dado que si bien la actuación del despido bajo una causal estipulada, se justifica y encuentra sustento en la normativo y en el ejercicio de una facultad del empleador, esta no puede convertirse en una actuación arbitraria, que coloque en mayor desventaja al trabajador.

Teniendo en cuenta ello, para esta etapa de la evaluación debemos tomar en cuenta como filtro primordial, los criterios que plantea la doctrina, jurisprudencia y normativa internacional para identificar un rendimiento deficiente, siendo que el aceptado por unanimidad, responde a criterios de análisis, los que se dividen criterio subjetivo y objetivo.

Para esto, analizaremos la situación de estudio, conforme a estos dos criterios, para poder observar cómo reaccionan ante los factores de riesgo presentes en la actividad bancaria, considerando que la incidencia negativa de estos, si afectan negativamente, perjudicando la producción y disminuyendo el rendimiento del trabajador.

Tabla 3

Criterio subjetivo y objetivo en la etapa de evaluación aplicado al fenómeno de estudio

Criterio subjetivo	Criterio objetivo
Comparación individual: esta se realizará respecto al rendimiento actual y el anterior, en situaciones similares.	Comparación del rendimiento individual con el resto de sus compañeros que desarrollan las mismas labores, en situaciones similares
Factores de Riesgo	
No se podrá tomar en cuenta este criterio debido al cambio del contexto por	Se identificará una disminución general respecto al rendimiento de los trabajadores que se

la injerencia de los factores de riesgo.	desarrollen en el mismo contexto, lo que nos llevará a problema al momento de realizar la comparación del rendimiento entre trabajadores.
--	---

Nota: Cuadro de creación propia, que evidencia cómo reaccionan los criterios actuales para identificar el rendimiento deficiente (subjetivo y objetivo) respecto de los factores de riesgo que generan rendimiento deficiente en el ámbito bancario.

Al analizar lo evidenciado en el cuadro, se colige que, en el criterio subjetivo, donde se analiza el rendimiento anterior con el rendimiento actual, debe hacerse respecto a un contexto similar, en lo posible, por lo que la permanencia de los factores de riesgo no permite un análisis certero entre el rendimiento anterior y posterior del trabajador.

Y, por otro lado, bajo el criterio objetivo, resultará probable que se identifique una disminución general respecto al rendimiento de los trabajadores que se desarrollen en el mismo contexto, dado que la incidencia de los factores afectará a todos, no obstante, cuando todos presentan una disminución en rendimiento, no puede efectuarse la comparación entre rendimientos, dado que todos decaen ante estos factores y se generará un problema al realizar la comparación.

Es así que, el criterio subjetivo y objetivo que permiten identificar el rendimiento deficiente al evaluar el rendimiento del

trabajador, confirman la necesidad de aislar a los factores de riesgo, principalmente porque estos criterios, buscan comparar el rendimiento con otro que se considera idóneo dentro de la empresa, es por ello que en el hecho de la comparación individual del trabajador, el idóneo sería el rendimiento anterior, y respecto a la comparación con los trabajadores en situaciones similares, el idóneo sería el del resto de trabajadores, sin embargo, el hecho de que los factores de riesgo no sean aislados de este análisis implica una comparación sesgada; en la primera, porque las condiciones no serían las mismas, y en la segunda, porque el rendimiento idóneo, también estaría afectado por los factores de riesgo.

Ahora bien, en este punto, también debe considerarse que, estos factores de riesgo no dependen del trabajador, es decir no hay forma que estén bajo su control o puedan ser evitados por el mismo; muy a pesar de esto, sí inciden directamente en su rendimiento, debido a que la actividad bancaria responde a flujos de inversiones y capital de la empresa.

Ante esta situación el principio protector, debe compensar esta situación de desventaja a la cual estaría posiblemente expuesto el trabajador, para evitar imponerle una carga adicional en la evaluación, y lo que es peor, insuperable, pues este no podrá hacer nada para evitarlos; así mismo, evitar poner al empleador en una situación de ventaja extrema al iniciar un proceso de despido por rendimiento deficiente respecto a cuestiones que no se

encuentran bajo sus posibilidades; todo ello con el fin de permitir el equilibrio de poderes entre ambas partes de la relación laboral.

Respecto a esto, desde una mirada constitucionalista, siendo el derecho de trabajo un derecho fundamental y ante una situación que no se encuentra expresamente regulada, esta laguna del derecho debe recibir contenido de principios que inspira la misma, como es el principio protector, de este modo se debe limitar la actuación del empleador respecto a la evaluación siendo que los parámetros deben ser reajustados y debe excluirse de dicha evaluación a los factores de riesgo de la actividad bancaria, para que cuando se detecte que el aparente rendimiento deficiente responde a estos factores de riesgo, no sea tomado en cuenta para la configuración de la falta de rendimiento deficiente, y la imposición de la respectiva sanción, más aun siendo tan grave las misma como es el despido.

Teniendo en cuenta ello, planteamos la redefinición del del concepto de rendimiento deficiente para permitir una adecuada subsunción en la falta propuesta de modo tal que se distinga efectivamente de la disminución de rendimiento. El segundo es un término más amplio y genérico que abarca la disminución del rendimiento bajo cualquier supuesto u cambio que genere efectivamente la caída de los niveles de productividad del banco, y por otro lado el primero, debe es más específico, si bien, también coincide en el hecho de una disminución del rendimiento, esta

disminución debe ser consecuencia del actuar u omisión del trabajador y debe responder directamente a cuestiones que se encuentren bajo su control, por lo que en este caso se debe necesariamente a aislar los factores de riesgo que inciden en la actividad bancaria.

Es crucial distinguir entre estos dos conceptos, ya que la mera disminución del rendimiento no debe significar que automáticamente se configure la falta de rendimiento deficiente. Por lo tanto, es fundamental reconocer que mientras la disminución de rendimiento es un término genérico que abarca cualquier situación donde disminuya la productividad, el rendimiento deficiente, al que se refiere la normativa como causal de despido justificado, es específico y requiere que se aislen los factores de riesgo para configurarse adecuadamente.

Finalmente, bajo estas características esbozadas respecto a los factores de riesgo, resulta coherente afirmar que en la evaluación planteada por el empleador, estos deben ser aislados al momento de proponer la evaluación de rendimiento, tal como ya lo iban adelantando los criterios de evaluación propuestos por la doctrina, la observancia del principio protector y la redefinición planteada respecto al rendimiento deficiente, consecuencia de ello, se debe establecer que, sí la disminución del rendimiento obedece a la injerencia de los factores de riesgos, esta disminución de rendimiento no debe ser considerado como falta grave de

rendimiento deficiente, y menos se debe imponer la sanción de despido.

3.1.2. Preaviso

En esta, se notifica con la carta de preaviso de despido al trabajador para informarle la falta imputada, es decir, para comunicar el supuesto rendimiento deficiente identificado por la entidad en la evaluación de su trabajo, ello es una clara manifestación del principio de protector, pues mediante esta se busca permitir que el trabajador tome conocimiento de su falta, y no sea despedido intempestivamente, y el hecho de que, la normativa contemple este estadio en el procedimiento de despido converge con la idea de que trabajador se encuentra en una situación de desventaja, pretendiendo equilibrar la balanza, mediante el acto de comunicar debidamente sobre el hecho imputado por parte del empleador.

En este punto, debemos entender que, este acto de comunicar, no solo implica el acto en sí de notificación, sino también el contenido respecto a lo que se está comunicando, en este caso la configuración de la falta consistente en rendimiento deficiente; por lo cual resulta necesario que la imputación sea clara, precisa y coherente, para mantener incólume el principio de protector.

Sin embargo, como ya se avizoraba en la etapa anterior, el hecho de no aislar los factores de riesgo en este procedimiento,

significaría un grave error, el cual de permitirse se mantendría hasta esta etapa, esto significaría que los hechos imputados en la carta de preaviso se mantengan considerando a los factores de riesgo dentro de este análisis, siendo ello así, se considera que la falta se ha configurado aun cuando la disminución del rendimiento sea consecuencia directa de la afectación negativa de estos factores de riesgo; por lo tanto, la carta de preaviso en su contenido sería claramente vulneratoria, imputando una falta de rendimiento deficiente sustentado en la injerencia de los factores de riesgo, cuya injerencia no puede ser repelida ni controlada por el supuesto autor, así mismo contraviniendo los criterios de evaluación ya antes analizados y el principio protector, todo ello en concordancia con lo explicado y analizado en el apartado anterior.

3.1.3. Descargos

En esta etapa del procedimiento, se da un plazo de treinta días naturales al trabajador para que acredite su capacidad o supere su deficiencia; lo cual concuerda con lo establecido en la Recomendación N.º 166, que precisa que se debe otorgar un plazo razonable para que el trabajador mejore su rendimiento.

Este plazo donde se da opciones al trabajador luego de comunicar la falta, esta norma responde también al principio de protector, en su rol compensatorio y en su fin de equilibrar la relación laboral, pues evita que el empleador tome directamente la decisión, permitiendo que el trabajador niegue la falta o enmiende

el error, en consideración a esto debemos afirmar que, este plazo es a todas luces una herramienta para el trabajador, la cual puede ser usada válidamente para evitar el despido.

Ahora bien, respecto a este mecanismo de defensa que habilita al trabajador para poder realizar lo que podemos denominar como descargos respectivos o mejorar y superar su falta, tenemos que, ante el hecho de no aislar los factores de riesgo (mantener el error), se considerará la falta aun cuando la disminución de rendimiento sea consecuencia directa de la afectación negativa de estos, y ello nos traería un problema con respecto al uso de esta herramienta de defensa procedimental, pues el trabajador estará en una situación de clara desventaja, e incluso se estaría pidiéndole un imposible, solicitándole que niegue la disminución del rendimiento, pero sin poder alegar que los factores de riesgo generaron la deficiencia o que supere la deficiencia en una situación en la que claramente no tiene control y puede hacer poco o nada por ello, por lo que se lo pondría en una encrucijada, y ello haría inútil a la herramienta de defensa de la que estamos tratando, perdiendo su fin en sí misma.

Como consecuencia de ello, bajo la tutela del derecho laboral, por su naturaleza de carácter compensatorio, mediante su principio protector, requiere que los factores de riesgo sean aislados, dado que, los factores de riesgo y su afectación son un defecto en el entorno, insuperable respecto a las posibilidades del

trabajador. Solo de este modo, proporcionamos un modo óptimo para identificar el rendimiento deficiente, evitando una situación de desequilibrio entre las partes, pretendiendo proveer igualdad de armas para el trabajador y el empleador.

Es por estas consideraciones, que es necesario que los factores de riesgo sean aislados, de modo tal que no contaminen en la evaluación para determinar el rendimiento deficiente, pues cuando la disminución del rendimiento responde a la injerencia de estos, no debe ser considerado rendimiento deficiente.

3.1.4. Comprobación, despido y notificación

Como última fase del procedimiento, se da la comprobación de continuidad del rendimiento deficiente, despido y notificación; en este estadio, también se puede corroborar la incidencia del principio protector, debido que se establecen pautas como la corroboración y notificación para hacer válido un despido, dichas pautas se sugieren como una obligación del empleador si busca concretar el despido, es así que, el trabajador goza de una protección legal, respecto a la actuación de su empleador cuando este busque acreditar un despido justificado.

En este punto, como resulta evidente, el hecho de pretender afirmar que existe rendimiento deficiente, aun cuando esta deficiencia laboral responde a los factores de riesgo, que no fueron aislados oportunamente, y aun así, imputar esa falta, comunicarla bajo esos términos, e incluso corroborar su existencia, para

finalmente sancionar al trabajador con la consecuencia más grave, el despido, implicaría vulnerar el principio protector en cada uno de los estadios del procedimiento disciplinario, dado que se pasará por alto el defecto que nace en la evaluación y se mantendrá a lo largo del procedimiento, y más aún en esta etapa final, pues al concretarse el despido en estos términos, significa avalar como despido justificado a un despido cuyo procedimiento no se dio respetando la observancia y cumplimiento del principio protector, e incluso soslayó los derechos de una parte de la relación laboral, permitiéndole al empleador imponer su voluntad, dando termino a la relación laboral en un escenario donde no existe el debido equilibrio de poder entre las partes, e incluso donde el trabajador se ve afectado, y se encuentra imposibilitado de cualquier estrategia de defensa, orillándolo a resignarse al despido intempestivo. Es por ello, que, en cumplimiento irrestricto del principio protector y su fin principal de mantener el equilibrio de poderes y su rol compensatorio, se debe aislar a los factores de riesgo para asegurar el desarrollo del procedimiento de despido conforme a ley.

Así mismo, debemos mencionar que, al vaciar de contenido al principio protector y no aplicarlo correctamente durante el procedimiento disciplinario, el procedimiento solo será una cuestión temporal, cumplimiento de plazos, pues todas las otras herramientas planteadas a lo largo del mismo para evitar el despido arbitrario pasarían a ser inservibles y meramente enunciativas.

Todos estos son argumentos primordiales, para afirmar que los factores de riesgo deben ser aislados, incluso desde la primera etapa, en el sentido de que, si estos son la causa del descenso del rendimiento, este no debe ser considerado como rendimiento deficiente y no se debe imputar la falta grave para buscar un despido justificado dentro del procedimiento.

3.1.5. Accionar del Estado

Finalmente, el principio protector también se puede observar de acuerdo al accionar del estado en el desarrollo del procedimiento de despido por rendimiento deficiente; a nivel legislativo, se evidencia en la existencia de normativa cuya aplicación respalda la idea de limitar la actuación de las partes, pues el empleador para concretar el despido debe seguir la normativa jurídica, la cual está irradiada por el principio protector, porque nuestro modelo estatal válida a los principios fundamentales de la constitución como base de toda la normativa; a nivel administrativo, el cumplimiento de dicha normativa es controlado por parte del Estado respecto al desarrollo del procedimiento administrativo, por lo que, el desarrollo del procedimiento debe ser con cumplimiento de los parámetros mínimos normativos, uno de ellos es la observancia al principio protector en todos los estadios del procedimiento, siendo que conforme hemos analizado, si no se excluiría a los factores de riesgo se vulneraría dicho principio en todos los estadios del

procedimiento sancionador; y por último a nivel jurisdiccional, es visible respecto a la revisión que hace el estado del despido efectuado, a través del órgano jurisdiccional, para verificar si este es válido o no, dicha revisión se sustenta en la facultad del trabajador de impugnar judicialmente si considera que el despido no ha seguido el procedimiento correcto, siendo que en el caso en análisis, si se da un despido por un rendimiento deficiente que es consecuencia directa de la influencia negativa de los factores del riesgo del ámbito bancario, este deberá ser declarado contrario a ley, al advertir dicha deficiencia que vulnera el principio protector.

3.1.6. Sub principios del principio protector

A. In Dubio Pro Operario

El sub principio *In dubio pro operario*, se aplica respecto de la interpretación normativa, para elegir aquella que es más beneficiosa para el trabajador.

Para el presente estudio, la normativa relevante es aquella que regula el procedimiento de despido por rendimiento deficiente, precisamente los artículos 23, 31 y 32 de la LPCL, que establece al rendimiento deficiente como causa justa de despido y las etapas del procedimiento para imputar la falta del rendimiento deficiente; sin embargo, esta normativa aún debe ser llenada de contenido por la interpretación, respecto a la definición de rendimiento deficiente, para establecer qué

debe ser considerado como rendimiento deficiente, y en ese sentido, teniendo en cuenta la existencia de factores de riesgo en el ámbito bancario y que estos generan una disminución en el rendimiento, determinar si los factores de riesgo y su incidencia negativa deben ser aislados en el procedimiento; y ante este caso de duda, se debe seleccionar aquella interpretación cuya aplicación favorezca al trabajador.

Ante esto tenemos dos posibles interpretaciones: la primera interpretación implicaría entender que el rendimiento deficiente del cual habla la normativa, abarca cualquier tipo de disminución del rendimiento, aunque este sea consecuencia de situaciones externas que no están bajo el control del empleador, y por otro lado, tenemos a la segunda interpretación, que es la propuesta en esta investigación, la redefinición de rendimiento deficiente, donde se plantea que el rendimiento deficiente como causal de despido debe ser diferenciado de la disminución de rendimiento, siendo que el primero es específico, mientras que el segundo genérico, de modo tal que no toda disminución del rendimiento implica un rendimiento deficiente, por lo que se debe generar una limitación en la fiscalización por parte del empleador, reduciendo su alcance a solo cuestiones que están bajo el poder del trabajador, lo que

daría como consecuencia que se deba aislar a los factores de riesgo al analizar la causal de rendimiento deficiente en el procedimiento sancionador. Al cotejar ambas interpretaciones, resulta lógico concluir que la primera, permite equilibrar la balanza de poder entre trabajador y empleador, evitando poner al trabajador en una evidente posición de desventaja injustificada respecto con el empleador.

En consecuencia, la respuesta es clara: se deben aislar los factores de riesgo, pues con ello la disminución de rendimiento que sea consecuencia directa de estos orígenes no podrá ser avalado como rendimiento deficiente, y, por lo tanto, no habría causa justa de despido.

B. Regla de la aplicación de la norma más favorable

Este sub principio tiene implicancia cuando nos encontramos ante dos normas aplicables a la misma situación, en este caso, no existe regulación normativa específica sobre los factores de riesgo, y las normativas existentes aplicables al procedimiento por rendimiento deficiente, no son contradictorias entre sí, por lo que son de aplicación conjunta, por eso en el caso de análisis, el sub principio de la norma más favorable es reemplazado por el de interpretación más favorable, dado que, no hay

colisión de normas, por el contrario, existe una necesidad de dar contenido a la normativa, en este caso respecto al concepto de rendimiento deficiente, para aplicación en una situación específica, como son la existencia de factores de riesgo que corresponden al ámbito bancario, en donde se debe priorizar aquella interpretación más favorable para el trabajador, en este caso afirmamos que se debe mantener la diferenciación propuesta entre disminución de rendimiento y rendimiento deficiente.

C. Regla de la condición más beneficiosa

Esta regla establece que cualquier modificación respecto a una relación laboral, no puede ir en detrimento de los mínimos inderogables contenidos en la ley, por lo tanto la modificación debe significar una ampliación de derechos más no una disminución, ello aplicado en el caso de estudio, nos lleva a la observancia mínima laboral implementada a nivel constitucional en el art. 27 la ley otorga protección al trabajador contra el despido arbitrario, siendo que este para ser conforme a ley puede darse exclusivamente por los mecanismos instaurados taxativamente por ley y siguiendo los principios que irrigan al derecho.

Si bien el despido por rendimiento deficiente se encuentra contemplado por ley, no solo basta con estar

establecido en la norma, resulta importante que la falta se impute adecuadamente mediante un procedimiento óptimo, que contemple la normativa y principios, para concretar correctamente el despido y este no sea convertida en un despido arbitrario; sin embargo, el hecho de aceptar como correcto que aquella disminución de rendimiento causado por los factores de riesgo pueda ser imputado como falta grave, que faculte el despido, significa permitir un despido en una clara situación de desventaja del trabajador, pues se está ampliando el alcance del despido justificado por rendimiento deficiente, evitando hacer diferenciaciones necesarias, y excluir a los factores de riesgo, permitiendo que el despido se aplique con claras lesiones hacia el principio protector, en una situación de desigualdad; y por ende implica un atentado al derecho de protección contra el despido arbitrario.

Por ello como consecuencia en aplicación de la regla de condición más beneficiosa, una regla compensatoria del derecho laboral, que busca equilibrar la relación de poder entre las partes, verificamos que se debe aislar los factores de riesgo, realizando la diferenciación debida entre la disminución de rendimiento y el rendimiento deficiente; dado que, el no hacerlo genera que se vulnere el derecho de protección

contra el despido arbitrario, precepto legal establecido en la constitución, el cual es un mínimo establecido que debe ser respetado y no puede ser mermado.

3.2. EL CUMPLIMIENTO DEL PRINCIPIO DE INTERDICCIÓN DE LA ARBITRARIEDAD COMO LÍMITE A LA FACULTAD SANCIONADORA

El poder dirección del que goza el empleador es necesario para que pueda dirigir las actividades de la empresa y permitir el cumplimiento de sus fines empresariales, y dentro de este, se encuentra la facultad sancionadora que permite al empleador corregir al trabajador ante la configuración determinadas faltas contempladas en ley, y en casos graves, como es la falta de rendimiento deficiente, finiquitar la relación, es decir, es esta facultad sancionadora la que habilita al empleador, el banco, para extinguir el vínculo laboral cuando detecta faltas graves, para el caso en estudio cuando se detecta el rendimiento deficiente del trabajador.

Ante esto, debemos establecer que el principio de interdicción de arbitrariedad reconocido en los artículos 3 y 43 de la Constitución Política del Perú, significa evitar toda actuación arbitraria del estado, ¿y cómo puede esto tener relación con los factores de riesgo al analizar el despido por rendimiento deficiente?, esto se debe a que dado que la relación laboral importa al derecho, esta misma se encuentra regulada por el ordenamiento jurídico, especialmente como es el caso, en el supuesto de extinguir válidamente esta relación, siendo ello así, el estado no puede permitir que el empleador haga uso de esta facultad sin los límites

correctos, dado que avalarlo a nivel normativo y jurisdiccional significaría permitir la arbitrariedad, es así que, este principio dicta que los parámetros necesarios para realizar un control que busque evitar los actos arbitrarios.

3.2.1. Límites del poder disciplinario

La potestad sancionadora, es parte del poder disciplinario del empleador, sin embargo, esta no es absoluta, tiene límites que deben ser entendidos como el primer filtro para analizar los actos del empleador al hacer ejercicio de su potestad; es por ello que, para hablar de la interdicción de la arbitrariedad, es necesario analizar la situación de estudio bajo estos parámetros.

A. Límites internos

Dentro de este, tenemos en primer lugar al criterio de funcionalidad, el cual establece que la fiscalización del empleador se debe realizar únicamente respecto a la prestación a la que se comprometió el trabajador, es por ello que no puede ampliarse fuera de este margen.

Ahora bien, en consideración a esto, si bien los factores de riesgo, sí tienen incidencia en el rendimiento, estos no son parte del contenido de la prestación a la que se obligó el trabajador, por el contrario, son parte de del entorno donde se desarrolla la pretensión, pues son factores inherentes al ámbito bancario, así mismo debemos establecer que, estos factores de riesgo, son

ajenos a la voluntad, por ende a su actuar y no depende del él, mucho menos se puede decir que el trabajador se comprometió respecto a estos y sus posibles cambios, menos aún respecto de las consecuencias negativas que estos originen; en consecuencia, resulta incuestionable que estos factores de riesgo, como parte del entorno del ámbito bancario, no se encuentran en la esfera donde se permite la fiscalización del empleador, sino que están fuera de esta.

Por ello, de acuerdo a este límite, si el empleador busca ejecutar una sanción como es el despido, en una situación donde su fiscalización para verificar la falta, en este caso el rendimiento deficiente, se da sobre la incidencia de los factores de riesgo, indiscutiblemente se está transgrediendo el límite interno de su poder de dirección, dado que está ampliando el alcance de su potestad, sin justificación alguna y de modo tal que, busca abarcar cuestiones adicionales a la obligación laboral, dicha situación no sería válida, dado que el rendimiento se debe evaluar estrictamente en la esfera de la labor realizada, por lo que, los factores de riesgo deben ser aislados al realizarse el análisis respecto al rendimiento del trabajador, y consecuencia de ello, si se verifica una disminución del rendimiento que sea consecuencia directa de estos, no deberá ser

considerado como rendimiento deficiente, es decir no se configura la falta grave, y no se podrá concretar el despido.

Por otro lado, bajo la óptica de la razonabilidad, se debe tener en cuenta cual es fin que se persigue, la medida que se está utilizando y la relación entre estos dos; para la situación analizada, el fin del empleador es evitar la disminución de la productividad, es decir la afectación al rendimiento, lo cual pretende hacer, cambiando los recursos humanos disponibles, a través del despido.

En ese panorama, debemos considerar lo siguiente, la medida por la que opta el empleador, en el contexto que planteamos, resulta ser insuficiente e inidónea para cumplir el fin que se persigue; pues el término de la relación no implicará una mejora en la situación de la empresa, debido a que no generará la mejora del rendimiento; con esto no queremos decir que el rendimiento deficiente debe ser condonado por el empleador si o si, sino que dado que, el fin de este despido justificado es permitir que el empleador cambie el recurso humano para favorecer el cumplimiento de los fines de la empresa y mantener un buen nivel de productividad, y dado que en el caso, la disminución de

rendimiento es consecuencia de factores de riesgo, el cambio del recurso humano no evitará la disminución del rendimiento, ello debido a que, los factores de riesgo seguirán afectando negativamente a la productividad, sea cual fuere el remplazo del nuevo trabajador; además, debemos mencionar que esta medida es demasiado drástica y lesiva para la situación. Por lo tanto, se debe aislar los factores de riesgo para resguardar la razonabilidad en el procedimiento de imputación de la falta de rendimiento deficiente.

Por último, tenemos a la buena fe, esta requiere que el actuar del empleador, y con mayor injerencia en el ejercicio de una facultad discrecional, sea honesto e íntegro, este actuar debe restringirse a perseguir únicamente el fin que le corresponde a la facultad disciplinaria, que es el cumplimiento de los fines empresariales y evitar perjudicar innecesariamente al trabajador. Siendo el caso, en el que se toma como rendimiento deficiente a aquella disminución de rendimiento que es causa directa de los factores de riesgo y se efectúa un despido, no se cumpliría con este límite, dado que el fin perseguido aún tras la ejecución de la medida no podrá ser cumplido y la medida es muy drástica en relación al contexto, pues perjudica de manera irremediable al trabajador finiquitando el vínculo

laboral, cuando la situación no lo amerita, y pueden existir otros mecanismos que si generen un cambio beneficioso; en consecuencia, en respeto a la buena fe laboral se deben aislar los factores de riesgo.

B. Límites externos

Este límite dicta un debido respeto a los derechos constitucionales y la protección de la dignidad del trabajador, para la situación en análisis, identificamos una vulneración a la protección contra el despido arbitrario y así mismo vulneración al derecho de defensa.

Afirmamos ello, en consideración que, si se permite un despido por rendimiento deficiente cuando la disminución del rendimiento es causada por los factores de riesgo presentes en la actividad bancaria, este despido se daría con clara vulneración a los derechos del trabajador, pues la justificación del despido, es decir la causal no depende del trabajador, ni está bajo su control, por lo cual el empleador se encontraría en una situación que le impide negar o evitar el rendimiento deficiente, no puede repeler de modo alguno el despido.

Y el despido, tampoco resulta ser idóneo ni proporcional de acuerdo al fin que persigue, por lo cual el despido llega a perder toda justificación contrariando la naturaleza excepcional del mismo, tal como lo plantea

nuestra carta magna, por lo que se transformaría en un despido arbitrario como tal.

3.2.2. Requisitos de validez de la medida sancionatoria

En el siguiente cuadro someteremos a análisis la situación de estudio, de acuerdo a los requisitos de la medida sancionatoria que plantea Espinoza, para identificar si se cumple o no con estos, respecto a si se da un despido por rendimiento deficiente cuando los factores de riesgo no son aislados al analizar la causal, es decir en el supuesto negado de considerar como rendimiento deficiente a la disminución del rendimiento que corresponde a la injerencia de los factores de riesgo.

Tabla 4

Requisitos de la validez de la medida sancionatoria aplicado al fenómeno de estudio

Requisito	Análisis en el caso de estudio
La existencia de una falta laboral previamente determinada	Si existe la falta de rendimiento deficiente establecida por ley, sin embargo, en esta no se ha previsto respecto a los factores de riesgo y su influencia negativa en el rendimiento.
Proporcionalidad de la sanción	La medida por la que opta el empleador de extinguir el vínculo laboral no es idónea para el fin que se persigue y tampoco resulta proporcional en el contexto planteado.

Respeto del principio de Inmediatez u oportunidad	Si existiría respeto al principio de inmediatez u oportunidad por cumplirse los plazos de acuerdo a las etapas.
Respeto del principio Non bis in ídem	No se transgrede este requisito pues no existe doble sanción por un mismo hecho.
Garantía del derecho de defensa del trabajador	Al permitirse el despido en la situación planteada, se imposibilita al trabajador para defenderse adecuadamente.

Nota: Tabla de creación propia donde se analizan los requisitos de validez de una sanción, establecidos por Espinoza, considerando el fenómeno jurídico, cuando factores de riesgo generan rendimiento deficiente en el ámbito bancario.

Estos requisitos deben ser cumplidos en integridad para aseverar la validez del despido, y conforme podemos ver al cuadro que precede, al no realizar la distinción entre disminución de rendimiento y rendimiento deficiente, y por ende no aislar los factores de riesgo al analizar la causal de rendimiento deficiente, se da un despido invalido, dado que se incumplen tres requisitos:

- a) La falta laboral previamente determinada, si bien la normativa contempla la falta grave por rendimiento deficiente, respecto a determinar qué identificamos como rendimiento deficiente en el ámbito bancario, se ha

ignorado establecer con objetividad su contenido y cuando se configura específicamente, dando un concepto errado sobre rendimiento deficiente.

- b) Respecto a la proporcionalidad, el fin que persigue la empresa como ya lo vimos anteriormente es asegurar el cumplimiento de sus metas empresariales para lo cual se debe asegurar el rendimiento óptimo de los trabajadores, sin embargo la medida de despido no será proporcional, pues no es idónea ni sirve para cumplir dicho fin, pues los factores de riesgo mantendrán el rendimiento deficiente, a pesar del cambio de trabajador, y dicha sanción es la más grave contempla nuestro ordenamiento para el contexto indicado
- c) El derecho de defensa al trabajador, como se venía observando ante una situación en la cual se imputa una falta de rendimiento deficiente, aun cuando la disminución del rendimiento no responde a la voluntad del trabajador sino a factores de riesgo que resultan ser parte del entorno bancario y sobre los cuales el trabajador no tiene dominio alguno, el solicitarle que este niegue la falta o la supere, sería un imposible para el trabajador y los despojaría de los mecanismos de defensa dentro del procedimiento instaurados en la normativa dado que los haría inútiles al plantear esta situación.

En consecuencia, para permitir un despido válido que cumpla con todas las garantías y requisitos de ley, resulta necesario aislar a los factores de riesgo y permitir una distinción objetiva entre la disminución de rendimiento y el rendimiento deficiente, debido que no toda disminución de rendimiento significa la configuración de la causal de despido.

3.2.3. Control de constitucionalidad

Para el principio de interdicción de la arbitrariedad, es necesario realizar un control de constitucionalidad en todos los actos de relevancia jurídica, para determinar si estos generan una vulneración a los preceptos constitucionales.

Respecto a ello, en el despido por rendimiento deficiente al valorar el rendimiento del trabajador, existen diversas variables que influyen, pero con especial relevancia, en el ámbito de la actividad productiva bancaria, es evidente e inevitable la presencia de los factores de riesgo, por ser parte integrante del contexto en el que se desarrolla, es así que, estos no pueden pasar desapercibidos por el empleador, más aún dada su implicancia en el nivel productivo de la empresa, y porque poseen dos características sumamente relevantes, primero que no responden al dominio o control del trabajador y segundo que no pueden ser evadidos por el trabajador, por lo tanto los factores de riesgo son inminentes para la actividad bancaria y a su vez para el trabajador, y cuando su

afectación en el ámbito laboral productivo sea negativo, originará disminución del rendimiento.

Siendo ello así, sí se considera a esta disminución de rendimiento es suficiente para la configuración de la causal establecida en la normativa, para avalar el despido justificado, se permitiría una situación perjudicial hacia el trabajador, transgrediendo claramente el equilibrio de poder que debe prevalecer en el campo del derecho laboral, donde el empleador valiéndose de su poder de dirección aplicará la sanción más grave al trabajador que poco o nada puede hacer para evitar esta situación, dado que las facultades conferidas al empleador, se exceden notoriamente e ignoran el carácter compensatorio del derecho laboral, que buscar proporcionar elementos o mecanismos que propulsen una relación equitativa entre ambas partes de la relación laboral. En este sentido, como consecuencia, advertimos que, debido a la materialización del despido bajo este error, se genera una clara transgresión al derecho fundamental de trabajo, respecto a la protección contra el despido arbitrario.

Ante esta situación, el control de arbitrariedad que implica el principio, al detectar una vulneración constitucional respecto al derecho de protección contra el despido arbitrario, ratifica la idea de una necesaria exclusión de los factores de riesgo al analizar el rendimiento, ello en el entendido que si la disminución de rendimiento obedece a la injerencia de estos factores de riesgos no

se configura la falta grave de rendimiento deficiente del trabajador, dado que, obedece a una variación en el contexto del desarrollo de la actividad, al verse afectada por los factores de riesgo, de este modo, se evitará hacer responsable de ello al trabajador en virtud al control de constitucionalidad adecuado, y se impedirá el actuar arbitrario por parte del empleador.

3.2.4. Libre participación de las partes

El principio de interdicción de la arbitrariedad, busca la posibilidad de establecer un control sobre los actos que impiden la libre participación de todos los interesados, y como hemos podido ver, el despido, solo puede concretarse mediante un procedimiento, en el cual se permita la participación de las dos partes involucradas, el empleador y el trabajador.

Es así que, respecto al trabajador, para lograr una participación activa en todos sus extremos, se debe permitir y promover que esta parte de la relación laboral pueda defenderse de forma debida ante los hechos constitutivos de la falta que se le imputan; sin embargo, debe contemplarse que, respecto a la falta que nos ocupa, sobre rendimiento deficiente, los factores de riesgo inciden directamente en el ámbito productivo en el sector bancario, ocasionando disminución en el rendimiento, y si estos no son aislados en el procedimiento y con ellos la consecuencia perjudicial que ocasionan, se afirmará que se ha configurado la falta, aun cuando esta no responde al actuar u omisión del trabajador, sino

por el contrario sea consecuencia directa de una variación en el contexto donde se desarrolla la actividad.

Esta imputación, en los términos que se propone, considerando los factores de riesgo y su incidencia en el rendimiento, evidentemente desvirtuará el derecho a la defensa, dado que el trabajador, como parte involucrada, se verá impedido de ejercer óptimamente su defensa, al tratarse de una situación que no está bajo su control, este no podrá negar la disminución del rendimiento, sí equiparamos a esta con el rendimiento deficiente, dado que bajo esa premisa sí estaríamos ante rendimiento deficiente a pesar de que este sea consecuencia de la afectación de los factores de riesgo, y tampoco podrá superar la falta ya que no tiene control sobre los factores de riesgo.

Con el fin de permitir la participación activa del trabajador como parte del procedimiento por rendimiento deficiente, debe asegurarse el rol de defensa que toma ante la imputación de la falta, para lo cual, se debe limitar el poder de dirección, estableciendo que este no puede ejercerse y consolidar el despido, si la disminución del rendimiento responde a cuestiones que no son controladas por el trabajador, ello se viabilizará si se excluyen a los factores de riesgo, y también a su incidencia negativa en el rendimiento, el trabajador solo sea fiscalizado respecto a cuestiones que están bajo su poder, de este modo si se le podrá exigir la mejora del rendimiento, y lo más importante en una

situación donde el trabajador puede realizar lo solicitado, siendo ello así se mantendrá incólume el derecho a la defensa del mismo.

3.2.5. Racionalidad

Respecto al desarrollo jurisprudencial de este principio, como referencia tenemos a lo resuelto en el Exp. N.º 3167-2010-PA/TC, donde especifica que este funciona como mecanismo de control, y como tal exige que se sigan criterios de racionalidad, y no solo una aplicación mecánica de normas, para ello se debe considerar los hechos, conductas y circunstancias, que serán subsumidos en la norma.

Para la situación de análisis, los hechos, serían el evento ocurrido, este es que, los factores de riesgo, dado su volatilidad, afectaron negativamente al contexto bancario y como consecuencia se dio una disminución en el rendimiento del trabajador, la conducta sería la acción u omisión que constituye la falta grave, sin embargo, en este punto debemos mencionar que respecto a la disminución de rendimiento identificada, en los hechos no hay accionar u omisión por parte del trabajador, y respecto en las circunstancias, que son el contexto específico donde se desarrolla el evento, aquí aparecerían los factores de riesgo como parte inherente del ámbito bancario; en conjunto estos son parte del análisis, para poder subsumir esta situación en la premisa normativa de modo tal que se dé como consecuencia el despido.

Para una subsunción adecuada, la conducta debe dar como consecuencia la falta predeterminada por el ordenamiento, sin embargo, vemos que en esta situación no existe la conducta, y como consecuencia, tampoco se genera la falta, pues se da disminución en el rendimiento más no se configura el rendimiento deficiente, dado que, la disminución de rendimiento es consecuencia de los factores de riesgo, que son parte de las circunstancias. En la situación de que los factores de riesgo originen la disminución del rendimiento, no alcanza para configurarse el rendimiento deficiente, dado que, existe un nexo causal entre las circunstancias y disminución del rendimiento más no existe nexo con la falta, como se puede visualizar en la siguiente gráfica.

Figura 2

Análisis del fenómeno jurídico bajo el criterio de racionalidad



Nota: Imagen de creación propia donde se gráfica la relación entre hechos, conducta y circunstancias, para determinar una correcta subsunción en la premisa normativa bajo el criterio de racionalidad.

Ante esto, afirmamos que no puede establecerse una correcta subsunción bajo el criterio de racionalidad, cuando lo que existe es disminución de rendimiento más no rendimiento deficiente, dado que esta disminución responde a los factores de riesgo, por ello es imperativo que dichos factores de riesgo sean asilados al analizar la falta de rendimiento deficiente, y como consecuencia la influencia negativa que estos tengan en el rendimiento no puede ser tomada en cuenta para establecer un rendimiento deficiente, debido a que estas no están bajo el control del empleador, la infracción que se plantea imputar, no responde a la acción u omisión del empleador y aplicar una sanción respecto a esta influencia, transgrede el principio de racionalidad, no resulta lógico, pues existe un nexo causal, sí, pero entre las circunstancias y la disminución de rendimiento, y la falta queda ajena a la ecuación, cuando debería existir un nexo entre la conducta y la falta, para que sea justificable la sanción, y más aún una sanción tan drástica como es el despido, no podría solamente subsumirse el hecho y consecuencia, sin tomar en consideración esto.

3.2.6. Razonabilidad y finalidad de la sanción

En el Exp. N.º 0006-2003-AI/TC, se afirma que, la razonabilidad es un criterio primordial dentro del principio de interdicción de la arbitrariedad, para analizar este criterio, se debe tener en cuenta cuál es fin que se persigue, la medida que se está utilizando y la relación entre estos dos. Para la situación analizada,

el fin del empleador es evitar la disminución del rendimiento para poder cumplir con las metas y fines de la empresa, y la medida que se presenta resulta ser el despido por causal del rendimiento deficiente.

Ahora bien, debemos considerar lo siguiente, de acuerdo al caso en análisis, la medida en el contexto que planteamos resulta ser insuficiente e inidónea para el fin que se persigue, pues el término de la relación no implicará una mejora en la situación de la empresa ni en el rendimiento, con esto no queremos decir que toda disminución del rendimiento debe ser condonada por el empleador si o si, sino que dado que, el fin de este despido justificado es permitir que el empleador realice cambio del recurso humano para favorecer el cumplimiento de los fines de la empresa, sin embargo, en el caso de que esta disminución del rendimiento sea consecuencia de factores de riesgo, el cambio del recurso humano no evitará tal situación, pues los factores de riesgo seguirán afectando negativamente a la productividad, sea cual fuere el remplazo del trabajador.

Además, debemos mencionar que el despido es la sanción más drástica que contempla la normativa, esta medida es la más lesiva con respecto al trabajador, y en el contexto planteado no es concordante, pues la situación no lo amerita, es más el empleador puede y debe considerar otras alternativas de solución ante ello, que efectivamente sugieran una mejora en el rendimiento, y evitar

causar una lesión irremediable al trabajador, en una situación en la que él no tiene control alguno.

Por todo lo expuesto, el criterio de razonabilidad y proporcionalidad de la medida, establece que no se puede dar la imposición de la sanción cuando la disminución del rendimiento responde a los factores de riesgo, es por ello que consolida la idea de aislar los factores de riesgo al analizar el rendimiento deficiente, de modo tal que estos no sean considerados, y tampoco su influencia negativa por lo que el disminución del rendimiento que estos generen no configurará la falta de rendimiento deficiente.

2.2.7. La justificación del acto de despido

También, debemos tomar en cuenta lo resuelto en Exp. N.º 090-2004 AA/TC, en donde se establece que la arbitrariedad en una decisión se da cuando esta no tiene una fundamentación objetiva, es decir cuando no existe un vínculo con la realidad, respecto a ello, en el caso de los factores de riesgo estos son parte del contexto de la actividad productiva bancaria, inherentes a la misma, y con una incidencia negativa en el rendimiento, esta es una realidad indiscutible, por lo que, para justificar el despido, se analizar dicha situación, considerando que los factores de riesgo generan disminución en el rendimiento, pero no corresponden a un actuar del trabajador ni siquiera pueden ser evitados o previstos por el trabajador, es bajo esta realidad que necesariamente, estos factores deben ser aislados de la ecuación, limitando el poder de

dirección del empleador, de modo tal que si estos tuvieran injerencia en el posible bajo rendimiento, no debería considerarse como tal y mucho menos debería concretarse el despido por parte del empleador, es más en esta situación este debería estar impedido de hacerlo.

Así mismo, la justificación del acto como criterio del principio de interdicción de la arbitrariedad, afirma que, para que una actuación no sea arbitraria, se debe cumplir con el requisito de una justificación que lo legitime, evidentemente dicha justificación debe ser razonable y lógica, bajo este parámetro, concretar un despido por rendimiento deficiente justificándolo en la mera existencia de la disminución del rendimiento, aun cuando esta, es resultado de la injerencia directa de cualquier factor de riesgo presente en el ámbito bancario y no al actuar del trabajador o cuestiones que estén bajo su control, nos daría como resultado una justificación equivocada e insuficiente, respecto al acto de despido, pues esta no resulta coherente, ni idónea para acreditar la legitimidad ni necesidad de la sanción.

En consecuencia bajo este criterio de justificación, se debe limitar al poder de dirección del empleador, impidiéndole ejercer su facultad cuando la disminución del rendimiento responda a la injerencia de los factores de riesgo, en ese sentido resulta coherente afirmar que se deben aislar los factores de riesgo al analizar la causal de despido deficiente, pues de este modo,

también se aislará las consecuencias negativas respecto al rendimiento negativo, diferenciándolo de forma acertada, sí se hace ello al analizar la causal de rendimiento deficiente, se podrá obtener una justificación lógica y coherente, sin vicios en su interior que permita justificar la sanción y concretar correctamente el despido justificado.

3.3. EL RESPETO DEL PRINCIPIO DE CULPABILIDAD Y SU APLICACIÓN EN EL ÁMBITO DISCIPLINARIO DE LAS RELACIONES LABORALES

El principio de culpabilidad, si bien tiene mayor notoriedad en el campo penal, su alcance también puede expandirse hacia otras ramas del derecho, como lo es el ámbito disciplinario de las relaciones labores, exactamente en los procedimientos sancionadores, en ese sentido se ha pronunciado la jurisprudencia, como ejemplo tenemos a la Cas. N.º 2147-2004-Lima, que entre sus fundamentos más resaltantes menciona:

La culpabilidad del trabajador que alude al actuar libre y no necesario del trabajador lo que determina su imputabilidad y por consiguiente su responsabilidad por el incumplimiento de las obligaciones laborales que le conciernen sean estas atribuidas al dolo o a su negligencia inexcusable”, en consideración a esto como podemos ver que la culpabilidad es un parámetro totalmente válido para determinar la debida imputación de una falta y su sanción, en el ámbito disciplinario de las relaciones laborales. (pág. 51)

En consideración al criterio asumido en esta sentencia, donde evidentemente se válida la aplicación de este principio de culpabilidad, que si bien tiene mayor incidencia en el ámbito penal, su alcance puede ser extendido a otras ramas del derecho, como es el ámbito laboral; en ese sentido resulta razonable afirmar que si tiene implicancia en el caso de estudio, por lo que se debe realizar un análisis bajo el principio de culpabilidad, ello respecto a la imputación de la falta grave de rendimiento deficiente, tomando en consideración los factores de riesgo y su influencia negativa en el rendimiento, así como su implicancia en el procedimiento sancionador sobre falta grave, todo esto con el fin de determinar si bajo la óptica del principio de culpabilidad estos deben ser aislados en el análisis del rendimiento deficiente.

3.3.1. Dolo y negligencia inexcusable

Resulta evidente, conforme lo menciona la jurisprudencia citada precedentemente, que para que el trabajador sea pasible de una sanción su actuar debe responder al dolo o negligencia inexcusable, en ese sentido se debe encuadrar la conducta en cualquiera de estas dos.

Tenemos que el dolo implica la intención o voluntad del trabajador para cometer la falta grave, en este caso, el rendimiento deficiente. Para ello, el trabajador debe responder a los siguientes criterios: i) conocimiento y voluntad, por lo que el trabajador debería, saber lo que hace y lo que significará ese actuar, en el caso, no existe voluntad por parte del trabajador, pues este si bien

conoce sobre los factores de riesgo, estos no son consecuencia de su acción u omisión, ii) intencionalidad, en el mismo sentido, no existe intencionalidad, pues los factores de riesgo y su incidencia no se dan como resultado de la el actuar voluntario del trabajador, es más por parte del trabajador no existe intención de disminuir su rendimiento, si no que este se ve afectado por un factor externo fuera de su control, iii) previsión del resultado, con mayor razón aún al tratarse de un fenómeno muy apartado de la voluntad del trabajador y dado el hecho de que responden a los flujos de capital de ámbito bancario son sumamente cambiantes e imprevisibles, por lo tanto, es imposible prever el resultado de la injerencia de los factores de riesgo en el rendimiento, y mucho menos se podría aseverar que estas consecuencia que no son previsibles, puedan ser deseadas por el trabajador.

En este punto, debemos precisar que, puede darse dolo directo o dolo eventual, en el primero se necesita que autor busque el resultado y lo concrete, situación que no ocurre en el caso porque la afectación de los factores de riesgo no son generadas por el accionar del trabajador, y el segundo que significa que se actué aceptando el riesgo es decir, que se dé la falta como daño colateral, aquí también una vez mas no encuadra debido a que la afectación de los factores de riesgo no son generadas por el accionar del trabajador, con ello se puede afirmar que no hay dolo, ni directo ni eventual por parte del trabajador en el supuesto de análisis.

Ahora bien, respecto a la negligencia inexcusable, supone una situación de descuido generada por el trabajador, sin embargo, para que este descuido sea entendido como inexcusable, se requiere la concurrencia de los siguientes requisitos: i) el descuido sea grave, en el caso los factores de riesgo son un cambio imprevisible del contexto, más no responden al descuido del trabajador, en términos simples ni siquiera existe el descuido ii) previsibilidad del daño, ante esto los factores de riesgo son imprevisibles para el trabajador pues no se encuentran bajo su poder y una de sus características es la imprevisibilidad, entonces, no pueden ser evitados por el trabajador, así el actuar haya sido otro, iii) la falta de diligencia, respecto al cumplimiento de deberes y obligaciones mínimas del empleador, se debe tener en cuenta que aún con el cumplimiento de estas, la injerencia de los factores de riesgo son inminentes para él, por lo cual esto no evita que desemboquen en un rendimiento deficiente.

Por lo tanto, la disminución de rendimiento ocasionado por los factores de riesgo no responde a una negligencia inexcusable por parte del trabajador.

Teniendo en consideración que, cuando la injerencia de los factores de riesgo origine disminución en el rendimiento, no se puede reconocer ello como la configuración de la falta de rendimiento deficiente, y tampoco se puede reconocer ni dolo o negligencia inexcusable por parte del trabajador, y en ese sentido,

se niega la culpabilidad, y, por lo tanto, no se puede atribuir la configuración de la falta al trabajador, ello confirma que los factores de riesgo deben ser apartados y sus consecuencias negativas sobre el rendimiento deficiente no deben configurar la falta grave.

3.3.2. La reprochabilidad

Para el derecho, la culpabilidad depende directamente de la reprochabilidad de la conducta, lo que genera un análisis adicional respecto a la conducta que configura la falta, dado que, para que exista la culpabilidad no solo se debe establecer la existencia de la conducta tipificada, sino que se debe contemplar que a esta acción también la acompaña un contexto, factores adicionales que requieren ser analizados para asumir o negar la existencia del reproche al autor.

Esta idea que amplifica el concepto de la culpabilidad, toma especial relevancia en el área de estudio de esta investigación debido a que, al hablar de los factores de riesgo en el ámbito bancario, dado que estos tienen incidencia en el rendimiento y la posible falta que se le imputa al trabajador para concretar el despido, resulta evidente que estos son el contexto que requiere ser analizado para permitir lo que denomina la doctrina como juicio de reprochabilidad.

En ese sentido se debe identificar, si el autor en las circunstancias que se encontraba tenía posibilidades de actuar de forma menos lesivas o dañinas, o como es el caso de evitar la falta

imputada, mientras más alta sea esta posibilidad, más reprochable es la conducta y de modo contrario mientras menos sea la posibilidad, el reproche se torna menor.

Como se ha analizado en el marco teórico, en el caso que los factores externos afecten negativamente y originen disminución del rendimiento del trabajador, el trabajador no puede tomar acciones para repeler la injerencia de estos factores, no puede evitar caer en un bajo rendimiento cuando su rendimiento se ve afectados por estos, de un análisis importante debemos afirmar que la culpabilidad cuando el agente no puede evitar cometer la falta desde el libre albedrío y la responsabilidad moral, no puede imputársele la falta y menos la sanción, dado que la intención y las circunstancias no le permiten cumplir con lo requerido, a pesar de que este busca llevar su labor de la mejor manera se ve impedido por un factor externo, que supera a su voluntad e impide un rendimiento óptimo, por ello llegamos a hablar de la involuntariedad del trabajador sujeto a las circunstancias, en este caso los factores externos, pues este no genera una disminución en el rendimiento por su decisión propia.

Consecuencia de ello, al realizar el juicio de reprochabilidad concluiríamos que, en este contexto de afectación directa de los factores externos, la reprochabilidad no alcanza los niveles necesarios para afirmar que habría culpabilidad por parte del trabajador, es más se afirma que no existe reprochabilidad con

respecto al trabajador, por lo que los factores externos deben ser aislados al analizar la causal de rendimiento deficiente.

3.3.3. Responsabilidad subjetiva y objetiva

Respecto a esto, también debemos tomar en cuenta que, la culpabilidad se puede entender tiene dos criterios para configurarse como tal: la responsabilidad subjetiva y la responsabilidad objetiva.

Es por ello que aplicaremos dichos criterios a la situación en estudio, es decir, evidenciaremos si en el supuesto en el que el empleador busque consolidar un despido en el ámbito bancario por rendimiento deficiente, cuando los factores de riesgo han influido negativamente en el contexto de la producción bancaria, dando como consecuencia la disminución del rendimiento del trabajador, se cumplen con dichos criterios para afirmar la responsabilidad por parte del trabajador, lo que posibilitaría imputarle la falta de rendimiento deficiente.

Tabla 5

La responsabilidad subjetiva y objetiva en el caso de estudio

Responsabilidad Subjetiva	Responsabilidad Objetiva
Esta refiere a la capacidad del agente respecto a las condiciones mínimas psíquicas y físicas	No basta con la disminución en el rendimiento, es necesario la previsibilidad del hecho, en el caso en comentario no cumple,

aptitud para dirigir su pues los factores externos son actuar, en este caso pues circunstancias excepcionales el trabajador si cuenta con sobre las cuales no tiene dominio estas condiciones de el trabajador y tampoco puede normalidad, como lo prever su influencia, son denomina la doctrina, inminentes para él.

Nota: Cuadro de creación propia que recoge el análisis de la situación de estudio mediante los criterios de responsabilidad dentro del principio de culpabilidad (subjetivo y objetivo).

Ante esto, se observa que, si bien en el contexto de estudio si el parámetro de responsabilidad subjetiva si se cumple, queda claro que ello no ocurre respecto la responsabilidad objetiva, dado que la incidencia negativa de los factores de riesgo implica un contexto que elimina la previsibilidad o capacidad de eludir la falta grave, si bien la disminución de rendimiento se materializó, esta no pudo ser eludida, siendo ello así la responsabilidad no alcanza para la aplicación de la sanción en este contexto. Por ello, el análisis de la responsabilidad subjetiva y objetiva arroja que el agente al que se le plantea imputar la falta no tiene responsabilidad por el hecho, cuando la configuración de la falta responde a los factores de riesgo, por ello, estos deben ser aislados, y en consideración a ello la disminución de rendimiento que generen, no debe ser entendido como rendimiento deficiente, por lo tanto, no se configura la falta grave causal de despido.

3.3.4. Sub principios del Principio de Culpabilidad

Son tres, el primero, el principio de responsabilidad por el hecho, este implica que la sanción deba ser ante una conducta externa, activa u omisiva, no cuestiones internas del ser; este principio no toma relevancia en el caso debido a que plantea que las ideologías, sentimientos u otros no tienen relevancia en el ámbito de la culpabilidad, y respecto al caso en estudio estos tampoco son variable en el supuesto hipotético planteado materia de estudio.

Por otro lado, tenemos al principio de personalidad, este impide que la sanción sea impuesta por un hecho ajeno, o por una situación que está fuera de su poder, y se entiende bajo dos vertientes, la primera que la exteriorización, no hay sanción sin conducta u omisión situación que calza a la perfección respecto a los factores de riesgo, pues estos responden a cambios del contexto financiero donde el trabajador no tiene dominio alguno, que como hemos podido ver son hechos totalmente aislados a la voluntad del trabajador, no dependen de él; y la segunda respecto a la interpretación de una responsabilidad colectiva, es decir que no se puede castigar o imponer sanción a alguien por un actuar colectivo, esta segunda vertiente no tendría alcance en el caso de estudio respecto a los factores de riesgo.

Por último, el principio de advertencia suficiente, este requiere la plena identificación de la falta, respecto a ello, significa

que el trabajador debe tener plenamente identificado que es el rendimiento deficiente para el empleador y bajo qué términos se configura, por lo tanto el empleador debe establecer parámetros claros, objetivos y coherente, para conocimiento del trabajador, es en virtud a ello, que permitir que el empleador establezca como exigencia para un rendimiento óptimo, el dominio del trabajador sobre cuestiones como los factores de riesgo, sería solicitarle un imposible, y es por ello que, el empleador debe realizar la distinción entre, la disminución del rendimiento y el rendimiento deficiente como falta, y con ello debe aislarse a estos factores de riesgo al momento de realizarse el análisis del rendimiento deficiente como causal de despido, de modo tal que el empleador establezca claramente que para configurarse el rendimiento deficiente, los factores de riesgo son excluidos, y por lo tanto la influencia negativa de estos sobre el rendimiento no configurará la falta de rendimiento deficiente.

3.3.5. Factores de riesgo como circunstancias eximentes

Dado que en el juicio de reprochabilidad en circunstancias en las que se genere la disminución del deficiente como consecuencia directa de los factores externos del ámbito bancario, la reprochabilidad al trabajador disminuye e incluso se puede decir que es nula, y que al analizar la responsabilidad subjetiva y objetiva, en la segunda vertiente la incidencia de los factores de riesgo del ámbito bancario, también elimina la existencia de

responsabilidad, podemos afirmar que no existe ni reprochabilidad ni responsabilidad cuando hay afectación de los factores de riesgo; y como consecuencia, en el ámbito bancario, la afectación negativa de factores externos sobre el rendimiento, debe ser entendida como la circunstancia eximente, ello respecto a la imposición de la sanción de despido por rendimiento deficiente, por lo tanto, al verificarse su influencia negativa al momento de buscar efectuar un despido por rendimiento deficiente, estos factores deben aislarse, y con ellos la disminución de rendimiento que estos generen en el rendimiento del trabajador, dando como resultado que estas no sean tomadas en cuenta para evaluar el posible rendimiento deficiente como causal de despido, y si se verifican, no configuren la falta de rendimiento deficiente, por el contrario configuren una situación excepcional, una disminución del rendimiento que no es entendida como rendimiento deficiente, y por lo tanto exime de responsabilidad al trabajador.

CONCLUSIONES

1. El principio protector como garantía del procedimiento sancionador por rendimiento deficiente, justifica aislar a los factores de riesgo, para permitir equilibrio en la materialización de derechos y obligaciones de las partes de la relación laboral, el empleador y el trabajador. Así mismo, como parte del principio protector, el sub principio de la condición más beneficiosa, en su contenido de protección de condiciones mínimas necesarias, conlleva a que se debe priorizar el respeto irrestricto y pleno a la protección contra el despido arbitrario como una regla mínima laboral, por lo que corresponde aislar los factores de riesgo al analizar la causal de despido por rendimiento deficiente.
2. Con fundamento en el principio protector, diferénciese entre la disminución de rendimiento y el rendimiento deficiente; entendiendo que, no toda disminución de rendimiento implica que exista rendimiento deficiente; como es el caso, donde los factores de riesgo pueden dar como consecuencia la disminución de rendimiento, pero no un rendimiento deficiente, ya que responden a cuestiones que no están bajo el poder del trabajador.
3. Bajo los parámetros del principio de interdicción de la arbitrariedad, corresponde limitar la fiscalización del empleador a los ámbitos razonables; generando como consecuencia que, de acuerdo a los límites internos y externos del poder disciplinario del empleador, los factores de riesgo están fuera del control permitido en el ámbito laboral, al tratarse de esperas no relacionadas con la voluntad de sus participantes; por lo que, el empleador, se encuentra impedido de realizar fiscalización respecto a las consecuencias negativas en el rendimiento, originadas por los factores de riesgo.

4. Los factores de riesgo del ámbito bancario, al analizar la causal de rendimiento deficiente, deben ser aislados, como consecuencia del respeto irrestricto de: la validez de la sanción, el control de constitucionalidad, para prevalecer la protección a los preceptos constitucionales de protección contra el despido arbitrario y la proscripción del abuso del derecho, la libre participación de las partes, asegurar que el trabajador pueda ejercer su rol de defensa en el procedimiento sancionador, el criterio de racionalidad, los criterios de razonabilidad y proporcionalidad; que, precisamente, son los contenidos del principio de interdicción de la arbitrariedad.

5. En observancia al principio de culpabilidad, corresponde aislar los factores de riesgo al momento de evaluar el rendimiento del trabajador; debido a que, está presente la involuntariedad por parte del trabajador en la comisión de la falta imputada, tampoco existe reprochabilidad en el sujeto, ni hay responsabilidad objetiva por el hecho imputado; en consecuencia, corresponde considerar como circunstancias eximentes de responsabilidad disciplinaria a los factores de riesgo del ámbito bancario, como parte de una situación excepcional.

RECOMENDACIONES

1. Se recomienda a los operadores que, al momento de analizar el despido por causal de rendimiento deficiente en el ámbito bancario, se prefiera un sentido interpretativo que busque salvar guardar el principio pro operario, principio de interdicción de la arbitrariedad y principio de culpabilidad; y como consecuencia se excluya de este análisis las circunstancias externas que no dependen de la voluntad del trabajador.
2. Se recomienda, a los empleadores, en virtud a su potestad de dirección, establecer reglamentos internos para la evaluación del rendimiento de los trabajadores, en donde se contemple la diferencia entre rendimiento deficiente y disminución del rendimiento, siendo que, en la segunda situación no se configure la causal de despido, aislando a los factores de riesgo del ámbito bancario al analizar la causal de rendimiento deficiente.

LISTA DE REFERENCIAS

- Ackerman, M. (2005). Los Principios en el Derecho del Trabajo. In D. M. Coordinador, *Tratado de Derecho del Trabajo* (pp. 307 - 432). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Aguiló, J. (2007). Positivismo y postpositivismo: Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras. *Cuadernos de Filosofía del Derecho* Nº 30, 665-675.
- Alache, P. (2019, enero 01). Diario Gestión. (M. Ríos, Interviewer) Retrieved from <https://gestion.pe/economia/management-empleo/empresas-despedir-trabajadores-rendimiento-deficiente-pagar-indemnizacion-253953-noticia/>
- Alonso, M. (1987). *Curso de derecho del trabajo*. Madrid: Editorial Ariel Derecho.
- Alonso, M. (2002). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Madrid: Civitas.
- Alonso, M., & Casas, M. E. (2006). *Derecho del Trabajo*. Madrid: Editorial Civitas S.A.
- Alva, A. (2016). *Despido Laboral - Nuevos Criterios Jurisprudenciales*. Lima - Perú: Editorial El Búho E.I.R.L.
- Arce y Flores, J. (1990). *Los principios generales del derecho y su*. Madrid: Editorial Civitas.
- Baylos, A. (1980). *La obligación de cotizar por los salarios de tramitación (Comentario a la sentencia del Tribunal Central de Trabajo)*. Madrid: Recuperado de: <http://www.cepc.gob.es/Controls/Mav/getData.ashx?MA>.
- Bellido, P. (1998). *Administración Financiera*. Lima: Editorial Técnico Científico.
- Blancas, C. (2021). El despido en el ordenamiento peruano: el estado de la cuestión. *Laborem, Vol. 13, No. 19*, 119 - 155.
- Blancas, C. M. (2013). *El Despido en el Derecho Laboral Peruano*. Lima: Jurista Editores.

- Blanco, C., & Ramón, J. (2000). *Valor en Riesgo: Aplicación a la Gestión Empresarial*. Madrid: Ediciones Pirámide.
- Brajovic, Sonja & Van Greuning, Hennie. (2010). *Análisis del Riesgo Bancario*. Colombia: Mayol Ediciones S.A. Retrieved from Worldbank.org.
- Bravo, W. L. (2019). Causa justa y falta grave: el itinerario del despido. *Revista Oficial del Poder Judicial - ÓRGANO DE INVESTIGACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA DEL PERÚ*, Vol. 10, número 12.
- Broseta, M. (2003). *Manual de Derecho Mercantil - Volumen II*. Madrid: Tecnos.
- Buen, N., & Morgado, E. (1997). Poder del Dirección del empleador. *Instituciones de Derecho de Trabajo y la Seguridad Social*, 405 - 419.
- Cadillo, C. (2013). La extinción de la relación laboral por causas relacionadas con la capacidad del trabajador. *Revista de Derecho, Volumen N° 14*.
- Cadillo, C. (2019). La extinción de la relación laboral por causas relacionadas con la capacidad del trabajador. *Revista de Derecho. Vol. 14 Num. 1*, 69 - 96.
- Calvo, A., Parejo, J. A., Rodríguez, L., Cuervo, A., & Alcalde, E. (2018). *Manual del sistema financiero español: 27.ª edición*. Barcelona. España: Ariel Economía y Empresa.
- Casco, E. M. (2003). El deposito bancario de dinero. *Revista de Derecho N 5*, 153.
- Castro, E. G. (2011). *Riesgos a los que se enfrentan las entidades bancarias en el Perú*. Lima: Repositorio de la Universidad Nacional de San Marcos.
- Castro, J. (1982). *Derecho civil español, común y foral, Tomo I*. Madrid: Editorial Reus.
- Coleman, J. (1998). Incorporationism, Conventionality, and the Practical Difference Thesis. *Legal Theory, vol. 4, núm. 4*.

- Conejo, E. (2018). *La interdicción de la arbitrariedad: medio de control de las irregularidades pre legislativas*. Morelia, Michoacán: Tesis para obtener el grado de Maestro en Derecho.
- Costa, R., Montserrat, F., & Vilalta, L. (1995). *Divisas y riesgos de cambio*. Madrid: Editorial ESIC.
- Díaz, E. (1998). *Curso de Filosofía del Derecho*. Barcelona - Madrid : Marcial Ponds.
- Díez, M. (2019). Los principios del Derecho Laboral. *Revista de la Facultad de Derecho de México - Tomo LXIX, Número 273*, 323 - 352.
- Einar Himma, K. (2014). Positivismo Jurídico Incluyente. *Anuario de Filosofía y Tería del Derecho*, 352 - 430.
- El realismo Juri. (n.d.).
- Espinoza, J. (2017). Los requisitos para el ejercicio válido de la potestad sancionadora del empleador. Lambayeque, Chiclayo, Perú. Retrieved from <file:///C:/LOS%20REQUISITOS%20PARA%20EL%20EJERCICIO%20V%C3%81LIDO%20DE%20LA%20POTESTAD.pdf>
- Espinoza, J. H. (2018, mayo). *Puerta de la investigación*. Retrieved from https://www2.trabajo.gob.pe/archivos/boletin/bvice/Boletin_74.pdf
- Fabozzi, F., Modigliani, F., & Ferri, M. (1996). *Mercados e Instituciones Financieras. Primera Edición Prentice*. Mexico: Editorial Hall Hispanoamericana S.A.
- Fernández, R. (2019). Configuración del poder de dirección del empleador: denominación, naturaleza jurídica, fundamento y contenido. *Rev. derecho (Concepc.) Vol.87 N.245*.
- Ferrer, J., & Zuluaga, A. (2013). *Interpretación y argumentación jurídica*. Medellín: 2º Edición- Repositorio de la Universidad de Medellín.

- Flint, P. (1988). *Derecho empresarial: casos y materiales para el estudio del derecho aplicado a la empresa*, 2.^a ed. Lima: Rocarme.
- Gallo, J. (2022, Abril 25). *Blog Universidad Nacional de Piura*. Retrieved from <https://www.udep.edu.pe/hoy/2022/04/financiamiento-bancario-y-no-bancario-de-corto-plazo/>
- González Alonso, B. (1987). Del Estado Absoluto al Estado Constitucional. *Manuscripts: Revista d'història moderna*, ISSN-e 2014-6000, ISSN 0213-2397, N° 4-5, pág. 81 - 90.
- Guastini, R. (2014). El realismo Jurídico redefinido. In P. E.-C. Vaquero, *Colección: Positivismo y Derecho*. Lima: Editorial Palestra .
- Guastini, R. (2015). Capítulo 56: La interpretación de la constitución. In J. Fabra Zamora, *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Vol 3. Mexico: Instituto de investigaciones jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hernández Sampieri, R., Fernández Collado, C., & Baptista Lucio, P. (2014). *Metodología de la investigación*. España: McGraw Hill España.
- Islas de Gonzales, O. (2014). *Análisis lógico de los delitos contra la vida y la integridad corporal*. Mexico: Editorial Trillas.
- Jiménez, R. (2004). Riesgo Crediticio derivado del Riesgo Cambiario: Perspectiva de una economía Latinoamericana parcialmente dolarizada. *Revista de Ciencias Sociales "Apuntes" N° 52 - Centros de Investigación Universidad Pácifico*, 91 - 132.
- Landa, C. (2014). El derecho al trabajo y su proceso de constitucionalización. *Themis 65 - Revista de Derecho*, 219 - 241.
- Landa, C. (2018). *Derecho procesal constitucional*. Perú: Fondo Editorial PUCP.

- Larenz, K. (1966). *Métodología de las ciencias del Derecho*. Barcelona Ariel:
Traducción de Enrique Gimbernat.
- Larenz, K. (1985). *Derecho justo. Fundamentos de Ética jurídica*. Madrid:
Editorial Civitas, S. A., presentación y traducción de Luis Díez-Picazo.
- López, J., & Sebastián, A. (2010). *Gestión Bancaria: Factores claves en un entorno competitivo*. Madrid, España: Ulsama Digital.
- Maravi, M. (2000). El procedimiento administrativo y las reglas de simplificación. In M. M. (Compiladora), *Sobre la Ley del Procedimiento Administrativo General - Libro en homenaje a José Alberto Bustamante Belaunde* (pp. 173 - 220). Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas S.A.C.
- Mendoza, R. (2006). *Investigación cualitativa y cuantitativa - Diferencias y limitaciones*. Recuperado de:
<https://proyectointegrado11.files.wordpress.com/2015/05/investigacion-cualitativa-y-cuantitativa.pdf>.
- Mirg Puig, S. (2016). *Derecho penal. Parte General. Décima Edición*. Barcelona : Editorial Reppertor.
- Murano, G. J. (2021). Derechos fundamentales del trabajo. El principio protectorio y la no discriminación. *Revista Derechos en Acción*, 125-180.
- Mutané, J. (2010). Introducción a la Investigación Básica. *RAPD Online*, Vol. 33, 221 - 227.
- Neves, J. (2007). *Introducción al Derecho Laboral*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

- Obregon, A. V. (2015). *Consideraciones respecto al despido por causal de rendimiento deficiente*. Lima: Repositorio - PUCP.
- Pedraza, E., Amaya, G., & Conde, M. (2010). Desempeño laboral y estabilidad del personal administrativo contratado de la Facultad de Medicina de la Universidad del Zulia. *Revista de Ciencias Sociales*.
- Pino, G. (2018). *El constitucionalismo de los derechos*. Perú: Editorial Zela.
- Plá, A. (1198). *Principios del derecho del trabajo - 3ª ed.* Buenos Aires: Editorial De Palma.
- Plasencia, R. (2004). *Teoría del delito*. Mexico: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Podetti, H. A. (1997). Capítulo 8. Los principios del derecho del trabajo. In *Instituciones del derecho de trabajo y la seguridad social* (pp. 139 - 153). Mexico - D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Poquet, R. (2014). La disminución del rendimiento como causa de despido disciplinario: análisis jurídico. *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 123-148.
- Sanz Burgos , R. (2016). El Esatdo Liberal, el Estado Social y el Estado Constitucional. *Insitutto de investigaciones Jurídicas UNAM* , 13 - 41.
- Soler, J. A., Staking, K. B., Ayusco, A., Beato, P., Botín, E., Escrig, M., & Falero, B. (1999). *Gastión de riesgos financieros un enfoque practico para paises latinoamericanos*. Washintong D.C.: Banco Interamericano de Desarrollo - Grupo Santander.

- Sotomayor, T. J. (2019). Una perspectiva crítica sobre el paso del Estado de derecho al Estado Constitucional. *Revista Pensamiento Constitucional PUCP - Vol. 24 Núm. 24*, 197 - 231.
- Superintendencia de Banca, Seguros y AFP de la Republica del Perú - Ministerio de Educación. (2017). *Plan nacional de difusión del rol y funcionamiento del sistema financiero peruano*. Lima: Editado e Impreso por la Superintendencia de Banca, Seguros y AFP de la Republica del Per.
- Tantalean, R. (2015). El alcance de la investigaciones jurídica. *Derecho y Cambio Social*, 1-22.
- Tejada, D. A. (2021). *Propuestas para la determinación del rendimiento deficiente como causal de despido justificado en el ordenamiento jurídico peruano*. Chiclayo: Repositorio RENATI. Retrieved from Recuperado de: <http://hdl.handle.net/20.500.12423/4349>
- Toyama, J. (2009). El despido disciplinario en el Perú. *Ius et Veritas*, N° 38, 153-162.
- Trujillo, J. (2020, agosto 09). *Portal Jurídico: Pasión por el Derecho*. Retrieved from https://lpderecho.pe/principio-de-culpabilidad-nullum-crimen-sine-culpa/#_ftn6
- Velásquez, C. D. (2022). *El despido por rendimiento deficiente en la relación con la capacidad en la normativa peruana respecto de fuerza de venta*. Lima: Repositorio de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

Villavicencio, F. (2006). *Derecho penal. Parte general*. Lima: Editorial Jurídica Grijley.

Zaffaroni, E. (2000). *Derecho penal. Parte general, Tomo I*. Buenos Aires: Editorial Ediar.

Zeballos, R. (2021, julio 13). Análisis a la capacidad del trabajador como causa del despido. *Revista Actualidad Laboral*. Retrieved from <https://actualidadlaboral.com/analisis-a-la-capacidad-del-trabajador-como-causa-del-despido/>