DESPEDIDA POR FALTA GRAVE DURANTE EL PLAZO DE PRE-AVISO.

Al no encontrarse suficientemente probadas las causales invocadas para justificar la falta grave aducida por el empleador, durante el plazo del aviso de despedida, es evidente que ha quedado sin dicho plazo por acto del empleador, y por lo mismo, se hace procedente el abono de todos los beneficios que la ley señala.

DICTAMEN FISCAL

Señor:

La presente demanda por cobro de beneficios sociales se fundamenta en la despedida injustificada de que ha sido objeto el día 14 de Julio de 1966, reclamando el pago de S/. 14,116.65 que corresponde a compensación por un año de servicios a base del sueldo de S/. 2,200.00 tres sueldos por despedida intempestiva, dos por el beneficio especial a favor de la mujer y cinco dozavos vacacionales. La diligencia de comparando no se llevó a cabo por inconcurrencia del demandado, quien posteriormente se apersona purgando la rebeldía, y haciendo exposición de los hechos concluye que ha sido despedida por haber cometido faltas graves que le irrogan pérdidas de sus derechos.

Por la resolución de vista de fs. 64vta., se confirma la apelada que declarada fundada, la demanda disponiendo el pago de la suma S/. 13,016.65, que corresponden: 2,200.00 por compensación de tiempo de servicios; S/. 5,500.00 por el tiempo que faltaba para cumplirse el plazo de pre aviso de despedida; S/. 4,400.00 por despedida injustificada y S/. 916.65 por cinco dozavos vacacionales, debiendo otorgarle el certificado de trabajo solicitado.

Las partes están de acuerdo en cuanto al tiempo de servicios que comprende del 7 de Febrero al 14 de Julio de 1966, así como al sueldo ascendente a S/. 2,200.00 mensuales.

Consta de la carta notarial que en foto-copia obra a fs. 22, que la doctora Schiaffino Freundt, como representante del Estudio Melgar, en representación del principal, como reconoce la demandada en su respuesta tercera de la confesión prestada a fs. 54, le pasó carta de aviso de despedida concediéndole el término legal, con fecha 28 de Junio de 1966, que le fuera entregada en esa misma fecha y desde la cual parte el cómputo para los cuarenta días de ese pre-aviso. Asimismo consta de la cursada por igual conducto y que obra a fs. 28, que la misma representante del Estudio, con fecha 14 de Julio del propio año, procede a despedirla alegando haber incurrido en faltas graves durante el plazo vigente del pre-aviso. Producida la rescisión contractual en esa forma, resulta por una parte que concurrente al móvil de esa determinación, operó la denuncia que formulara la accionante ante la autoridad de Trabajo como aparece de los actuados de fs. 52 y sgtes; y en cuanto a las faltas graves para truncar el derecho del pre-aviso, es incuestionable que la prueba aportada no califica la existencia de las faltas graves que pudieran dar lugar a esa despedida. Como corolario, le asiste el derecho que el fallo reconoce a la compensación por tiempo de servicios ascendentes al sueldo de S/. 2,200.00 y S/. 5,500.00 por el término que faltaba para cumplirse los 90 días del aviso.

De acuerdo a las disposiciones que norman la figura del pre-aviso de despedida o de retiro, en el primer caso que es de autos, tiene por objeto, como lo expresa el art. 19 del Reglamento de la Ley 4916, el de tener un tiempo adecuado para conseguir nuevo trabajo, a cuyo efecto tiene derecho el empleado a disponer de una hora diaria, dos medios días o un día de la semana a su elección. En esta figura, aunque se invoque justificación, por su naturaleza, no lo requiere; y por el art. 23 se establece que si durante su término es negligente en el desempeño de sus funciones, actos de indisciplina, puede ser inmediatamente despedido, perdiendo así el derecho al saldo de días que le falten. Es en base a estas disposiciones que, cuando el despido se lleva a cabo sin justificación, la indemnización está representada por el término que faltara para el cumplimiento del plazo de esos 90 días, que, repito, ha sido amparado por los fallos.

Pretender que esa forma de conclusión laboral genera, como se persigue, el abono de tres sueldos por despedida, la indemnización de dos sueldos por el beneficio a favor de las mujeres, según la Ley 2851 y los dozavos vacacionales, es contrario a ley, porque inclusive generaría un derecho mayor con carácter indemnizatorio que el que asiste

al que es despedido sin esa formalidad y sin justificación. Si el empleador ha hecho uso del aviso, no puede ser actor de una despedida intempestiva que precisamente descansa en la carencia de justificación o en la omisión de no cursar el aviso. La indemnización de tres sueldos, representan precisamente los noventa días a que el empleado tiene derecho si se omite el aviso y no hay justificación del despido; lo que no es igual dentro de la conclusión diferida al vencimiento del término, surgiendo así la improcedencia del pago por esos conceptos, aconteciendo lo mismo en cuanto a los dozavos vacacionales por devenir del despido injustificado, ya que ese derecho no actúa dentro del pre-aviso.

HAY NULIDAD en la recurrida, en cuanto manda pagar S/ 4,400.00 por despedida y S/. 916.65 por dozavos vacacionales, por lo que revocando en ese punto la apelada y modificando la recurrida, debe declararse sin lugar; y **NO HABER NULIDAD** en lo demás que contiene.

Lima, 16 de Mayo de 1968

PONCE MENDOZA

RESOLUCION SUPREMA

Lima, treinta de Mayo de mil novecientos sesentioho.—

Vistos; de conformidad en parte con el dictamen del señor Fiscal; y **CONSIDERANDO**: que al no encontrarse suficientemente probadas en autos las causales invocadas para configurar la falta grave que justificaría la despedida que contiene la carta de fojas veintiocho, cursada con fecha catorce de Julio de mil novecientos sesentiseis, o sea a los diesiseis días del plazo de aviso de despedida a que se contrae la carta de fojas veinticinco, de veintiocho de Junio del mismo año mil novecientos sesentiseis, es evidente que ha quedado sin efecto dicho plazo por acto del empleador y por lo mismo se hace procedente el abono de todos los beneficios que la ley señala en estos casos: declararon **NO HABER NULIDAD** en la sentencia de vista de fojas veinticuatro vuelta, su fecha veintiocho de Febrero del presente año, que confirmando la apelada de fojas sesenta, su fecha ocho de Enero del mismo año, declara fundada la demanda, de beneficios sociales interpuesta a fojas una por doña Esmeralda Cáceres de Casareto, y dispone, en consecuencia, que el demandado, don Carlos Enrique Melgar, abone

a la actora la suma total de trece mil dieciséis soles sesenticinco centavos, por los conceptos que en la sentencia de Primera Instancia se precisa; condenaron en las costas del recurso y en la multa de seiscientos soles a la parte que lo interpuso; y los devolvieron.— LENGUA.— EGU-REN.— PALACIOS.— PORTOCARRERO.— NUÑEZ VALDIVIA.— Se publicó.— Lizandro E. Tudela Valderrama, Secretario General.—

Cuaderno N° 292.— Año 1968.—

Procede de Lima.