

CAPÍTULO 31

EL DESPIDO DISCIPLINARIO

Emilio MORGADO VALENZUELA

SUMARIO: I. Las faltas disciplinarias que justifican la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador. II. Los procedimientos previos y simultáneos al despido. III. Los recursos en contra del despido disciplinario. IV. Las reparaciones de los efectos del despido disciplinario. V. Bibliografía.

El despido disciplinario es una forma de terminar la relación de trabajo por iniciativa del empleador, motivada en la existencia de una causa justificada relacionada con la conducta del trabajador. La presencia de ciertas faltas a la disciplina —consistentes en acciones u omisiones voluntarias, de carácter grave y que constituyen incumplimiento de las obligaciones contractuales del trabajador— faculta al empleador para terminar la relación de trabajo.

La necesidad de que exista una causa justificada para proceder al despido de un trabajador constituye una protección de su derecho a retener el empleo, que genera su único o principal ingreso y le habilita para el ejercicio de otros derechos. A la vez, limita el derecho del empleador a decidir acerca del tamaño y composición del personal de la empresa. Ambos derechos se ubican en los polos de un mismo eje, de manera tal que el fortalecimiento de uno erosiona al otro.

Esta modalidad limitadora de la libertad de despido reconoce varios antecedentes, entre ellos, las legislaciones y prácticas —de inspiración civilista— referidas al despido abusivo y al abuso del derecho. En ellas, que son una variable del régimen de despido causado, se considera que junto con actos formalmente lícitos existen conductas sustancialmente ilícitas, que conducen a terminaciones carentes de un motivo válido. Esas conductas configuran una “desviación del fin económico o social del derecho [...] afectando al trabajador en su reputación, su moralidad, sus derechos sindicales, etcétera” (Barbagelata).

Si bien la exigencia de una causa justificada para proceder al despido se estableció por primera vez en la Constitución de México (1917), es en la

década de los sesenta cuando adquiere amplia difusión, principalmente como resultado del impacto normativo de la Recomendación número 119 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo (1963). Habida cuenta de “las novedades importantes en la legislación y en la práctica de numerosos Estados miembros relativas a las cuestiones abarcadas por dicha recomendación”, la Conferencia Internacional del Trabajo, en su LXVIII reunión (Ginebra, 1982), adoptó el Convenio número 158, sobre la terminación de la relación de trabajo, y la Recomendación número 168, sobre la misma materia. En esas normas se consagra el principio de que el trabajador debe tener derecho a conservar su puesto, a menos que existan causas especiales que justifiquen su despido. A la vez, en ellas se establecen garantías para proteger ese derecho del trabajador. Aunque el Convenio se aplica a todas las ramas de actividad económica y a todas las personas empleadas —con los resguardos señalados en el Convenio— se puede excluir a los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada o para realizar determinada tarea; a los que efectúen un periodo de prueba o no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable; los contratados con carácter ocasional durante un periodo de corta duración; a los sujetos a condiciones de empleo regidas por disposiciones especiales que, en su conjunto, confieran una protección por lo menos equivalente a la que prevé el Convenio, y los que pertenecen a categorías limitadas de personas empleadas, respecto de las cuales se presenten problemas especiales e importantes, habida cuenta de sus particulares condiciones de empleo, de la dimensión o la naturaleza de la empresa que los emplea. En el anexo informamos acerca de los pronunciamientos a favor y en contra, y de las abstenciones, de los representantes gubernamentales y de los empleadores y trabajadores de España, Portugal y de los Estados de América miembros de la OIT, que participaron en las votaciones finales de las mencionadas normas internacionales. Hasta diciembre de 1993, veinte Estados miembros de la OIT habían ratificado el Convenio, entre ellos España y Venezuela.

La necesidad de que exista una causa justificada para proceder al despido es, generalmente, establecida por ley. Mediante la legislación también se regula lo concerniente a los procedimientos previos, los recursos y las reparaciones de sus efectos. Tal característica no obsta para que esas materias resulten definidas y reguladas mediante otros medios, como los acuerdos macrosociales, las convenciones colectivas, los laudos, las sentencias judiciales y los contratos de trabajo, sea en forma principal o complementaria.

En torno a esta modalidad de despido analizaremos cuatro materias: las faltas disciplinarias que justifican la terminación de la relación de trabajo, los

procedimientos a que debe someterse, los recursos y la reparación de sus efectos.

I. LAS FALTAS DISCIPLINARIAS QUE JUSTIFICAN LA TERMINACIÓN DE LA RELACIÓN DE TRABAJO POR INICIATIVA DEL EMPLEADOR

Son faltas disciplinarias las infracciones derivadas de conductas inapropiadas del trabajador que afectan principios, reglas, usos, sistemas de vida y de comportamiento. Son violatorias de normas legales, reglamentarias o convencionales y alteran el orden e incumplen deberes legítimamente establecidos. No contribuyen a la obtención de los fines de la organización y constituyen desviaciones punibles. El despido fundamentado en una falta disciplinaria constituye una pena que sanciona al trabajador infractor y advierte a los demás acerca de la posibilidad de ser sujetos de tal pena. Es un elemento de sanción y de prevención. Corrige desviaciones disciplinarias actuales y futuras, separando de la empresa al infractor y disuadiendo a eventuales infractores.

Tal despido es una manifestación de las facultades disciplinarias propias del poder de dirección. Si éste carece de poder disciplinario, resulta en “una mera autoridad moral sin sanción jurídica eficaz” (Alonso Olea). El poder disciplinario no es absoluto ni puede ser ejercido arbitrariamente. Está sujeto a limitaciones para evitar su utilización abusiva y sólo puede ser ejercido por quien tiene competencia original o delegada. Las facultades que comprende pueden estar directa o indirectamente reconocidas, cuando se las declara y garantiza expresamente o cuando no se considera arbitrario su uso (Devealí, 1943).

El poder disciplinario no significa una privatización de la competencia sancionadora del Estado. Presenta tanto caracteres penales (sanciones) como civiles (indemnizaciones), sin perder su carácter laboral (Montoya). Este carácter fundamenta otras diferencias entre el derecho civil y el derecho del trabajo: mientras en aquél se reconoce la igualdad de las partes para terminar la relación contractual, en éste se reconoce que el trabajador puede resolver esa relación *ad nutum*, en tanto que el empleador sólo puede terminarla por las causas y en la forma autorizadas por la ley. De otra parte, no basta el simple incumplimiento contractual; éste debe reunir ciertas condiciones para justificar el despido.

El poder disciplinario permite al empleador mantener el orden necesario para que la empresa logre sus finalidades, y le autoriza para que, una vez perturbado, trate de restituirlo mediante la aplicación de medidas disciplinarias (Ruprecht). Ese poder sólo permite aplicar sanciones cuando se dan “los su-

puestos determinantes de aquéllas” (Alonso García). No obstante que esos supuestos presentan variadas modalidades en los diferentes ordenamientos normativos nacionales, se tiende a reconocer que algunos son esenciales para garantizar el uso apropiado y no abusivo de esta facultad del empleador, que ocasiona daños patrimoniales al trabajador y le dificulta obtener un nuevo empleo (López). Entre ellos destacan: 1) que el incumplimiento contractual esté tipificado como falta; 2) que se haya incurrido en acciones u omisiones constitutivas de la falta; 3) que haya culpa o dolo del trabajador; 4) que exista una relación de causa a efecto entre el resultado producido y el acto doloso o culpable; 5) que exista una equilibrada correspondencia entre la naturaleza y efectos de la falta cometida y la sanción aplicada; 6) que exista contemporaneidad entre la acción u omisión y la sanción aplicada; 7) que existan procedimientos previos a la aplicación de la sanción o simultáneos a ella, recursos para oponerse y reparaciones para aliviar sus efectos. En los párrafos siguientes nos referiremos a lo señalado en los primeros seis literales.

1. *Tipificación de las faltas*

Las faltas disciplinarias determinadas en la legislación son enunciadas en una o varias normas sucesivas, a las que suelen agregarse otras contenidas en el mismo texto o en otros que regulan materias diferentes. Tal es el caso, por ejemplo, de las establecidas para ciertas categorías profesionales o las que regulan el ejercicio de ciertos derechos colectivos, como el de huelga.

La determinación legal asume variadas características. De una parte, teniendo presente la dificultad que presenta identificar con precisión todas las posibles manifestaciones de incumplimiento contractual, la determinación suele tener un carácter general o indicativo (*ad exemplum*), dejando entregado su desarrollo a otras fuentes normativas. De otra parte, teniendo presente la naturaleza de las sanciones aplicables y la necesidad de excluir su uso arbitrario o indiscriminado, la determinación puede ser taxativa y excluyente de adiciones que la desarrollen o complementen (*numerus clausus*).

No puede atribuirse el carácter de faltas disciplinarias a los actos y conductas del trabajador que se relacionan con el legítimo ejercicio de sus derechos constitucionales, legales o convencionales. Sobre el particular, el Convenio 158 dispone que —entre los motivos que no constituyen causa justificada para la terminación de la relación de trabajo— figuran la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo; ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa ca-

lidad; presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas correspondientes; la raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, la ascendencia nacional o el origen social; la ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad. El Convenio también dispone que la ausencia temporal del trabajo por motivo de enfermedad o lesión no deberá constituir una causa justificada para la terminación de la relación de trabajo: la definición de lo que constituye una ausencia temporal del trabajo, la medida en que se exigirá un certificado médico y las posibles limitaciones a la aplicación de este derecho deben ser determinadas de conformidad con los métodos de aplicación señalados en el Convenio. A su vez, en la Recomendación 166 se agrega que no debería constituir causa justificada la ausencia del trabajo debida al servicio militar obligatorio o al cumplimiento de obligaciones cívicas de conformidad con la legislación y la práctica nacionales.

A su vez, los comportamientos y actos inapropiados del trabajador —ajenos a las obligaciones y deberes de la relación laboral y que tienen lugar fuera de las horas y lugares de trabajo— no son, inicialmente, faltas disciplinarias. Sin embargo, pueden dar origen a ellas si se establece una relación causal con determinadas faltas disciplinarias. Tal es el caso, por ejemplo, del consumo de alcohol o drogas, que pueden afectar la conducta o la capacidad del trabajador; de la comisión de delitos cuya sanción impida la concurrencia al trabajo; de la participación en actos reñidos con las buenas costumbres y que puedan afectar el buen nombre y prestigio de la empresa. Esas conductas, aunque permitan ser calificadas como extracontractuales, pueden efectuar la relación contractual y generar efectos laborales. A los deberes y obligaciones que directamente emanan del contrato de trabajo, se agregan otros resultantes del hecho de prestarse los servicios en forma coetánea con servicios debidos en virtud de otros contratos de trabajo, que tienen como sujeto al mismo empleador. Sobre el particular, Alonso Olea expresa que

el contrato de trabajo se ejecuta normalmente en el seno de la empresa, en contacto estrecho sus sujetos y prestaciones con sujetos y prestaciones simultáneos, antecedentes y consecuencias de otros contratos de trabajo, de cuya inserción derivan deberes, ocasionados cuando no causados, por el contrato de trabajo, que se incorporan al contenido obligacional del mismo.

El despido disciplinario es motivado por un incumplimiento —doloso o culpable— de los deberes y obligaciones que el contrato de trabajo impone al trabajador. El principal deber contractual es ejecutar el trabajo en la forma,

oportunidad, lugar, cantidad y calidad convenidos. Dicha obligación —que es esencial y sirve para denominar al contrato— comprende el deber de ejecutar el trabajo “en conexión e interdependencia con la de los demás trabajadores de la empresa” (Rodríguez Piñero). Junto a ese deber existen otros conexos, entre ellos, los de asiduidad, buena fe, diligencia, colaboración, no competencia, discreción, fidelidad, honradez, moralidad, obediencia, prudencia, rendimiento y respeto.

El deber de asiduidad consiste en asistir al trabajo con la frecuencia y puntualidad convenidas. El incumplimiento se manifiesta en conductas que disminuyen ilegítimamente el tiempo de trabajo convenido, como el ausentismo, la llegada tardía, la salida anticipada o intempestiva del lugar de trabajo (Russomano).

El deber de buena fe obliga al cumplimiento de las obligaciones con rectitud y honradez. El incumplimiento se manifiesta en abuso de confianza y adopta matices de incorrección y deshonestidad como las actuaciones delictivas, el engaño, la realización de trabajos remunerados durante la licencia de enfermedad, los actos de venganza, el perjuicio o daño intencional. A esas faltas se agrega la presentación de certificados falsos para su admisión al empleo o para obtener un provecho indebido (Guerrero, 1981).

El deber de diligencia comprende el cuidado y actividad en ejecutar el trabajo en la oportunidad, calidad y cantidad convenidas. Ha sido conceptuado como un medio de colaboración con los fines de la empresa (Messias Pereira Donato). El incumplimiento se manifiesta, por ejemplo, en el desinterés y descuido en el cumplimiento de las obligaciones; en la desidia, pereza, falta de exactitud e indolencia en la ejecución de las tareas y en el mal desempeño voluntario de las funciones; en el trabajo tardío, defectuoso o insuficiente; en la ausencia reiterada o en la insuficiente dedicación del aprendiz a las prácticas de aprendizaje.

Se incumple el deber de colaboración, esto es, con la obligación de contribuir al logro de los objetivos de la empresa, cuando, por ejemplo, el trabajador se niega injustificadamente a ejecutar las actividades y proporcionar las ayudas que se requieran, en casos de emergencia o para prever daños a las personas que trabajan en la empresa o a los bienes que la componen. Especial gravedad se asigna al incumplimiento de normas sobre seguridad y salud en el trabajo.

El deber de no competencia consiste en la abstención de desarrollar actividades económicas que concurran con las del empleador. La infracción puede manifestarse en la participación competitiva del trabajador en el mismo mer-

cado, con bienes o servicios iguales o similares a los producidos en la empresa en que trabaja.

El deber de discreción consiste en cumplir las obligaciones con sensatez y buen tacto. Su transgresión, comúnmente, se expresa en acciones y omisiones, que ponen al descubierto o realzan situaciones personales o colectivas que afecten el buen nombre o prestigio de la empresa.

El deber de fidelidad impone la obligación de observar la lealtad debida al empleador, como contrapartida de la confianza que éste ha depositado en el trabajador. El incumplimiento comprende, entre otras faltas, la divulgación de informaciones confidenciales, reservadas o secretas, que hayan sido reveladas al trabajador o a las que haya tenido acceso; el sabotaje; los perjuicios intencionales causados en las instalaciones, maquinarias, herramientas, útiles de trabajo, productos o mercaderías.

El deber de honradez comprende la probidad y rectitud en el cumplimiento de las obligaciones. Su inobservancia puede expresarse en la disposición de bienes o servicios de la empresa sin autorización o para un fin diferente al autorizado. El hurto, el robo y la estafa son formas usuales que asume este incumplimiento.

El deber de moralidad impone el cumplimiento de las obligaciones guiado por el buen entendimiento, la buena conciencia, la búsqueda del bien, el respeto a las demás personas y sin maldad. El incumplimiento asume manifestaciones como la embriaguez habitual, la práctica de juegos de azar, la drogadicción, el uso abusivo de facultades delegadas al trabajador, las actividades delictivas, el portar armas indebidamente, los atentados contra “los valores morales generalmente aceptados en el país en el momento en que ocurrieron los hechos” (Murgas). No es fácil apreciar en forma objetiva el incumplimiento del deber de moralidad: una misma conducta puede ser considerada positivamente en una determinada situación y, en otra, asumir una valoración opuesta. Por ejemplo, las conductas atrevidas en un espectáculo frívolo puede significar que el trabajo se efectúa con intensidad, cuidado y esmero.

Las mismas conductas, desarrolladas en una oficina, constituyen faltas a la moral (De Buen).

El deber de obediencia obliga al acatamiento de las órdenes legítimas —de carácter general o especial— del empleador o de su representante. Esas órdenes son una expresión de la subordinación jurídica del trabajador y del poder jerárquico que es reconocido al empleador para dirigir las prestaciones de trabajo (Bueno Magano). Las órdenes se refieren a la oportunidad, el lugar y la forma de cumplir con las obligaciones. En otros términos, deben versar sobre el trabajo contratado (Cavazos), y permitir al empleador definir las mo-

dalidades concretas del trabajo necesario para alcanzar los objetivos de la empresa (Maranhao). Por lo tanto, es improcedente el despido cuando la desobediencia se refiere a órdenes ajenas a la relación contractual, o a órdenes ilegales o ilícitas o notoriamente perjudiciales, como las que violentan derechos políticos, civiles, culturales, económicos o sociales del trabajador, o bien, ponen en peligro su salud o vida, o la salud o vida de otros trabajadores. Tampoco constituye falta disciplinaria el incumplimiento de órdenes incompatibles con la dignidad del trabajador en cuanto persona, o que obliguen a actuaciones “heroicas o peligrosas”, no en razón de “lo que haya de hacerse sino a quién, cómo y cuándo se ordene hacerlo” (De la Villa y Palomeque). Las órdenes vinculadas con la conducta privada del trabajador sólo son legítimas si están directa y estrechamente vinculadas con el cumplimiento de sus deberes contractuales. En consecuencia, el deber de obediencia está referido a las órdenes legítimas y limitado a *quod ex officio facere tenentur* (Suárez González). Como existe la presunción *iuris tantum* respecto de la legitimidad de las órdenes del empleador, el trabajador debe obedecerlas, a menos que su ilegitimidad sea manifiesta e indudable, y que su cumplimiento produzca efectos irreparables.

El deber de prudencia obliga a aplicar el discernimiento y buen juicio al cumplir las obligaciones, utilizando la cautela y precauciones que sean apropiadas. En consecuencia, constituyen faltas los actos temerarios del trabajador que afecten la seguridad o el funcionamiento de la empresa o la actividad de los demás trabajadores; la imprudencia y negligencia graves; los que revelan descuido o una seria incomprensión de las instrucciones recibidas, o una inexacta apreciación del contenido y fines del cargo que se desempeña.

El deber de rendimiento consiste en producir bienes o servicios en las condiciones de oportunidad, calidad y cantidad convenidas. El rendimiento menor no constituye falta si se debe a causas ajenas a la voluntad del trabajador, como la presencia de una incapacidad o enfermedad, el caso fortuito, la fuerza mayor. El menor rendimiento resultante de la incorporación de cambios razonables en la medición del trabajo puede dar lugar al despido disciplinario si se debe a una actitud negligente o intencional del trabajador, que le impide adaptarse a las exigencias derivadas de los nuevos resultados esperados. La falta es mayor si esos cambios han sido establecidos con la participación del trabajador o de sus representantes. Igual razonamiento es válido tratándose del menor rendimiento derivado de la inadaptación voluntaria a las exigencias resultantes de los cambios tecnológicos incorporados al proceso productivo.

Mediante el deber de respeto se da apropiado reconocimiento a la dignidad de la persona humana (Caldera). Su incumplimiento consiste en la ausencia de la consideración y cortesía debidas al empleador y a todos los que trabajan

en la empresa, y se expresa en acciones como las ofensas verbales al empleador, sus representantes y familiares u otros trabajadores de la empresa; las expresiones altisonantes o insolentes; los actos o amenazas de violencia física o moral.

2. *Existencia real de la acción u omisión*

Para que exista una falta disciplinaria es necesario que se haya producido una acción u omisión constitutiva de un incumplimiento contractual. Sólo puede ser sancionada la acción u omisión que se materialice —aún parcialmente— en la forma y condiciones previamente definidas. La causa que motiva el despido debe ser real y fundamentarse en hechos concretos, por lo que las acciones u omisiones posibles o potenciales no son sancionables.

3. *Culpa o dolo del trabajador*

El incumplimiento contractual debe tener como causa el dolo o la culpa grave e inexcusable del trabajador. Al valorar la naturaleza dolosa o culpable del incumplimiento, deben tenerse presente las circunstancias eximentes, atenuantes y agravantes, como el descuido ocasional del trabajador; la presencia de factores concurrentes de responsabilidad del empleador, tales como la supervisión negligente o insuficiente, la inadecuada calidad de los insumos o de la mantención de la maquinaria y equipos, la ineficiente organización o gestión de la empresa; la reiteración de las faltas; la naturaleza del incumplimiento y de su daño.

4. *Relación entre el efecto producido y la falta cometida*

El efecto producido, incluidos los daños y perjuicios resultantes, debe haber sido causado por la falta cometida. Ella, entonces, resulta determinante de la decisión de despedir. Por lo tanto, una vez invocada una causal como justificativa de un despido disciplinario, no puede luego invocarse otra, en reemplazo de la inicialmente aducida. Así se evita que se pretenda justificar *ex post facto* despidos fundados en incumplimientos que no tuvieron la naturaleza y características requeridas para motivar la aplicación de esa sanción extrema.

Lo señalado no excluye la posibilidad de que a la causal inicialmente invocada —de por sí suficiente y determinante— se agreguen una o más causas de iguales características, que tornan aún más difícil e inconveniente la mantención de la relación de trabajo.

Si en presencia de una determinada falta, el empleador decide no despedir y aplica al incumplidor una sanción diferente, no puede luego recurrir al despido invocando, como causal o como agravante, la falta ya sancionada. En virtud del principio de singularidad laboral de la sanción (*non bis in idem*), el incumplimiento contractual puede ser sancionado sólo una vez.

5. *Proporcionalidad entre la sanción aplicada y la falta cometida*

La sanción debe ser “proporcional a la gravedad de la inconducta; para lo cual se tendrá en cuenta la actuación anterior, la naturaleza de la inconducta alegada, los fundamentos sobre los cuales la orden del empleador no fue cumplida, la naturaleza de las obligaciones que debían cumplirse y la índole del establecimiento” (Plá). En consecuencia, debe existir una relación de equilibrio y equivalencia entre las dimensiones y proyecciones de la falta y la sanción que se imponga (Hoyos), por lo que la falta debe ser de una identidad notable y suficiente (Carro). A las faltas leves deben corresponder sanciones menores, entre otras, las amonestaciones verbales o escritas, las multas u otras sanciones pecuniarias, la disminución o pérdida de ciertos incentivos salariales o no salariales, como el pago de bonificaciones o el otorgamiento de ascensos, y la suspensión del contrato de trabajo.

La gravedad del incumplimiento presenta una dimensión objetiva y otra subjetiva. La primera deriva de la comparación entre los comportamientos producidos y los previstos, teniendo como modelo un conjunto abstracto de conductas y de resultados basados en el cumplimiento integral de los deberes asignados al trabajador. La segunda, resulta de la consideración de algunas circunstancias que agravan, atenúan o extinguen los resultados negativos de la comparación objetiva de los resultados esperados y de los efectivamente producidos. Entre esas circunstancias se mencionan la habitualidad, la antigüedad en el trabajo y la repercusión del incumplimiento en el comportamiento esperado de los demás trabajadores de la empresa.

El derecho al trabajo “se rompe ante la conducta negativa del trabajador que incumple sus deberes” (De Buen). Por tal motivo, siendo el despido una excepción del principio de la vocación de continuidad de la relación laboral (Vázquez Vialard), la falta disciplinaria que lo justifica sólo es aquella que, por su gravedad o reiteración, no permite o no aconseja mantener vigente la relación de trabajo. Esa falta grave lesiona irreversiblemente al vínculo laboral (Pasco), y el despido resultante conduce a “la ineffectividad de muchos de los derechos laborales y de seguridad social, cuya adquisición, conservación o acrecentamiento depende de la permanencia del trabajador en su puesto de

trabajo” (Ermida). En la determinación de la gravedad de una falta hay que utilizar un criterio cuantitativo y cualitativo: una falta leve, pero reiterada, puede llegar a ser grave (criterio cuantitativo), y “una falta seria puede perder ese carácter por haber sido cometida por un trabajador intachable, con muchos años de servicio (criterio cualitativo)” (Ruprecht).

6. *Actualidad de la falta*

La falta disciplinaria faculta al empleador para terminar la relación de trabajo. Si no ejerce tal facultad dentro de un plazo razonable desde que tuvo conocimiento de la falta, se considera que ha renunciado a su derecho. El incumplimiento pierde paulatinamente su pertinencia para justificar el despido y se debilita la penalidad de la falta.

Para identificar lo que constituye un plazo razonable, se debe tener en cuenta la naturaleza y gravedad de la falta, así como sus circunstancias agravantes y atenuantes. Ese plazo debe permitir al empleador ponderar apropiadamente todos los factores de hecho y de derecho que estén presentes en la falta cometida, en forma tal que la decisión de despedir sea adoptada con mayor ecuanimidad. Así, se evita que la sanción se aplique en forma inmediata, repentina y brusca (Moraes Filho).

II. LOS PROCEDIMIENTOS PREVIOS Y SIMULTÁNEOS AL DESPIDO

Habida cuenta de la naturaleza y efectos del despido disciplinario, el acto del despido tiene caracteres especiales: debe constar por escrito, expresándose la causal invocada, los hechos que la configuran y la fecha en que tendrá efecto. Estos requisitos, en algunas legislaciones, tienen el carácter de solemnidades irrenunciables y no pueden ser modificados por las partes.

En la recomendación 168 se establece que el empleador debería notificar por escrito al trabajador la decisión de dar por terminada la relación de trabajo y que el trabajador tendrá derecho a pedir que su empleador le extienda una constancia escrita en que se exponga el motivo o los motivos de tal terminación.

A su vez, en el Convenio 158 se dispone que el trabajador cuya relación de trabajo vaya a darse por terminada tendrá derecho a un plazo de preaviso razonable o, en su lugar, a una indemnización, a menos que sea culpable de una falta grave de tal índole que sería irrazonable pedir al empleador que continuara empleándolo durante tal periodo.

En el Convenio también se dispone que, antes de darse por terminada la relación de trabajo, debería ofrecerse al trabajador la oportunidad de defenderse de los cargos formulados en su contra, “a menos que no pueda pedirse razonablemente al empleador que le conceda esta posibilidad”. Estas normas son completadas en la Recomendación número 168, donde se establece que, con el fin de buscar otro empleo, el trabajador debería tener derecho a periodos de tiempo libre razonables, sin pérdida de remuneración, durante el plazo de preaviso, que tomará en momentos convenientes para ambas partes. También se establece que el trabajador debería tener derecho a contar con la asistencia de otra persona cuando se defiende de cargos que pueden llevar a la terminación de su relación de trabajo, y que el empleador podría consultar a los representantes de los trabajadores antes de adoptar una decisión definitiva.

Existen normas protectoras especiales tratándose del despido disciplinario de quienes desempeñan cargos sindicales, participan en la negociación colectiva, ejercitan el derecho de huelga, representan a los trabajadores en la empresa o en organismos de participación bipartita o tripartita, o se encuentran en situaciones especiales de protección, como la enfermedad o la maternidad. En esos casos, en ciertas legislaciones se dispone que, antes de proceder al despido, los tribunales o las autoridades públicas laborales deben calificar los hechos invocados y autorizar o rechazar el despido.

III. LOS RECURSOS EN CONTRA DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

El trabajador que considere injustificada la terminación de su relación de trabajo por una causa vinculada con su conducta debe tener derecho a recurrir contra la misma. Si el trabajador no ejerce su derecho dentro de un plazo razonable desde la terminación puede considerarse que ha renunciado a tal derecho. Contra el despido disciplinario caben dos recursos: el de nulidad y el de improcedencia. La nulidad procede cuando no concurren las formalidades que la ley señala como esenciales del acto jurídico del despido. También es nulo el despido que se funda en una acción u omisión que no esté previamente calificada como falta que puede motivarlo.

La nulidad es absoluta cuando el despido viola un derecho fundamental, como el de la no discriminación, o cuando se han omitido procedimientos especialmente establecidos respecto de ciertos trabajadores, por las funciones que desempeñan o las circunstancias en que se encuentran.

El despido es improcedente cuando el hecho en que se funda no resulta suficiente para permitirlo o cuando —siéndolo— no es debidamente acreditado.

El recurso contra el despido disciplinario debe ser interpuesto ante un organismo neutral, como un tribunal, un tribunal de trabajo, una junta de arbitraje o un árbitro. Ese organismo, según lo dispone el Convenio 158, estará facultado para examinar las causas invocadas y todas las demás circunstancias relacionadas con el caso, y para pronunciarse sobre si la terminación estaba justificada.

En cuanto a la carga de la prueba, el Convenio dispone que a fin de que el trabajador no esté obligado a asumir por su sola cuenta la carga de la prueba de que su terminación fue injustificada, se deberá prever una u otra de las siguientes posibilidades, o ambas: *a)* incumbirá al empleador la carga de la prueba de la existencia de una causa justificada para la terminación, *b)* el organismo neutral ante el que se ha interpuesto el recurso estará facultado para decidir acerca de las causas invocadas para justificar la terminación, habida cuenta de las pruebas aportadas por las partes y de conformidad con los procedimientos establecidos por la legislación y la práctica nacionales.

Con la interposición del recurso de nulidad o de improcedencia la relación de trabajo no se reanuda sino que se entiende suspendida. Si se rechaza el recurso, el despido surte plenos efectos. Si el recurso prospera el trabajador suspendido debe ser reintegrado a su empleo, con el pago de los salarios y demás prestaciones correspondientes al periodo de suspensión.

Las motivaciones principalmente vinculadas con la necesidad de preservar la disciplina en la empresa y de incentivar la contratación de personal, mediante la disminución de condiciones limitantes de los poderes disciplinarios y directivos del empleador, han dado origen a sistemas normativos flexibles que permiten sustituir la obligación de reintegro por la de pagar una indemnización especial por despido injustificado. Cuando la facultad de optar entre una y otra obligación radica en el empleador, se debilitan los caracteres y requisitos del despido disciplinario y se fortalece la presencia del despido *ad nutum*. Tal inconveniente podría obviarse si se reconoce a la autoridad pública competente el derecho a determinar —de oficio o a petición de parte— si la opción por el pago de una indemnización encubre una manifestación de despido sin causa. A la vez, no se debe desconocer que, en ciertos casos, el reintegro al trabajo puede resultar inapropiado para el trabajador, por lo que si éste opta por recibir la indemnización, su renuncia al derecho de reintegro no violentaría los principios básicos que regulan el despido disciplinario.

Sobre el particular, el Convenio dispone que si los organismos competentes

llegan a la conclusión de que la relación de trabajo es injustificada y si, en virtud de la legislación y la práctica nacionales, no estuvieran facultados o no

consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.

IV. LAS REPARACIONES DE LOS EFECTOS DEL DESPIDO DISCIPLINARIO

Cuando no procede, o no es posible, la readmisión del trabajador en su empleo, surge la necesidad de asegurarle ingresos. Con tal propósito, en el Convenio 158 se dispone que todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada tendrá derecho a una indemnización por fin de servicios o a otras prestaciones análogas, cuya cuantía se fijará en función, entre otras cosas, del tiempo de servicios y del monto del salario. La indemnización o las prestaciones serán pagadas directamente por el empleador o por un fondo constituido mediante cotizaciones de los empleadores. En reemplazo de esa reparación, o en forma combinada con ella, el trabajador despedido tendrá derecho a prestaciones de seguro de desempleo, de un régimen de asistencia a los desempleados o de otras formas de seguridad social, tales como las prestaciones de vejez o de invalidez, bajo las condiciones normales a que están sujetas dichas prestaciones. El solo hecho de que el trabajador no reciba esas prestaciones, por no reunir las condiciones de calificación para tener derecho a ellas, no torna exigible el pago de la indemnización por fin de servicios o prestaciones análogas.

También en el Convenio se dispone que podrá preverse la pérdida del derecho a recibir las indemnizaciones o prestaciones mencionadas, cuando la relación de trabajo termina por causa grave.

ANEXO

España, Portugal y Estados de América: Participación de los representantes gubernamentales, de empleadores y de trabajadores en las votaciones finales de la Recomendación 119 (1963), del Convenio 158 (1982) y de la Recomendación 166 (1982), sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador

<i>Norma Internacional</i>		<i>Recomendación 119</i>			<i>Convenio 158</i>			<i>Recomendación 166</i>		
		F	C	A	F	C	A	F	C	A
Argentina	G	X			X			X		
	E		X					X		
	T				X			X		
Bahamas	G				X			X		
	E				X			X		
	T				X			X		
Barbados	G				X			X		
	E									
	T				X			X		
Belice	G				X					
	E									
	T									
Bolivia	G				X					
	E									
	T									
Canadá	G	X			X			X		
	E	X			X			X		
	T	X			X			X		
Colombia	G	X					X	X		

G = Gobierno, E = Empleadores, T = Trabajadores, F = Favor, C = Contra, A = Abstención

<i>Norma Internacional</i>	<i>Recomendación 119</i>			<i>Convenio 158</i>			<i>Recomendación 166</i>		
<i>Votación por país y sector</i>	F	C	A	F	C	A	F	C	A
E									
T	X								
Costa Rica	G	X							
E	X								
T	X								
Cuba	G	X		X			X		
E									
T	X			X			X		
Chile	G		X			X			X
E		X			X				X
T	X			X			X		
Ecuador	G	X							
E									
T	X								
El Salvador	G		X	X			X		
E					X		X		
T				X			X		
España	G	X		X			X		
E	X			X			X		
T				X			X		
EE.UU.	G	X			X				X
E	X				X				X
T	X			X			X		
Granada	G			X			X		

<i>Norma Internacional</i>	<i>Recomendación 119</i>			<i>Convenio 158</i>			<i>Recomendación 166</i>		
<i>Votación por país y sector</i>	F	C	A	F	C	A	F	C	A
E					X		X		
T									
Guatemala	G	X		X			X		
E						X	X		
T				X			X		
Haití	G			X			X		
E									
T									
Honduras	G	X		X			X		
E									
T	X								
Jamaica	G			X			X		
E	X			X					
T				X			X		
México	G	X		X			X		
E						X	X		
T	X			X			X		
Nicaragua	G	X		X					
E						X			
T				X					
Panamá	G	X		X			X		
E		X		X			X		
T	X			X			X		
Perú	G			X			X		

<i>Norma Internacional</i>	<i>Recomendación 119</i>			<i>Convenio 158</i>			<i>Recomendación 166</i>		
<i>Votación por país y sector</i>	F	C	A	F	C	A	F	C	A
E		X							
T	X			X			X		
Portugal G	X			X			X		
E	X					X	X		
T	X			X			X		
R. Dominicana G				X			X		
E									
T									
Surinam G				X			X		
E				X			X		
T				X			X		
Trinidad y Tobago G	X			X			X		
E			X	X					
T	X								
Uruguay G			X	X			X		
E		X							
T	X			X			X		
Venezuela G	X			X			X		
E		X				X			X
T	X			X			X		

V. BIBLIOGRAFÍA

- ALBURQUERQUE, Rafael, *Estudio de derecho del trabajo*, Santo Domingo, 1992.
- ALMANSA PASTOR, José Manuel, *El despido nulo*, Madrid, 1968.
- ALONSO GARCÍA, Manuel, *Curso de derecho del trabajo*, 5a. ed., Barcelona, 1975.
- ALONSO OLEA, Manuel, “Jurisprudencia sobre lugar, tiempo y forma del despido disciplinario; en especial sobre la carta de despido”, *Civitas*, núm. 28, octubre-diciembre 1986.
- y María Emilia Casas Baamonde, *Derecho del trabajo*, 11a. ed., Madrid.
- ALTAMIRA GIGENA, Raúl E., *et al.*, *Ley de Contrato de Trabajo comentada, anotada y concordada*, t. I, Buenos Aires, 1981.
- BARBAGELATA, Héctor-Hugo, *El derecho común sobre el despido y su interpretación jurisprudencial*, Montevideo, 1953.
- , “El despido abusivo y la reciente jurisprudencia”, *Derecho Laboral*, Montevideo, núm. 108, 1977, t. XX.
- BORRAJO DACRUZ, Efrén, “Indemnización o readmisión por despido improcedente o nulo”, *El estatuto de los trabajadores. Puntos críticos*, Madrid, 1980.
- BUEN, Néstor de, *Derecho del trabajo. Derecho individual. Derecho colectivo*, t. II, 9a. ed., México, 1982.
- *et al.*, *La extinción de la relación laboral. Perspectiva Iberoamericana*, Mario Pasco Cosmópolis, Editor, Lima, 1987.
- BUENO MAGANO, Octavio, *Manual de direito do trabalho. Direito individual do trabalho*, vol. II, São Paulo, 1981.
- CABANELLAS, Guillermo, *Compendio de derecho laboral*, Buenos Aires, 1986.
- CABRERA BAZÁN, José, *La novación ilícita del contrato de trabajo*, Sevilla, 1963.
- CALDERA, Rafael, *Derecho del trabajo*, t. I, 2a. ed., Buenos Aires, 1979.
- CARRO ZÚÑIGA, Carlos, “La falta grave como causa justa de despido”, *El derecho laboral en Iberoamérica*, México, 1981.
- CAVAZOS FLORES, Baltasar, *Causales de despido*, México, 1984.
- CESARINO JR., A. F., *Direito social brasileiro*, São Paulo, 1957.
- COQUEJO COSTA, *Direito processual do trabalho*, Río de Janeiro, 1984.
- CUEVA, Mario de la, *Derecho mexicano del trabajo*, t. I, México, 1959.
- DÁVALOS, José, *Derecho del trabajo*, México, 1985.
- DEVEALÍ, Mario L., “Las sanciones disciplinarias en el contrato de trabajo privado”, *Derecho del trabajo*, t. II, Buenos Aires, 1943.

- DURAND, Paul, “El poder disciplinario en la empresa privada”, *La Ley*, t. 55, Buenos Aires.
- ERMIDA URIARTE, Óscar, “El concepto del despido abusivo”, *Derecho Laboral*, Montevideo, 1984, t. XVII, núm. 135.
- ESCRÍBAR MANDIOLA, Héctor, *Tratado de derecho del trabajo*, Santiago, 1944.
- FERNANDES, A. L. Monteiro, *Noções fundamentais de direito do trabalho*, Coimbra, 1977.
- FERNÁNDEZ GIANOTTI, Enrique, “El concepto jurídico del despido”, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración*, Buenos Aires, 1945, t. XLIII.
- GIGLIO, Wagner D., *A justa causa*, São Paulo, 1981.
- GUERRERO FIGUEROA, Guillermo, “Terminación de la relación individual de trabajo”, *El derecho laboral en Iberoamérica*, México, Baltasar Cavazos, Editor, 1981.
- GUZMÁN, Rafael J. Alfonso, *Nueva didáctica del derecho del trabajo*, 6a. ed., Caracas, 1993.
- HOYOS, Arturo, *Derecho panameño del trabajo*, vol. I, Panamá, 1982.
- JAVILLIER, Jean-Claude, *Derecho del trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social.
- KROTOSCHIN, Ernesto, *Instituciones de derecho del trabajo*, Buenos Aires, 1968.
- LIVELLARA, Carlos Alberto, “Las facultades disciplinarias en la Ley de Contrato de Trabajo”, en Justo López *et al.*, *Temas de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tucumán, 1982.
- LÓPEZ, Justo, Norberto O. Centeno y Juan Carlos Fernández Madrid, *Ley de Contrato de Trabajo comentada*, Buenos Aires, 1987.
- , “Poder disciplinario del empleador (límites, ejecución de la pena y sanciones)”, *Legislación del Trabajo*, Buenos Aires, t. XVIII.
- MARANHAO, Delio, “Extinção do contrato de trabalho”, en Sússekind, Arnaldo, Delio Maranhao, Vianna Segadas *Instituições de direito do trabalho*, vol. I, 8a. ed., Río de Janeiro, 1981.
- MARC, Jorge Enrique, “Derecho disciplinario laboral”, en López, Justo, *et al.*, *Temas de derecho del trabajo y la seguridad social*, Tucumán, 1982.
- MARTÍNEZ VIVOT, Julio, *Elementos de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Buenos Aires, 1988.
- MARTINS CATHARINO, José, *Curso universitario de direito do trabalho*, São Paulo, 1972.
- MESSIAS PEREIRA, Donato, *Curso de direito do trabalho*, 4a. ed., 1981.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del trabajo*, 5a. ed., Madrid, 1984.

- MONZÓN, Máximo Daniel, “La fidelidad y la buena fe en el contrato de trabajo”, *Derecho del Trabajo*, t. X, Buenos Aires, 1949.
- MORAES FILHO, Evaristo de, *Estudios de direito do trabalho*, São Paulo, 1971.
- MORGADO VALENZUELA, Emilio, *Inamovilidad de los mandatarios en el derecho laboral chileno*, Santiago, 1961.
- OIT, *Terminación de la relación de trabajo (despido y cese)*. Conferencia Internacional del Trabajo, 46a. reunión, 1962, Informe VII (1), Ginebra, 1961.
- , *Terminación de la relación de trabajo (despido y cese)*. Conferencia Internacional del Trabajo, 46a. reunión, 1962, Informe VII (2), Ginebra, 1962.
- , *Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*. Conferencia Internacional del Trabajo, 47a. reunión, 1963, Informe V (1), Ginebra, 1962.
- , *Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*. Conferencia Internacional del Trabajo, 47a. reunión, 1963, Informe V (2), Ginebra, 1963.
- , *Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*. Conferencia Internacional del Trabajo, 67a. reunión, 1981. Informe VIII (1), Ginebra, 1980.
- , *Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*. Conferencia Internacional del Trabajo, 67a. reunión, 1981, Informe VIII (2), Ginebra, 1981.
- , *Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*. Conferencia Internacional del Trabajo, 68a. reunión, 1982, Informe V (1), Ginebra, 1981.
- , *Terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador*. Conferencia Internacional del Trabajo, 68a. reunión, 1982, Informe V (2), Ginebra, 1982.
- , *Actas*. Conferencia Internacional del Trabajo, Cuadragésima Séptima Reunión, Ginebra, 1963, Ginebra, 1964.
- , *Actas*. Conferencia Internacional del Trabajo. Sexagésima Octava Reunión, Ginebra, 1982.
- OJEDA AVILÉS, Antonio, “El despido por bajo rendimiento: un análisis comparado”, *Asesoría Laboral*, Lima, año III, núm. 32, 1993.
- PASCO COMÓPOLIS, Mario, “La falta grave laboral”, *Derecho Laboral*, Montevideo, t. XVII, núm. 134, 1984.

- PLÁ RODRÍGUEZ, Américo, *La terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empresario y la seguridad de los ingresos de los trabajadores afectados*, Madrid, 1983.
- RIVERO LAMAS, Juan, “La estabilidad en el empleo”, *El régimen laboral en España y países del mercado común*, Barcelona, 1971.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO y Miguel Bravo-Ferrer. “La regulación de los despidos disciplinarios”, *Hacia un modelo democrático de relaciones laborales*, Zaragoza, 1980.
- RUPRECHT, Alfredo, “Derecho disciplinario laboral”, *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. VII.
- , *Contrato de trabajo*, Buenos Aires, 1960.
- RUSSOMANO, Mozart Víctor, “O empregado e o empregador”, *Curso de direito do trabalho*, t. I, Río de Janeiro, 1972.
- SAGARDOY BENGOCHEA, Juan Antonio, *La terminación del contrato de trabajo*, Madrid, 1980.
- SUÁREZ GONZÁLEZ, Fernando, “Extinción por incumplimiento e ineficacia sobrevenida del contrato de trabajo”, *El derecho del trabajo en España*, t. I, Madrid, 1981.
- SÜSSEKIND, Arnaldo, “Estabilidade no emprego”, *Instituições de direito do trabalho*, vol. I, 8a. ed., Río de Janeiro, 1981.
- TEXEIRA FILHO, João Lima, *Repertorio de Jurisprudencia trabalhista*, Rio de Janeiro, 1983.
- VÁZQUEZ VIALARD, Antonio, *Derecho del trabajo y seguridad social*, t. I, 2a. ed., Buenos Aires, 1981.
- VILLA GIL, Luis Enrique de la, y M. Carlos Palomeque López, *Lecciones de derecho del trabajo*, Madrid.
- WALKER ERRÁZURIZ, Francisco, *Derecho del trabajo y relaciones de trabajo*, Santiago, 1989.
- XAVIER GAMA LOBO, Bernardo da, “La carga de la prueba de la causa justificada”, *Cuestiones laborales. Homenaje al maestro Mozart Víctor Russomano*, México, 1988.