



UNIVERSIDAD
DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Análisis del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Previsional y Laboral en relación al retiro de confianza de aquellos trabajadores del sector privado que ingresaron directamente a un cargo de confianza o de dirección

Tesis para optar el Título de
Abogado

Denisse Amanda Cristina Rospigliosi Palao

Asesor:

Abg. José Antonio Valle Benites

Co Asesor:

Dra. Ana Cecilia Crisanto Castañeda

Piura, noviembre de 2020

Aprobación

Tesis titulada “**Análisis del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Previsional y Laboral en relación al retiro de confianza de aquellos trabajadores del sector privado que ingresaron directamente a un cargo de confianza o de dirección**”, presentada por la bachiller Denisse Amanda Cristina Rospigliosi Palao, en cumplimiento con los requisitos para optar por el Título de Abogado, fue aprobada por el Abg. José Antonio Valle Benites y Co asesora Dra. Ana Cecilia Crisanto Castañeda.



Asesor de tesis



Co asesora de tesis

Dedicatoria

Al Señor que es “Siempre Padre”, a la *Lita* y *el Tata* (sus identidades profundas: aquello que son y que no son ya más que eso), a mis hermanos (¡los cuatro!: 2x2), a *Cía* primicia y segunda oportunidad, a mí *Tata* y mí *Mamama*, a mis abuelos... por lo que me dieron y no tiene precio



Agradecimiento

A la Universidad de Piura, en todas sus abscisas y ordenadas: gracias.

A mi Asesor, el abogado José Antonio Valle Benites: un generoso maestro, apasionado litigante, y a quien por mucho que importuné me sufrió siempre, con mucha paciencia y buen humor.

A la brillante Dra. Ana Cecilia Crisanto Castañeda, por su invaluable apoyo en la sustentación de este trabajo.



Resumen Analítico-Informativo

Análisis del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Previsional y Laboral en relación al retiro de confianza de aquellos trabajadores del sector privado que ingresaron directamente a un cargo de confianza o de dirección

Denisse Amanda Cristina Rospigliosi Palao

Asesor(es): Abg. José Antonio Valle Benites

Co Asesor: Dra. Ana Cecilia Crisanto Castañeda

Tesis.

Título de Abogado

Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Piura, noviembre de 2020

Palabras claves: personal de dirección/ trabajador de confianza/ estabilidad laboral/ despido.

Introducción: Tesis para obtener el título de abogada. La presente investigación analizará una de las conclusiones materia del debate plenario del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Previsional y Laboral, concretamente la referida a la pretensión indemnizatoria del personal de dirección y trabajadores de confianza sujetos al régimen de la actividad privada.

Metodología: Método deductivo.

Resultados: Confirmar que este acuerdo plenario resulta cuando menos legalmente cuestionable, además de contradecir criterios que ha establecido el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia, y afectar la estabilidad de salida de los trabajadores de dirección y de confianza (exclusiva) del régimen privado.

Conclusiones: Los trabajadores de confianza no se encuentran excluidos de la adecuada protección contra el despido que establece la Constitución. La jurisprudencia constitucional no ha sido lo suficientemente clara en sus pronunciamientos respecto de la estabilidad de salida del personal de confianza exclusiva, confundiendo el régimen público y el privado. El Cuarto Acuerdo del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Previsional y Laboral carece de fundamento jurídico.

Fecha de elaboración del resumen: 02 de octubre de 2020

Analytical-Informative Summary

Análisis del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Previsional y Laboral en relación al retiro de confianza de aquellos trabajadores del sector privado que ingresaron directamente a un cargo de confianza o de dirección

Denisse Amanda Cristina Rospigliosi Palao

Asesor(es): Abg. José Antonio Valle Benites

Co Asesor: Dra. Ana Cecilia Crisanto Castañeda

Tesis.

Título de Abogado

Universidad de Piura. Facultad de Derecho.

Piura, noviembre de 2020

Keywords: management personnel / trust worker / job stability / dismissal.

Introduction: Thesis to obtain the Lawyer Title. The present investigation will analyze one of the conclusions of the plenary debate of the VII Supreme Jurisdictional Plenary in Pension and Labor Matters, specifically that referring to the compensation claim of management personnel and trustworthy workers subject to the regime of private activity.

Methodology: Deductive Method

Results: Confirm that this plenary agreement is at least legally questionable, in addition to contradicting criteria established by the Constitutional Court in its jurisprudence, and affecting the exit stability of management and trust workers (exclusive) of the private regime.

Conclusions: Trusted workers are not excluded from the adequate protection against dismissal established by the Constitution. The constitutional jurisprudence has not been clear enough in its pronouncements regarding the stability of exit of the personnel of exclusive confidence, confusing the public and private regime. The Fourth Agreement of the VII Supreme Jurisdictional Plenary in Pension and Labor Matters has no legal basis.

Summary date: October 2th, 2020

Prefacio

«¹Decía también a sus discípulos: Era un hombre rico que tenía un administrador a quien acusaron ante él de malbaratar su hacienda; ² le llamó y le dijo: "¿Qué oigo decir de ti? Dame cuenta de tu administración, porque ya no podrás seguir administrando." ³ Se dijo a sí mismo el administrador: "¿*Qué haré, pues mi señor me quita el cargo?* Cavar, no puedo; mendigar, me da vergüenza. ⁴ Ya sé lo que voy a hacer, para que cuando sea removido de la administración me reciban en sus casas". ⁵ Y convocando uno por uno a los deudores de su señor, dijo al primero: "¿Cuánto debes a mi señor?" ⁶ Respondió: "Cien medidas de aceite". Él le dijo: "Toma tu recibo, siéntate en seguida y escribe cincuenta". ⁷ Después dijo a otro: "Tú, ¿cuánto debes?" Contestó: "Cien cargas de trigo". Dícele: "Toma tu recibo y escribe ochenta". ⁸ El señor alabó al administrador injusto porque había obrado astutamente, pues los hijos de este mundo son más astutos con los de su generación que los hijos de la luz.

⁹Yo os digo: Hacedos amigos con las riquezas injustas, para que, cuando lleguen a faltar, os reciban en las eternas moradas. ¹⁰ El que es fiel en lo mínimo, lo es también en lo mucho; y el que es injusto en lo mínimo, también lo es en lo mucho. ¹¹ Si, pues, no fuisteis fieles en las riquezas injustas, ¿quién os confiará la verdadera? ¹² Y si no fuisteis fieles con lo ajeno, ¿quién os dará lo vuestro? ¹³ «Ningún criado puede servir a dos señores, porque aborrecerá a uno y amará al otro; o bien se entregará a uno y despreciará al otro. No podéis servir a Dios y a las riquezas.»

(Lucas XVI, 1-13)
MPD, *ipt!*



Tabla de contenido

Introducción.....	1
Capítulo 1 La estabilidad laboral	3
1. Fundamentos jurídicos	3
1.1. El principio protector	3
1.2. El principio de continuidad	6
2. Modelos	8
2.1 Modelo garantista.....	9
2.2 Modelo de mínima protección	9
3. Estabilidad en el trabajo en el Perú.....	9
3.1 El modelo garantista en el Perú.....	10
3.1.1. Desde la perspectiva de la estabilidad de salida.....	10
3.1.2. Desde la perspectiva de la estabilidad de entrada: régimen de contratación laboral	15
3.2 El modelo de mínima protección: estado actual	16
3.2.1. La transición al modelo de “mínima protección”: la Ley de Fomento del Empleo.....	16
3.2.2. La Constitución de 1993 y leyes posteriores	19
Capítulo 2 Del personal de dirección y de confianza	23
1. Trabajador de dirección	24
2. Trabajador de confianza.....	26
3. Características y acceso	28
3.1. Acceso.....	28
3.2. Forma y requisitos para su calificación.....	28
3.3. Características	29
Capítulo 3 El retiro de confianza y el despido.....	33
1. El retiro de confianza.....	33
2. El despido	36
2.1. Características	36
2.2. Validez	37
2.3. Tipos de despido	37

2.3.1.	Despido justificado.....	37
2.3.2.	Despido nulo.....	38
2.3.3.	Despido arbitrario.....	39
2.3.4.	Despido indirecto (hostilidad laboral).....	40
2.3.5.	El despido colectivo	41
3.	Posición del Tribunal Constitucional.....	42
3.1.	Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 0746-2003- AA/TC.....	44
3.2.	Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 4492-2004- AA/TC.....	45
3.3.	Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 1651- 2005- AA/TC.....	46
3.4.	Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 2358- 2005- PA/TC	47
3.5.	Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 03501- 2006- PA/TC	48
3.6.	Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 03926- 2007- PA/TC	53
3.7.	Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 01828- 2010- PA/TC	54
4.	Posición la Corte Suprema.....	56
4.1.	Casación 498-2005-Lima.....	57
4.2.	Casación 2634-2009-Junín.....	60
4.3.	Casación 4298-2009-Huánuco.....	62
4.4.	Casación 18450-2015-Lima.....	63
4.5.	Casación 3106-2016-Lima.....	69
Capítulo 4 Análisis jurídico.....		75
1.	Introducción.....	75
2.	Cuarto Acuerdo del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Previsional y Laboral.....	78
3.	La Casación Laboral 3398-2017-Lima Este: ¿Fe de erratas?.....	80
4.	El Proyecto de Reglamento del Decreto Legislativo 728	82

Conclusiones 85

Referencias bibliográficas..... 87



Introducción

«El juicio será sin misericordia para el que no usó de misericordia, pero la misericordia “se ríe” del juicio»

(Santiago II, 13)

Este trabajo, quedará claro, es mucho menos un tratado académico sobre el trabajador de confianza (exclusiva o pura), que un ensayo. Y, lo digo desde el principio, sobre el tablero del error del VII Pleno, sus empeños serán más descriptivos que prescriptivos. No se atrevería a tener la temeridad de pretender corregirle la plana a la Corte Suprema o inflarse proclamando que todo lo que ha dicho el Tribunal Constitucional sobre el tema hasta ahora es insuficiente para inventar buena jurisprudencia. Por el contrario.

En una primera parte, de la mano de la más elevada doctrina – particularmente el Dr. Blancas – se repasará el Derecho a la Estabilidad, su fundamento y sus modelos en nuestro ordenamiento.

En una segunda parte se intentará exponer la regulación sobre el personal de dirección y el trabajador de confianza. Referirse al contexto, las reglas del juego: nada más eficaz para neutralizar al sabio, nada mejor tampoco para orientar la jurisprudencia.

En la tercera parte me interesaré menos por el retiro de confianza y el despido, que por atender a lo que hasta ahora han dicho el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema respecto de los despidos del personal de dirección y trabajadores de confianza (exclusiva) por retiro de la misma.

Finalmente, en una última parte (penúltima, porque la última le pertenece a los tribunales), se intentará discurrir con la Corte Suprema su Cuarto Acuerdo Plenario - para saber si nos movemos en el plano de las demostraciones o de las conveniencias -, para concluir que, señalando lo obvio, resulta cuando menos legalmente cuestionable.

Capítulo 1

La estabilidad laboral

1. Fundamentos jurídicos

1.1. El principio protector. Invariablemente el principio protector es tenido por la doctrina y la jurisprudencia como la expresión más importante del carácter tuitivo del Derecho del Trabajo. Plá Rodríguez define su anclaje en la “desigualdad inherente a la relación de trabajo, que determina que haya una parte fuerte - el empleador -, plétórica de poderes, y otra parte débil - el trabajador -, cargada de deberes”¹, y “el único verdaderamente específico del Derecho del Trabajo”² para De la Villa Gil.

“El derecho del trabajo, escribe Plá Rodríguez, responde fundamentalmente al propósito de nivelar desigualdades”³, es decir, de equilibrar la nata relación de desigualdad que engendra el contrato de trabajo: el trabajador en una posición subordinada y dependiente de su empleador, que es la persona propietaria de los medios de producción y quien detenta las ventajas económicas, patrimoniales, y por tanto jurídicas. El principio protector, favoreciendo a la parte débil - el trabajador o prestador del servicio -, a través de normas y reglas, intenta equilibrar esa disparidad.

El principio protector, que irradia y vertebra todo el Derecho del Trabajo, y del que a su vez los principios de continuidad o de irrenunciabilidad son considerados como formas complementarias de aquel, se concreta en tres reglas: (i) *in dubio pro operario*; (ii) norma más favorable, y (iii) condición más beneficiosa.

El *in dubio pro operario* encuentra su soporte constitucional en el art. 26.3° de nuestra Carta Magna. Por esta regla cuando existan varios sentidos posibles de interpretación de una norma, el intérprete debe elegir aquel que sea más favorable al trabajador. Aunque es constantemente invocado en la práctica laboral, en demandas y reclamaciones, en la realidad se olvida con demasiada frecuencia, que es un criterio que se distingue por tener un campo de acción muy concreto y reducido⁴, para cuya aplicación es necesario la concurrencia de tres requisitos: 1. Tiene que existir una norma jurídica; 2. Que exista duda sobre la interpretación de esa norma, sobre su alcance; 3. De las varias interpretaciones posibles, una de ellas sea favorable al trabajador.

¹ Mario Pasco Cosmópolis, “Reafirmación de los principios del Derecho del Trabajo” en *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Grijley, Lima, 2009, p. 6.

² Luis Enrique de la Villa Gil y Lourdes López Cumbre (Coords.), *Los principios del Derecho del Trabajo*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2003, p. 10.

³ Américo Plá Rodríguez, *Los principios del Derecho del Trabajo*, 2da. edición, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1978, p.25.

⁴ A diferencia del *in dubio pro reo* del derecho procesal penal, cuya aplicación práctica es más amplia.

La regla que garantiza que “la duda favorezca al trabajador” precisa siempre la existencia de una norma - noción que abarca a la misma Constitución, los tratados, leyes, los reglamentos, los convenios colectivos de trabajo, los contratos de trabajo - que empuje al conflicto interpretativo cuando ofrezca más de un sentido y exclusivamente para determinar el verdadero⁵.

No podemos dejar de señalar que el Tribunal Constitucional ha considerado que la aplicación de esta regla “está sujeta a cuatro consideraciones: 1) Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos; 2) Imposibilidad lógico-axiológica de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional; 3) Obligación de adoptar como sentido normativo a aquél que ofrece mayores beneficios al trabajador; 4) Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que el principio no se refiere a suplir la voluntad de éste, sino a adjudicarle el sentido más favorable al trabajador”⁶.

La norma más favorable establece que para resolver el conflicto que surge de la coexistencia de dos normas que regulan una misma situación de hecho debe preferirse aplicar la norma que favorezca más al trabajador.

Sin embargo, esta regla para la determinación de la norma aplicable ha planteado serios cuestionamientos jurídicos, que la teoría general del derecho ha resuelto con la aplicación sucesiva de los criterios de jerarquía, especialidad y temporalidad.

Al respecto la Dra. Pacheco Zerga ha señalado que “la doctrina académica del derecho comparado reconoce tres criterios para seleccionar la norma aplicable: (i) En bloque por la comparación global entre las normas prefiriéndose, a la que en conjunto sea más favorable. (ii) Entresacar las disposiciones más favorables de cada norma; y (iii) Por materias homogéneas de una y otra norma. Los dos últimos criterios - precisa - presentan una dificultad fácilmente apreciable: la de crear una norma no elaborada según los procedimientos establecidos en nuestra Constitución. Por eso, la opción acorde con nuestro ordenamiento es

⁵ El Dr. Toyama Miyagusuku para precisar que esta regla no se aplica para la duda en los hechos (la duda de si hubo o no un despido arbitrario o si el trabajador realizó horas extras o no), suele dar como ejemplo de válida aplicación de la interpretación más favorable al trabajador el caso de la asignación familiar, respecto de la cual la ley no es clara, y hay discusión sobre si corresponde el cálculo por treintavos o el 100% de la asignación familiar. En ese caso, en que la ley no es clara, debe escogerse la interpretación más favorable al trabajador: reconocer la asignación familiar completa aun cuando el trabajador haya laborado uno, dos o veinte días.

AMAG_Perú: Academia de la Magistratura, Jorge Luis Toyama Miyagusuku, *In dubio pro operario*, 2 de Mayo de 2017, <https://www.youtube.com/watch?v=OrK5dpM3BQM>.

⁶ Cfr. STC 0008-2005-PI/TC, F. 21.

la primera de ellas, es decir, aplicar la que, en su conjunto, resulte más favorable al trabajador”⁷.

La condición más beneficiosa es acaso la más polémica. De acuerdo a este criterio el trabajador frente a una nueva norma (ley y/o convenio colectivo) o debe poder conservar las condiciones de trabajo más beneficiosas obtenidas por una gracia patronal, por una norma o por un contrato o acuerdo con su empleador. Así, el patrón nunca puede ni acordar con el trabajador, ni imponerle unilateralmente condiciones de trabajo que sean menos favorables a las que ya gozaba o contrarias a la ley o convenios colectivos. Lo que fundamenta esencialmente esta regla es el carácter protector del Derecho Laboral, y constituye una resistencia contra el perjuicio que constituye la pérdida de derechos - condiciones - adquiridos por el trabajador.

La problemática que plantea el debate en la doctrina se refiere a su ámbito de aplicación, es decir, si puede invocarse la condición más beneficiosa sólo respecto de los derechos nacidos del contrato de trabajo o en una decisión unilateral del empleador, o si su aplicación se extiende también a aquellos que se hayan originado en los convenios colectivos o la misma ley. Es decir, qué pasa si es una norma legal o un convenio colectivo posteriores los que producen la disminución, o peor aún, la supresión, de los beneficios que el trabajador venía gozando.

Ante esta situación, y respecto de los derechos nacidos de los llamados actos no normativos (contrato, gracia unilateral del empleador, usos y costumbres, situaciones de hecho, etc.), la doctrina concuerda en que son inmunes a norma legal o convenio colectivo posteriores. Respecto de los derechos nacidos de normas legales, se han formulado tres teorías: a) la llamada teoría de la modernidad que señala que - peyorativa o no - la nueva norma se aplica inmediatamente sobre la precedente; b) la teoría de la irreversibilidad de las normas⁸, que se decanta porque todas las normas que disminuyan beneficios son nulas; y c) la teoría de los derechos adquiridos por su parte, a manera de punto medio, determina que las leyes peyorativas sólo se aplican a los nuevos trabajadores. Respecto de los derechos que tengan su fuente en convenios colectivos, frente a una sucesión convencional en desmedro de las condiciones anteriores se seguirá la misma lógica que para la norma legal.

La doctrina no acaba de ponerse de acuerdo y termina dividiéndose entre la teoría de la modernidad y la teoría de los derechos adquiridos. Nuestra normativa ha recogido la primera.

⁷ Luz Pacheco Zerga, “Los Principios del Derecho del Trabajo” en *Libro Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2015, p. 591.

⁸ En la práctica esta teoría ha caído en desuso.

Toyama Miyagusuku⁹ hace notar que para la aplicación de esta regla es necesario que concurren unas determinadas condiciones: 1) una sucesión de normativa en disminución; 2) el derecho debe haberse originado por un contrato o por el transcurso del tiempo de un beneficio individual; 3) tiene como límite material el estar sustentada en acto no normativo válido y como límite instrumental el que sólo puede aplicarse respecto de derechos nacidos de actos no normativos que luego son desplazados por una ley, un convenio colectivo o un acto no normativo posterior; 4) el derecho tiene que ser efectivamente gozado; 5) su aplicación es posible respecto a cualquier derecho ejercido por el trabajador; 6) puede ser aplicada en los casos de silencio y/o cuando la norma lo indique expresamente.

Aunque esta regla ha sido acogida por nuestros doctrinarios y jueces, así como generosamente invocada, y bastamente empleada para la solución de controversias¹⁰, nuestros tribunales, no han ofrecido siempre una perspectiva uniforme.

1.2. El principio de continuidad. A menudo denominado de permanencia o de estabilidad, y desprovisto de soporte normativo positivo en nuestro ordenamiento que lo defina, este principio, por su misma naturaleza, y en la medida en que informa todo el sistema jurídico laboral, inspira varias de sus normas que de alguna manera terminan por recoger su contenido.

¿Acaso no es cierto que frente al interés del trabajador de que su relación laboral permanezca estable (conservar su trabajo), y sus créditos laborales garantizados, concurre el evidente interés económico del empleador - que es el propietario de los medios de producción y quien finalmente asume el riesgo de su explotación-, de que por sobretodo la empresa de la cual es titular mantenga, o mejor aún, aumente, su capacidad productiva, aunque esto implique la extinción de relaciones laborales - removiendo o sustituyendo personal amén de las circunstancias -, y que en esta medida ambos intereses se encuentran siempre en conflicto?

Lo cierto es que, en atención a la situación de desventaja del trabajador - subordinado y dependiente de su retribución como medio de subsistencia -, el principio de continuidad, apunta, sino a eliminar, sí a resolver este eterno conflicto de intereses, garantizando precisamente “que el trabajador pueda trabajar mientras quiera, mientras pueda, y mientras

⁹ Cfr. Jorge Luis Toyama Miyagusuku, “Principio de condición más beneficiosa” en *Revista Derecho & Sociedad*, n°7 (1993), pp. 43-44.

¹⁰ CAS. LAB. 4940-2007-Tacna del 28 de Abril del 2009; STC 03711-2012-PA/TC del 23 de enero del 2014, STC 00016-2018-PI/TC.

exista la fuente de trabajo, salvo las excepciones que pueden limitar legítimamente la duración del empleo o su terminación por causas específicas”¹¹.

Nuestra Corte Suprema ha precisado que “en virtud del principio de continuidad, el contrato de trabajo que es de tracto sucesivo, esto es, que perdura en el tiempo, se considera como uno de duración indefinida resistente a las circunstancias que en ese proceso puedan alterar tal carácter, por lo cual este principio se encuentra íntimamente vinculado a la vitalidad y resistencia de la relación laboral a pesar que determinadas circunstancias puedan aparecer como razón o motivo de su terminación como en el caso de los despidos violatorios de los derechos constitucionales, cuya sanción al importar la recomposición jurídica, de la relación de trabajo como si esta nunca se hubiese interrumpido determina no solo el derecho del trabajador a ser reincorporado al empleo sino también a que se le reconozca todos aquellos derechos con contenido económico cuyo goce le hubiese correspondido durante el periodo que duró su cese de facto, pues de no acarrear ninguna consecuencia constituiría una autorización tácita para que los empleadores destituyan indebidamente a sus trabajadores quienes no solo se verían perjudicados por la pérdida inmediata de sus remuneraciones y beneficios sociales, sino que también se afectaría su futura pensión de jubilación”¹².

El maestro uruguayo Plá Rodríguez, lo define como “(...) la tendencia actual del derecho del trabajo de atribuirle la más larga duración a la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos, [y reconoce como sus] proyecciones: 1) preferencia por los contratos de duración indefinida; 2) amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato; 3) Facilidad para mantener el contrato a pesar de los incumplimientos o nulidades en que se haya incurrido; 4) Resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato por voluntad patronal; 5) Interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones; 6) Prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador”¹³.

Allí donde se proyecta - comenta Plá Rodríguez -, “quizá la principal expresión del principio de continuidad sea esta: la resistencia a que el empleador pueda interrumpir el contrato por su propia voluntad. La tendencia predominante es que el contrato de trabajo dure mientras se conserve el trabajo, porque cada vez es más firme y extendida la convicción de

¹¹ Alfonso de los Heros Pérez Albela, “Los contratos de duración determinada: ¿Regla o excepción?” en *Los Principios del Derecho del Trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*, Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004, p. 195.

¹² CAS. LAB. 1162-2013-Junín, Considerando Segundo.

¹³ Américo Plá Rodríguez, 1978, p.154.

que la relación de trabajo sólo se debe poder disolver válidamente cuando existe algún motivo justificado”¹⁴.

Plá Rodríguez enfatiza la distinción del principio de continuidad de la estabilidad, con la que no se le puede confundir ni identificar. El maestro uruguayo extrae a la estabilidad como expresión concreta de los alcances del principio de continuidad en el inicio y en la extinción de la relación laboral: como preferencia por los contratos de duración indefinida, llamada estabilidad de entrada, y en la resistencia a la disolución de la relación laboral por acto unilateral del empleador, llamada estabilidad de salida.

La estabilidad de entrada precisa que es la naturaleza de las labores a desempeñar por el trabajador lo que determina la duración del contrato de trabajo. Pasco Cosmópolis considera: “(...) es que el contrato de trabajo tiene vocación de permanencia; su duración debiera ser la de la causa que lo motivó: de persistir esta, el contrato debiera continuar. En esa línea, la contratación temporal debiera corresponder a una necesidad transitoria, que recién al desaparecer haría posible la extinción del contrato...”¹⁵. Pues bien, es precisamente por esto que por regla general el contrato de trabajo es a plazo indefinido, la temporalidad en la contratación es excepcional, y sujeta a causales objetivas, además de formalidades. Aquí el principio de continuidad opera limitando la contratación laboral por tiempo determinado, evitando el mal desde el origen.

La estabilidad de salida aparece para proteger al trabajador de ser privado de su empleo, a menos, por supuesto, que exista una causa que justifique su despido. El empleador puede por tanto reclamar su derecho patronal de despido, pero debe franquear barreras causales, formales y reparadoras: el principio de continuidad se anticipa a esa tendencia del empleador, que quiere separar el trigo de la cizaña, de prescindir o reemplazar al “mal colaborador” - como dirían los economistas - para quedarse sólo con el *homo laborens*.

2. Modelos

¿Cómo reparar al trabajador que inopinada e inesperadamente se ve despojado de su empleo, desposeído del medio para satisfacer sus distintas necesidades, vulnerado en su permanencia? La estabilidad no se limita - o no debe limitarse -, a enunciar los límites al poder del empleador, sino que reclama su concreción, justamente en el despliegue de las

¹⁴ Américo Plá Rodríguez, 1978, p.154.

¹⁵ Mario Pasco Cosmópolis, “Contrato de Trabajo Típico y Contratos Atípicos” en *Balance de la Reforma Laboral Peruana*, Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001, p.127.

consecuencias, en la eficacia del remedio: en la fuerza de la “resistencia” que menciona Plá Rodríguez.

El Derecho del Trabajo procura siempre, es cierto, afianzar el vínculo laboral, pero el grado de protección que se le brinde al trabajador - de estabilidad -, en la realidad, dependerá de cada ordenamiento jurídico.

El profesor Blancas Bustamante afirma que “más allá de la cantidad de normas que han regulado el despido y la protección del trabajador ante este evento, dos modelos han estado en juego y se han sucedido el uno al otro. Uno es un modelo que podemos calificar como “garantista”, el otro es un modelo de “mínima protección””¹⁶.

2.1 Modelo garantista. Se caracteriza por un régimen legal de “estabilidad laboral absoluta”, según la cual, frente a un despido injustificado o arbitrario, el trabajador tiene derecho a la reposición en su empleo.

2.2 Modelo de mínima protección. Frente al modelo garantista surge el llamado Modelo de mínima protección, que a diferencia del primero opta por un régimen legal de “estabilidad laboral relativa”: a) Estabilidad laboral relativa propia, cuando la medida reparadora podrá consistir en el pago de una indemnización al trabajador o su reposición - según la opción legislativa, la elección dependerá del propio trabajador, del juez o del empleador -. Usualmente se reconoce también el pago de las remuneraciones devengadas entre el momento del despido y el de la reposición o pago de la indemnización; y b) Estabilidad laboral relativa impropia, que establece como medida reparadora el derecho al pago de una indemnización, sin reposición.

3. Estabilidad en el trabajo en el Perú

Hasta el momento sólo se ha hablado de la estabilidad en general, pero conviene ahora abordar el proceso histórico de la estabilidad en el trabajo en nuestro ámbito, en el Perú.

No se puede negar que la estabilidad laboral de “salida” - como “protección contra el despido” -, y la estabilidad laboral de “entrada” - el régimen de contratación laboral -, se reclaman la una a la otra. Como expresión concreta de los alcances del principio de continuidad en los dos extremos, el del origen y el del final de la relación laboral, se implican la una a la otra, se difuminan y se corroboran, como un tiro de dos caballos en marcha: en la

¹⁶ Carlos Blancas Bustamante, *Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo*, Palestra, Lima, 2015, pp.97-98.

medida en que prevalece la contratación de duración indeterminada, en esa medida, tiene sentido la protección contra el despido. Una no podría funcionar sin la otra: la protección contra el despido resulta un despropósito si el empleador puede determinar discrecionalmente la duración del contrato de trabajo.

Por esta razón, respecto de ambas, y siguiendo al maestro Blancas Bustamante, repasaremos a través de nuestra historia ambos modelos de estabilidad laboral, el Garantista y el de Mínima Protección. Hemos pasado por los dos: a partir de los años 70, durante la dictadura militar, se estableció una estabilidad absoluta, que fue consagrada en la Carta Magna de 1979; y con los vientos flexibilizadores, en el 91, iniciamos el tránsito hacia al modelo de mínima protección que luego sería recogido en la Constitución de 1993.

3.1 El modelo garantista en el Perú¹⁷

3.1.1. Desde la perspectiva de la estabilidad de salida

1) El Decreto Ley 18471¹⁸

El Gobierno Revolucionario promulgó el 10 de noviembre de 1970, el Decreto Ley 18471, ley mediante la cual introduce el derecho de estabilidad en el trabajo; y este régimen de estabilidad “absoluta” en el empleo comprendía a “los trabajadores de la actividad privada y los de las empresas públicas sometidos al correspondiente al de actividad privada” (art.1°).

Cumplido el periodo de prueba de tres meses, el trabajador sólo podía ser despedido por las causas recogidas en la misma norma: “a. falta grave; y, b. reducción o despedida total del personal, autorizada por resolución de la Autoridad de Trabajo, debida a causa económica o técnica y caso fortuito o fuerza mayor” (art. 1°). En su artículo segundo recogía taxativamente los supuestos que constituían falta grave, y a renglón seguido en su tercer artículo precisaba que “si la causa que justifica el despido no resultare probada por el empleador” preveía como medida reparadora, a elección del trabajador, “a) la reposición en su mismo puesto de trabajo, o b) una indemnización equivalente a tres meses de remuneraciones”¹⁹. Contra la reposición no cabía recurso ni oposición alguna del empleador²⁰.

¹⁷ Cfr. Carlos Blancas Bustamante, 2015, pp.98 - 108.

¹⁸ Decreto Ley 18471, *Causales de despedida de los trabajadores sometidos al régimen de la actividad privada*, El Peruano, Lima, 10 de noviembre de 1970.

¹⁹ “Artículo 3°: Si la causa que justifica el despido no resultare probada por el empleador, este será obligado a elección del trabajador:

a) A la reposición en el trabajo y al pago de una suma igual a las remuneraciones que hubiere dejado de percibir hasta el momento de la reposición, así como a los otros derechos que pudieren corresponderle: o,

Respecto de “la reducción o despedida total del personal debida a causa económica o técnica y caso fortuito o fuerza mayor” - despido colectivo - debía ser autorizada por la Autoridad de Trabajo, y previo procedimiento administrativo, también especificado en la norma, y que incluía “Juntas de Conciliación” entre el empleador y los trabajadores - pactos o convenios que para su validez debían también ser aprobados por la Autoridad de Trabajo.

2) El Decreto Ley 22126²¹

El Decreto Ley 22126, vigente desde el 21 de marzo de 1978, derogó y sustituyó al Decreto Ley 18471, y en sus considerandos rezaba: “Que la estabilidad en el trabajo debe contribuir al desarrollo socioeconómico del país, así como al mantenimiento de las relaciones armónicas entre el trabajador y el empleador; las experiencias obtenidas durante la vigencia del Decreto Ley 18471, determinan la conveniencia de dictar normas que posibiliten su correcta interpretación y aplicación...”.

Acaso la más notoria - e infausta - diferencia de esta ley con su antecesora fue que postergó la adquisición del derecho a la estabilidad laboral absoluta, condicionándola al “cumplimiento de tres años de servicios ininterrumpidos al mismo empleador”²². Estableció así un “periodo adquisitivo de la estabilidad” - como le denominan los doctrinarios -.

En este “entreto” de dos años y nueve meses - entre el vencimiento del periodo de prueba, y la adquisición de la estabilidad - el trabajador podía ser despedido sin causa justificada, sólo era necesario que el empleador cursara, noventa días antes de la fecha de cese un preaviso, al trabajador. Ante la eventualidad de que el empleador olvidara u omitiera el preaviso, configurándose así un despido “intempestivo”, la norma concedía una gracia: “el

b) Al pago del equivalente de tres meses de remuneraciones, si el trabajador se decide por la terminación de la relación de trabajo, además de una suma Igual a. las remuneraciones dejadas de percibir hasta. la fecha. de la resolución que pone término la. reclamación, y demás derechos que pudieran. Corresponderle”.

Decreto Ley 18471, *Causales de despedida de los trabajadores sometidos al régimen de la actividad privada*, Lima, 10 de Noviembre de 1970.

²⁰ Cfr. Carlos Blancas Bustamante, 2015, p. 100.

²¹ Decreto Ley 22126, *Decreto Ley ampara derecho a mantener el vínculo laboral y señala las causales de rescisión de dicho vínculo*, El Peruano, Lima, 21 de Marzo de 1978.

²² “Artículo 2°: Están amparados por el presente Decreto Ley los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, sea cual fuere la naturaleza del patrimonio ele su empleador Y que laboren cuatro o más horas diarias para. un solo empleador, bajo las condiciones siguientes:

a. Los que tengan contrato vigente a la. fecha de promulgación del presente Decreto Ley, siempre que hayan superado el periodo de prueba ; y,

b. Los que ingresen a laborar con posterioridad a la fecha de promulgación del presente Decreto Ley o los que se encuentran en período de prueba o que reingresen a prestar servicios; todos ellos, siempre y cuando cumplan tres años al servicio del mismo empleador en forma ininterrumpida”.

Decreto Ley 22126, *Decreto Ley ampara derecho ampara derecho a mantener el vínculo laboral y señala las causales de rescisión de dicho vínculo*.

derecho a percibir una indemnización especial, equivalente a las remuneraciones de dicho plazo”²³.

Más que una fase de “estabilidad relativa” -, que exige una causa que justifique el despido, y establece como reparación del que se produce injustificadamente el pago de una indemnización -, más que un trayecto de dos años y nueve meses hacia la estabilidad, fue, como se puede adivinar, un retorno al despido libre o *ad nutum*, al despido sin causa justificada, entorpecido sólo por el preaviso o la indemnización sustitutoria de este.

Saltada la verja, es decir, después de cumplidos los tres años de servicios ininterrumpidos para el mismo empleador, el trabajador sólo podía ser despedido por las causales establecidas en la norma: por falta grave o “situaciones excepcionales” (causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor sobrevenidas).

Por otro lado, el D.L. 22126, “sí concedió el beneficio de la estabilidad absoluta, sin necesidad de tener tres años de servicios, pero sólo a los dirigentes sindicales, dejando a criterio de la autoridad administrativa de trabajo fijar el número de dirigentes que en cada nivel de organización sindical podía gozar de esa protección (art. 33°)”²⁴. Aunque igual que su predecesora, enumeró taxativamente las faltas graves, amplió la lista de los actos del trabajador tipificados como faltas (art. 4°). Además, incluyó una lista de faltas del empleador (art. 26°), “modificando el reglamento de la Ley 4916, precisó los medios de reclamación ante los actos de hostilidad de este y el llamado “despido indirecto””²⁵.

Además, elevó el monto de la indemnización -para el trabajador que optase por ella- de tres a doce remuneraciones²⁶.

Con el ánimo de limitar “el trabajo no estable”, incluyó disposiciones que imponían a “las empresas máximos para el número de trabajadores que podrían tener en periodo de prueba y en el régimen de *part-time* o jornada de trabajo inferior a 4 horas diarias”²⁷.

²³ “Artículo 28°: La rescisión del vínculo laboral sin causa justificada de los trabajadores a que se refiere el inciso b) del artículo 2 del presente Decreto Ley, que no supere los tres años al servicio de su empleador, se hará con un preaviso de noventa días calendario, cursado notarialmente o por intermiso, da derecho al trabajador a percibir una indemnización equivalente a noventa días de remuneración”.

Decreto Ley 22126, *Decreto Ley ampara derecho ampara derecho a mantener el vínculo laboral y señala las causales de rescisión de dicho vínculo*.

²⁴ Carlos Blancas Bustamante, 2015, p. 101.

²⁵ Carlos Blancas Bustamante, 2015, p. 101.

²⁶ Valga decir que estableció el tope para el monto mensual de dicha remuneración, igual al entonces vigente para la compensación por tiempo de servicios, fijado en el D.L. 21396.148.

²⁷ Carlos Blancas Bustamante, 2015, p. 102.

3) La Constitución de 1979²⁸ y la Ley 24514²⁹

a) **La estabilidad laboral como derecho constitucional.** El Gobierno Revolucionario, a través del Decreto Ley 18471, y luego el Decreto Ley 22126, introdujo en nuestro ordenamiento, es cierto, y por primera vez la estabilidad en el empleo, pero no dejaba de ser una regulación legal, normas huérfanas que no remitían a una superior más cercana que la Declaración Universal de los Derechos Humanos que proclamaba que el trabajo es un derecho. Eran leyes sí, pero como tales podían ser, sino suprimidas, modificadas por otra norma de igual jerarquía. En el orden jurídico normativo estaban desarmadas en su contenido: normas sin fundamento.

Sin embargo, la Constitución de 1979 - concebida por la Asamblea Constituyente de 1978 entre los funerales del Gobierno Revolucionario -, en su artículo 48° reconoció expresamente el derecho a la estabilidad en el trabajo: “El Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada”.

De esa manera, con el reconocimiento de derecho constitucional, el “derecho a la estabilidad en el trabajo” adquirió un significado y alcance completamente distintos. Elevada a disposición de jerarquía suprema, a norma superior, de ella derivaría la validez y contenido de las inferiores: la Constitución - como señala Blancas Bustamante -, no se limitó a reconocer el derecho a la estabilidad laboral “en términos “programáticos”, de modo que fuera la ley la que determinara el contenido concreto del derecho, sino que el mismo texto constitucional precisó las definiciones y elementos básicos del mismo, configurando el contenido esencial que el constituyente quiso dar a dicha institución, limitando así la posterior actividad del legislador al marco de la norma constitucional”³⁰.

Ahora tenía fundamento, formal, procedimental pero principalmente sustancial o material.

b) **El desarrollo legal del derecho constitucional a la estabilidad: la Ley 24514.** Por supuesto fue el Poder Legislativo el que, en consonancia con la Constitución, dio la nueva “Ley que regula el Derecho a la Estabilidad en el Trabajo” (LET), Ley N°24514, que entró en vigencia al día siguiente de su publicación, el 06 de junio de 1986. Esta norma:

²⁸ Constitución para la República del Perú, Lima, 12 de Julio de 1979.

²⁹ Ley 24514, *Ley que regula el derecho de estabilidad en el trabajo*, El Peruano, Lima, 05 de Junio de 1986.

³⁰ Carlos Blancas Bustamante, 2015, p. 103.

- b.1) Eliminó el periodo de tres años para la “adquisición” del derecho que había establecido el Decreto Ley 22126 y restableció la adquisición de la estabilidad laboral vencido el periodo de prueba.
- b.2) A diferencia de la norma anterior, enumeró (LET, art. 4°) las “causas justas de despido” y, al hacerlo, plasmó una concepción o sentido amplio del despido, al considerar como tales, además de la falta grave, a las “situaciones excepcionales” de la empresa, fundadas en causas económicas, técnicas, caso fortuito o fuerza mayor, la inhabilitación para el ejercicio de la actividad impuesta por la Autoridad Judicial y la privación de la libertad por sentencia judicial en caso de delito doloso.
- b.3) Introdujo, acogiendo uno de los más interesantes aportes del Convenio 158 OIT, un procedimiento previo al despido, para que el trabajador ejerciera su defensa ante las faltas graves imputadas por el empleador.
- b.4) Rodeó al despido de garantías formales efectivas, sancionando la vulneración u omisión de dichos requisitos con la declaración de improcedencia del despido, con efectos similares a la calificación de este como injustificado.
- b.5) Unificó las acciones impugnatorias del despido, al descartar, en armonía con los preceptos constitucionales sobre la potestad jurisdiccional del Estado, la vía administrativa para la reclamación que tuviera como pretensión la reposición del trabajador, y establecer como vía única, en sede judicial, la acción de calificación del despido, mediante la cual, una vez declarado injustificado o improcedente el despido, el demandante podía optar, en ejecución de sentencia, por su reposición o el pago de la indemnización por despido. Elegida la reposición esta era forzosa, sin posibilidad alguna de oposición de parte del empleador, a quien, en caso de resistencia, se le aplicaba la coerción penal introducida inicialmente por el D.L. 22126.
- b.6) Introdujo medidas cautelares en el proceso de impugnación, consistentes en la facultad del Juez de, a solicitud del trabajador, suspender el despido y ordenar la reincorporación provisional de aquel, así como el otorgamiento al demandante de una “asignación provisional” a título de un auxilio económico durante el proceso.
- b.7) Comprendió en el derecho de estabilidad laboral a los trabajadores de confianza, limitando, sin embargo, la eficacia reparadora del despido injustificado o improcedente, a la indemnización.

b.8) Tipificó como “faltas del empleador” las conductas lesivas a la libertad sindical y derechos políticos del trabajador, así como su discriminación basada en su creencia religiosa o raza (LET, art. 25°, inc. g.); y, de la misma manera, los actos contrarios a la dignidad e intimidad de aquel, como el “hostigamiento sexual” y otros de índole similar (LET, art. 25°, inc. h).

b.9) Impuso estrictas limitaciones al trabajo no estable, en particular para los trabajadores en periodo de prueba y aquellos sujetos a jornada inferior a cuatro (4) horas diarias, y sancionó la violación a la prohibición de utilizar personal pagado por entidad distinta y extraña al centro laboral, con excepción de aquel puesto a disposición por empresas de servicios complementarios, reconociendo a dichos trabajadores la existencia de relación laboral de carácter indefinido con la empresa usuaria, desde el momento en que le prestaron servicios³¹.

3.1.2. Desde la perspectiva de la estabilidad de entrada: régimen de contratación laboral

1) Contratos de duración determinada

El Decreto Ley 18138³² - anterior al Decreto Ley 18471 - también de Febrero de 1970, dispuso las condiciones de la contratación temporal, admitiendo excepcionalmente la celebración de contratos individuales a plazo fijo o para obra determinada en los centros de trabajo donde se realizaran labores que por su naturaleza fueran permanentes o continuas, solo cuando “así lo requiriera la naturaleza temporal o accidental del servicio a prestar o de la obra a ejecutar”³³. La contratación de duración indeterminada constituía la regla general.

2) Contratación indirecta: empresas de servicios

El DL 22126, sí permitió “la prestación de servicios por personal ajeno a la empresa, pero sólo a través de empresas de servicios que tuvieren contrato con una empresa a la cual brindarían servicios de tipo complementario, con su propio personal. Aunque prohibió la intermediación laboral”³⁴ -salvo el caso de las empresas de servicios³⁵-, omitió precisar las

³¹ Carlos Blancas Bustamante, 2015, pp. 104-107.

³² Decreto Ley 18138, *Normas para el contrato individual de trabajo a plazo fijo*, El Peruano, Lima, 07 de Febrero de 1970.

³³ “Art. 1°: En los Centros de Trabajo donde se realicen labores que por su naturaleza sean permanentes o continuas, los contratos individuales a plazo fijo o para una obra determinada, sólo podrán celebrarse en los casos en que así lo exija la naturaleza accidental o temporal al servicio que se ha de ejercer”.

Decreto Ley 18138, *Normas para el contrato individual de trabajo a plazo fijo*.

³⁴ Carlos Blancas Bustamante, 2015, p. 108.

³⁵ “Artículo 27°: Que prohíba la presidencia de servicio empleos permanente por personas pagadas por entidad distinta y extraña al centro laboral salvo el caso de personal que teniendo vínculo laboral permanente con empresa de servicio realice su actividad en otra empresa distinta con la cual, su empresa de servicio mantiene

sanciones y efectos laborales derivados de la transgresión de esta prohibición -y esto, evidentemente, supuso un modo de evasión de la estabilidad laboral durante la vigencia de la ley-.

3.2 El modelo de mínima protección: estado actual³⁶

3.2.1. La transición al modelo de “mínima protección”: la Ley de Fomento del Empleo. Con el Decreto Legislativo 728³⁷, o Ley de Fomento del Empleo (LFE), vigente desde Diciembre de 1991, comenzó - con ese comienzo que, en realidad, como dice el filósofo, no es más que una manera de acabar - el proceso de transformación del modelo de estabilidad absoluta al de mínima protección frente al despido, que acabó explicitado en nuestra Carta Magna de 1993, así como en las normas promulgadas bajo su abrigo.

Con la LFE, la situación se complicó un poco, porque se optó por instituir un régimen de estabilidad dual: los trabajadores que al entrar en vigencia la norma se encontraban laborando bajo las normas de la LET continuaron regidos por esta en las materias referidas a imputación de faltas graves, derecho a la reposición y tarifa indemnizatoria (Segunda Disposición Transitoria y Final); “la nueva norma se aplicaría íntegramente a los trabajadores que celebraran contrato de trabajo a partir del inicio de su vigencia y de forma parcial a los trabajadores que a esa fecha se encontraban laborando, respecto de causas de despido vinculadas a la capacidad del trabajador, cese colectivo o el regreso a la disyunción procesal ab initio entre acción de reposición y acción indemnizatoria”³⁸.

Algunas de las particularidades del nuevo texto normativo fueron:

a) Desde la perspectiva de la estabilidad de salida: protección contra el despido arbitrario

1) Restringió el sentido del concepto del “despido”, - consagrado en la LET, y las normas precedentes, en términos unificadores, comprensivo de todos los supuestos de extinción de la relación laboral por decisión del empleador— limitándolo al despido individual relacionado con la capacidad o la conducta del

contrato para efectuar actividades como mantenimiento, limpieza, vigilancia, seguridad, eventos temporales y otros análogos.

Si el empleador requiere la contratación de personal eventual se sujetará a lo dispuesto en el Decreto Ley 18138”.

Decreto Ley 22126, *Decreto Ley ampara derecho ampara derecho a mantener el vínculo laboral y señala las causales de rescisión de dicho vínculo.*

³⁶ Cfr. Carlos Blancas Bustamante, 2015, pp. 132-146.

³⁷ Decreto Legislativo 728, *Ley de Fomento del Empleo*, El Peruano, Lima, 12 de Noviembre de 1991.

³⁸ Carlos Blancas Bustamante, 2015, p. 133.

trabajador, excluyendo el denominado —por la LFE— “cese colectivo por causas objetivas”, enumerado como una causa de extinción del contrato de trabajo distinta del despido (art. 49°).

2) El periodo de prueba puede ampliarse, por acuerdo entre el empleador y el trabajador (entiéndase mejor, postulante) hasta seis meses si el trabajador es calificado y hasta 1 año si el cargo es de dirección o de confianza. En tal caso, obviamente, se posterga el momento para que el trabajador alcance la estabilidad.

3) Se incluye como nuevas causas de despido, recogiendo la orientación del Convenio 158 de la OIT, aquellas relacionadas con la capacidad del trabajador.

4) La eficacia reparadora propia de la estabilidad laboral, esto es, la reposición del trabajador, experimentó una importante devaluación en cuanto se facultó al Juez para sustituir dicha medida por el pago de la indemnización cuando la reposición resultare inconveniente dadas las circunstancias (LFE, art. 72°).

La cuantía de la indemnización por despido también se devaluó en comparación con la prevista por la LET, al establecerse que sería equivalente a una remuneración mensual por cada año completo de servicios, más la fracción proporcional.

5) Introdujo la figura del despido “nulo”, reservando esta calificación para todo aquel que obedeciera a alguno de los “motivos prohibidos” enumerados taxativamente por la LFE, los cuales, a su vez, son reproducidos *mutatis mutandi* del artículo 5° del Convenio 158 OIT, y guardan relación con la actividad sindical o representativa del trabajador, la defensa de sus derechos frente a actos lesivos del empleador, la discriminación por motivo de raza, sexo, religión, opinión o idioma, así como el embarazo de la madre trabajadora. Tales motivos son recusados por el ordenamiento jurídico “(...) por implicar la vulneración de derechos fundamentales que se reconocen al trabajador como tal y como persona y ciudadano”. La declaración de nulidad del despido apareja, como medida reparadora, la reposición forzosa del trabajador (LFE, art. 71°), sin que el Juez tenga la facultad de sustituirla por la indemnización.

6) En cuanto a la impugnación del despido, restableció, aunque en sede judicial, el esquema plural y excluyente de acciones impugnatorias, al obligar al trabajador despedido a optar *in limine litis* entre la acción de reposición y la de indemnización, a las cuales debe agregarse la de nulidad del despido, único supuesto en el cual de ampararse la pretensión del demandante, la reposición sería

efectiva. Suprimió, además la facultad judicial de suspender el despido y ordenar la reincorporación provisional del trabajador, reservando esta medida cautelar únicamente para el caso de “inobservancia de las formalidades esenciales del despido” (LFE, art. 77°).

7) Amplió las causas “objetivas” del cese colectivo agregando a los motivos económicos y tecnológicos, los “estructurales y análogos”, así como la “disolución y liquidación de la empresa y la quiebra” y “las necesidades de funcionamiento de la empresa”, enumeradas en los incisos c) y d) del art. 86° de la LFE³⁹.

b) Desde la perspectiva de la estabilidad de entrada: Contratación e intermediación

En esta materia, la nueva normativa introdujo cambios profundos, respecto al régimen de contratación laboral e intermediación.

1) Alteró significativamente las normas sobre la estabilidad laboral “de entrada”, derogando el D.L. 18138 y regulando los llamados “contratos sujetos a modalidad”, rubro bajo el cual comprendió nueve (9) modalidades contractuales, 'agrupadas en tres categorías: i) Contratos de Naturaleza Temporal, ii) Contratos de Naturaleza Accidental y iii) Contratos de Obra o Servicio. Esta constelación de contratos de duración determinada está sujeta a diversos plazos máximos pero se establece que en caso de utilización sucesiva de varias modalidades el plazo máximo es de cinco (5) años. Se reconoce la “estabilidad laboral” durante el plazo de vigencia del contrato otorgando al trabajador, en caso de resolución arbitraria del contrato, una indemnización.

De esta manera no solo casi se quintuplicó el número de modalidades contractuales de duración determinada, sino que, asimismo, se decuplicó la duración del plazo máximo de esta clase de contratos, todo lo cual representa el debilitamiento de la estabilidad de “entrada” al ampliar, más allá de lo razonable, la facultad del empleador para decidir la duración del contrato de trabajo.

2) Abrió la puerta a la intermediación laboral, al regular a las Empresas de Servicios Temporales, las cuales podían prestar servicios, con personal destacado a la empresa usuaria, no solo para cubrir un puesto transitoriamente vacante (suplencia) sino, también, para cubrir puestos no permanentes creados por la usuaria en los mismos supuestos en que procedía la contratación sujeta a

³⁹ Carlos Blancas Bustamante, 2015, pp. 134-136.

modalidad. Huelga decir que con esta medida, se asestó un duro golpe a la estabilidad de entrada y, consiguientemente, a la de salida⁴⁰.

3.2.2. La Constitución de 1993⁴¹ y leyes posteriores⁴²

A. Desde la perspectiva de la estabilidad de salida: la protección contra el despido.

La Constitución de 1993 reforzó el modelo flexibilizador que había introducido la versión inicial del Decreto Legislativo 728, conocido como “Ley de Fomento del Empleo”, y da el golpe de desgracia: la Carta Magna no reconoce el derecho a la estabilidad en el trabajo, para limitarse a disponer en su artículo 27°: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

En este contexto, ante el mandato constitucional viene la respuesta de la ley: en Julio de 1995 la Ley 26513 modifica a la LFE, y pone fin a la dualidad de regímenes existentes bajo aquella para establecer como única reparación para el despido arbitrario la indemnización.

Con el fin de cerrarle las puertas a los despidos lesivos de derechos fundamentales, la norma “importó”⁴³ la figura del despido nulo - “única excepción a la eliminación de la reposición como medida reparadora del despido arbitrario”⁴⁴ -, por la que el juez debe ordenar la reposición del trabajador, salvo que este opte por la indemnización en ejecución de sentencia.

B. Desde la perspectiva de la estabilidad de entrada: Contratación temporal e indirecta

Tras la eliminación de la reposición como medida reparadora frente al despido - con la excepción del despido nulo -, sucesivas normas - leyes y normas de rango inferior - han ido mermando la protección del trabajador frente al despido, amparando y protegiendo la contratación temporal. No sin motivo, inevitablemente, esto ha ido estrechando los márgenes de protección de la estabilidad laboral.

1) El fomento de la contratación temporal

Sumado al abuso de flexibilización de las normas referidas a la contratación de temporal que había perpetrado el Decreto Legislativo 728, en lo referido al régimen de contratación de las empresas exportadoras de productos no tradicionales, se ha conservado vigente - treinta y

⁴⁰ Carlos Blancas Bustamante, 2015, pp. 136-138.

⁴¹ Constitución Política del Perú, Lima, 29 de Diciembre de 1993.

⁴² Cfr. Carlos Blancas Bustamante, 2015, pp. 138-146.

⁴³ Blancas Bustamante, con mucha justicia precisa que la ley peruana, recoge una versión mutilada de la figura del “despido nulo”, que la norma hace proceder sólo ante la lesión de un número restringido de derechos fundamentales, y no, como en España, en caso de vulneración de cualquier derecho fundamental.

⁴⁴ Carlos Blancas Bustamante, 2015, p. 138.

seis años - el Decreto Ley 22342⁴⁵, norma que permite la celebración sucesiva de contratos eventuales sin límite máximo de duración (muchos de los trabajadores de las empresas de este rubro no han alcanzado aún la estabilidad laboral pese a haber prestado servicios durante décadas).

2) Contratación indirecta

Sin duda, la contratación indirecta es también otra modalidad bajo la cual se puede impedir que los trabajadores adquieran el derecho a la estabilidad laboral.

Admitida primero a través de las empresas de servicios temporales (intermediación) y de servicios complementarios - que fuera regulada estrictamente mediante la Ley 27626 -, actualmente la forma principal de contratación indirecta adopta la figura de la tercerización, regulada por la Ley N° 29245⁴⁶ y el Decreto Legislativo N° 1038⁴⁷, respecto de: “i) contratos de gerencia, ii) contratos de obra, iii) procesos de tercerización externa y iv) contratos cuyo objeto es que un tercero se haga cargo de una parte integral del proceso productivo”⁴⁸.

Respecto de la tercerización, el Blancas Bustamante remarca que “...especialmente en su modalidad de destaque de trabajadores para laborar dentro de la empresa principal — *insourcing* — representa un claro intento de excluir de la estabilidad laboral a vastos sectores de trabajadores y fomentar la precariedad laboral”⁴⁹.

3) Los regímenes especiales y excepcionales⁵⁰

En tanto que desconocen o disminuyen la protección del trabajador frente al despido, terminan por oponerse al precepto constitucional que claramente establece que aquella debe ser “adecuada”.

a) Régimen de la micro empresa y pequeña empresa. Con el fin de “generar” empleo y fomentar la formalización de las pequeña y micro empresas, se estableció para éstas un régimen de excepción, que, finalmente, al no basarse en diferencias objetivas en el trabajo, terminan siendo discriminatorios.

Añadido a esto las normas que regulan estas figuras, respecto de la protección del trabajador contra el despido establecen como reparación, indemnizaciones cuyos montos carecen de efecto disuasorio.

⁴⁵ Decreto Ley 22342, *Ley de Promoción de Exportaciones No Tradicionales*, El Peruano, Lima, 21 de Noviembre de 1978.

⁴⁶ Ley 29245, *Ley que regula los servicios de tercerización*, El Peruano, Lima, 02 de Junio del 2008.

⁴⁷ Decreto Legislativo 1038, *Decreto Legislativo que precisa los alcances de la Ley 29245: Ley que regula los servicios de tercerización*, El Peruano, Lima, 24 de Junio de 2008.

⁴⁸ Artículo 3° Ley 29245.

⁴⁹ Carlos Blancas Bustamante, 2015, p. 144.

⁵⁰ Cfr. Carlos Blancas Bustamante, 2015, pp. 144-146.

b) **Regímenes de promoción del sector agrario y agricultura.** Lo mismo sucede con régimen especial de promoción del sector agrario, regulado por la Ley 27360⁵¹, cuyas normas también resultan aplicables a los productores agrícolas, conforme lo establece la Ley 27460⁵².



⁵¹ Ley 27360, *Ley que aprueba las Normas de Promoción del Sector Agrario*, El Peruano, Lima, 30 de Octubre del 2000.

⁵² Ley 27460, *Ley de Promoción y Desarrollo de la Acuicultura*, El Peruano, Lima, 25 de Mayo del 2001.

Capítulo 2

Del personal de dirección y de confianza

Como hemos visto en el capítulo anterior, en la relación laboral, existe una natural disparidad entre sus partes, que el Derecho del Trabajo, con sus principios - como hemos resaltado -, intenta compensar. Pero ¿forzosa e indefectiblemente, hay en la relación laboral, una contraparte en notable desventaja?

El Convenio N° 01 de la OIT de 1919, cuando establecía la limitación de la jornada de ocho (8) horas diarias de trabajo y cuarenta y ocho horas semanales, hace notar de la innegable existencia de estas personas - colaboradores del empleador - que, por las peculiaridades de las funciones que realizan o la información que manejan obtienen un trato peculiar, especial, a saber: “2a) Las disposiciones del presente convenio no son aplicables a las personas que ocupan un puesto de inspección o dirección o un puesto de confianza”.

Ahí están. Existen pues, ciertos elementos que, no se encuentran siempre en la habitual situación de desventaja, característica del vínculo laboral. Son colaboradores que, acomodados en ciertas posiciones, se erigen más arriba en la relación desigual, en el penúltimo escalón anterior al empleador (lo suban o no). Esos elementos, desde esos puestos, se resisten al concepto tradicional de trabajador, lo superan, e investidos de funciones y facultades especiales, se separan del trabajador tradicional (del que también se sirven), para recibir de su empleador ciertos poderes - cuando no el de actuar en su nombre - que los distinguen, y a veces también exoneran de algunos deberes que la relación laboral implica.

Tal es el lugar de los trabajadores de dirección y de confianza, y concierne a los ordenamientos sin duda, su regulación.

– Los trabajadores de dirección y confianza

El concepto originario de “trabajador de confianza” comprendía solamente a lo que hoy conocemos como trabajadores de dirección, identificando su labor con el trabajo de “los altos empleados”, y cargos directivos: “*alter ego* del empresario” - los denomina Cabanellas⁵³ - “elementos extraños a la clase trabajador, con la que ellos no se sienten solidarios” los llama Ferrari⁵⁴-. En España por ejemplo se les apartó de las normas laborales generales, calificándolos de relaciones laborales especiales, con su propia regulación.

⁵³ Citado por Carlos Blancas Bustamante en *El derecho de estabilidad en el trabajo*, Asociación Laboral para el desarrollo ADEC-ATC, 1991, p. 245.

⁵⁴ Citado por Carlos Blancas Bustamante, 1991, pp. 245 y 246.

Es la ley mexicana, en 1970 la que introduce en el concepto de “empleados de confianza”, además del personal directivo, a los que ejecuten “trabajos personales del patrón dentro de la empresa o establecimiento” (art 9°).

Aunque es un hecho cierto que el tema es bastante discutido por la doctrina, en Perú por lo menos, a diferencia de otros países, nuestro legislador ha optado por la distinción entre personal de dirección y de confianza. Nuestra norma vigente, el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral [en adelante, LPCL]⁵⁵ en su artículo 43° precisa:

“Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquéllas funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.

Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales”.

Así, comprendidos en el Capítulo VI: De las Situaciones Especiales, del Título I: Del Contrato de Trabajo, la LPCL brinda definiciones para ambos tipos de trabajadores, y los diferencia (contrariamente a lo que ha venido haciendo usualmente nuestra jurisprudencia, que, confundiéndonos, emplea indistintamente los calificativos de dirección y de confianza en sus pronunciamientos).

1. Trabajador de dirección

Nuestra norma define al personal de dirección como “aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquél las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial”, determinando así, cuatro características distintivas de este tipo de colaboradores, pero, aunque exclusivas del trabajador de dirección, no es necesario que concurren todas para identificar a este personal, basta con que se constate una de ellas:

⁵⁵ Decreto Supremo 003-97-TR, *Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral*, El Peruano, Lima, 27 de Marzo de 1993.

1. “[Personal] que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o terceros, o
2. [Personal] que sustituye al empleador, o
3. [Personal] que comparte con otros trabajadores o terceros funciones de administración y control, o
4. [Personal] de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial”⁵⁶.

Esas cuatro posiciones, distintas y no necesariamente simultáneas, constituyen, se identifican e implican el interés del empleador, y, precisamente por su alta responsabilidad, los cargos del personal de dirección tienen como fondo común facultades reales de gobierno, es decir, poderes para actuar, organizar, disponer, gestionar y/o decidir en interés del empleador.

Es justamente esa gama de facultades, poderes y atribuciones que este tipo de cargos reclama, lo que coloca al personal de dirección sobre el resto de los trabajadores, y se comprende, porque son sus decisiones - esa participación de decisiones directivas - las que finalmente determinan el logro de los objetivos de cada empresa.

García Manrique⁵⁷, señala como ejemplos de este tipo de trabajadores al personal ejecutivo: gerente general, gerente de administración, gerente de finanzas, comercial, etc.; “es decir, la alta dirección de la empresa: gerentes, vicepresidentes corporativos, jefes, directores, subdirectores, subgerentes, etc.”⁵⁸. En la práctica, la diversidad de la nomenclatura para este tipo de personal dependerá de la estructura como se organice cada empresa.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en el décimo tercer fundamento de la sentencia recaída en el Expediente 3501-2006-PA/TC⁵⁹, precisa la “mayor diferencia” entre el personal de dirección del trabajador de confianza: “... solo el personal de dirección tiene el poder de decisión y actúa en representación del empleador, con poderes propios de él (...), el personal de confianza, si bien trabaja en contacto directo con el empleador o con el personal de dirección, y tiene acceso a información confidencial, únicamente coadyuva a la toma de decisiones por parte del empleador o del referido personal de dirección, son sus colaboradores directos...”.

⁵⁶ Artículo 43° LPCL.

⁵⁷ Álvaro García Manrique, “La estabilidad laboral de los trabajadores de dirección y de confianza” en *Diálogo con la Jurisprudencia*, n° 122 (2008), pp. 243-249.

⁵⁸ Jorge Luis Toyama Miyagusuku, *El derecho individual del trabajo en el Perú: Un enfoque teórico-práctico*, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 409.

⁵⁹ STC 3501-2006-PA/TC, F.23.

Y remata señalando que “... la categoría de trabajador de dirección, lleva implícita la calificación de confianza, pero un trabajador de confianza no necesariamente es un trabajador de dirección, en la medida que no tiene poder de decisión ni de representación”⁶⁰.

2. Trabajador de confianza

Nuestra ley define a los trabajadores de confianza como “aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales”⁶¹.

De esa definición, podemos notar que, a diferencia del personal de dirección, en el caso del trabajador de confianza, las características que establece la norma, para calificar a un trabajador como tal, deben concurrir:

- “a) [Que tenga] contacto directo con el empleador o con el personal de dirección,
y
- b) [Que tenga] acceso a información de carácter reservado de la empresa o aquellos, cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales”⁶².

Son algunos ejemplos de este tipo de personal: “los abogados, contadores, auditores que no ocupan cargos de dirección (en concreto, los abogados del área legal que laboran bajo la dirección del jefe del área que es un personal de dirección), los asistentes de los directores, etc. (...)”⁶³.

Con respecto a las características antes mencionadas, la Corte Suprema dejó sentado en la Casación 5453-2013-La Libertad⁶⁴, de fecha 8 de noviembre de 2013, la relación existente entre ambas, de tal manera que la segunda resulta ser una consecuencia de la primera. Es decir, ese acceso a información confidencial, de carácter reservado, y/o la posibilidad de que sus opiniones o informes influyan o coadyuven a la formación de decisiones empresariales sucede, supone la existencia de esa relación cercana - de confianza - del trabajador con el superior: “...2.4 En cuanto al primer elemento, este se refiere a la jerarquía inmediata del

⁶⁰ STC 3501-2006-PA/TC, F.23.

⁶¹ Artículo 43° LPCL.

⁶² Cfr. Artículo 43° LPCL.

⁶³ Jorge Luis Toyama Miyagusuku, 2015, p.409.

⁶⁴ CAS. LAB. 5453-2013-La Libertad del 8 de Noviembre del 2013.

trabajador de confianza respecto del empleador o su representante, pues la existencia de intermediarios en la cadena de mando, impediría el acceso a información de carácter reservado y/o la posibilidad que las opiniones o informes del trabajador coadyuven a la formación de decisiones empresariales”⁶⁵.

Sobre los dos supuestos que la norma comprende en su segunda característica y que acusan ese vínculo con el empleador - a) Que el trabajador tenga acceso a información de carácter reservado de la empresa, o b) que sus opiniones o informes presentados directamente al personal de dirección, contribuyan a la formación de las decisiones empresariales - la Corte Suprema precisa en el mismo Considerando:

“Respecto al acceso a información de carácter reservado de la empresa, el mismo está referido a asuntos industriales, comerciales, profesionales u otros similares cuyo conocimiento se encuentra restringido, en la medida que forman parte de las estrategias estructurales implementadas por las empresas y/o entidades para su subsistencia en el mercado, la prestación adecuada de los servicios que brinda a sus usuarios o aquella información relacionada con el ciclo económico de los bienes que comercializa en el mercado. Dicho carácter reservado de la información deberá ser analizado en cada caso concreto, en función a la actividad principal de la emplazada.

En lo que se refiere a la emisión de opiniones o informes que contribuyan a la formación de las decisiones empresariales, se deberá tomar en cuenta el tipo de información generada y proporcionada por el trabajador, la cual deberá tener relación directa con el giro del negocio de la empresa. Esto pues, en función de dicha información procesada, el empleador se encontrará en posibilidades de adoptar una decisión con aptitud de trascender en el desarrollo del negocio o actividades que desarrollo del negocio o actividades que desarrolla en el mercado o la comunidad, descartándose, de esa manera, el procesamiento mecánico de información que carezca de análisis sustantivo”.

El continuismo entre el acceso a información clasificada - restringida al ordinario de los trabajadores -, y la injerencia - relevancia para la actividad empresarial - de las opiniones o informes del trabajador, respecto del vínculo profesional estrecho con el empleador, son precisiones pertinentes que ofrece la Corte Suprema, y que no resultan ociosas, sino que, por

⁶⁵ CAS. LAB. 5453-2013-La Libertad, Considerando Segundo.

el contrario, aportan criterios objetivos necesarios para una figura - la del trabajador de confianza - que puede, en la práctica, desdibujarse en la generalidad de la norma.

Para la doctrina, pueden concluirse “tres características principales del personal de confianza: (i) Que pueden ejercer cargos jerárquicos (no directivos, aunque con cierto poder de dirección); (ii) que trabajan en estrecha relación con el personal de dirección, coadyuvando en la toma de decisiones; y, (iii) que tienen acceso a información confidencial e importante dentro del centro de trabajo, o brinda información relevante al empleador para la toma de decisiones”⁶⁶.

3. Características y acceso

3.1. Acceso. la LPCL, en su artículo 44° señala las dos formas de acceso a un puesto de dirección o de confianza⁶⁷: directo o por promoción.

El **acceso directo** se da cuando el trabajador es contratado concretamente para desempeñar un cargo de dirección o de confianza, esto es, desde el inicio de la relación laboral el colaborador ocupa un cargo directivo o de confianza, y conoce de la calidad de su labor.

El **acceso por promoción**, se refiere al supuesto del colaborador que había venido trabajando en un cargo ordinario y, luego, cambiado de puesto - es promovido -, deviene en un trabajador de dirección o de confianza; esto es, el trabajador inició la relación laboral desempeñando labores ordinarias y posteriormente es “ascendido” a un cargo directivo o de confianza.

La forma de acceso del trabajador a un cargo de dirección o de confianza resulta especialmente relevante para efectos de determinar las consecuencias jurídicas que el retiro de confianza producirá en la relación laboral.

3.2. Forma y requisitos para su calificación. Respecto del procedimiento, la forma y requisitos para la calificación del personal de dirección o de confianza, la norma nos remite al Capítulo VI: De las situaciones especiales, de Decreto Supremo 001-96-TR, Reglamento de

⁶⁶ Jorge Luis Toyama Miyagusuku y Marilú Merzthal Shigyo, “Reflexiones sobre el tratamiento jurisprudencial del personal de dirección y de confianza” en *Revista Themis*, n° 65 (2014), p.86.

⁶⁷ “Artículo 44°: Todos los trabajadores que directamente o por promoción acceden a puestos de dirección o de confianza se encuentran comprendidos en los alcances del artículo anterior...”. Decreto Supremo 003-97-TR, *Ley de Productividad y Competitividad Laboral*.

Ley de Fomento al Empleo⁶⁸ [en adelante Reglamento], que en su artículo 59° precisa que: “Para la calificación de los puestos de dirección y de confianza, señalados en el Artículo 77° de la Ley, el empleador aplicará el siguiente procedimiento: a) Identificará y determinará los puestos de dirección y de confianza de la empresa, de conformidad con la Ley; b) Comunicará por escrito a los trabajadores que ocupan los puestos de dirección y de confianza, que sus cargos han sido calificados como tales; y, c) Consignará en el libro de planillas y boletas de pago la calificación correspondiente”⁶⁹.

Inmediatamente después, el artículo 60° del mismo Reglamento⁷⁰ establece que si esa calificación fuera omitida por el empleador, esa omisión no importa necesariamente que el cargo no sea de dirección o de confianza, sino que en virtud del Principio de Primacía de la Realidad, prevalecerán los hechos para determinar la condición del puesto⁷¹. No está de más decir que, por aplicación del mismo principio, si el empleador calificara indebidamente a un trabajador como de dirección o de confianza y en la práctica las funciones que aquel desempeñara no poseyeran las características de esas categorías, tal calificación se juzgará inválida.

Finalmente, el Reglamento señala que “los trabajadores cuyos cargos sean indebidamente calificados como de dirección o de confianza, podrán recurrir ante la Autoridad Judicial, para que deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando la demanda se presente dentro de los treinta (30) días naturales siguientes a la comunicación respectiva”⁷².

3.3. Características. Comencemos por señalar que, en esencia, los trabajadores de dirección y de confianza poseen los mismos derechos y beneficios sociales que todos los trabajadores (CTS, vacaciones, gratificaciones, etc.), sin embargo, a causa de su estrecha y particular relación con el empleador (portarán muchas veces la voluntad de su patrón, recibirán mayores remuneraciones, gozarán de cierta autonomía en el ejercicio de sus

⁶⁸ Decreto Supremo 001-96-TR, *Reglamento de Ley de Fomento al Empleo*, El Peruano, Lima, 24 de Enero de 1996.

⁶⁹ Artículo 59° del Reglamento.

⁷⁰ “Artículo 60°: La calificación de los puestos de dirección o de confianza, es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita”. Decreto Supremo 001-96-TR, *Reglamento de Ley de Fomento al Empleo*.

⁷¹ “...En el caso de autos, la demandante afirma que el cargo que desempeñaba no tiene la calificación de cargo de confianza debido a que fue nombrada por concurso público y que en su boleta se consigna que tiene la condición de trabajador permanente. Sin embargo, si concordamos dicha afirmación con lo dispuesto por la legislación sobre la materia, expuesta en el fundamento precedente, se advierte que si el emplazado hubiera omitido consignar en la boleta de la accionante la calificación de trabajadora de confianza, ello no enervaría dicha condición, si se llegara a acreditar con las pruebas pertinentes...”.

STC 746-2003-AAT, F.2.

⁷² Artículo 61° del Reglamento.

funciones o recibirán tratos preferenciales, etc.) se presentan algunas situaciones especiales que nuestra regulación laboral ha atendido realizando ciertas distinciones y excepciones:

El periodo de prueba: Superado el cual el trabajador alcanza protección contra del despido arbitrario, y que es fijado por la norma en el plazo de tres meses⁷³, puede extenderse, mediante pacto escrito entre las partes, hasta seis meses en el caso de trabajadores de confianza, y hasta un año en el caso del personal de dirección⁷⁴.

Derecho colectivo de trabajo: Los trabajadores de dirección y de confianza no pueden ser miembros de un sindicato (a menos que el estatuto del sindicato lo permita)⁷⁵, se encuentran excluidos del ámbito de aplicación del convenio colectivo⁷⁶, y prohibidos de ejercer el derecho a huelga⁷⁷.

La indemnización vacacional⁷⁸: A la que tienen derecho los trabajadores que habiendo cumplido con el récord vacacional no hayan disfrutado del descanso físico en el período anual

⁷³ “Artículo 10º: El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección”.

Decreto Supremo 003-97-TR, *Ley de Productividad y Competitividad Laboral*.

⁷⁴ “Artículo 17º: El exceso del periodo de prueba que se pactara superando los seis meses o el año, en el caso de trabajadores calificados o de confianza, respectivamente, no surtirá efecto legal alguno”.

Decreto Supremo 001-96-TR, *Reglamento de Ley de Fomento al Empleo*.

⁷⁵ “Artículo 12º: Para ser miembro de un sindicato se requiere: a) Ser trabajador de la empresa, actividad, profesión u oficio que corresponda según el tipo de sindicato. b) No formar parte del personal de dirección o desempeñar cargo de confianza del empleador, salvo que el estatuto expresamente lo admita. c) No estar afiliado a otro sindicato del mismo ámbito. Los trabajadores podrán afiliarse a un sindicato durante el período de prueba, sin menoscabo de los derechos y obligaciones que durante dicho período les corresponde ejercer a las partes respecto a la relación laboral”.

Decreto Supremo 010-2003-TR, *Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo*, El Peruano, Lima, 05 de Octubre del 2003.

⁷⁶ “Artículo 42º: La convención colectiva de trabajo tiene fuerza vinculante para las partes que la adoptaron. Obliga a éstas, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable, así como a los trabajadores que se incorporen con posterioridad a las empresas comprendidas en la misma, con excepción de quienes ocupan puestos de dirección o desempeñan cargos de confianza”.

Decreto Supremo 010-2003-TR, *TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo*.

⁷⁷ “Artículo 77º: La huelga declarada observando lo establecido en el artículo 73, produce los siguientes efectos: a) Determina la abstención total de las actividades de los trabajadores en ella comprendidos, con excepción del personal de dirección o de confianza y del personal comprendido en el artículo 78. b) Suspende todos los efectos de los contratos individuales de trabajo, inclusive la obligación de abonar la remuneración, sin afectar la subsistencia del vínculo laboral. c) Impide retirar del centro de trabajo las maquinarias, materias primas u otros bienes, salvo circunstancias excepcionales con conocimiento previo de la Autoridad de Trabajo. d) No afecta la acumulación de antigüedad para efectos de la compensación por tiempo de servicios”.

Decreto Supremo 010-2003-TR, *TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo*.

⁷⁸ “Artículo 23º: Los trabajadores, en caso de no disfrutar del descanso vacacional dentro del año siguiente a aquél en el que adquieren el derecho, percibirán lo siguiente: a) Una remuneración por el trabajo realizado; b) Una remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado; y, c) Una indemnización equivalente a una remuneración por no haber disfrutado del descanso. Esta indemnización no está sujeta a pago o retención de ninguna aportación, contribución o tributo.

en el que les correspondía, excluye al personal de dirección que, gozando de autonomía para determinar su oportunidad, haya decidido no hacer uso del descanso vacacional⁷⁹.

Jornada de trabajo⁸⁰ y sobretiempo: Los trabajadores de dirección⁸¹, así como los de confianza no fiscalizados⁸², se encuentran excluidos de la jornada máxima legal de trabajo, y por lo mismo, no tienen derecho al pago de horas extras.

El monto de las remuneraciones indicadas será el que se encuentre percibiendo el trabajador en la oportunidad en que se efectúe el pago”.

Decreto Legislativo 713, *Consolidan la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada*, El Peruano, Lima, 07 de Noviembre de 1991.

⁷⁹ “Artículo 24º: La indemnización por falta de descanso vacacional a que se refiere el inciso c) del Artículo 23 del Decreto Legislativo, no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional. En ningún caso la indemnización incluye a la bonificación por tiempo de servicios”.

Decreto Supremo 012-92-TR, *Reglamento del Decreto Legislativo 713 sobre los descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada*, El Peruano, Lima, 03 de Diciembre de 1992.

⁸⁰ “Artículo 1º: La jornada ordinaria de trabajo para varones y mujeres mayores de edad es de ocho (8) horas diarias o cuarenta y ocho (48) horas semanales como máximo.

Se puede establecer por Ley, convenio o decisión unilateral del empleador una jornada menor a las máximas ordinarias.

La jornada de trabajo de los menores de edad se regula por la ley de la materia.

El incumplimiento de la jornada máxima de trabajo será considerada una infracción de tercer grado, de conformidad con el Decreto Legislativo N° 910, Ley General de Inspección de Trabajo y Defensa del Trabajador, y sus normas reglamentarias”.

Decreto Legislativo 854, *Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo*, El Peruano, Lima, 01 de Octubre de 1996.

⁸¹ “Artículo 5º: No se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia”.

Decreto Legislativo 854, *Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo*.

“Artículo 10º: Para efectos del Artículo 5 de la Ley se considera como: a) Trabajadores de dirección, a los que reúnen las características previstas en el primer párrafo del Artículo 43 del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR. b) Trabajadores que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia, a aquellos que regularmente prestan servicios efectivos de manera alternada con lapsos de inactividad; y, c) Trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata, aquellos trabajadores que realizan sus labores o parte de ellas sin supervisión inmediata del empleador, o que lo hacen parcial o totalmente fuera del centro de trabajo, acudiendo a él para dar cuenta de su trabajo y realizar las coordinaciones pertinentes”.

Decreto Supremo 008-2002-TR modificado por el D.S. N° 012-2002-TR, *Reglamento del TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo*, El Peruano, Lima, 04 de Julio 2002.

⁸² “Artículo 11º: No se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de confianza, cuyas características se encuentran definidas en el Artículo 43 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobada por Decreto Supremo N° 003-97-TR, exceptuándose de lo previsto en este artículo, a los trabajadores de confianza sujetos a un control efectivo del tiempo de trabajo”.

Decreto Supremo 008-2002-TR, *Reglamento del TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo*.

Capítulo 3

El retiro de confianza y el despido

1. El retiro de confianza

Sobre la definición del trabajador de confianza afirma el Tribunal Constitucional en los Considerandos 5 al 10 del Exp.03501-2006-PA/TC:

5. A nivel doctrinario, existe consenso en considerar que, dentro de la relación laboral de la actividad privada, los denominados trabajadores de confianza tienen, a diferencia de los demás trabajadores, un grado mayor de responsabilidad, a consecuencia de que el empleador les ha delegado la atención de labores propias de él, otorgándoles una suerte de representación general. Al respecto, Néstor de Buen considera que: “El trabajo de confianza no es un trabajo especial sino una relación especial entre el patrón y el trabajador, en razón de las funciones que éste desempeña. (...) En rigor, los trabajadores de confianza son trabajadores con un mayor grado de responsabilidad en atención a la tarea que desempeñan y de alguna manera hacen presente el interés del patrón”.

6. Similar es la noción de empleado de confianza asumida por Celso Mendo Rubio, para quien dicho concepto: “Está referido necesariamente a un campo más estricto que la genérica confianza que debe tener todo empleador frente a sus trabajadores (característico de todo vínculo laboral, pues de lo contrario no se contrataría), ya que este empleado alcanza una mayor y más directa vinculación con el empleador, goza de su máxima confianza y apenas está sujeto a una limitadísima subordinación (...), tiene la representación del empleador, actúa en su nombre haciendo sus veces, tiene poder de dirección y responde por cada uno de dichos actos”.

7. A su vez, Santiago Barajas Montes de Oca define al trabajador de confianza como: “La persona que por razón de la jerarquía, vinculación, lealtad, y naturaleza de la actividad, que desarrolla al servicio de una empresa o patrono, adquiere representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones, las mismas que lo ligan de manera íntima al destino de esa empresa o a los intereses particulares de quien lo contrata, en forma tal que sus actos merezcan plena garantía y seguridad, y tenga su comportamiento laboral plena aceptación”.

8. Por su parte Mario de la Cueva, considera que “debe hablarse de empleados de confianza cuando están en juego la experiencia de la empresa, sus intereses fundamentales, su éxito, su prosperidad, la seguridad de sus establecimientos o el

orden esencial que debe reinar entre sus trabajadores; (...) aun cuando la categoría de trabajador de confianza no está contemplada en la declaración de derechos sociales, resultó necesaria incluirla en la nueva ley del trabajo, pues no obstante tratarse de una categoría de excepción que solamente se justifica en razón de la naturaleza de las funciones que realiza el trabajador, existirá la presunción *iuris tantum* de que la función no sea de confianza, en forma tal que será indispensable probar que, de conformidad con la naturaleza de las funciones se dan los caracteres de la excepción. No es la persona la que determina que una función es de confianza sino la naturaleza misma de la función lo que produce la condición del trabajador”.

9. De igual forma Francisco de Ferrari considera a los trabajadores de confianza: “Como aquellos trabajadores que asociados al poder de dirección patronal, se encuentran en capacidad de ejercer las potestades disciplinarias de las que es titular el empleador y tratan en representación de él con los terceros, de modo tal que los empleados comunes o subalternos, en el orden social y profesional, no consideran a las personas que ejercen funciones tan elevadas como formando parte de la clase asalariada, e inclusive piensan que existe entre el empleador y los altos empleados una comunidad de intereses, de tendencia y cultura que los presenta como elementos extraños a la clase trabajadora”.

10. Por su parte Montoya Melgar define a los “altos cargos” como aquellos de “rectoría superior”, que consiste en el desempeño de los poderes propios del empleador (no necesariamente de todos) y que versen sobre los objetivos generales de la empresa. De otro lado, Santiago Barajas Montes de Oca considera que “el trabajador de confianza se incorpora a la planta de empleados administrativos y se le asignan determinadas funciones, o se le otorga una posición de representación patronal, se le deja autoridad en uno o más sectores de la producción y se le hace responsable de los resultados, se prescinde de sus servicios cuando estos no son altamente redituables y se les liquida sin ninguna razón o explicación de las causas de tal adopción patronal”...⁸³.

Pero, se puede precisar, además, de lo dicho por el mismo Tribunal, que para la doctrina la “confianza”, respecto de nuestro tema, ha resultado también un concepto esquivo, rico en

⁸³ STC 03501-2006-PA/TC, FF. 5-10.

contenido, y por lo mismo, el concepto “trabajador de confianza” ha resultado ser un “concepto difícil”, como lo llama De Buen Lozano⁸⁴.

Para Mendo Rubio, por ejemplo, el concepto de trabajador de confianza, “está referido necesariamente a un campo más estricto que la genérica confianza que debe tener todo empleador frente a sus trabajadores -característico de todo vínculo laboral, pues de lo contrario no se podría hablar de contrato laboral-, ya que este empleado alcanza una mayor y más directa vinculación con el empleador, goza de su máxima confianza y apenas está sujeto a una limitadísima subordinación...”⁸⁵.

De todo lo dicho por los doctrinarios citados por el Tribunal, se pueden concluir dos posiciones contrarias: 1) la confianza se refiere únicamente al cargo y a las funciones no a la persona del trabajador, y 2) no es un trabajo especial sino una relación especial entre el patrón y el trabajador.

Pero contrarias no es lo mismo que contradictorias. Como reza el dicho: Unir sin confundir y distinguir sin separar. No separar ni confundir es distinguir para unir: si bien, “el término confianza debe ser definido en su sentido jurídico, en la medida que se refiere únicamente al cargo y a las funciones que el personal de confianza realice, más no a la persona del trabajador, [es decir,] que son las funciones que desempeñará dicho trabajador, lo que determina la calificación del cargo que ostenta con esa condición. [Esa limitación] - un cargo es de confianza de acuerdo a las funciones inherentes a él - [debe ordenarse]: la “confianza” debe materializarse no solo en el plano netamente funcional, sino también en el plano personal”⁸⁶.

Como pasa con cualquier trabajador, la relación del trabajador de confianza (de dirección y de confianza) con el empleador está sujeta a las causales de extinción de la relación laboral, entre ellas, el despido. Entendido como la sola y unilateral voluntad del empleador de retirar esa confianza, lo que se le ha confiado, y que traerá como consecuencia la extinción de la relación laboral.

De lo dicho, y conforme a lo que la misma jurisprudencia constitucional ha establecido, los trabajadores de confianza, también gozan del derecho a la estabilidad, pero por la misma

⁸⁴ Néstor De Buen Lozano, *Derechos del trabajador de confianza*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, 2000, p.69.

⁸⁵ Citado por el Tribunal Constitucional, STC 03501-2006-PA/TC, F. 6.

⁸⁶ Cfr. Martín Jiménez Falen. Actos de hostilidad: la reducción inmotivada de categoría y/o de remuneración a los trabajadores de dirección y de confianza: A propósito del pronunciamiento emitido por la Corte Suprema de Justicia de la República: Cas. Lab. 3636-2010-Cusco (tesis magistral, Universidad de Piura, 2018), pp. 11-12.

naturaleza de las funciones que les son encomendadas, su tratamiento no puede ser igual al del trabajador común, como se verá más adelante.

2. El despido

Sin duda hablar del despido es hablar de una de las figuras que más debate ha causado en nuestra doctrina y tribunales. Esta institución jurídica, que extingue la relación laboral, alude a la finalización del contrato laboral por la sola voluntad unilateral del empleador.

Respecto del concepto de despido, Blancas Bustamante señala:

Alonso García define el despido como “el acto unilateral de la voluntad del empresario por virtud de la cual éste decide poner fin a la relación de trabajo”... Alonso Olea lo concibe como “la resolución del contrato de trabajo por voluntad unilateral del empresario”. Como lo destaca el primero de estos dos autores, en un sentido estricto y rigurosamente técnico, el concepto de despido ha de referirse a la extinción que se produce por voluntad unilateral del empresario “exista o no causa justificada” (...), calificando con dicha expresión a toda extinción de la relación de trabajo que reconozca en la voluntad del empleador su fuente productora”⁸⁷.

En efecto, el despido, como el poder del empleador de dar por terminada la relación laboral, es una de las facultades que se le han reconocido, y que según el régimen de cada ordenamiento se ha limitado o no.

Sin limitación, desconocería la vocación de permanencia y estabilidad que debe caracterizar a la relación laboral para preferir como prioritaria la voluntad del empleador, - arbitraria o no -, de extinguir o no la relación laboral.

2.1. Características. Sobre sus características Montoya Melgar señala que: “(i) Es un acto unilateral del empleador, para cuya eficacia la voluntad del trabajador es innecesaria e irrelevante. (ii) Es un acto constitutivo, por cuanto el empresario no se limita a proponer el despido, sino que él lo realiza directamente. (iii) Es un acto recepticio, en cuanto su eficacia depende de que la voluntad extintiva del empleador sea conocida por el trabajador, a quien está destinada. (iv) Es un acto que produce la extinción contractual, en cuanto cesan *ad futurum* los efectos del contrato”⁸⁸.

⁸⁷ Carlos Blancas Bustamante, *El despido en el Derecho Laboral Peruano*, 2da edición, Ara Editores, Lima, 2006, p. 46.

⁸⁸ Citado por Carlos Blancas Bustamante, 2006, pp. 45-46.

2.2. Validez. Si bien la normativa vigente permite la eficacia inmediata del despido sin intervención de terceros presumiendo la razonabilidad de la causa y la observancia del debido procedimiento por parte del empleador; no obstante, también de acuerdo a la norma, su validez puede ser cuestionada por el trabajador por vía judicial⁸⁹.

Al respecto, el texto legal establece - como límite al ejercicio de esa facultad que la ley le reconoce al empleador - para la validez del despido, la existencia de una causa justa y un procedimiento previo (con alguna particularidad atendiendo a las causas)⁹⁰.

2.3. Tipos de despido. Atendiendo a su alcance de afectación a nivel de número de trabajadores, los despidos se clasifican en individual y colectivo (llamado, y separado, por nuestro ordenamiento como “terminación de la relación de trabajo por causas objetivas”)⁹¹. Este último también debe fundamentarse en una causa predeterminada por la norma.

2.3.1. Despido justificado. Cuando la causa en que fundamenta el empleador el despido se encuentra prevista en la norma, que en sus artículos 23° y 24° recogen los supuestos en los que se puede despedir al trabajador: por causas relacionadas con la capacidad del trabajador y por causas relacionadas con la conducta del trabajador.

⁸⁹ “Artículo 22°: Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador. La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido”.

Decreto Supremo 003-97-TR, *Ley de Productividad y Competitividad Laboral*.

⁹⁰ “Artículo 31°: El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulan, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia. Mientras dure el trámite previo vinculado al despido por causa relacionada con la conducta del trabajador, el empleador puede exonerarlo de su obligación de asistir al centro de trabajo, siempre que ello no perjudique su derecho de defensa y se le abone la remuneración y demás derechos y beneficios que pudieran corresponderle. La exoneración debe constar por escrito. Tanto en el caso contemplado en el presente artículo, como en el Artículo 32, debe observarse el principio de inmediatez”.

Decreto Supremo 003-97-TR, *Ley de Productividad y Competitividad Laboral*.

“Artículo 32°: El despido deberá ser comunicado por escrito al trabajador mediante carta en la que se indique de modo preciso la causa del mismo y la fecha del cese. Si el trabajador se negara a recibirla le será remitida por intermedio de notario o de juez de paz, o de la policía a falta de aquéllos. El empleador no podrá invocar posteriormente causa distinta de la imputada en la carta de despido. Sin embargo, si iniciado el trámite previo al despido el empleador toma conocimiento de alguna otra falta grave en la que incurriera el trabajador y que no fue materia de imputación, podrá reiniciar el trámite”.

Decreto Supremo 003-97-TR, *Ley de Productividad y Competitividad Laboral*.

⁹¹ Es pertinente, sin embargo, anotar que al tratar dicha materia comprendemos dentro de la noción de “despido” lo que nuestra ley (LPCL) denomina, con evidente eufemismo, “terminación de la relación laboral por causas objetivas” y que, por las razones que allí se exponen, configura el llamado “despido colectivo”.

El artículo 23° de la LPCL, recoge las causas de despido relacionadas a la capacidad del trabajador:

“Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

- a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas;
- b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares;
- c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes”.

Respecto de las causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador, el art 24° de la LPCL establece:

“Son causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador:

- a) La comisión de falta grave;
- b) La condena penal por delito doloso;
- c) La inhabilitación del trabajador”.

2.3.2. Despido nulo. El artículo 29° de nuestra norma establece que “Es nulo el despido que tenga por motivo:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25°;
- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
- e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir. Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado

documentalmente del embarazo en forma previo al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa”.

A los supuestos recogidos por la LPCL se suman además los establecidos por las Leyes 26626⁹², 30287⁹³ y 27050⁹⁴ que protegen al portador del virus VIH (Sida)⁹⁵, al trabajador afectado por tuberculosis⁹⁶, y al trabajador minusválido o incapacitado⁹⁷, respectivamente; así como todos los despidos que lesionan derechos constitucionales, como ha precisado el Tribunal Constitucional⁹⁸.

Cuando el despido se origine por alguno de los motivos dispuestos por las normas o lesionando un derecho fundamental, de declararse fundada la demanda, el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización.

Sobre este tipo de despido Arce Ortíz comenta que “en este supuesto, nos enfrentamos a despidos aparentemente arbitrarios, en la medida que el empleador cursará una carta de despido al trabajador alegando formalmente una causa y cumplirá con el procedimiento impuesto por el artículo 31° de la LPCL. Será aparentemente arbitrario porque, a pesar de cumplir con el requisito formal de causa, en realidad la causa del despido es la afectación de un derecho constitucional”⁹⁹.

2.3.3. Despido arbitrario. De acuerdo al artículo 34° de la LPCL el despido será arbitrario cuando no se haya expresado causa alguna por parte del empleador -incausado-, o

⁹² Ley 26626, *Encargan al Ministerio de Salud la elaboración del Plan Nacional de Lucha contra el Virus de Inmunodeficiencia Humana, el SIDA y las enfermedades de transmisión sexual*, El Peruano, Lima, 20 de Junio de 1996.

⁹³ Ley 30287, *Ley de prevención y control de la tuberculosis en el Perú*, El Peruano, El Peruano, Lima, 14 de Diciembre de 2014.

⁹⁴ Ley 27050, *Ley General de la Persona con Discapacidad*, El Peruano, El Peruano, Lima, 31 de Diciembre de 1998.

⁹⁵ “Artículo 6°: Las personas con VIH/SIDA pueden seguir laborando mientras estén aptas para desempeñar sus obligaciones.

Es nulo el despido laboral cuando la causa es la discriminación por ser portador del VIH/SIDA”.

Ley 26626, *Encargan al Ministerio de Salud la elaboración del Plan Nacional de Lucha contra el Virus de Inmunodeficiencia Humana, el SIDA y las enfermedades de transmisión sexual*.

⁹⁶ “Artículo 11°: Es nulo el despido de un trabajador que pertenece a cualquier régimen de actividad laboral que tenga por motivo su condición de persona afectada por tuberculosis”.

Ley 30287, *Ley de prevención y control de la tuberculosis en el Perú*.

⁹⁷ “Artículo 31°: Beneficios y derechos en la legislación laboral:

31.1. La persona con discapacidad, gozará de todos los beneficios y derechos que dispone la legislación laboral para los trabajadores.

31.2. Nadie puede ser discriminado por ser persona con discapacidad. Es nulo el acto que basado en motivos discriminatorios afecte el acceso, la permanencia y/o en general las condiciones en el empleo de la persona con discapacidad”.

Ley 27050, *Ley General de la Persona con Discapacidad*.

⁹⁸ STC 976-2001-PA/TC (Caso Eusebio Llanos Huasco), F. 15.

⁹⁹ Elmer Arce Ortíz, *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*, 3era edición, Palestra, Lima, 2013, p.552.

cuando habiendo expresado la causa, el empleador no pueda demostrarla en el juicio -despido injustificado-.

Sobre esto, el Tribunal Constitucional incorporó el despido que supone la existencia de la existencia de un ánimo perverso por parte del empleador que ha imputado una causa que pretende hacer creer justa sobre la base de hechos inexistentes, falsos o imaginarios, la fabricación de pruebas para el sostenimiento de una falta o la extinción de la relación laboral con vicios de la voluntad¹⁰⁰.

La LPCL establece en su artículo 38° que este tipo de despido tendría como consecuencia el pago de la indemnización “equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba”. En el caso de que el trabajador este sujeto a un contrato a plazo indeterminado, la indemnización será la equivalente a una remuneración y media por cada año laborado, y en el caso del trabajador contratado a plazo fijo, será de una remuneración y media por cada mes dejado de laborar desde la fecha del cese hasta la fecha de cese contenida en el contrato¹⁰¹. Ambas con el tope legal de doce (12) remuneraciones.

El Tribunal Constitucional ha señalado la procedencia de la reposición para los casos de despido incausado y despido fraudulento.

2.3.4. Despido indirecto (hostilidad laboral). Este despido se configura en la relación laboral, cuando sin haberse extinguido esta, el empleador a través de la realización de “prácticas laborales que se caracterizan por el vejamiento, sistemático y deliberado, a los trabajadores, la degradación de su ambiente de trabajo y la lesión de sus derechos fundamentales”¹⁰², intenta conseguir que el trabajador renuncie.

¹⁰⁰ “Se produce el denominado despido fraudulento, cuando: Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, como lo ha señalado, en este último caso, la jurisprudencia de este Tribunal (Exp. 415-987-AA/TC, 555-99-AA/TC y 150-2000-AA/TC); o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (Exp. 628-2001-AA/TC) o mediante la “fabricación de pruebas”...”.

STC 976-2001-PA/TC (Caso Eusebio Llanos Huasco), F.15.

¹⁰¹ “Artículo 76°: Si el empleador vencido el período de prueba resolviera arbitrariamente el contrato, deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce (12) remuneraciones”.

Decreto Supremo 003-97-TR, *Ley de Productividad y Competitividad Laboral*.

¹⁰² Carlos Blancas Bustamante, *El acoso moral en la relación de Trabajo*, Palestra, Lima, 2007, pp. 12-13.

La norma, en su artículo 30° recoge como actos hostiles equiparables al despido:

- “a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador;
- b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría; c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquel en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio;
- c) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador;
- d) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia;
- e) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
- f) Los actos contra la moral, el hostigamiento sexual y todos aquellos que constituyan actitudes deshonestas que afecten la dignidad del trabajador”¹⁰³.

En lo que concierne al trabajador, éste antes de accionar judicialmente deberá “emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso”¹⁰⁴. Luego de lo cual “...podrá optar exclusivamente por: a) Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad de la falta; o, b) La terminación del contrato de trabajo en cuyo caso demandará el pago de la indemnización a que se refiere el Artículo 38 de esta Ley, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle”¹⁰⁵.

2.3.5. El despido colectivo. Tipificado en la LPCL como “terminación de la relación de trabajo por causas objetivas”¹⁰⁶ este tipo de despido:

“... se configura por la decisión del empleador de extinguir unilateralmente las relaciones de trabajo de un conjunto de trabajadores fundándose en la existencia de una causa general y objetiva, relativa al funcionamiento de la empresa (...). Jurídicamente se trata, en realidad, de una pluralidad de despidos individuales, pero vinculados por su causalidad y coetaneidad, en cuanto se fundamentan en el

¹⁰³ Artículo 30° LPCL.

¹⁰⁴ Artículo 30° LPCL.

¹⁰⁵ Artículo 35° LPCL.

¹⁰⁶ Capítulo VII, De La Terminación de la relación de trabajo por causas objetivas, LPCL.

mismo motivo y se producen en el mismo acto. La “objetividad” de la causa en que se fundan deriva del hecho de que esta se configura en forma independiente y ajena a la voluntad y conducta de los trabajadores, lo que la diferencia del despido de una pluralidad de trabajadores que han cometido la misma falta”¹⁰⁷.

La norma recoge en su artículo 46° como causas objetivas para la terminación colectiva de los contratos de trabajo:

- “a) El caso fortuito y la fuerza mayor;
- b) Los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos;
- c) La disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra;
- d) La reestructuración patrimonial sujeta al Decreto Legislativo N° 845”.

3. Posición del Tribunal Constitucional

Inicialmente, el Tribunal Constitucional, no analizó el caso del personal de confianza, sino que se limitó a negar la posibilidad de reposición y reconducir el derecho a la indemnización a la vía legal correspondiente.

En el expediente 0746-2003-AA/TC¹⁰⁸, señala que de acreditarse, en la vía correspondiente, la determinación del cargo como de confianza corresponde el abono de una indemnización y no la reposición.

En el expediente 4492-2004-AA/TC¹⁰⁹, considerando lo establecido en el Expediente 0746-2003-AA/TC, reafirma que “a quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de accionar en la vía correspondiente”¹¹⁰.

En abril del 2005, en la sentencia del Expediente 1651-2005-AA/TC¹¹¹ precisa en su fundamento 7, “que la categoría de trabajador de confianza lo determina la naturaleza de las funciones desempeñadas por el trabajador”.

En mayo del mismo año, en el Expediente 2358-2005-PA/TC¹¹², que desestima una reposición, el Tribunal, haciendo referencia a la definición legal de trabajador de confianza, precisa que éste, por sus funciones, tiene mayor responsabilidad que un trabajador común, ya que estas están directamente relacionadas con los objetivos de la empresa, su dirección y su administración.

¹⁰⁷ Carlos Blancas Bustamante, 2006, pp. 472-474.

¹⁰⁸ STC 0746-2003-AA/TC del 19 de abril del 2004.

¹⁰⁹ STC 4492-2004-AA/TC del 17 de febrero del 2005.

¹¹⁰ STC 4492-2004-AA/TC, F.2.

¹¹¹ STC 1651-2005-AA/TC del 19 de Abril del 2005.

¹¹² STC 2358-2005-PA/TC del 12 de Mayo del 2005.

Es importante advertir que tanto el expediente 03501-2006-PA/TC¹¹³, como el expediente 03926-2007-PA/TC¹¹⁴, se refieren a personal del sector público.

Con el expediente 03501-2006-PA/TC, en marzo del 2007, el Tribunal se pronuncia respecto de la Constitución y régimen jurídico de los trabajadores de confianza, respecto de sus particularidades (aunque, haciendo alusión al trabajador de confianza, incluye también características propias del personal de dirección), de la diferencia entre el personal de dirección y el personal de confianza, y define dos clases de personal de confianza: de confianza exclusiva (aquellos a los que el empleador los promovió de un puesto común y les asignó funciones de confianza) y confianza mixta (aquellos que fueron contratados para cumplir funciones específicamente de confianza desde un inicio), y precisa que la pérdida de confianza representa una situación particular de naturaleza subjetiva que extingue la relación laboral, por ello el retiro de confianza supone la pérdida del trabajo, si desde el inicio de las labores se le asignaron al trabajador funciones de confianza; ya que de haber realizado labores ordinarias y luego asignársele funciones de confianza, tiene derecho a regresar a su cargo inicial, salvo que en cualquier supuesto exista una causa objetiva de despido que lo justifique.

En el expediente 03926-2007-PA/TC, declara infundado el recurso reafirmando el pronunciamiento del expediente 03501-2006-PA/TC.

En un pronunciamiento de Noviembre del 2010, en el expediente 01828-2010-PA/TC¹¹⁵, que reseña también el pronunciamiento del expediente 03501-2006-PA/TC, el supremo intérprete de la Constitución establece que el cese de las labores de la recurrente por retiro de confianza no vulnera derecho constitucional alguno, por tanto “el Tribunal ha considerado que los trabajadores que asumen un cargo de confianza están supeditados a la “confianza”, valga la redundancia, del empleador. En este caso, el retiro de la misma puede ser invocado por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, lo que es objetivo”¹¹⁶.

El drama nunca estuvo tan claro: si la situación se complica es porque el Tribunal no acaba de definir el régimen laboral al que circunscribe su análisis, y termina trasladando conceptos y aplicando criterios sin hacer distinción, entre régimen público y el privado.

¹¹³ STC 03501-2006-PA/TC del 15 de Marzo del 2007.

¹¹⁴ STC 03926-2007-PA/TC del 17 de Octubre del 2007.

¹¹⁵ STC 03926-2007-PA/TC del 17 de Octubre del 2007.

¹¹⁶ STC 01828-2010-PA/TC, F.5.

3.1. Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 0746-2003- AA/TC

Recurso interpuesto por Nelly Catia García Villa contra la sentencia expedida por la Primera Sala Mixta Civil de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho que confirmando la sentencia del Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Ayacucho - que declaró improcedente la demanda por estimar que el derecho que le asiste al trabajador sujeto al régimen de la actividad privada que es despedido en forma arbitraria, debe hacerlo efectivo en la vía del proceso laboral, tanto más si la vía de amparo constitucional carece de etapa probatoria -, añadiendo que si bien el despido de la accionante deviene en arbitrario, solo puede ejercer la acción indemnizatoria, por la naturaleza misma del cargo que ostentaba, mas no así pretender la reposición en el puesto de trabajo, y declaró improcedente la acción de amparo interpuesta por la demandante, contra la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, a fin de que se ordene su reposición como Jefe de la Oficina de Administración, así como el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir¹¹⁷.

La demandante había ingresado a laborar por Concurso Público y designada para el citado cargo mediante la Resolución Administrativa de Gerencia General del Poder Judicial N.º 223-2001-GG/P, la cual no mencionaba la fecha de vencimiento del cargo que asumía. Sin embargo, la emplazada, mediante Oficio N.º 478- 2002-P-CSJAY/PJ, Junio de 2002, sin expresar causa alguna, dio por concluida su designación como Jefe de la Oficina de Administración de la Corte Superior de Ayacucho, a partir del 30 de junio del citado año¹¹⁸.

El Tribunal Constitucional considerando 1) lo dispuesto por el artículo 59º (que señala que para la calificación de los puestos de confianza el empleador deberá, entre otros requisitos, consignar en el libro de planillas y en las boletas de pago la calificación correspondiente) y el artículo 60º del Reglamento del DL 728 (que señala que si bien la calificación de los puestos de confianza es una formalidad que debe observar el empleador, su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita); 2) Que aunque la demandante afirma que el cargo que desempeñaba no tiene la calificación de cargo de confianza debido a que fue nombrada por concurso público y que en su boleta se consigna que tiene la condición de trabajador permanente, por lo dispuesto en la legislación sobre la materia, si el emplazado hubiera omitido consignar en la boleta de la accionante la

¹¹⁷ Cfr. STC 0746-2003-AA/TC, Asunto y Antecedentes.

¹¹⁸ Cfr. STC 0746-2003-AA/TC, Asunto y Antecedentes.

calificación de trabajadora de confianza, ello no enervaría dicha condición, si se llegara a acreditar con las pruebas pertinentes; 3) Que, no se ha acreditado fehacientemente la calificación del cargo de la demandante¹¹⁹.

Aunque el Tribunal falla declarando infundada la demanda, por resultar “inevitable contar con elementos probatorios idóneos y con una estación adecuada para la actuación de los mismos, no siendo el amparo, por su carácter esencialmente sumarísimo y carente de estación de pruebas, la vía de dilucidación de lo que la demandante solicita”¹²⁰, en su Tercer Fundamento precisa: “3. En ese sentido, en autos no se ha acreditado fehacientemente la calificación del cargo de la demandante a fin de determinar si le corresponde su reposición o, por haber ejercido un puesto de confianza, solo la acción indemnizatoria...”.

Y señalando como la vía correspondiente la del proceso laboral, deja a salvo su derecho para hacerlo valer, en la forma legal que corresponda.

3.2. Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 4492-2004- AA/TC. “La Sala Segunda del Tribunal Constitucional, se pronuncia sobre el recurso extraordinario interpuesto por don Aníbal Leonardo Salmon Varea contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao - que, revocando la sentencia del Tercer Juzgado Laboral del Callao, había declarado improcedente la demanda, por considerar que el cese del demandante se produjo por el retiro de confianza -, declara infundada la demanda, por el mismo fundamento”¹²¹.

El recurrente interpuso “demanda de amparo contra la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. (CORPAC S.A.), alegando que fue despedido sin expresión de causa del cargo de Gerente de Operaciones de Aeropuertos, mediante la Carta N.º GG-462-2003-0/01, en que se le comunicó la resolución de su vínculo laboral por el retiro de confianza. El demandante presume que la emplazada lo cesó debido a su estado de salud, ya que el retiro de confianza no lo considera causal para el término de su relación laboral”¹²².

El Tribunal falla declarando infundada la demanda, considerando: “1) Que en la cuestionada carta de despido, se aprecia que la demandada comunicó al demandante su decisión de resolver el vínculo laboral, al haberle retirado la confianza; y 2) Lo establecido en la Sentencia N.º 0746-2003-AA/TC: que a quien ejerce un puesto de confianza no le

¹¹⁹ Cfr. STC 0746-2003-AA/TC, FF. 1-3.

¹²⁰ Cfr. STC 0746-2003-AA/TC, F.3.

¹²¹ Cfr. STC 4492-2004-AA/TC, Asunto y Antecedentes.

¹²² Cfr. STC 4492-2004-AA/TC, Asunto y Antecedentes.

corresponde la reposición, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de accionar en la vía correspondiente”¹²³.

3.3. Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 1651- 2005- AA/TC

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Pedro Antonio Chirinos Hurt contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que revocando la sentencia del Vigésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, - que había declarado fundada en parte la demanda, por considerar que la resolución que designa al actor Jefe de la Unidad de Personal no precisa que tal cargo sea de confianza, y que, habiéndose dejado sin efecto su designación sin que medie una causa justa, se ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, e improcedente en el extremo que solicita el pago de las remuneraciones, bonificaciones y escolaridad dejadas de percibir -, declara infundada la demanda, por estimar que al haber sido el demandante designado para desempeñar un cargo de confianza, el de Jefe de la Unidad de Personal el Programa Nacional de Asistencia Alimentaria (PRONAA), no se encuentra comprendido en la carrera administrativa, no siendo aplicable, en consecuencia, el artículo 100° del Decreto Supremo N.° 005-90-PCM¹²⁴.

El Tribunal declaró infundada la demanda considerando: “...la legislación sobre la materia, (...) que advierte que la omisión de la emplazada de consignar en la resolución de designación la calificación de trabajador de confianza no enervaría dicha condición, ya que la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas, según lo establece el Cuadro de Asignación de Personal, aprobado mediante la Resolución Suprema N.° 090-2001- PROMUDEH, publicada en el diario oficial El Peruano...”¹²⁵.

En este pronunciamiento, el Tribunal Constitucional precisa en sus fundamentos 5 y 6, que la categoría de trabajador de confianza lo determina la naturaleza de las funciones desempeñadas por el trabajador:

5. En buena cuenta, los trabajadores de confianza tienen un mayor grado de responsabilidad en atención a las funciones que desempeñan, ya que se relacionan en forma inmediata y directa con la vida misma de las empresas, sus intereses, la realización de sus fines y con su dirección, administración, entre otras actividades.

¹²³ STC 4492-2004-AA/TC, FF. 1-2.

¹²⁴ Cfr. STC 1651-2005-AA/TC, Asunto y Antecedentes.

¹²⁵ STC 1651-2005-AA/TC, F. 7.

6. Según lo dispuesto por el artículo 59.º del Reglamento del Decreto Legislativo N.º 728, aprobado por Decreto Supremo N.º 001-96-TR, para la calificación de los puestos de confianza el empleador deberá, entre otros requisitos, consignar en el libro de planillas y en las boletas de pago la calificación correspondiente. Asimismo, el artículo 60º del mencionado reglamento prescribe que la calificación de los puestos de confianza “es una formalidad que debe observar el empleador”; sin embargo, “su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita”, debido a que la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas y no de la denominación que se le dé al puesto¹²⁶.

3.4. Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 2358- 2005- PA/TC

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Segundo Juan Argomedo Muñoz contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Huaura, que confirmando la apelada del Juzgado Mixto de Barranca - que declaró infundada la demanda, por considerar que el cargo de Gerente Técnico que desempeñaba el actor, al tener naturaleza directriz le es aplicable el artículo 187º de la Ley General de Sociedades, que señala que el gerente puede ser removido en cualquier momento por el directorio o por la junta general -, y por los mismos fundamentos, declaró infundada la acción de amparo, estimando que el demandante no había sido despedido, sino que sólo se le retiró la confianza, teniendo en cuenta que el cargo que desempeñaba era de confianza¹²⁷.

El recurrente ingresó a laborar para la demandada, Empresa Prestadora de Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado Barranca S.A. (EPS SEMAPA BARRANCA S.A.), como Gerente Técnico, desde mayo de 2002 hasta abril de 2004, fecha en que fue despedido mediante Carta N.º 080-2004-GG-SEMAPA BARRANCA S.A. Con fecha 8 de julio de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo solicitando que se lo reponga en su puesto de trabajo como Gerente Técnico, y que se le paguen sus remuneraciones dejadas de percibir¹²⁸.

¹²⁶ Cfr. STC 1651-2005-AA/TC, FF. 5-6.

¹²⁷ Cfr. STC 2358-2005-PA/TC, Asunto y Antecedentes.

¹²⁸ Cfr. STC 2358-2005-PA/TC, Asunto y Antecedentes.

El Tribunal, declaró infundada la demanda por los siguientes fundamentos:

1) Que mediante las Cartas Nos 080-2004-GG-SEMAPA BARRANCA S.A., la Empresa emplazada le comunicó la extinción de su contrato de trabajo, retirándole así la confianza para seguir desempeñando el cargo de Gerente Técnico; 2) Lo previsto en el artículo 43° del Decreto Supremo N° 003-97-TR; 3) Lo dispuesto por el artículo 59° del Reglamento del Decreto Legislativo N.° 728; 4) Que la omisión de la Empresa emplazada de consignar en la boleta del accionante la calificación de trabajador de confianza, no enervaría dicha condición ya que la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas; 5) Que si bien en el contrato de trabajo no se consignó que el cargo que iba a desempeñar era de confianza, no es menos cierto que el actor tomó conocimiento mediante Memorándum y el mismo día en que iba a iniciar su actividad laboral que el cargo era de confianza; 6) Que si el demandante consideraba que su cargo había sido indebidamente calificado como puesto de confianza, debió recurrir ante el Poder Judicial para que deje sin efecto tal calificación, de conformidad con establecido en el artículo 61° del Decreto Supremo N.° 001-96-TR; 7) Que no se acreditó la vulneración de los derechos alegados en la demandada¹²⁹.

3.5. Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 03501- 2006- PA/TC

El Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, resuelve el recurso de agravio constitucional interpuesto por don Ricardo David Chávez Caballero contra la sentencia expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que confirma la sentencia del Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, que declaró infundada la demanda en todos sus extremos, por considerar que el demandante era un trabajador de confianza que no tenía estabilidad laboral y que, por tanto, no hubo despido sino que el vínculo laboral terminó por el retiro de la confianza no existiendo ninguna afectación a sus derechos constitucionales¹³⁰.

En Septiembre de 2004 el recurrente interpone demanda de amparo contra el Banco Central de Reserva del Perú, solicitando que se disponga su reposición en el cargo de Subgerente de Desarrollo de Sistemas de la referida entidad, se le

¹²⁹ Cfr. STC 2358-2005-PA/TC, FF. 1-7.

¹³⁰ Cfr. STC 03501-2006-PA/TC, Asunto y Antecedentes.

reintegren las remuneraciones dejadas de percibir, incluyendo los aumentos o beneficios, así como el pago de costas y costos del proceso y la apertura de la instrucción correspondiente a los responsables de la violación de sus derechos fundamentales. Manifiesta haber sido despedido de manera injustificada, imputándose hechos falsos, como el ser supuestamente responsable de haber participado en la irregular adquisición de software, cuando él no participó en dicha operación. Asimismo, sostiene que la empleada invocó como causal de despido el “retiro de confianza”, la cual no está prevista como tal en la legislación laboral¹³¹.

Al determinarse que el recurrente se encontraba en calidad de personal de dirección en el Estatuto del Banco Central de Reserva (BCR), el cese en sus labores no vulnera derecho constitucional alguno, el Tribunal Constitucional, resuelve declarando infundada la demanda de amparo.

En esta sentencia, el supremo intérprete de la Constitución ha hecho algunas precisiones sobre el personal de dirección y de confianza:

Respecto de la Constitución y régimen jurídico de los trabajadores de confianza:

2. El artículo 2º incisos 14 y 15 señala, respectivamente, que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público, y que toda persona tiene derecho a trabajar libremente con sujeción a la ley. De la misma forma, la Constitución (artículo 27º) establece un mandato constitucional de protección frente al despido arbitrario.
3. Los trabajadores comunes gozan del derecho de acceder a un puesto de trabajo en el sector público, tienen estabilidad en su trabajo y no pueden ser despedidos arbitrariamente, según la STC 0206-2005-AA/TC. Mientras que los que asumen un cargo de confianza están supeditados a la “confianza”, valga la redundancia, del empleador. En este caso, el retiro de la misma es invocada por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos.
4. En referencia a ello, el artículo 40º de nuestra Constitución alude a los trabajadores de confianza del sector público mas no a los trabajadores de confianza del sector privado, puesto que para ser servidor público se ingresa por

¹³¹ Cfr. STC 03501-2006-PA/TC, Asunto y Antecedentes.

concurso público, mientras que para acceder a un cargo de confianza basta que sea designado por el jefe del área, y que se requiera una persona de “confianza” en una institución; si bien el cargo de confianza debe estar previsto en el Cuadro de Asignación de Personal (CAP). Además, el artículo 42° de la Constitución establece que los trabajadores de confianza no pueden sindicalizarse, pues estos ostentan un estatus especial dentro de la institución pública, lo cual los obliga a tener un compromiso mayor que los trabajadores ordinarios¹³².

Aunque el Tribunal hace alusión al trabajador de confianza, señala también características propias del personal de dirección:

11. Es de la misma opinión este colegiado, que estima que un trabajador de confianza tiene particularidades que lo diferencian de los trabajadores “comunes”, tales como:

a) La confianza depositada en él, por parte del empleador; la relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe, como fundamento de esta relación laboral especial.

b) Representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones; las mismas que lo ligan con el destino de la institución pública, de la empresa o de intereses particulares de quien lo contrata, de tal forma que sus actos merezcan plena garantía y seguridad.

c) Dirección y dependencia; es decir que puede ejercer funciones directivas o administrativas en nombre del empleador, hacerla partícipe de sus secretos o dejarla que ejecute actos de dirección, administración o fiscalización de la misma manera que el sujeto principal.

d) No es la persona la que determina que un cargo sea considerado de confianza. La naturaleza misma de la función es lo que determina la condición laboral del trabajador.

e) Impedimento de afiliación sindical, conforme al artículo 42° de la Constitución para los servidores públicos con cargos de dirección o de confianza. El inciso b) del artículo 12° del Decreto Supremo N.°010-2003-TR TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece que los trabajadores de dirección y de

¹³² Cfr. STC 03501-2006-PA/TC, FF. 2, 3 y 4.

confianza no pueden ser miembros de un sindicato, salvo que en forma expresa el estatuto de la organización sindical lo permita.

f) La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes o ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103° de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley.

g) El periodo de prueba puede tener una mayor extensión, pues esta se puede extender hasta por 6 meses, incluyendo el periodo inicial de 3 meses para el personal de confianza y en caso ser personal de dirección este puede ser extendido hasta por un (1) año, en ambos casos la ampliación debe constar por escrito en el contrato de trabajo celebrado con el personal de dirección o de confianza.

h) No tienen derecho al pago de horas extras, pues el artículo 5° del Decreto Supremo N.° 007-2002-TR, TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, establece que el personal de dirección se encuentra excluido de la jornada máxima legal. De igual forma no están sujetos a las disposiciones sobre el registro de control de asistencia y de salida en el régimen laboral de la actividad privada, conforme al Decreto Supremo N.° 004-2006-TR en su artículo 1° último párrafo.

i) No tienen derecho a una indemnización vacacional. El Decreto Supremo N.° 012-92-TR, en su artículo 24°, establece: “La indemnización por falta de descanso vacacional a que se refiere el inciso c) del artículo 23° del Decreto Legislativo N.° 713, no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional. En ningún caso la indemnización incluye a la bonificación por tiempo de servicios...”¹³³.

¹³³ STC 03501-2006-PA/TC, F. 11.

De la diferencia entre el personal de dirección y el personal de confianza:

13. Como puede apreciarse, la mayor diferencia existente entre ambas categorías de trabajadores radica en que sólo el personal de dirección tiene poder de decisión y actúa en representación del empleador, con poderes propios de él. En cambio, el personal de confianza, si bien trabaja en contacto directo con el empleador o con el personal de dirección, y tiene acceso a información confidencial, únicamente coadyuva a la toma de decisiones por parte del empleador o del referido personal de dirección, son sus colaboradores directos. Este Colegiado considera que, por su naturaleza, la categoría de trabajador de dirección lleva implícita la calificación de confianza, pero un trabajador de confianza no necesariamente es un trabajador de dirección, en la medida que no tiene poder de decisión ni de representación¹³⁴.

Respecto de trabajadores comunes (no confianza), de confianza exclusiva y confianza mixta:

16. De la misma manera la calificación de dirección o de confianza es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita. Por lo que si un trabajador desde el inicio de sus labores conoce de su calidad de personal de confianza o dirección, o por el hecho de realizar labores que implique tal calificación, estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en su empleo, de lo contrario solo cabría la indemnización o el retiro de la confianza depositada en él, tal como viene resolviendo este Colegiado¹³⁵.

(...)

18. Sobre el particular, en referencia a los trabajadores que son promocionados, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 44°, señala que es factible que un trabajador que realiza funciones ordinarias pueda acceder a puestos de dirección o de confianza mediante promociones; resaltando que tal promoción no debe ser abusiva ni simulada, pues podría atribuírsele a un trabajador tal calificación para luego simplemente retirársele la confianza y despedírsele en el transcurso de un tiempo.

19. De forma que si el trabajador realizó con anterioridad labores comunes y luego es promocionado, luego al retirársele la confianza depositada, retornaría a

¹³⁴ STC 03501-2006-PA/TC, F. 13.

¹³⁵ STC 03501-2006-PA/TC, F. 16.

realizar las labores anteriores y no perder el empleo, salvo que se determine que cometió una falta grave que implique su separación de la institución.

20. Por lo que, cuando un trabajador es promocionado, este no puede perder su derecho al empleo del que es poseedor, pues al realizarse una promoción de esta naturaleza cabría la posibilidad de que se genere un abuso del derecho, tal como lo declara el artículo 44° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, pues este no renuncia a las labores que realizaba, sino que sigue bajo la subordinación de su empleador, sin perder su carácter de trabajador común que ostentaba. Esto en bien de la paz social y armonía de los derechos constitucionales que podrían vulnerarse cuando el empleador abusando del *jus variandi* que posee le retirase la confianza posteriormente al ser promovido¹³⁶.

3.6. Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 03926- 2007- PA/TC

Recurso de agravio constitucional interpuesto por María Elizabeth Santisteban Castillo contra la sentencia de la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró improcedente la demanda por las mismas consideraciones que la apelada del Trigésimo Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima - que declaró improcedente la demanda por estimar que la vía procedimental satisfactoria para el cuestionamiento de la conclusión del vínculo laboral por pérdida de la confianza es la jurisdicción laboral ordinaria, por tratarse de hechos controvertidos donde se requiere la actuación de medios probatorios -¹³⁷.

La recurrente interpone demanda de amparo contra el Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima (SEDAPAL), por la violación de su derecho constitucional al trabajo, solicitando que se disponga la reincorporación en su centro de trabajo en el mismo cargo que ocupaba. Manifiesta que en Junio de 2003 ingresó a laborar a dicha entidad bajo contrato individual de trabajo por servicio específico para desempeñar la función de Jefe del Equipo de Planeamiento y Adquisición de Bienes de la Gerencia de Logística y Servicios, y que luego su contrato varió a uno de plazo indeterminado, siempre desempeñando

¹³⁶ STC 03501-2006-PA/TC, FF. 18-20.

¹³⁷ Cfr. STC 03926-2007-PA/TC, Asunto y Antecedentes.

las mismas labores, desde Mayo hasta Noviembre de 2005, fecha en que fue cesada de sus labores por retiro de confianza¹³⁸.

El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda por los siguientes fundamentos:

1) La STC N.º 0206-2005-PA, en la que ha precisado, con carácter vinculante, los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral individual de régimen privado y público; 2) Que, la controversia se centra en determinar si existió, o no, una relación laboral de confianza entre la demandante y la empresa emplazada; 3) El artículo 43.º del Decreto Supremo 003-97-TR; 4) Lo dispuesto por los artículos 59º y 60º del Reglamento del Decreto Legislativo N.º 728; 5) Lo señalado en la STC N.º 3501-2006-PA/TC respecto de que “El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes u ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103º de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley”; 6) Que conforme se advierte del Acuerdo de Directorio N.º 055-11-97 adoptado en Sesión N.º 011-97 del 19 de Junio de 1997, el cargo de Jefe del Equipo Planeamiento y Adquisición de Bienes de la Gerencia de Logística y Servicios, entre otros, ha sido calificado como cargo de confianza; es decir, dicha calificación data desde fecha anterior al ingreso de la demandante a laborar a la empresa demandada; 7) Que si la demandante consideraba que el cargo desempeñado durante todo su ciclo laboral había sido indebidamente calificado como de confianza, debió recurrir ante el Poder Judicial para que eventualmente pudiera dejar sin efecto tal calificación; 8) Que, en consecuencia, no se acreditó la vulneración de derechos constitucionales¹³⁹.

3.7. Sentencia del Tribunal Constitucional en el expediente 01828- 2010- PA/TC

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Francisco Arteaga Núñez contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura - que revocando la sentencia del Primer Juzgado Civil de Piura, que declaró infundada la demanda, por considerar que el demandante había

¹³⁸ Cfr. STC 03926-2007-PA/TC, Asunto y Antecedentes.

¹³⁹ Cfr. STC 03926-2007-PA/TC, FF. 1-8.

realizado labores como trabajador de confianza, por lo que su retiro no afecta derecho constitucional alguno -, que declaró infundada la demanda, por estimar que el retiro de la confianza al recurrente se ha efectuado con arreglo a ley¹⁴⁰.

En Septiembre de 2009, el recurrente interpuso demanda de amparo contra la Entidad Prestadora de Servicios Grau S.A. (E.P.S. GRAU S.A.), solicitando que se deje sin efecto la Carta N° 185-2006-EPS GRAU SA-GG, mediante la cual se le retiró la confianza, y que en consecuencia, se ordene su reincorporación en el cargo de Jefe de la Oficina de Control de Pérdidas en la Gerencia General¹⁴¹.

El Tribunal Constitucional declaró infundada la demanda considerando:

1) Que, de acuerdo a los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo en materia laboral individual privada, establecido en los fundamentos 7 a 20 de la STC 0206-2005-PA/TC, que constituye precedente vinculante, corresponde al Tribunal efectuar la verificación del presunto despido incausado; 2) Que el demandante alega haber sido despedido arbitrariamente debido a que el emplazado le comunicó la extinción de su relación laboral, sin la expresión de una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral; 3) Que la demandada manifiesta que el demandante no ha sido despedido arbitrariamente, sino que sólo se le retiró la confianza, debido a que desde la fecha en que ingresó el recurrente desempeñó cargos de confianza; 4) Que, en tal sentido, la controversia se centra en determinar si el demandante ha sido objeto de un despido arbitrario, o si el retiro de la confianza ha extinguido debidamente su relación laboral; 5) Que, el Tribunal ha considerado que los trabajadores que asumen un cargo de confianza están supeditados a la “confianza” valga la redundancia del empleador. En este caso, el retiro de la misma puede ser invocado por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, lo que es objetivo; 6) Que, en la STC N.º 03501-2006-PA/TC, se ha establecido que si un trabajador desde el inicio de sus labores conoce de su calidad de personal de confianza o dirección, o por el hecho de realizar labores que implique tal calificación, estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en su empleo; de lo contrario, solo cabría la indemnización o el retiro de la confianza depositada en él; 7) Que el recurrente ingresó en la entidad demandada como Encargado de la Jefatura Zonal

¹⁴⁰ Cfr. STC 01828-2010-PA/TC, Asunto y Antecedentes.

¹⁴¹ Cfr. STC 01828-2010-PA/TC, Asunto y Antecedentes.

de Chulucanas, cargo que, en el Cuadro Orgánico de Puestos - COP, EPS GRAU S.A. 2003, tiene la condición de cargo de confianza; asimismo, que en la Carta N.º 501-A-2004-EPS-GRAU-SA-GG, mediante la cual se designa al demandante para que asuma la Jefatura Zonal Talara, se le indicó que dicho cargo tiene la calificación de confianza; posteriormente, mediante Memorando N.º 258-2005-EPS-GRAU-SA-GG, se le encargó la Gerencia de Ingeniería de Planeamiento y Control Operacional, de la que hizo cargo hasta que a través de la Carta N.º 185-2006- EPS-GRAU-SA-GG, de Julio de 2009, se le comunicó que se había tomado la decisión de retirarle la confianza; 8) Que en el Cuadro Orgánico de Puestos - COP, EPS GRAU S.A. 2003, se advierte que las Jefaturas Zonales figuran como cargo de confianza; mientras que en el Cuadro Orgánico de Puestos - COP, EPS GRAU S.A. 2006, el mismo que establece que la Gerencia de Ingeniería, Planeamiento y Control Operacional es un cargo de confianza; 9) Por lo que, habiéndose determinado que el recurrente ingresó en la entidad demandada en un cargo de confianza, el cese en sus labores no vulnera derecho constitucional alguno¹⁴².

4. Posición la Corte Suprema

En sus primeros pronunciamientos, la Corte Suprema - sin tener en cuenta la condición pública o privada del empleador - considera que los trabajadores de confianza, al igual que los trabajadores comunes gozan de la protección contra el despido arbitrario, y al no ser el “retiro de confianza” una causal válida de término de la relación laboral, la indemnización por despido arbitrario es procedente ante el cese injustificado de este tipo de personal.

La Casación 498-2005-Lima¹⁴³, en sus considerandos tercero al séptimo subraya que la LPCL, ni en su sentido literal o ni en su sentido interpretativo, tiene como finalidad excluir a los trabajadores de confianza de la protección contra el despido arbitrario, sino que sus artículos 34º y 38º determinan como protección adecuada frente al despido arbitrario establecer el pago de la indemnización tarifada, sin diferenciar - menos aun basándose en las funciones -, entre un trabajador de confianza y un trabajador común.

En la Casación N.º 2634-2009-Junín¹⁴⁴, precisa lo mismo en sus considerandos quinto al noveno.

¹⁴² Cfr. STC 03926-2007-PA/TC, FF. 1-9.

¹⁴³ CAS. LAB. 498-2005-Lima del 23 de Enero del 2006.

¹⁴⁴ CAS. LAB. 2634-2009-Junín del 10 de Marzo de 2010.

En la Casación N° 4298-2009-Huánuco¹⁴⁵ señala que la sola argumentación de que “la pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo”, no contiene una fundamentación jurídica suficiente y justificada conforme al Ordenamiento Jurídico Laboral vigente y la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional respecto al despido arbitrario¹⁴⁶.

En agosto del 2016, la Corte Suprema en la Casación 18450-2015-Lima¹⁴⁷, cambia de criterio radicalmente. Basándose - mal entendiendo - en los fundamentos desarrollados por el Tribunal Constitucional en el Expediente 03501-2006-PA/TC, establece que “el retiro de confianza” implica la pérdida del trabajo, si desde un inicio el trabajador ocupó un cargo de confianza, pues de lo contrario, otorgar la posibilidad de que tenga derecho al pago de una suma indemnizatoria por despido arbitrario supondría que en todos los supuestos el empleador al retirar la confianza tenga que indemnizar al trabajador, lo que ubicaría a este tipo de trabajadores en una posición más ventajosa que la de un trabajador común, que debe probar el despido arbitrario.

En el 2016 con la Casación 3106-2015-Lima¹⁴⁸, la Corte Suprema retorna a su criterio inicial señalando que “se debe resarcir al actor con la indemnización por despido arbitrario, al no configurarse causal de despido, sino por la sola voluntad del empleador”¹⁴⁹.

4.1. Casación 498-2005-Lima. “Se trata del recurso de casación interpuesto por la Cooperativa de Ahorro y Crédito de Sub Oficiales de la Policía Nacional del Perú “Santa Rosa de Lima” contra la sentencia de vista que, revocando la sentencia apelada, declaró fundada en parte la demanda, en el extremo que declaró infundado el pago de indemnización por vacaciones no gozadas; en consecuencia dispuso que la emplazada cumpla con abonar a favor de don Pedro Alberto Alvites Huamani la suma setenta y tres mil cuatrocientos catorce nuevos soles con setenta y dos céntimos (S/ 73 414.72); con lo demás que contiene”¹⁵⁰.

La Empresa recurrente denuncia la interpretación errónea del artículo 43°, segundo párrafo LPCL.

La Sala precisa en sus considerandos:

Tercero: Que, el segundo párrafo del artículo 43° del TUO del DL 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral establece que son trabajadores de

¹⁴⁵ CAS. LAB. 4298-2009-Huánuco del 19 de Noviembre de 2010.

¹⁴⁶ CAS. LAB. 4298-2009-Huánuco, Considerando Cuarto.

¹⁴⁷ CAS. LAB. 18450-2015-Lima del 23 de Agosto de 2016.

¹⁴⁸ CAS. LAB. 3106-2016-Lima del 09 de Septiembre de 2016.

¹⁴⁹ CAS. LAB. 3106-2015-Lima, Considerando Décimo Primero.

¹⁵⁰ Cfr. CAS. LAB. 498-2005-Lima, Materia del Recurso.

confianza aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

Cuarto: Que, así una primera conclusión nos lleva a advertir que el objeto de regulación de esta norma se circunscribe a la calificación normativa del trabajador de confianza a partir de la naturaleza de sus labores y funciones desempeñadas que se caracteriza esencialmente en el mayor grado de responsabilidad en atención a las funciones que desempeñan ya que se relacionan en forma inmediata y directa con la vida misma de las empresas sus intereses, la realización de sus fines y con su dirección, administración entre otras actividades.

Quinto: Que, de este modo queda absolutamente descartado que la norma denunciada en forma literal o por su finalidad y espíritu busque excluir al trabajador de confianza del ámbito de protección contra el despido arbitrario que a nivel ordinario concede el artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral mediante el pago de una indemnización tarifada que contempla su artículo 38°, lo cual se ve definido por su concreta regulación que excluye cualquier referencia tangencial, directa o indirecta referida a tal aspecto y que persigue distinguir a un trabajador de confianza a partir de las funciones que les corresponden distintas a las que competen a un trabajador de dirección (que delimita en su primer párrafo) y de aquellas que corresponde al común de los trabajadores.

Sexto: Que, no obstante el ejercicio interpretativo del segundo párrafo del artículo 43° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no se agota en el ámbito del método literal o finalista sino que su sentido y alcance debe ser definido a la luz del método sistemático de interpretación que permitirá delimitar su interpretación correcta; así examinada la norma denunciada en forma sistemática con las demás disposiciones, que contiene la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, cuyo ámbito de aplicación comprende a todas las Empresas y trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, se advierte que el artículo diez de la referida Ley reconoce en su último párrafo que la ampliación del periodo de prueba no podrá exceder de seis meses en caso de trabajadores de confianza mientras en su primer párrafo consagra que superado el

periodo de prueba el trabajador - sin distinción alguna - alcanza el derecho a la protección contra el despido arbitrario, con lo cual implícitamente viene a definir que el trabajador de confianza el derecho a la protección contra el despido arbitrario una vez superado el periodo de prueba lo que es ratificado con lo dispuesto en sus artículos 34° y 38° que no distinguen el derecho al pago de la indemnización por despido arbitrario en relación a la calidad de trabajador de confianza lo que a su vez guarda consonancia con el hecho que el artículo 16° de la acotada Ley que contempla los supuestos de la extinción de la relación de trabajo no prevea alguno vinculado a la posibilidad de su resolución unilateral vía la pérdida o el retiro de la confianza lo que si respaldaría la tesis de la demandada, en consecuencia, es claro que sí corresponde al trabajador de confianza en particular, como a todo trabajador en general, el derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Séptimo: Que, la postura interpretativa que fundamenta el recurso bajo examen debe ser desterrada en forma indubitable desde que el marco ordinario de protección frente al despido arbitrario constituye el desarrollo y plasmación de lo que manda el artículo 26° de la Constitución Política del Estado de 1993 que al estipular que la Ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario, parte por considerar en forma ineludible que el despido de todo trabajador efectuado en forma arbitraria es repulsivo al ordenamiento jurídico de allí que lo previsto en las normas antes examinadas resulte acorde y proporcional con tal mandato constitucional, por lo tanto si el Juez advierte la configuración del despido arbitrario no puede sino reconocer el derecho del trabajador - sin distinción alguna en función a su clasificación al interior de la Empresa por sus competencias - al pago de la indemnización tarifada que como se dijo inicialmente los artículos 34° y 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral determinan como protección adecuada frente al despido arbitrario¹⁵¹.

Se declaró infundado el recurso de casación “interpuesto por la Cooperativa de Ahorro y Crédito de Sub Oficiales de la Policía Nacional del Perú “Santa Rosa de Lima”, dado que los Órganos de instancias al dilucidar la controversia no incurrieron en interpretación errónea, no casaron la sentencia de vista. Se ordenó la publicación del texto en el Diario Oficial El

¹⁵¹ CAS. LAB. 498-2005-Lima, Considerandos Tercero al Séptimo.

Peruano estando a que la resolución sienta precedente de observancia obligatoria en el modo y forma previsto en la ley”¹⁵².

4.2. Casación 2634-2009-Junín. “Se trata del recurso de casación interpuesto por el Procurador Público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones contra la sentencia de la Primera Sala Mixta de Huancayo de la Corte Superior de Justicia de Junín que ha interpretado que el vínculo laboral se terminó por despido arbitrario, confirmando la sentencia de primera instancia, que declaró fundada en todos sus extremos la demanda y en consecuencia ordenó que la demandada cumpla con pagar a favor del actor la suma de cuarenta y dos mil quinientos cincuenta y dos y 00/100 nuevos soles (S/. 42,552.00) por concepto de indemnización por despido arbitrario”¹⁵³.

La demandada dio por concluida la relación laboral con el demandante, quien ostentaba el cargo de Gerente General del Institución Pública Descentralizada Ferrocarril Huancayo - Huancavelica a la fecha de su cese, sin expresar los motivos o causas, dado que el cargo que desempeñaba el actor era el más alto de dirección en la demandada.

Se sustentó el recurso en la interpretación errónea del artículo 43° LPCL.

La Sala declaró infundado el recurso de casación interpuesto por el Procurador Público del Ministerio de Transportes y Comunicaciones; en consecuencia no casaron la sentencia de vista y condenaron a la recurrente a la multa, precisando en sus considerandos:

Quinto: Que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 43° del Decreto Supremo N° 003-97-TR (Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral), son trabajadores de dirección aquellos que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquéllas funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial. En tanto que son trabajadores de confianza aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

¹⁵² Cfr. CAS. LAB. 498-2005-Lima, Resolución.

¹⁵³ Cfr. CAS. LAB. 2634-2009-Junín, Materia del Recurso.

Sexto: Que, una primera conclusión nos lleva a advertir que el objeto de regulación de esta norma se circunscribe a la calificación normativa del trabajador de dirección y de confianza a partir de la naturaleza de sus labores y funciones desempeñadas, que se caracteriza esencialmente en el mayor grado de responsabilidad en atención a las funciones que desempeñan, ya que se relacionan en forma inmediata y directa con la vida misma de las empresas sus intereses, la realización de sus fines y con su dirección, administración entre otras actividades.

Séptimo: Que, de este modo queda absolutamente descartado que la norma denunciada en forma literal o por su finalidad y espíritu busque excluir al trabajador de dirección o de confianza del ámbito de protección contra el despido arbitrario, que a nivel ordinario concede el artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral mediante el pago de una indemnización tarifada que contempla su artículo 38°, lo cual se ve definido por su concreta regulación que excluye cualquier diferencia entre un trabajador de dirección o de confianza a partir de las funciones que les corresponden y de aquellas que corresponde al común de los trabajadores.

Octavo: Que, no obstante el ejercicio interpretativo del segundo párrafo del artículo 43° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no se agota en el ámbito del método literal o finalista, sino que su sentido y alcance debe ser definido a la luz del método sistemático de interpretación que permitirá delimitar su interpretación correcta; así examinada la norma denunciada en forma sistemática con las demás disposiciones que contiene la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, cuyo ámbito de aplicación comprende a todas las Empresas y trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, se advierte que el artículo 10° de la referida Ley reconoce en su último párrafo que la ampliación del período de prueba no podrá exceder de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección, mientras en su primer párrafo consagra que superado el período de prueba el trabajador -sin distinción alguna- alcanza el derecho a la protección contra el despido arbitrario, con lo cual implícitamente viene a definir que el trabajador de dirección o de confianza tiene derecho a la protección contra el despido arbitrario una vez superado el período de prueba; lo que es ratificado con lo dispuesto en sus artículos 34° y 38° que no distinguen el derecho al pago de la indemnización por despido arbitrario en relación a la calidad de trabajador de

dirección o de confianza, lo que a su vez guarda consonancia con el hecho que el artículo 16° de la acotada Ley, que contempla los supuestos de la extinción de la relación de trabajo, no prevea alguno vinculado a la posibilidad de su resolución unilateral vía la pérdida o el retiro de la confianza, lo que si respaldaría la tesis de la demandada, en consecuencia, es claro que sí corresponde al trabajador de dirección o de confianza en particular, como a todo trabajador en general, el derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Noveno: Que, en consecuencia la postura interpretativa que fundamenta el recurso de casación debe ser desterrada, pues el marco ordinario de protección frente al despido arbitrario constituye el desarrollo y plasmación de lo que manda el artículo 27° de la Constitución Política del Estado, que al estipular que la Ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario, parte por considerar en forma ineludible que el despido de todo trabajador efectuado en forma arbitraria es repulsivo al ordenamiento jurídico; de allí que lo previsto en las normas antes examinadas resulte acorde y proporcional con tal mandato constitucional; por lo tanto si el Juez advierte la configuración del despido arbitrario no puede sino reconocer el derecho del trabajador -sin distinción alguna en función a su clasificación al interior de la Empresa por sus competencias- al pago de la indemnización tarifada que como se dijo inicialmente los artículos 34° y 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral determinan como protección adecuada frente al despido arbitrario¹⁵⁴.

4.3. Casación 4298-2009-Huánuco. “Se trata del recurso de casación interpuesto por don J.E.I.R., contra la sentencia de vista, sólo en el extremo que revocó en parte la sentencia - respecto al extremo de indemnización por despido arbitrario -.

El recurrente había prestado servicios para la demandada bajo la suscripción de contratos de locación de servicios, los cuales se han desnaturalizado, convirtiéndose en uno de naturaleza laboral, y fue cesado por supuesto retiro de confianza”¹⁵⁵.

El recurrente sustentó el recurso en las causales: “1) Aplicación indebida de los artículos 38° y 43° del TUO del DL 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral; 2) Inaplicación de los artículos 10°, 53°, 63°, 74°, 75°, 16° y 76° del TUO del DL 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral; 3) Inaplicación del artículo 32° del ROF del

¹⁵⁴ CAS. LAB. 2634-2009-Junín, Considerandos Quinto al Noveno.

¹⁵⁵ Cfr. CAS. LAB. 4298-2009-Huánuco, Materia del Recurso.

Instituto Nacional de Desarrollo aprobado por Decreto Supremo N° 017-93-PRES; del artículo único de la Resolución Jefatural N° 013-92-INADE/1100, de la Directiva N° 005-2001-INADE-4101 y del artículo 24° de la Resolución Directoral N° 125-2001-PEAH-DE”¹⁵⁶.

La Sala Suprema declaró fundado el recurso de casación interpuesto por don J.E.I.R., por la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho fundamental a un debido proceso, considerando que las argumentaciones no han sido examinadas adecuadamente por la Sala Superior, al carecer la sentencia de una adecuada motivación, la cual concluyó que: ““la pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo”, argumentación que no contiene una fundamentación jurídica suficiente y justificada conforme al Ordenamiento Jurídico Laboral vigente y la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional respecto al despido arbitrario y la indemnización especial pretendida por el actor, lo que constituye una evidente vulneración a los artículos 7° y 139° inciso 3) de la Constitución Política del Estado”¹⁵⁷.

4.4. Casación 18450-2015-Lima

Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante, Oscar Martín Romero Aquino, contra la Sentencia de la Tercera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lima, que, confirmó la sentencia apelada - emitida por el Décimo Quinto Juzgado Especializado en la Nueva Ley Procesal de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Lima, que declaró infundada la demanda por considerar que el actor fue contratado para desempeñarse en el cargo de confianza de Secretario General, cargo que por su naturaleza, reviste tal carácter especial de plena confianza, lo cual además era de pleno conocimiento del actor, por tanto su cese se sustentó válidamente en la causal del retiro de confianza, al considerarse ello como causal válida para la extinción del vínculo laboral, por la situación especial de los trabajadores de confianza y la imposibilidad de brindarle la protección restitutoria o resarcitoria, por lo que concluyó que no asistía al actor derecho al pago de la indemnización por despido arbitrario -, al considerar que el cese del actor se dio al habersele retirado la confianza, por ende, no se evidencia la existencia de un despido incausado ni arbitrario, en su condición de trabajador de confianza; en el proceso seguido con la demandada, Universidad Inca

¹⁵⁶ Cfr. CAS. LAB. 4298-2009-Huánuco, Causales del Recurso.

¹⁵⁷ CAS. LAB. 4298-2009-Huánuco, Considerando Sexto.

Garcilaso de la Vega sobre reposición por despido incausado y pago de las remuneraciones dejadas de percibir a partir del cese hasta su real reposición, el depósito de la CTS, más los intereses legales correspondientes, con costas y costos del proceso; y como pretensión subordinada, solicitó el pago de una indemnización por despido arbitrario por la suma de tres millones quinientos sesenta y un mil setecientos diez con 40/100 nuevos soles (S/.3'561,710.40), más los intereses legales correspondientes, con costas y costos del proceso¹⁵⁸.

El recurrente denunció como causales: 1) Inaplicación del artículo 27° de la Constitución Política del Perú, y 2) Por inaplicación del artículo 38° LPCL.

El demandante señaló que ingreso a laborar a la Universidad el veintidós de octubre de dos mil cuatro, bajo la modalidad de contrato de trabajo por servicio específico; posteriormente, a partir del nueve de marzo de dos mil nueve, suscribió contrato de trabajo a plaza indeterminado hasta que fue despedido sin mediar causa justa el doce de junio de dos mil catorce, con una remuneración mensual de doscientos noventa y seis mil ochocientos nueve con 20/100 nuevos soles (S1.296,809.20); señaló que fue contratado para prestar labores como Abogado Especialista en Legislación Laboral, luego, en atención a la Resolución Rectoral N° 628-2004-RUIV de fecha veinticinco de octubre de dos mil cuatro, se le designó en el cargo de Secretario General de la Universidad, a partir del dos de noviembre de dos mil cuatro, el cual es un cargo de confianza que desempeñó hasta la fecha de su cese; sin embargo, refiere que ingresó a laborar en la condición de trabajador administrativo, y que si bien luego se le encargó temporalmente el cargo de confianza mencionado, su condición de trabajador administrativo estable nunca la perdió¹⁵⁹.

La Sala Suprema declaró infundado el recurso de Casación interpuesto por el demandante, por los siguientes considerandos:

1) Que el recurrente en su demanda y en sus medios probatorios afirma que: “ingresó a trabajar con contratos a plazo fijo”, “que pasó a la condición de trabajador administrativo en condición de indeterminado” y “la Universidad ha incurrido en despido incausado al asumir, erróneamente, que el retiro de la confianza que depositó en mí al designarme como Secretario General, podía extinguir mi relación laboral con ella, omitiendo considerar que en mi condición

¹⁵⁸ Cfr. CAS. LAB. 18450-2015-Lima, Materia del Recurso.

¹⁵⁹ Cfr. CAS. LAB. 18450-2015-Lima, Considerando Primero.

inicial era trabajador administrativo (condición que luego se convirtió en estable)”; 2) El periodo laboral, en una línea de tiempo del demandante; 3) Que de la línea de tiempo citada se puede apreciar que el demandante fue contratado, según Contrato de Trabajo de Servicio Específico, de fecha veintidós (viernes) de octubre del dos mil cuatro, para desempeñar cargo de confianza', como expresamente se estipula en la cláusula tercera del mismo, en el que se especifica que será para “trabajar directamente con el señor Rector”; 4) Cuando se celebró el denominado “Contrato de Trabajo a tiempo indeterminado”, su fecha nueve de marzo del dos mil nueve, también se especificó que lo es para que desempeñe “cargo confianza” y que trabaje “directamente con el señor Rector”; 5) Que por Resolución Rectoral N° 628-2004-RUIGV, de fecha veinticinco de octubre del dos mil cuatro se resolvió designar al actor como Secretario General de la Universidad indicándose que “desempeñará el cargo bajo la dependencia directa del Rector”. Y, por Resolución Rectoral N° 124-2014-RUIGV, de fecha diez de junio del dos mil trece, se resuelve retirar la confianza al demandante en el cargo de Secretario General de la Universidad; 6) Que, como puede apreciarse el único y exclusivo cargo que ha tenido el demandante desde que inició su labor en la Universidad, hasta que fue despedido, ha sido el de Secretario General de la Universidad, y en todos los documentos lo que se acredita es que dicho cargo era de confianza, que dependía directamente del Rector de la Universidad; 7) Que, en las boletas de pago presentadas como medios probatorios del actor, aparece de modo expreso que ejerce el cargo de Secretario general y en la mayoría de ellas, además, se especifica que el cargo es de confianza, pero basta el hecho de que se trate de ocupar el cargo referido para que el actor tenga claro que su cargo era de confianza, no solo por sus contratos y designaciones preexistentes, sino por la naturaleza misma del cargo y de la función desempeñada. Y, si bien, en algunas boletas no aparece el cargo referido ni la condición de confianza, ello no cambia la situación en la medida que el actor hasta su cese continuó ejerciendo el mismo cargo, sobre la base de los mismos contratos y Resoluciones Rectorales de designación; 8) Que, el actor inició, continuó y concluyó su trabajo siendo un trabajador de confianza, en cuya condición es incompatible sostener que pueda ser trabajador en condición de indeterminado, toda vez que por su naturaleza los trabajadores de confianza se encuentran sujetos a una relación de naturaleza determinada, situación que conocía plena y absolutamente el actor, desde que su

ingreso a trabajar para la Universidad lo fue para el cargo de confianza, para trabajar directamente con el Rector, y solo así se mantuvo durante todo su ciclo laboral, como Secretario General; 9) Que, en dicho contexto factico, el demandante no fue de aquellos trabajadores que accedieron a un puesto de trabajo para realizar funciones comunes u ordinarias, pero que posteriormente, por determinados factores, el empleador les asignó el cumplimiento de funciones propias de un trabajador de confianza; todo lo contrario, el actor es de aquellos trabajadores contratados específicamente para cumplir funciones propias del personal de confianza y que, en consecuencia, desde el inicio de la relación laboral tienen pleno conocimiento de lo que ello implica; 10) En tal sentido, para el actor la pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; pues a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva, como expresamente lo sostiene el Tribunal Constitucional en la STC N° 3501-2006-PATTC. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores el trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, que es precisamente el caso del demandante; 11) Que, sostener lo contrario sería admitir que todo trabajador de confianza a quien se le retira la confianza tenga derecho a la indemnización por el despido, lo cual es un absurdo, pues si así fuera todo aquel que contrata a un trabajador de confianza sabrá que al retirarle la confianza le tiene que indemnizar, es decir, el trabajador de confianza estaría en mejor posición que el trabajador común, a quien para indemnizarle se tiene que probar que el despido fue arbitrario, en el caso del de confianza, bajo dicha interpretación, no sería necesario. Dicho de otra forma, en los contratos de trabajadores de confianza habría una cláusula tácita de pago de indemnización por despido arbitrario, por cuanto todo retiro de confianza tendría como consecuencia dicho pago. Tal interpretación no resiste análisis alguno en el marco constitucional y legal actual; 12) Que, el único supuesto en el que corresponde la indemnización por despido arbitrario para un trabajador de confianza es el caso en que el trabajador, siendo trabajador común, haya sido promocionado. La Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 44°, señala que es factible que un trabajador que realiza funciones ordinarias pueda acceder a puestos de dirección o de confianza mediante promociones; resaltando que tal promoción no debe ser abusiva ni simulada, pues podría atribuírsele a un trabajador tal

calificación para luego simplemente retirársele la confianza y despedírsele en el transcurso de un tiempo. En estos casos se indemniza por el hecho de que el retiro de la confianza no debe ni puede importar que el trabajador pierda el empleo, sino única y exclusivamente que retorne a su puesto de trabajo del cargo ordinario o de trabajador común que tiene; 12) Que, de otro lado, conforme con el artículo 61° del Decreto Supremo 001-96- TR, el actor no acudió a la instancia judicial cuestionando la calificación de cargo de confianza que ostentaba, y trabajó en esa condición por más de diez años, y solo después del cese presenta la demanda, lo que resulta totalmente extemporáneo e injustificado, tal como lo consideró el Tribunal Constitucional al resolver el Expediente N° 03926-2007-PA/TO; 13) Que, en cuanto a la calificación del cargo de confianza ocupado por el actor, Secretario General de la Universidad, es evidente que si conforme al Estatuto de la Universidad, es potestad del Rector, conforme al artículo cuarenta, inciso d) 'nombrar al Gerente General y demás cargos de confianza', y en el presente caso el demandante fue designado por el Rector en el cargo de confianza que ostentó durante todo su ciclo laboral, no hay duda de tal calificación. Máxime si la contratación se realizó para que el actor 'trabaje directamente con el Rector', tal como aparece establecido en la cláusula tercera del contrato de trabajo y en las resoluciones rectorales, siendo el Rector el Órgano máximo de Dirección Universitario de la Universidad, conforme al artículo treinta y cuatro del referido Estatuto. A esto se suma el hecho de que al demandante se le comunicó por escrito que el puesto que ocuparía era de confianza, y que así fue calificado dicho cargo, lo que expresamente consta del contrato de trabajo y de las resoluciones rectorales citadas, de modo que el actor no puede negar que conocía desde el inicio de su actividad laboral tal situación. A lo que se añade que en las boletas de pago presentadas como medios probatorios del actor, aparece de modo expreso que ejerce el cargo de Secretario general y en la mayoría de ellas, además, se especifica que el cargo es de confianza, pero basta el hecho de que se trate de ocupar el cargo referido para que el actor tenga claro que su cargo era de confianza, no solo por sus contratos y designaciones preexistentes, sino por la naturaleza misma del cargo y de la función desempeñada. Y, si bien, en algunas boletas no aparece el cargo referido ni la condición de confianza, ello no cambia la situación en la medida que el actor hasta su cese continuó ejerciendo el mismo cargo, sobre la base de los mismos contratos y Resoluciones Rectorales de

designación. Por tanto, la inobservancia de las formalidades en algunas boletas de pago no enerva dicha condición de confianza si de la prueba actuada esta se acredita, tal como lo sostiene el Tribunal Constitucional en la STC N° 3501-2006 AA/TC. Cumpliéndose en el caso todos los requisitos para sostener que el cargo desempeñado por el actor durante toda su vida laboral fue de confianza¹⁶⁰.

Respecto de las infracciones normativas sustentadas por el recurrente el Tribunal Supremo, teniendo cuenta lo señalado, se pronunció en el siguiente sentido:

1) Inaplicación del artículo 27° de la Constitución Política del Perú: Sobre el particular, quedó suficientemente probado que todo el ciclo laboral del actor en la Universidad se desarrolló ocupando el puesto de confianza de Secretario General, lo que además se sustenta en la primacía de la realidad, toda vez que así ocurrieron los hechos en la realidad, y sostener lo contrario sería crear una falsa apreciación de los hechos, lo que afectaría la vigencia del mencionado principio que informa al Derecho Laboral. Por tanto la causal deviene en infundada. De otro lado debe considerarse que el artículo 27° de la Constitución Política del Perú establece que 'La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario'. No tratándose el caso de un despido arbitrario, en la medida en que en el caso se estaría frente a una situación especial que extingue el contrato de trabajo; pues a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, el retiro de confianza en cambio es de naturaleza subjetiva' (STC 3501-2006-PA/TC), y como tal no resultaría factible juzgar el carácter arbitrario ni el despido, por tanto la causal deviene en infundada; 2) inaplicación del artículo 38° del TUO del DL 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral: Sobre el particular, estando probado la no existencia de despido, en los términos normativos, y menos que se pueda juzgar el carácter arbitrario o no del mismo por las razones señaladas que el cese del actor obedece a una estamos frente a una 'situación especial que extingue el contrato de trabajo; pues a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, el retiro de confianza en cambio es de naturaleza subjetiva', mal podría resultar aplicable una norma cuyo supuesto de hecho es la pre existencia acreditada de un despido arbitrario. Lo que determina que la causal devenga en infundada¹⁶¹.

¹⁶⁰ Cfr. CAS. LAB. 18450-2015-Lima, Considerando Cuarto.

¹⁶¹ Cfr. CAS. LAB. 18450-2015-Lima, Considerando Quinto.

4.5. Casación 3106-2016-Lima. “Se trata del recurso de casación interpuesto por la parte demandada, Seguro Social de Salud (EsSalud), contra la Sentencia de Vista, que revocó la Sentencia apelada que declaró fundada en parte la demanda; en el proceso ordinario laboral seguido por el demandante, Edison Jacob Ledesma Coloretti, sobre indemnización por despido arbitrario y otros”¹⁶².

La entidad recurrente sustentó el recurso en las causales: “1) Interpretación errónea del artículo 10° LPCL; y 2) la interpretación errónea de los artículos 34°, 38° y 43° LPCL”¹⁶³.

El Tribunal Supremo declaró infundado el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, Seguro Social de Salud (EsSalud), considerando:

1) Los requisitos de fondo del recurso según el artículo 58° de la Ley N° 26636, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021; 2) Que el demandante solicita se le pague la suma de ciento treinta y siete mil cuatrocientos ochenta y ocho con 50/100 nuevos soles (S/.137,488.50), por concepto de beneficios sociales e indemnización por despido arbitrario; más intereses legales, con costas y costos del proceso; 3) Que, El Juez del Vigésimo Cuarto Juzgado Laboral de Lima, de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró fundada en parte la demanda al considerar que el cargo designado para el demandante es uno de confianza ejercido por Funcionario Público de libre designación y remoción por el Presidente Ejecutivo de EsSalud y que la permanencia está sujeta a la preservación de la confianza por parte de quien lo ha designado y al retirarse la misma no puede ser asimilado a una indemnización por despido arbitrario, más aún si el actor antes de su designación como Gerente de Patrimonio, no fue parte de la entidad demandada; 4) Que la Sexta Sala Laboral de la mencionada Corte Superior, revocó la Sentencia apelada en el extremo que declaró infundada la demanda, y reformándola declaró fundado dicho extremo, argumentando que si bien el actor desde que ingreso tuvo cargos de confianza, ello no lo excluye de la protección contra el despido arbitrario; asimismo, agrega, que los reiterados pronunciamientos del Tribunal Constitucional están referidos únicamente a la imposibilidad de reposición para los trabajadores de confianza y no para el pago de una indemnización por despido arbitrario, por lo cual la otorga en el importe de cincuenta y dos mil cuatrocientos ochenta y siete con 00/100 nuevos soles (S/.52,487.00); confirmando lo demás que contiene; 5) La improcedencia de la

¹⁶² Cfr. CAS. LAB. Casación 3106-2016-Lima, Materia del Recurso.

¹⁶³ Cfr. CAS. LAB. Casación 3106-2016-Lima, Causal del Recurso.

causal denunciada en el ítem 1); 6) La procedencia de la causal denunciada en el ítem 2); 7) Los artículos 34°, 38° y 43° del TUO del DL 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral; 8) Lo dispuesto en los artículos 22°, 23° y 27° de la Constitución Política del Perú; 9) Que la designación de cargo de confianza desde el inicio de la relación laboral no se encuentra en discusión, sino determinar si el retiro de la confianza depositada al demandante designado como trabajador de confianza por funcionario público, que labora para una entidad estatal, es causal de extinción del vínculo laboral; puesto que de no ser el caso, le correspondería a la entidad recurrente acreditar la causal de despido; 10) El artículo 22° del TUO del DL 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y lo señalado por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia expedida en el Expediente N° 3572-2005-PA/TC, al considerar que al desempeñarse el demandante en un cargo directivo, no le es posible su reposición, pudiendo únicamente solicitar la indemnización por despido arbitrario en caso de despido arbitrario, otorgando tutela indemnizatoria a los trabajadores de confianza; 11) Que al haberse contratado al actor en el cargo de Gerente de Patrimonio y Servicios de la Gerencia de División de Administración y Organización, cargo de confianza; se debe resarcir al actor con la indemnización por despido arbitrario, al no configurarse causal de despido, sino por la sola voluntad del empleador; 12) Que no existe infracción normativa de los artículos 34°, 38° y 43° del TUO del DL 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, al haberse determinado que el despido que sufrió el actor fue arbitrario, el mismo que es indemnizado y resarcido, por lo que la causales devienen en infundadas¹⁶⁴.

Voto en minoría del Juez Supremo Arias Lazarte:

... 3.12 En cuanto a la posición asumida por la Corte Suprema, en la referida sentencia Casatoria, considero que no resulta cierto que la regla, tratándose de trabajadores de confianza, sea que su cese, cual fuere el motivo, incluyendo el mero retiro de la confianza, de lugar siempre al pago de una indemnización por despido arbitrario. Tal creación jurisprudencial tendría como consecuencia que el acto de celebración del contrato de trabajo para ejercer cargos de confianza contenga tácitamente una cláusula de “indemnización por despido arbitrario”, toda

¹⁶⁴ Cfr. CAS. LAB. Casación 3106-2016-Lima, Considerando Primero al Décimo Segundo.

vez que siempre que cese el trabajador, sea cual fuere la causa, incluyendo el retiro de confianza, tendría que ser indemnizado por ser arbitrario dicho cese, lo que resultaría absurdo. 3.13 Al respecto cabe señalar que la regla tratándose de los trabajadores de confianza es en sentido inverso, es decir, si el vínculo contractual se extingue por el retiro de confianza no habrá derecho a la indemnización por despido arbitrario, siendo que por excepción ello será posible en los casos en que estemos frente a trabajadores cuya “relación laboral sea mixta”, es decir hayan sido trabajadores comunes y luego promovidos a cargos de confianza, en cuyo caso el retiro de confianza no puede ni debe extinguir el vínculo contractual, sino que debe dar lugar a que el trabajador retorne al puesto de trabajo “común”. Y si se le despide, con motivo del retiro de la confianza, del cargo de confianza y del cargo “común” entonces sí correspondería no solo la reposición en el cargo “común”, o la indemnización por despido arbitrario.

(...)

4.10 El único supuesto en el que corresponde la indemnización por despido arbitrario para un trabajador de confianza es el caso en que el trabajador, siendo trabajador común, haya sido promocionado, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 44°, señala que es factible que un trabajador que realiza funciones ordinarias pueda acceder a puestos de dirección o de confianza mediante promociones; resaltando que tal promoción no debe ser abusiva ni simulada, pues podría atribuírsele a un trabajador tal calificación para luego simplemente retirársele la confianza y despedírsele en el transcurso de un tiempo. En estos casos se indemniza por el hecho de que el retiro de la confianza no debe ni puede importar que el trabajador pierda el empleo, sino única y exclusivamente que retorne a su puesto de trabajo del cargo ordinario o de trabajador común que tiene. Pero al retornar a su puesto de trabajo ordinario, tampoco corresponde que se indemnice al trabajador sólo por retirarle la confianza. 4.11 De otro lado, conforme con el artículo 61° del Decreto Supremo 001-96-TR, que preceptúa que los trabajadores cuyos cargos sean indebidamente calificados como de dirección o de confianza, podrán recurrir ante la autoridad judicial para que se deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando la demanda se presente dentro de los 30 días naturales siguientes a la comunicación respectiva. El actor no acudió a la instancia judicial cuestionando la calificación de cargo de confianza que ostentaba, y trabajó en esa condición por casi cinco

años, y sólo después del cese presenta la demanda, lo que resulta totalmente extemporáneo e injustificado, tal como lo consideró en el Tribunal Constitucional al resolver el Expediente N° 03926-2007-PA/TC.

Quinto.- Teniendo en cuenta lo señalado en los fundamentos que anteceden, es oportuno referirnos a las infracciones normativas sustentadas por el recurrente en el siguiente sentido: 1.1 Interpretación errónea de los artículos 34°, 38° y 43° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR. Sostiene EsSalud que la casación tiene por fin la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo, por tanto la norma cuya interpretación errónea se denuncia está referida a la indemnización por despido arbitrario y el presente caso no se refiere a un despido arbitrario sino a un retiro de confianza. Sobre el particular, debe considerarse que las disposiciones legales cuya infracción normativa se denuncia señalan lo siguiente: “Artículo 34.- El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38”. “Artículo 38.- La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba”. “Artículo 43.- (...) Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales”. 5.2 Como podemos ver el presente caso que está referido a un retiro de confianza, y como tal ha extinguido la relación laboral, no constituye un supuesto de hecho de despido arbitrario (artículo 38°), por tanto estando probado la no existencia de despido, en los

términos normativos, y menos que se pueda juzgar el carácter arbitrario o no del mismo por las razones señaladas en la presente resolución, el cese del actor obedece a una ‘situación especial que extingue el contrato de trabajo; pues a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, el retiro de confianza en cambio es de naturaleza subjetiva’, por lo que mal podría resultar aplicable una norma cuyo supuesto de hecho es la pre existencia acreditada de un despido.

Por estas consideraciones: MI VOTO es porque se declare fundado (...), se case (...), se confirme la sentencia apelada en el extremo que declaró infundada la pretensión de pago de indemnización por despido arbitrario¹⁶⁵.



¹⁶⁵ Cfr. CAS. LAB. Casación 3106-2016-Lima, Voto en minoría.

Capítulo 4

Análisis jurídico

1. Introducción

Una vez recorrido el panorama respecto de la estabilidad en el trabajo en el Perú, las definiciones de personal de dirección y trabajador de confianza recogidas en nuestra norma, la figura del despido, así como la posición jurisprudencial al respecto, es conveniente recorrerlo de nuevo, para a partir de ello llegar a ciertos acuerdos:

a) Modelo de Estabilidad Laboral en el Perú

Como vimos, empujado por la corriente flexibilizadora, el Perú - al menos en la norma - se desplazó, de un modelo de estabilidad absoluta, a un modelo más bien mixto - como lo llama la doctrina -: limitando la facultad del empleador de despedir al trabajador sin causa justa y estableciendo dos remedios, la reposición (estabilidad absoluta) para los casos de despido nulo, y la indemnización (estabilidad relativa) para los casos de despido arbitrario.

Ahora bien, no podemos olvidar que, en la práctica, jurisprudencialmente, el Tribunal Constitucional, corrigió la normativa vigente (declarando la inconstitucionalidad de la primera parte del segundo párrafo del artículo 34° de la LPCL¹⁶⁶) y creó dos nuevos tipos de despido (incausado y fraudulento)¹⁶⁷ que ampliaron los supuestos de reposición.

b) Trabajadores comunes y personal de dirección y de confianza - Estabilidad

En lo que respecta a la extinción de la relación laboral, nuestra Carta Magna señala que: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”¹⁶⁸.

La ley vigente - entiéndase, el DL 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral -, regula en su Capítulo IV, la extinción del contrato de trabajo recogiendo en su artículo 16°, el despido como una de sus causas:

“Son causas de extinción del contrato de trabajo: a) El fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural; b) La renuncia o retiro voluntario del trabajador; c) La terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad; d) El mutuo disenso entre trabajador y empleador; e) La invalidez absoluta permanente; f) La jubilación; g) El despido, en los casos y forma permitidos por la Ley; h) La terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por la presente Ley”.

¹⁶⁶ STC 1124-2004-AA/TC (Caso Telefónica), F.12-a.

¹⁶⁷ STC 1124-2014-AA/TC, STC 976-2001-AA/TC y el precedente STC 0206-2005-PA/TC.

¹⁶⁸ Artículo 27°, Constitución Política del Perú.

c) La extinción de la relación laboral por “retiro de confianza” y el despido

Entendiendo por despido a la extinción de la relación laboral por decisión unilateral del empleador¹⁶⁹, siendo que no existe ninguna figura positiva-legal, distinta al despido, que produzca por la voluntad del empleador, la extinción de la relación laboral “por retiro de confianza”, por tanto, se puede concluir que el retiro de confianza constituye un despido.

d) Cese por retiro de confianza y causa justa de despido en el DL 728

Puesto que la norma establece en su artículo 22° que “para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador”¹⁷⁰, y que el “retiro de confianza” no se encuentra recogido como causa justa de despido relacionada con la capacidad del trabajador¹⁷¹, ni como causa justa relacionada con la conducta del trabajador¹⁷², evidentemente, alegar como causa del despido del trabajador de dirección o de confianza, el “retiro de confianza” por parte del empleador, no es una causal de despido válida, por ilegal, al no estar recogida por nuestro ordenamiento como una causa justa de despido.

e) Protección contra el despido

En lo que se refiere al derecho del trabajador de protección contra el despido arbitrario, la norma, en su artículo 10°, incluyendo al personal de dirección y a los trabajadores de confianza -, cuando regula el periodo de prueba establece que: “El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por

¹⁶⁹ “... el ordenamiento reconoce al despido efectos inmediatos, con lo cual se presume la validez del acto extintivo del empleador. En otras palabras, la demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido (control *ex post*)”.

Diccionario del Régimen Laboral Peruano. Enfoque normativo, doctrinario y jurisprudencial. Luis Valderrama, Alejandro Navarrete, Keny Díaz, Lima, Gaceta Jurídica, 2016, p. 152.

¹⁷⁰ Artículo 22° LPCL.

¹⁷¹ “Artículo 23°: Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador: a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas; b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares; c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes”.

Decreto Supremo 003-97-TR, *Ley de Productividad y Competitividad Laboral*.

¹⁷² “Artículo 24°: Son causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador: a) La comisión de falta grave; b) La condena penal por delito doloso; c) La inhabilitación del trabajador”.

Decreto Supremo 003-97-TR, *Ley de Productividad y Competitividad Laboral*.

escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección”¹⁷³.

A la vista de lo anterior se puede concluir que a partir de nuestra legislación, no existen normas especiales para los trabajadores de dirección y de confianza en lo que toca a la extinción de la relación laboral ante el despido arbitrario: ante la ley todos los trabajadores del sector privado que hayan superado el periodo de prueba, alcanzarán la adecuada protección contra el despido arbitrario que nuestra Constitución establece.

f) Jurisprudencia constitucional y el cese del trabajador de confianza

Al no admitir nuestra normativa vigente como causa legal del despido el “retiro de confianza”, en principio, para que el despido de un trabajador de confianza sea legítimo, sería necesario, como con los trabajadores comunes (no de confianza), la existencia de una causa justa.

Sin embargo, jurisprudencialmente, si bien el Tribunal Constitucional no ha admitido “el retiro de confianza” como causa justa de despido, sí que ha indicado que el mismo puede ser invocado por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo¹⁷⁴, pero al no tratarse de causa legal corresponde el derecho al pago de una indemnización. Estableciendo así que la protección contra el despido arbitrario del personal de dirección y de confianza se limita a la indemnización que recoge la norma.

Aunque al principio el Tribunal Constitucional en su jurisprudencia no se pronunció sobre el personal de confianza, al resolver un proceso de amparo contra la Corte Superior de Ayacucho (Expediente 746-2003-AA/TC) estableció que a quien ejerce un puesto de confianza sólo les correspondería la medida indemnizatoria, criterio que reafirmó luego en el proceso de amparo contra la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial - CORPAC (Expediente 4492-2004-AA/TC). Más tarde, el Tribunal Constitucional, en las sentencias de los Expedientes 03501-2006-PA/TC y 03296-2007-PA/TC, referidas a trabajadores del sector público, admite la reposición sólo para los trabajadores de confianza que hubieran desempeñado antes labores comunes (confianza mixta).

g) Despido nulo

Nuestra legislación recoge como medida reparadora la reposición en el caso del despido nulo, esto es, cuando el despido del trabajador tenga por motivo:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa

¹⁷³ Artículo 10° LPCL.

¹⁷⁴ STC 01828-2010-PA/TC del 4 de Octubre de 2010.

calidad; c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25°; d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma; e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir. Lo dispuesto en el presente inciso es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previo al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa¹⁷⁵.

Así pues, de resolverse la nulidad del despido, la norma dispone que el juez ordenará la reposición del trabajador despedido.

Al igual que los trabajadores comunes, el personal de dirección y el de confianza que haya sido objeto de un despido nulo, o que haya sido cesado afectando el conjunto de normas supraleales que recogen los derechos inseparables a su condición de persona, serán sujetos de la medida reparadora de reposición a su favor.

2. Cuarto Acuerdo del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Previsional y Laboral

a) Contenido del Cuarto Acuerdo

El VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Previsional y Laboral en su cuarto acuerdo establece, respecto de los trabajadores de dirección y de confianza de la actividad privada, dos supuestos:

En el caso de trabajadores de dirección o de confianza de empresas y/o instituciones del sector privado:

- Aquellos trabajadores que ingresaron directamente a un cargo de confianza o de dirección, no les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les retire la confianza.
- Aquellos trabajadores que ingresaron inicialmente a un cargo en el que realizaban funciones comunes u ordinarias, y que accedieron con posterioridad a un cargo de confianza o dirección dentro de la misma empresa o institución privada, les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en

¹⁷⁵ Artículo 29° LPCL.

caso su empleador les impida reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo luego de retirada la confianza; o cuando el propio trabajador opte por no reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo¹⁷⁶.

b) Implicancias del primer supuesto

Este acuerdo comprende a todos aquellos trabajadores que hayan sido válidamente calificados como personal de dirección o trabajadores de confianza.

El primer supuesto se refiere a los trabajadores válidamente calificados como personal de dirección o trabajadores de confianza, y que fueron contratados directamente para esas posiciones - confianza exclusiva -.

Respecto de aquellos, la Sala Plena establece que pueden ser cesados de manera inmediata, sin pago de indemnización alguna, sustentando el despido solamente en el retiro de confianza. Es de imaginar, aunque el acuerdo no lo diga, que tampoco existiría posibilidad de indemnización por daños y perjuicios.

Este Acuerdo conduce a asumir que siguiendo el criterio de la Casación Laboral 18450-2015-Lima, el Pleno no distingue entre los trabajadores que fueron designados directamente en un cargo de confianza o de dirección del sector público, y los del sector privado. Los primeros, por regulación normativa, son servidores de libre designación y remoción, es decir, su permanencia está determinada y supeditada a la confianza por parte de la persona que los designó, y por lo mismo el vínculo laboral se extingue por el retiro de confianza sin derecho a la indemnización por despido arbitrario. Mientras que, respecto de los trabajadores de confianza del sector privado, el retiro de confianza no está expresamente regulado en la Ley como causa de extinción del contrato de trabajo, por lo que considerando que el artículo 27° de la Constitución ordena al legislador que brinde al trabajador “adecuada protección contra el despido arbitrario”, y que el artículo 22° de la Ley requiere únicamente, para efectos de dicha protección, que el trabajador labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador - sin hacer ninguna distinción entre trabajadores ordinarios y trabajadores de dirección o de confianza -, el solo retiro de la confianza, no puede privar al trabajador de la tutela indemnizatoria (como lo señala la Exposición de Motivos del Proyecto de Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral).

Así pues, como vemos, este foro judicial, - que, como bien dicen los entendidos, deja más preguntas que respuestas -, contrariando la norma constitucional, además de la legal, ha

¹⁷⁶ Cfr. VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Previsional y Laboral, Cuarto Acuerdo.

privado de protección contra el despido al personal de dirección o confianza exclusiva, excluyéndolo de toda reparación cuando se le remueva por retiro de la misma.

Por lo demás, y aunque la doctrina está segura de que será el Tribunal Constitucional el encargado de rectificar este error del Pleno, en la práctica y hasta que eso ocurra, este acuerdo como es de imaginar, tendrá sus consecuencias.

c) Pronóstico y remedios

1. Jurisprudencialmente, es muy probable que los jueces o Salas Laborales, anticipando el sentido en el que resolverá la Corte Suprema, no se aparten de este criterio.
2. Desvinculaciones y despidos, sin costo para las empresas, de gerentes, directivos y trabajadores de confianza en base a este acuerdo de Sala Plena.
3. Renegociaciones contractuales entre ejecutivos y empresarios, así como la implementación de beneficios indemnizatorios convencionales con el objetivo de retener el talento.

3. La Casación Laboral 3398-2017-Lima Este¹⁷⁷: ¿Fe de erratas?

El 04 de Diciembre de 2018, se publicó en el diario oficial El Peruano, la Casación Laboral 3398-2017-Lima Este, cuya audiencia pública se llevó a cabo el catorce de Agosto del 2018 - casi tres meses después de la celebración del VII Pleno -, con cuya conclusión, la Corte Suprema aprieta con fuerza el nudo de sus contradictorios fallos sobre el derecho de los trabajadores de confianza para acceder a una indemnización por despido arbitrario, en lugar de conducir a un desenlace predecible de sus decisiones judiciales.

En esta oportunidad se trata del recurso de Casación interpuesto por la demandada, Compañía Minera Las Camelias S.A., contra la Sentencia de la Sala Laboral Permanente de la misma Corte Superior de Justicia, que confirmó la sentencia apelada del Tercer Juzgado de Trabajo Permanente que declaró fundada en parte la demanda respecto a la nulidad del despido incausado y ordenó la reposición de la actora, así como el pago de la suma de dieciocho mil cuatrocientos noventa y ocho con 89/100 soles (S/ 18,498.89), por los conceptos de CTS, vacaciones trucas, gratificaciones legales trucas, bonificación extraordinaria del nueve por ciento (9%) y remuneración insoluta; en el proceso seguido por la demandante, Geannina Magali Negrón Peralta, quien ocupaba el cargo de Jefa de Seguridad, Salud Ocupacional y Medio Ambiente, ya que consideró que las funciones de la actora - que eran la de supervisar que los trabajadores de la demandada no incumplan con la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su Reglamento -, no cumplían con la naturaleza

¹⁷⁷ CAS. LAB. 3398-2017-Lima Este del 04 de Diciembre del 2018.

laboral que debe tener un trabajador de confianza de conformidad con el artículo 43° de la LPCL.

La recurrente señaló como causal de su recurso, infracción normativa por interpretación errónea del artículo 43° LPCL, dado que el cargo de Jefa de Seguridad, Salud Ocupacional y Medio Ambiente, ocupado por la demandante, sí calificaba como uno de confianza.

El Tribunal Supremo tomando en cuenta que:

1) En la Audiencia de Juzgamiento, contenida en el video adjuntado al proceso, la demandante indicó que realizaba un doble reporte, es decir al Gerente y a la parte corporativa, lo que pone de manifiesto que ella tenía un contacto directo con el personal de dirección al que emitía informes, lo cual es una característica del trabajador de confianza, conforme se acreditó además con los Informes de Seguridad números 20151030 y 20151113, que fueron dirigidos al Gerente General de la Compañía demandada; 2) Que, en la referida Audiencia de Juzgamiento, la demandante señaló que la Carta en la que se consigna que sus labores corresponden a las de un trabajador de confianza, la recibió a fines del mes de diciembre aproximadamente (debiendo entenderse que se refiere al año dos mil quince), información que demuestra que aquella no cuestionó la calificación de 'trabajador de confianza', conforme al artículo 61° del DS 001-96-TR, que preceptúa que los trabajadores cuyos cargos sean indebidamente calificados como de dirección o de confianza, podrán recurrir ante la autoridad judicial para que se deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando la demanda se presente dentro de los treinta (30) días naturales siguientes a la comunicación respectiva; 3) Que, en la Audiencia de Vista de la Causa, contenida en el video adjuntado al proceso, el abogado de la parte demandante alegó que la actora ingresó mediante una postulación a una convocatoria de la compañía demandada vía página web; sin embargo, no obraba medio probatorio que acredite dicha afirmación; 4) Que, en la referida Audiencia de Vista, el abogado de la parte demandante refirió que la actora firmaba control de asistencia respecto a su ingreso y salida; no obstante, ello tampoco fue acreditado¹⁷⁸.

Por ello, la Sala Suprema, concluye que a la demandante sí le corresponde la calificación de trabajadora de confianza, y que el Colegiado Superior incurrió en interpretación errónea del artículo 43° LPCL, y revocando la apelada en el extremo que ordenó la reposición por

¹⁷⁸ Cfr. CAS. LAB. 3398-2017-Lima Este, Considerando Sexto.

despido incausado, reformándolo, ordena se declare infundado; y finaliza su fallo en su Octavo y último considerando: “En ese contexto, al advertirse que en el presente proceso también se ha solicitado como pretensión subordinada la indemnización por despido arbitrario, prevista en el artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo número 728 (...) conforme se aprecia de las pretensiones materia de juicio señaladas en el Acta de Continuación de Audiencia de Conciliación, corresponde amparar dicha pretensión, toda vez que todo trabajador alcanza el derecho a la protección contra el despido arbitrario al superar el periodo de prueba previsto en el artículo 10° del referido Texto Único Ordenado...”.

Amparando en este caso, el derecho de los trabajadores de confianza para acceder a una indemnización por despido arbitrario.

Acaso lo más absurdo y trágico de este pronunciamiento, sea que los jueces supremos que suscriben la decisión de la Casación Laboral 3398-2017, sean a los mismos que, menos de tres meses atrás, cuando el VII Pleno, se sumaron a esa unanimidad que reza el Cuarto Acuerdo.

Con su singular estilo, la jurisprudencia suprema, provocando un sentimiento entre el humor, la incertidumbre y la angustia respecto de sus decisiones judiciales, señala acertadamente - entre la objetividad fría y lo fantástico más incongruente - como el fundamento de su fallo, que otorga la indemnización por despido arbitrario: “...corresponde amparar dicha pretensión, toda vez que todo trabajador alcanza el derecho a la protección contra el despido arbitrario al superar el periodo de prueba previsto en el artículo 10° del referido Texto Único Ordenado...”.

4. El Proyecto de Reglamento del Decreto Legislativo 728¹⁷⁹

El 04 de noviembre el gobierno prepublicó el proyecto de Decreto Supremo que modifica el Reglamento del Decreto Legislativo N° 728 (D.S. N°003-97-TR de 27.3.97), Ley de Productividad y Competitividad Laboral, otorgando el plazo de 30 días calendario a efectos de recibir las opiniones, comentarios y/o sugerencias de empleadores y trabajadores, o sus respectivas organizaciones; de las entidades públicas o privadas y de la ciudadanía en general, como precisa la Resolución Ministerial N° 263-2019-TR.

¹⁷⁹ La Ley: El Ángulo Legal de la Noticia, *Conozca el proyecto del nuevo Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral*, 04 de Noviembre del 2019, <https://laley.pe/art/8758/conozca-el-proyecto-del-nuevo-reglamento-de-la-ley-de-productividad-y-competitividad-laboral>.

Respecto de los trabajadores de confianza, por una parte el Proyecto de Reglamento recoge algunas disposiciones ya existentes en el reglamento vigente, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR:

Capítulo II Del Periodo de Prueba (artículo 17° del Reglamento vigente):

“Artículo 8°: El exceso del periodo de prueba que se pactara superando los seis meses, en el caso de trabajadores calificados o trabajadores de confianza, o el año, en el caso de trabajadores de dirección, no surte efecto legal alguno”.

Capítulo VI: De las Situaciones Especiales (artículos 59°, 60°, y 61° del Reglamento vigente):

“Artículo 54°: Para la calificación de los puestos de dirección y de confianza, señalados en el artículo 43 de la Ley, el empleador aplica el siguiente procedimiento:

- a) Identifica y determina los puestos de dirección y de confianza de la empresa, de conformidad con la Ley;
- b) Comunica por escrito a los trabajadores que ocupan los puestos de dirección y de confianza, que sus cargos han sido calificados como tales; y,
- c) Consigna en la planilla electrónica y las boletas de pago la calificación correspondiente.

Artículo 55°: La calificación de los puestos de dirección o de confianza, es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición, si de la prueba actuada esta se acredita.

Artículo 56°: Los trabajadores cuyos cargos sean indebidamente calificados como de dirección o de confianza, pueden recurrir ante la Autoridad Judicial, para que deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando la demanda se presente dentro de los treinta (30) días naturales siguientes a la comunicación respectiva”.

Por otra parte, esta propuesta normativa incluye, sobre el tema, dos nuevas disposiciones, el artículo 24° y la Tercera Disposición Complementaria y Final.

El, artículo 24° que desarrolla las disposiciones de la Ley sobre el despido arbitrario y que tendría su antecedente en el artículo 31° del vigente Reglamento¹⁸⁰:

“Capítulo III: De La suspensión del contrato de trabajo

¹⁸⁰ “Artículo 31°: Es arbitrario el despido que se produce en contravención del Artículo 55 de la Ley y se sanciona únicamente con la indemnización establecida en el Artículo 71 de la misma”.
Decreto Supremo 001-96-TR, *Reglamento de Ley de Fomento al Empleo*.

Artículo 24°: Es arbitrario el despido que se produce en contravención del artículo 22¹⁸¹ de la Ley y se sanciona con la indemnización establecida en el artículo 38¹⁸² de la misma”.

La indemnización referida en el párrafo anterior corresponde a los trabajadores que laboren cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, sean de dirección, de confianza u otros trabajadores.

Y en las Disposiciones Complementarias Finales:

“TERCERA.- Lo dispuesto en el artículo 24 del presente reglamento no es de aplicación a los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada que se desempeñan como servidores de confianza en entidades del sector público, estando su permanencia determinada y supeditada a la confianza por parte de la persona que los designó”.

Es interesante la “advertencia” del laboralista Puntriano Rosas, quien a propósito de la propuesta del reglamento (que establece que los trabajadores de confianza exclusiva que laboren cuatro o más horas diarias tendrán derecho a indemnización en caso de despido arbitrario, de probarse el mismo), y la posición de la Corte Suprema (que considera que los trabajadores de confianza exclusiva, cuyo vínculo laboral se extingue por el retiro de confianza, no tienen derecho a la indemnización por despido arbitrario) afirma que se trataría de temas distintos: “Esto aparentemente estaría dando la vuelta a lo que la Corte Suprema ya había establecido. Sin embargo, no es así porque la Corte Suprema no niega la indemnización ante un despido arbitrario sino ante el retiro de confianza. Por lo que el proyecto ratifica lo que está vigente en la ley y se viene aplicando”¹⁸³.

¹⁸¹ “Artículo 22°: Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador. La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido”.

Decreto Supremo 003-97-TR, *Ley de Productividad y Competitividad Laboral*.

¹⁸² “Artículo 38°: La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba”.

Decreto Supremo 003-97-TR, *Ley de Productividad y Competitividad Laboral*.

¹⁸³ Gestión: Management & Empleo, *Trabajadores de confianza del sector privado tendrán derecho a indemnización por despido arbitrario*, 04 de Noviembre del 2019, <https://gestion.pe/economia/management-empleo/trabajadores-de-confianza-mtpe-trabajadores-de-confianza-tendran-derecho-a-indemnizacion-en-caso-de-despido-arbitrario-noticia/>.

Conclusiones

1. No se afirma la estabilidad laboral sin dos graves consecuencias: el derecho del trabajador de acceder a un puesto de trabajo, y el derecho de mantener su trabajo, salvo causal justa que sostenga la conclusión de la relación laboral.

Fuera de la extensión del periodo de prueba, nuestro ordenamiento no contempla un tratamiento especial para los trabajadores de confianza sobre el régimen de estabilidad. Y es que, independientemente de la necesidad de una legislación especial, propia, o más conveniente para estos trabajadores, no deja de estar normativamente establecido que los trabajadores de confianza, se encuentran incluidos y protegidos, por esa tutela real y efectiva... adecuada, que contra el despido arbitrario decreta nuestra Carta Magna.

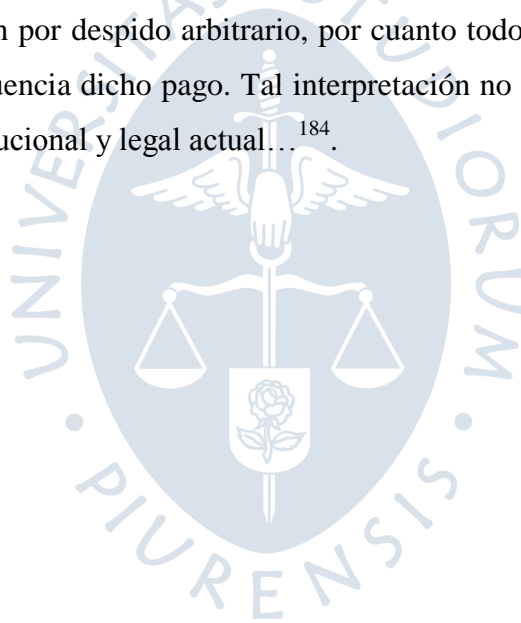
2. En lo que respecta a la jurisprudencia constitucional - que sí, ha realizado algunos avances, pero que se queda corta -, a decir verdad, peca de pereza. Y su pereza se manifiesta en que sus pronunciamientos parecen inacabados, sobre todo cuando están terminados: no acaba de definir el régimen laboral al que circunscribe su análisis, y termina trasladando conceptos y aplicando criterios sin hacer distinción entre el régimen público y el privado.
3. No podría terminarse este apartado - y este trabajo -, sin llamar la atención sobre los cambios de criterio de la Corte Suprema, desde sus escuetos y armónicos pronunciamientos (que proclamaban que los trabajadores de confianza, al igual que los trabajadores comunes gozan de la protección contra el despido arbitrario, y que al no ser el “retiro de confianza” una causal válida de término de la relación laboral, la indemnización por despido arbitrario es procedente ante el cese injustificado de este tipo de personal), al viraje alarmante de la Casación 18450-2015-Lima (que juzgaba que “el retiro de confianza” implica la pérdida del trabajo, si desde un inicio el trabajador ocupó un cargo de confianza), que retorna en el rudo texto del Cuarto Acuerdo (que establece que los trabajadores que hayan sido válidamente calificados como personal de dirección o trabajadores de confianza y que fueron contratados directamente para esas posiciones - confianza exclusiva - puedan ser cesados de manera inmediata, sin pago de indemnización alguna, sustentando el despido solamente en el retiro de confianza).

Porque, contrariando la norma constitucional, además de la legal, la Sala Plena - sin remordimientos, ni fundamento - ha privado de protección contra el despido a los

trabajadores de confianza exclusiva, excluyéndolos de toda reparación cuando se les remueva por retiro de la misma.

En el espacio sin aire del Cuarto Acuerdo del VII Pleno se experimenta el horror de la tautología diabólica de la Casación 18450:

...4.11 Sostener lo contrario sería admitir que todo trabajador de confianza a quien se le retira la confianza tenga derecho a la indemnización por el despido, lo cual es un absurdo, pues si así fuera todo aquel que contrata a un trabajador de confianza sabrá que al retirarle la confianza le tiene que indemnizar, es decir, el trabajador de confianza estaría en mejor posición que el trabajador común, a quien para indemnizarle se tiene que probar que el despido fue arbitrario, en el caso del de confianza, bajo dicha interpretación, no sería necesario. Dicho de otra forma, en los contratos de trabajadores de confianza habría una cláusula tácita de pago de indemnización por despido arbitrario, por cuanto todo retiro de confianza tendría como consecuencia dicho pago. Tal interpretación no resiste análisis alguno en el marco constitucional y legal actual...¹⁸⁴.



¹⁸⁴ CAS. LAB. 18450-2015-Lima, Considerando Cuarto.

Referencias bibliográficas

- Angulo Jugo, José Manuel. *Sobre la importancia de la correcta calificación del personal de dirección y de confianza*, 28 de Septiembre de 2018, <https://legis.pe/sobre-importancia-correcta-calificacion-personal-direccion-confianza/>.
- Arce Ortíz, Elmer. *Derecho individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*, 3era edición, Palestra, Lima, 2013.
- Blancas Bustamante, Carlos. *Derechos fundamentales laborales y estabilidad en el trabajo*, Palestra, Lima, 2015.
- *El acoso moral en la relación de Trabajo*, Palestra, Lima, 2007.
 - *El derecho de estabilidad en el trabajo*, Asociación Laboral para el desarrollo ADEC-ATC, Lima, 1991.
 - *El despido en el derecho laboral peruano, 2da edición*, ARA Editores, Lima, 2006.
- Campos Torres, Sara Rosa. “¿Nuestro ordenamiento laboral protege al personal de dirección y a los trabajadores de confianza contra el despido arbitrario?... A propósito del criterio establecido recientemente por el Tribunal Constitucional” en *Revista Derecho & Sociedad*, n° 25 (2005), pp.184-190.
- Cavani Brain, Renzo Ivo, *Respuesta a la postura de Fort Ninamancco difundida en Aula la Ley. Todavía sobre los plenos jurisdiccionales (¿vinculantes?)*, 28 de Junio de 2018, <https://laley.pe/art/5637/aula-la-ley-fort-ninamancco-los-plenos-jurisdiccionales-civiles-si-tienen-fuerza-vinculante>.
- De Buen Lozano, Nestor. *Derechos del trabajador de confianza*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000.
- De La Cueva, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*, Tomo I, Editorial Porrúa, México, 1993.
- De la Villa Gil, Luis Enrique y López Cumbre, Lourdes (Coords.). *Los principios del Derecho del Trabajo*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2003.
- De los Heros Pérez Albela, Alfonso. “Los contratos de duración determinada: ¿Regla o excepción?” en *Los Principios del Derecho del Trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*, Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004.
- De Val Tena, Ángel Luis. *El Trabajador de Alta Dirección. Caracteres y Régimen Jurídico*, Editorial Civitas, Madrid, 2002.
- *Los Trabajadores Directivos de la Empresa*, Editorial Aranzadi, Madrid, 1999.

- *Los Trabajadores Directivos de la Empresa: Consejeros y Administradores, Personal de Alta Dirección*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2010.
- Ferro Delgado, Víctor. “Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano” en *Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*, Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2004.
- Fort Ninamanco: *Los plenos jurisdiccionales Civiles sí tienen fuerza vinculante: [Aula La Ley]*, 27 de Junio de 2018, <https://laley.pe/art/5637/aula-la-ley-fort-ninamanco-los-pletos-jurisdiccionales-civiles-si-tienen-fuerza-vinculante>.
- García Manrique, Álvaro. “La estabilidad laboral de los trabajadores de dirección y de confianza” en *Diálogo con la Jurisprudencia*, n° 122 (2008), pp. 243-249.
- Gutierrez Iquise, Sandra. *Personal de confianza: concepto, naturaleza legal, criterios para su calificación, nombramiento y despido (STC 02296-2015-PA/TC)*, 27 de Marzo de 2019, <https://legis.pe/personal-confianza-concepto-naturaleza-legal-criterios-calificacion-nombramiento-despido/>.
- Herrera Vásquez, Ricardo. “La estabilidad laboral de salida en las modificaciones a la Ley de Fomento del Empleo” en *Revista Ius et Veritas*, n° 11 (1995), pp. 137-144.
- Iglesias Cabero, Manuel. *Relación Laboral de Carácter Especial del Personal de Alta Dirección*, Editorial Civitas, Madrid, 1994.
- Montoya Medina, David. *La extinción del contrato de trabajo del alto directivo*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2008.
- Montoya Melgar, Alfredo. *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, Madrid, 2007.
- Neves Mujica, Javier. *Introducción al Derecho Laboral*, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2000.
- Obregón Sevillano, Tulio Máximo. “Estabilidad laboral no es sinónimo de Reposición” en *Revista Derecho & Sociedad*, n° 46 (2016), pp.199-206.
- Pacheco Zerga, Luz. *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2007.
- “Los Principios del Derecho del Trabajo” en *Libro Homenaje a Mario Pasco Cosmópolis*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2015.
- Pasco Cosmópolis, Mario. “Contrato de Trabajo Típico y Contratos Atípicos” en *Balance de la Reforma Laboral Peruana*, Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2001.

- “Reafirmación de los principios del Derecho del Trabajo” en *Los principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*, Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Grijley, Lima, 2009.

Plá Rodríguez, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*, 2da edición, Editorial De Palma, Buenos Aires, 1978.

Ramírez Figueroa, Jim L. *¿Son vinculantes los plenos jurisdiccionales?*, 02 de Julio de 2018, <https://laley.pe/art/5660/-son-vinculantes-los-pletos-jurisdiccionales->.

Sempere Navarro, Antonio. *Cuestiones Actuales de Derecho del Trabajo*, Editorial Aranzadi, Madrid, 2008.

Toyama Miyagusuku, Jorge Luis. *Gerentes y personal de confianza: ¿ya no hay indemnización?*, 05 de Septiembre de 2018, <https://gestion.pe/economia/management-empleo/gerentes-personal-confianza-hay-indemnizacion-243547>.

Toyama Miyagusuku, Jorge. *Instituciones del Derecho Laboral*, Gaceta Jurídica, Lima, 2005.

- *El derecho individual del trabajo en el Perú: Un enfoque teórico-práctico*, Gaceta Jurídica, Lima, 2015.

Toyama Miyagusuku, Jorge Luis. “Principio de condición más beneficiosa” en *Revista Derecho & Sociedad*, n° 7 (1993), pp. 42-47.

Toyama Miyagusuku, Jorge Luis y Merzthal Shigyo, Marilú. “Reflexiones sobre el tratamiento jurisprudencia del personal de dirección y de confianza” en *THĒMIS*, n° 65 (2014), pp.81-96.

Valderrama Valderrama, Luis y Tarazona Pinedo, Manolo. *Régimen Laboral Explicado 2019*, Gaceta Jurídica, Lima, 2019.

Zevallos Roncagliolo, Juan Carlos. *La amistad termina donde la desconfianza empieza. Una reflexión sobre el despido del personal de confianza basado en la justificación del “retiro de confianza del empleador” a la luz de la STC 02296-2015-PA/TC*, 27 de Marzo de 2019, <https://legis.pe/reflexion-despido-personal-confianza-justificacion-retiro-confianza-empleador-02296-2015-pa-tc/>.