



ACTOS DE HOSTILIDAD: LA
REDUCCIÓN INMOTIVADA DE
CATEGORÍA Y/O DE
REMUNERACIÓN A LOS
TRABAJADORES DE DIRECCIÓN Y
CONFIANZA (A PROPÓSITO DEL
PRONUNCIAMIENTO EMITIDO POR
LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DE LA REPÚBLICA: CAS.LAB. 3636-
2010-CUSCO)

Martín Jiménez-Falen

Piura, abril de 2018

FACULTAD DE DERECHO

Maestría en Derecho Privado Empresarial con Mención en Derecho Tributario y
Laboral

Jiménez, M. (2018). *Actos de hostilidad: La reducción inmotivada de categoría y/o de remuneración a los trabajadores de dirección y confianza (A propósito del pronunciamiento emitido por la Corte Suprema de Justicia de la República: CAS.LAB. 3636-2010-CUSCO)* (Trabajo de investigación de Maestría en Derecho Privado Empresarial con Mención en Derecho Tributario y Laboral). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Piura. Perú.



Esta obra está bajo una licencia

[Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivar 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

UNIVERSIDAD DE PIURA
FACULTAD DE DERECHO
MAESTRIA EN DERECHO PRIVADO EMPRESARIAL



Actos de Hostilidad: La reducción inmotivada de categoría y/o de remuneración a los trabajadores de dirección y confianza (A propósito del pronunciamiento emitido por la Corte Suprema de Justicia de la República: CAS.LAB. 3636-2010-CUSCO)

Trabajo de Investigación para optar el Grado de Maestro en Derecho de la Empresa con mención en Derecho Tributario y Laboral

MARTIN BERNARDO JIMÉNEZ FALEN

Asesor: Dra. Ana Cecilia Crisanto Castañeda

Piura, abril 2018

APROBACIÓN

El Trabajo de Investigación titulado “Actos de Hostilidad: La reducción inmotivada de categoría y/o de remuneración a los trabajadores de dirección y confianza (A propósito del pronunciamiento emitido por la Corte Suprema de Justicia de la República: CAS.LAB. 3636-2010-CUSCO)”, presentada por el Abogado **MARTÍN BERNARDO JIMÉNEZ FALEN**, en cumplimiento con los requisitos para optar el Grado de Maestro en Derecho de la Empresa con Mención en Derecho Tributario y Laboral, fue aprobada por la Asesora de tesis, Dra. Ana Cecilia Crisanto Castañeda.

Asesora de Tesis

A mi hija, Emilia de Fátima, mi amor
chiquito.
(Frase original de mi esposa Zoila R.)

Mi más sincero agradecimiento a:

Mi asesora de tesis, la Dra. Ana Cecilia Crisanto Castañeda, por su profesionalismo y por brindarme su apoyo durante el desarrollo del proyecto que hoy se ve culminado.

RESUMEN

El presente trabajo de investigación se avoca al análisis jurídico de la Casación Laboral N° 3636-2010-CUSCO, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, en mérito a la cual se desarrolla un profundo estudio sobre la posibilidad de que en un caso denominado “atípico”, se puedan configurar sendos actos de hostilidad por parte del empleador. Aquel “caso atípico”, parte de la idea de determinar si es posible que se pueda hablar de “reducción inmotivada de categoría y/o de remuneración”, cuando nos encontramos ante una decisión empresarial, consistente en el *retiro de la confianza* a un trabajador de esta categoría, que ha accedido directamente al cargo directivo y pese a ello, se opta por mantener a dicho trabajador en el empleo, pero como parte integrante de una nueva categoría laboral (régimen ordinario), en un nuevo puesto de trabajo y con una nueva remuneración, evidentemente menor y acorde con las nuevas funciones a desarrollar. Dicho estudio implica determinar si aquella casuística se encuentra debida y adecuadamente regulada dentro del ordenamiento jurídico peruano.

Para tal efecto, se ha creído conveniente dividir su contenido en tres capítulos: 1) “El trabajador de dirección y de confianza”; 2) “Los Actos de Hostilidad (Reducción Inmotivada de Categoría y de Remuneración)”; y, 3) “Actos de Hostilidad en contra de los Trabajadores de Dirección y Confianza. A propósito del pronunciamiento emitido por la Corte Suprema de Justicia de la República: CAS.LAB. 3636-2010-CUSCO.”

ABREVIATURAS

D.S.	:	Decreto Supremo
D.L.	:	Decreto Ley
TUO-LPCL	:	Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral
RLFE	:	Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo
TR-LET	:	Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores
TC	:	Tribunal Constitucional
TUO	:	Texto Único Ordenado
Sr. García	:	Federico A. García Miranda
ELECTRO SUR ESTE:	:	Electro Sur Este S.A.A.

Índice

INTRODUCCION.....	1
CAPÍTULO 1 EL TRABAJADOR DE DIRECCIÓN Y DE CONFIANZA	5
1.1. El trabajador de dirección	5
1.2. El trabajador de confianza.....	10
1.3. Principales características	15
1.3.1 Formas de acceder a un puesto de dirección o de confianza	15
1.3.2 Procedimiento para calificar a un trabajador de dirección y de confianza.....	16
1.3.3 Otras características del trabajador de dirección y de confianza delimitadas a nivel jurisprudencial	17
1.4. El retiro de la confianza al trabajador de dirección y confianza	19
1.4.1 El derecho a la estabilidad laboral del trabajador de dirección y confianza	19
1.4.2 La naturaleza del denominado retiro de la confianza al trabajador de dirección y confianza:	24

CAPÍTULO 2 LOS ACTOS DE HOSTILIDAD (REDUCCIÓN INMOTIVADA DE CATEGORÍA Y DE REMUNERACIÓN)..... 31

2.1	Aspectos generales	31
2.2	Concepto de actos de hostilidad	39
2.3	Categoría y remuneración.....	45
2.3.1	Aspectos generales.....	45
2.3.2	La categoría laboral	50
2.3.3	La remuneración	51

CAPÍTULO 3 ACTOS DE HOSTILIDAD EN CONTRA DE LOS TRABAJADORES DE DIRECCIÓN Y CONFIANZA. A PROPÓSITO DEL PRONUNCIAMIENTO EMITIDO POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA: CAS. LAB. 3636-2010-CUSCO..... 55

3.1	Configuración del supuesto de hecho	55
3.2	Análisis jurídico de la sentencia casatoria	57
3.2.1	Primer enunciado jurisprudencial: la categoría laboral que ostentaba el demandante y sus implicancias legales	57
3.2.2	Segundo enunciado jurisprudencial: la reducción de la remuneración que ostentaba el demandante y la posibilidad de configurarla como un acto de hostilidad	63

CONCLUSIONES..... 101

RECOMENDACIONES..... 105

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS..... 111

ANEXOS	119
ANEXO 1. CASACIÓN 3636-2010-CUSCO	121
ANEXO 2. CASACIÓN 0210-2010-LAMBAYEQUE.....	139
ANEXO 3 - CASACIÓN 2921-2011-LA LIBERTAD	152
ANEXO 4 - CASACIÓN 6961-2012-JUNIN.....	158

INTRODUCCIÓN

El punto de partida del presente trabajo de investigación, lo constituye un análisis jurídico de alcance general, relacionado con la asimetría que existe entre las partes que componen el vínculo contractual de naturaleza laboral. Dicha asimetría, se pone de manifiesto tanto en lo relativo a los derechos, como a las obligaciones, que asisten al empleador y al trabajador, respectivamente.

Por un lado, encontramos los aspectos inherentes a los derechos laborales de ambas partes. Los del empleador, quien se encuentra dotado -en términos prácticos- del poder de dirección, de sanción y de variación de las condiciones de trabajo, este último el denominado "*ius variandi*"; así como los derechos del trabajador, quien, a pesar de estar sujeto a un régimen de subordinación por excelencia, también se encuentra conferido de garantías, entre las que destacan, la categoría laboral y la remuneración.

De otro lado, considerando que, así como derechos, el vínculo contractual laboral también genera obligaciones para ambas partes y que el incumplimiento de tales obligaciones, por parte de una ellas, otorga a su contraparte la facultad de accionar, analizaremos uno de los mecanismos legales previstos para tales casos. Así, a la par del despido, el cual se configura cuando nos encontramos ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales del trabajador, están los denominados actos de hostilidad, los cuales también son conocidos -en forma individual- con el nombre de despido indirecto. Estos últimos, son traídos

a colación cuando se denuncian incumplimientos en las obligaciones contractuales por parte del empleador y serán dos de ellos los que -precisamente- se analicen a través del presente trabajo de investigación.

El haber hecho alusión a los elementos categoría laboral y remuneración, no es pura casualidad, ya que cuando se aborda el tema del ejercicio abusivo del *ius variandi*, como razón de ser de los actos de hostilidad, son tres las conductas empresariales que resaltan: la reducción de la remuneración, la rebaja de la categoría y el traslado del lugar de prestación del servicio, siendo las dos primeras conductas las que son traídas a colación y desarrolladas por la jurisprudencia que será materia de estudio.

El presente trabajo de investigación se avoca al análisis jurídico de la Casación N° 3636-2010-CUSCO, emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, la cual aborda la precitada figura jurídica: “*la reducción inmotivada de la remuneración y/o de la categoría*”, como sendos actos de hostilidad, previstos así por la legislación laboral peruana, pero ligados a una realidad bastante particular, pues no se investigará acerca de su conexión con el régimen ordinario y tradicional, sino con el régimen laboral especial de los trabajadores de dirección y de confianza, teniendo como actor principal de aquel trabajo a la figura jurídica denominada: “retiro de la confianza”, el cual ha sido dotado -gracias a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional- de autonomía y funcionalidad.

En ese sentido, la investigación se encuentra estructurada en tres capítulos:

El capítulo uno contiene un profundo y sistemático análisis del tratamiento legislativo, doctrinario y jurisprudencial del personal de dirección y de confianza, incidiendo en la figura jurídica autónoma denominada “retiro de la confianza”. Así, abordaremos primero el marco conceptual y el repaso por las principales características de aquel régimen laboral especial, concluyendo con el examen legal del retiro de la confianza a los trabajadores de este nivel o categoría.

El capítulo segundo por su parte, aborda el tema relacionado a los actos de hostilidad, específicamente a la “Reducción inmotivada de la

remuneración o de la categoría”. Abarca un tratamiento preliminar sobre aquella figura jurídica en general, para posteriormente involucrarse de lleno en el tema, postulando un marco conceptual dinámico e ilustrativo, para desembocar finalmente en el estudio de la categoría y de la remuneración, como eje principal del presente trabajo de investigación.

El tercer y último capítulo, involucra la evaluación jurídica sistematizada de los fundamentos de hecho y de derecho esgrimidos por el Colegiado Supremo a través de la Casación N° 3636-2010-CUSCO, planteando el supuesto de hecho de forma inicial y concluyendo con el análisis jurídico de la sentencia casatoria, a través de dos enunciados jurisprudenciales, perfectamente definidos.

CAPÍTULO 1

EL TRABAJADOR DE DIRECCIÓN Y DE CONFIANZA

1.1. El trabajador de dirección

Elaborar una delimitación conceptual del trabajador de dirección, resulta una labor un tanto complicada, dada la diversidad doctrinaria y sobre todo la particularidad que nuestra legislación presenta al respecto. En efecto, a modo de precedente se debe incidir en que en el Perú, a diferencia de otros países, se ha considerado hacer una clasificación entre el personal de dirección y de confianza a nivel legislativo, aspecto preliminar adquirido por la jurisprudencia, como lo demuestra precisamente- el considerando Noveno de la Casación N° 3636-2010-CUSCO. No obstante, la tendencia tanto doctrinaria como jurisprudencial, en países de esta parte del continente, van marcando la pauta sobre una marcada diferenciación. Así, tenemos el caso del comentario realizado por el tratadista ecuatoriano Jorge Egos Peñas, quien analizando el que hoy por hoy se constituye como el artículo 36° del Código de Trabajo de la República de Ecuador¹, concluye que: "...el trabajador de confianza no necesariamente ejerce funciones de dirección; y, por el contrario, como sostiene Cabanellas, los trabajadores de confianza difieren de los altos empleados (directores, gerentes,

¹ Artículo 36° del Código de Trabajo de la República de Ecuador.- "Representantes de los empleadores.- Son representantes de los empleadores los directores, gerentes, administradores, capitanes de barco, y en general, las personas que a nombre de sus principales ejercen funciones de dirección y administración, aún sin tener poder escrito y suficiente según el derecho común (...)."

administradores, etc.) porque ocupan puestos menos elevados y ejercen pocas atribuciones de dirección”.²

En nuestro país, sin embargo, la diferencia a nivel normativo no deja lugar a dudas. Así, tenemos que el artículo 43° del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral [**en adelante TUO-LPCL**], aprobada por D. S. N° 003-97-TR, define el 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 aquel las funciones de administración y control o cuya actividad y grado de responsabilidad depende del resultado de la actividad empresarial”.

Su redacción, es similar al Real Decreto Español 1382/1985, de fecha 1 de agosto de 1985 (el cual regula la relación laboral de carácter especial del denominado personal de alta dirección), modificado por el Real Decreto 451/2012, de fecha 5 de marzo de 2012. En efecto, dado el conocido paternalismo que ejerce el derecho español sobre nuestra legislación, no resulta extraña la similitud de su configuración a nivel legislativo, lo cual -como veremos- será de trascendental importancia para la presente investigación. Cabe destacar que en España la figura bajo comento es denominada: personal de “*alta dirección*”, incluyendo dentro de aquel rótulo hasta cuatro grupos de trabajadores, pero que en suma son definidos como: “aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad, solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad; además -y por reciente añadidura- también integran este género los máximos responsables y directivos en el sector público empresarial y otras entidades, que no estén vinculados por una relación mercantil”³. No obstante, el conjunto normativo español es claro al señalar que solo los trabajadores de alta dirección en estricto, son los que gozan de las prerrogativas que taxativamente prevé el Real Decreto, configurándose

² EGOS PEÑA, Jorge. *El trabajador de confianza*. Guayaquil. 1991. Obtenido de http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1991/04/4_El_Trabajador_De_Confianza.pdf

³ Artículo 1 -inc. 2 y 4- del Real Decreto 1382/1985 (España).

únicamente en ese caso lo que la norma señala como: una relación laboral de carácter especial⁴.

Siguiendo con el modelo español, encontramos que solo un grupo de trabajadores en estricto llegan a ser denominados trabajadores de alta dirección (concepto central), lo que en nuestro medio serían los trabajadores de dirección. Desde nuestro punto de vista, la norma ibérica descarta a dos polos ubicados arriba y debajo de este “concepto central”: por un lado (arriba) tenemos a los administradores de la empresa, los que en nuestro país son denominados directores; vale decir las personas que administran una persona jurídica, según su organización societaria, siempre y cuando su actividad se circunscriba exclusivamente al mero desempeño de su cargo, personal además que no forma parte de una relación laboral propiamente dicha. El otro grupo (por debajo) está conformado por el personal directivo superior o intermedio, los cuales cuentan con poderes de dirección y organización limitados, vale decir aquellos trabajadores que no ejercitan poderes inherentes a la titularidad de la empresa o que ejercitándolos no comprometen la actividad que realizan con los objetivos generales de dicha empresa, gozando por tanto de responsabilidad limitada, al sujetarse a las órdenes de otros directivos de rango superior. No obstante, se tiene que este tipo de personal sí se sujeta a una relación laboral ordinaria. Esta realidad es ilustrada perfectamente por José Antonio Sagardoy, el cual precisa que: “no debe confundirse el alto empleado con el personal laboral común, que ejerza funciones de carácter directivo de mayor o menor extensión. La diferencia, agrega, se debe encontrar por el alcance de los poderes otorgados y ejercitados, así como el grado de autonomía con que se ejerzan”⁵. Con todo, en el Perú bien podría identificarse a este grupo de trabajadores con el personal denominado de confianza.

Sobre el particular, Cristina Hernández García⁶ realiza un profundo análisis del contrato laboral de alta dirección, señalando que la tendencia jurisprudencial española de esta década, en contraposición con el análisis doctrinario antes referido, señala que el único grupo que no puede ni

⁴ Cfr. DE VAL TENA, Ángel Luis. *Los Trabajadores Directivos de la Empresa*. Pamplona. Editorial Aranzadi. 1999, pp. 54-55.

⁵ SAGARDOY, José Antonio. *Prontuario de Derecho del Trabajo*. Madrid. Civitas. 1991, p. 209.

⁶ HERNANDEZ GARCÍA, Cristina. “El contrato laboral de alta dirección”. En *Boletín Económico de ICE*. N° 2805. Mayo 2004, p. III-VIII.

debe ser catalogado como personal de alta dirección, es el personal que limita su actividad en la sociedad a la función de consejero o miembro del órgano administrador, es decir, el puro consejero o administrador (una suerte de director para nuestra legislación como anotáramos), quienes no tienen vinculación laboral con el empresario social; añadiendo un criterio hasta ahora desconocido por la doctrina española, el cual advierte que la regulación plasmada en el glosado Real Decreto, en lo que al contrato de alta dirección se refiere, es *semilaboral*. Esto permite afirmar que estamos ante un conjunto normativo que se aparta del carácter proteccionista que siempre caracteriza a esta materia del Derecho, en el sentido de que plasma una vasta remisión a la autonomía de la voluntad de los contratantes.

Con todo, se concluye que para que exista una relación laboral especial, vale decir para que se configure la existencia de un cargo de alta dirección, deben concurrir tres requisitos: a) Que el interesado ejercite poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, lo que implica fundamentalmente, la capacidad de llevar a cabo actos y negocios jurídicos en nombre de tal empresa y de realizar actos de disposición patrimonial, teniendo la facultad de obligar a ésta frente a terceros; b) Que esos poderes afecten a los objetivos de la compañía; y, c) Que el ejercicio de estos poderes se efectúe con autonomía y plena responsabilidad, con la sola limitación de los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona física o jurídica que ostente la titularidad de la empresa⁷.

Se tiene entonces que la nota característica del personal de dirección se encuentra en los poderes que ejerza, vale decir las facultades inherentes a su cargo; facultades que le otorgan un *estatus* superlativo y que le permiten tomar decisiones referidas a la actividad generalizada de la empresa, lo que repara una automática injerencia en el logro de sus objetivos.

En el Perú, los aportes doctrinarios al respecto son escasos, entre los más destacados se encuentra el de García Manrique, quien haciendo un interesante estudio sobre el tema, señala que un cargo de dirección

⁷ ALEMANY ZARAGOZA, Eduardo. *La relación laboral del directivo. Contratación y extinción. El contrato blindado*. Pamplona. Editorial Aranzadi.1994, p. 34.

conlleva ejercer la representación del empleador frente a terceros e incluso frente a los demás trabajadores, compartiendo con aquel los roles de administración y control del negocio y de sus decisiones depende la buena o mala racha de la actividad empresarial, agregando como buenos ejemplos de trabajadores de dirección, el caso del gerente general y de los demás gerentes de línea que conforman el primer mando ejecutivo de la empresa; tal es el caso del gerente de administración y finanzas, gerente comercial, gerente de producción, etc., siempre que se enmarquen en la definición anterior⁸.

Este último comentario es refrendado en la Revista Análisis Laboral, la cual señala que, en una organización mediana o grande, el cargo de trabajador de dirección le asiste esencialmente al Gerente General y a los Gerentes de Área, así como también a aquellos que, no teniendo cargos de línea, tienen el mismo nivel de participación colateral, sin tener personal a su cargo, como puede ser el caso del Subgerente General. En empresas pequeñas se refiere al Administrador y a los Jefes de Área que dependen directamente de él⁹. No obstante, y ya que hablamos de denominaciones en el seno de la empresa, es menester hacer mención de lo señalado por De Val Tena¹⁰, en cuanto advierte que en cada empresa en particular, dependiendo de su dimensión, del modelo de titularidad individual o colectiva y principalmente de su estructura organizativa, se observa una gran diversidad de directivos, siendo raras las veces en que coincidan las titulaciones.

Por otro lado, a nivel jurisprudencial ha sido el TC, quien a través de la sentencia emitida con ocasión del Expediente 3501-2006-PA/TC, citada textualmente en el considerando Décimo Primero de la Casación N° 3636-2010-CUSCO, ha establecido los cánones que caracterizan al personal de dirección, delimitando una marcada diferencia con el trabajador de confianza. Así, por ejemplo, ha precisado que: "...la mayor diferencia existente entre ambas categorías de trabajadores radica en que

⁸ GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. "La estabilidad laboral de los trabajadores de dirección y de confianza". En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Volumen 14, Número 122. Noviembre 2008. 243-249.

⁹ Cfr. SN. "Trabajadores de Dirección y de Confianza. ¿Tienen los mismos derechos que cualquier trabajador?". En *Análisis Laboral*. Vol. XXXIV N° 392. Febrero 2010. 18-21.

¹⁰ Cfr. DE VAL TENA, Ángel Luis. *El Trabajador de Alta Dirección. Caracteres y Régimen Jurídico*. 1ra. Edición. Madrid. Civitas. 2002, p. 166.

solo el personal de dirección tiene el poder de decisión y actúa en representación del empleador, con poderes propios de él...”. Asimismo, refiere que: “...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”. En ese sentido, y ya que se habla de una delimitación conceptual, es menester hacer alusión a lo agregado por el máximo intérprete de la Constitución, quien, con ocasión de la precitada sentencia, ha señalado que: “el personal 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”.

1.2. El trabajador de confianza

La figura del “trabajador de confianza”, en estricto -tal como ahora la conocemos- parece haber surgido desde el momento de la instauración del sistema capitalista, pues recién a partir de entonces se pudo hablar de una delegación de facultades por parte del patrón para con un trabajador asalariado, con el objeto de lograr una mejor fiscalización en el trabajo o un cierto dinamismo en el entorno, vale decir poder contar con personal preparado para una u otra labor específica, la que naturalmente arraiga una responsabilidad; todo ello con el objeto de obtener una mejor disciplina laboral en el centro de trabajo y consecuentemente asegurar una mayor productividad. Bajo dicho escenario, surge una nueva categoría de asalariados, lo que en palabras del jurista mexicano Octavio Lóyzaga de la Cueva vienen a ser denominados como: “trabajadores indirectos”¹¹. En Europa continental por su parte, existen denominaciones cercanas al término español “directivo”, tal es el caso de “*dirigenti*” en Italia o “*cadre*” en Francia, siendo que en Alemania se les denomina: “*doktors*”¹².

¹¹ LÓYZAGA DE LA CUEVA, Octavio. “Los trabajadores de confianza, su régimen y sus limitaciones”. En *Revista Jurídica ALEGATOS*. Número 63. Mayo-agosto 2006. 385-394.

¹² CERÓN, Mario. *La Retribución de Directivos*. Madrid. 2011. Obtenido en https://books.google.com.pe/books?id=GVnF_NnxDcsC&pg=PT100&lpg=PT100&dq=alto+directivo+en+italia+y+francia&source=bl&ots=47m5jL60ZW&sig=LbJib

Al respecto, lo que sí queda claro es que la falta de uniformidad sobre la denominación: “trabajador de confianza” es una constante, al menos así lo ha dejado establecido gran parte de la doctrina dominante, y es que, para empezar, según lo señala Montenegro Baca, la palabra confianza es un término muy plástico y multívoco, lo que conlleva a que posea muchos contenidos desde el punto de vista del Derecho del Trabajo¹³; es por ello que se ha llegado a calificar al concepto de trabajador de confianza como un “concepto difícil”¹⁴. A mayor abundamiento se tiene lo mencionado por Mario de la Cueva, quien sobre el particular señala: “los términos de los preceptos legales -que califican a los empleados de confianza- son vagos e imprecisos y han provocado serias dificultades en su interpretación y aplicación”¹⁵, motivo por el cual resulta imperante que sea la jurisprudencia la llamada a delimitar conceptualmente dicha acepción.

No obstante, debe dejarse claramente establecido un argumento doctrinario de trascendencia: 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; vale decir que un cargo es de confianza de acuerdo a las funciones inherentes a él. Seguramente las cualidades personales del trabajador lo hicieron merecedor del puesto, no obstante, ello no significa que dichas cualidades le generen la sensación de confianza al empleador, sino que son las funciones que desempeñará dicho trabajador lo que califica al cargo que ostenta con esa condición. En resumen la naturaleza fiduciaria o de confianza debe iniciarse y extenderse desde y hacia el cargo y no restringirse a la persona que realiza tal función¹⁶.

me6hLoGDj424QA6aRfQ_nM&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjOmqTl49zXAhXikOAKHedBAikQ6AEIKTAB#v=onepage&q&f=false

¹³ MONTENEGRO BACA, José en ZAVALA CRUZADO, Roger. *Temas Selectos de derecho laboral. Los cargos de confianza en el derecho de trabajo peruano*. Lima. MARSOL. 2000, pp. 54-56.

¹⁴ DE BUEN LOZANO, Néstor. “*Derechos del Trabajador de Confianza*”. 1ra. Edición. México DF. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México. 2000, p. 69.

¹⁵ DE LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo I*. 8va. Edición. México DF. Editorial Porrúa. 1993, p. 421.

¹⁶ Cfr. GARCÍA MANRIQUE, Álvaro: “La estabilidad laboral de los trabajadores de dirección y de confianza”. En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Volumen 14, Número 122. Noviembre 2008. 243-249.

Ahora bien, resulta necesario también rescatar el argumento esgrimido por Mendo Rubio, quien menciona que 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.¹⁷

El repaso de ambas posiciones doctrinarias, nos obliga a asumir una postura particular al respecto, opinando a favor de una “teoría mixta”, pues debemos rescatar lo señalado por ambos autores en particular, ya que la “confianza” debe materializarse no solo en el plano netamente funcional, sino también en el plano personal, pues han sido las características particulares de dicho trabajador, las que han determinado que adquiera aquel *estatus* laboral dentro de la empresa.

En nuestro medio, resulta bastante ilustrativo el aporte que realiza Álvaro García Manrique quien afirma que el personal de confianza es aquel que, en buena cuenta, “maneja información clasificada”, citando a modo de ejemplo los asesores de gerencia general (legal, contable, financiero y/o comercial), con quienes se pacte una relación de dependencia, los asistentes y la propia secretaria de gerencia, las personas que ocupan altas jefaturas, (jefe de ventas, jefe de personal), entre muchos otros, que sin tener la responsabilidad directa en la decisiones que dirigen el negocio, manejan información confidencial y ayudan a fijar los lineamientos corporativos¹⁸.

En ese mismo orden de ideas se tiene lo señalado en la revista Análisis Laboral, en la que se precisa que el elemento esencial para calificar a un trabajador como de “confianza”, es laborar en contacto

¹⁷ MENDO RUBIO, Celso. citado por BRIONES QUISPE, Milko. “Algunas particularidades en relación a los trabajadores de confianza”. En. *Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional. Libro del II Congreso Nacional de la SPDTSS*. Noviembre 2006. 591-596.

¹⁸ GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. “La estabilidad laboral de los trabajadores de dirección y de confianza”. En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Volumen 14, Número 122. Noviembre 2008. pp. 243-249.

personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, bajo cualquiera de las situaciones siguientes: a) La labor permite tener acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales: No solamente se ha calificado al trabajador como de confianza por conocer la información señalada, sino que sus labores implican el manejo y operación de tales secretos. Además, la empresa debe tener cuidado de calificar la información como “secreta” para que opere esta norma, de lo contrario podría ser cuestionada; en general la labor que desarrolla el trabajador permite operar información de carácter reservado. b) Adicionalmente, también se considera trabajadores de confianza a quienes en razón de su prestación de servicios contribuyen a la formación de las decisiones empresariales. En este caso se requiere, según la ley, que las opiniones que viertan los funcionarios o sus informes sean presentados directamente al personal de dirección. En otras palabras, este alcance comprende a los asesores, especialistas y expertos que desempeñan labores de asesoría. Se puede ubicar en este rango a los Jefes de Sección o de Departamento, según sea el caso, que dependen de los Gerentes de Área¹⁹.

Por otro lado, Toyama²⁰, no duda en considerar en esta categoría a los abogados, contadores, auditores, que no ocupan cargos de dirección (en concreto los abogados del área legal que laboran bajo la dirección del jefe de área, que es un personal de dirección), los asistentes de los directores (incluyéndose a la secretaria del directorio)²¹, etc.

Ahora bien, como anoté en un inicio, en nuestro país, el ordenamiento jurídico laboral establece una clasificación del género de trabajadores de confianza y define de forma específica a quienes se considera “trabajadores de dirección” y quienes son “trabajadores de confianza”. En efecto, el TUO-LPCL, establece taxativamente en su artículo 43º lo siguiente: “Se consideran como trabajadores de confianza

¹⁹ Cfr. ANÁLISIS LABORAL. *Aspectos Socio económicos y jurídicos*. Lima. 2006. Obtenido en http://www.aele.com/img_upload/d47e3411833fe9ac4875a4a28c842a56/06.12_AL.pdf. pp. 18-22.

²⁰ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge citado por DEL RIO TIMANÁ, Dalia. “El régimen laboral privado del personal de dirección y de confianza en la jurisprudencia peruana”. En *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*. Volumen 7. 2006. 331-345.

²¹ STC del 13 de noviembre del 2007. {Expediente número 08257-2006-PA/TC}, [Ubicado el 06.08.09]. Obtenido en www.tc.gob.pe

a 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. Del mismo modo, se califica como tales a aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales”. De igual modo, la norma reglamentaria, a través del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo -aprobado mediante D.S. N° 001-96-TR [**en adelante RLFE**], regula la relación del trabajador de confianza en sus artículos 28°, 59, 60° y 61°.

Finalmente, refiriéndonos a proyectos de ley, resulta oportuno hacer alusión al Proyecto de la Ley General de Trabajo, el cual ya no mantiene la remarcada distinción entre trabajadores de confianza y de dirección, eliminándose la primera expresión y dejando subsistente solo la segunda, manteniendo el nombre de “personal de dirección”. Así, en el Capítulo IV -denominado “Personal de Dirección”- del Título IV -denominado “Condiciones Generales de Trabajo”- se incluye al artículo 318°, que contiene la misma definición de “personal de dirección” esbozada en el artículo 43° del TUO-LPCL. Por su parte, en el artículo 319° -inc. 6- de dicho proyecto de ley, se señala: “(...) En el caso del gerente general, las condiciones relativas a su cese, incluido el monto de las indemnizaciones por despido, se fijan en el contrato individual de trabajo. La Ley se le aplica solo supletoriamente, en defecto de estipulación expresa”²².

²² Al respecto, nos remitimos a la enlace web del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo: http://www.mintra.gob.pe/LGT/cuadro_comparativo_LGT_23_02_2012.pdf, el cual da cuenta de los siguientes artículos dentro del Proyecto de la Ley General de Trabajo:

“Artículo 318°.- Personal de dirección

Personal de dirección 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 aquél las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial. Su calificación corresponde al empleador, el cual la pone en conocimiento de la autoridad de trabajo y del interesado; la falta de calificación formal no es impedimento para aplicarle las reglas especiales que le corresponden, si de la naturaleza del cargo se desprende objetivamente su condición. Si el trabajador discrepara de su calificación, puede recurrir contra ella a través del procedimiento administrativo trilateral, dentro de los treinta (30) días naturales siguientes de haber sido informado.

Artículo 319°.- Régimen del personal de dirección

Al respecto, la Comisión de Expertos encargada de revisar dicho proyecto legislativo, incorporó aquella regulación expresa para el régimen del gerente general, además de descartar la inclusión del artículo 321°, el cual señalaba: “Las condiciones relativas al cese de personal de dirección, que como mínimo serán las que determine la ley, incluyendo el monto de la indemnización por despido se fijan en el contrato individual de trabajo, el mismo que debe constar por escrito con la firma del trabajador legalizada notarialmente a fin de acreditar la fecha de suscripción. A falta de acuerdo de partes se aplica la Ley²³.”

1.3. Principales características

1.3.1 Formas de acceder a un puesto de dirección o de confianza

Existen dos formas para acceder a un puesto de dirección o de confianza: por acceso directo o por promoción. El acceso directo, como su nombre lo indica, origina que se acceda al cargo de dirección o de confianza desde el inicio de la relación laboral, ello se debe en la mayoría de los casos al prestigio o capacidad con que cuenta dicha persona, que lo vuelve idóneo para ocupar un cargo de tal envergadura, en esos casos se tiene que el trabajador es contratado específicamente para cumplir funciones propias del personal de dirección o confianza, teniendo pleno conocimiento de lo que ello implica.

El régimen del personal de dirección está regulado por las normas especiales siguientes: 1. En materia de jornada, no está sujeto a la jornada máxima legal. 2. En caso de vacaciones no gozadas, no tiene derecho a la indemnización prevista en el artículo 301°, salvo que conste que la falta de descanso se produjo por orden expresa del empleador. 3. El otorgamiento de cualesquiera beneficios de carácter individual o personal debe constar en el contrato de trabajo. 4. No puede integrar el sindicato de empresa, salvo que el estatuto del mismo expresamente lo permita. 5. No se le aplican las estipulaciones de los convenios colectivos, salvo que pertenezca a un sindicato que admita su afiliación. 6. En el caso del gerente general, las condiciones relativas a su cese, incluido el monto de las indemnizaciones por despido, se fijan en el contrato individual de trabajo. La ley se le aplica solo supletoriamente, en defecto de estipulación expresa”.

²³ Cuadro resumen del contenido del “Proyecto de Ley General de Trabajo”. Obtenido en http://www.mintra.gob.pe/LGT/cuadro_comparativo_LGT_23_02_2012.pdf

De otro lado, el acceso por promoción, sucede cuando el trabajador es contratado inicialmente para desarrollar una labor común u ordinaria, pero que posteriormente, debido a factores indistintos, como por ejemplo la creación de una dependencia nueva o el retiro de algún trabajador que ocupaba un puesto de confianza, es ascendido o promovido por el empleador.

En lo que respecta al despido del trabajador de dirección y de confianza, la importancia de conocer las dos vías mediante las cuales se puede acceder a un puesto de esta naturaleza, radica en que la consecuencia jurídica no es la misma en uno u otro caso.

1.3.2 Procedimiento para calificar a un trabajador de dirección y de confianza

Para calificar a un trabajador como personal de dirección o de confianza se procederá de la siguiente manera:

- a) Se identificará y determinará los puestos de dirección y de confianza de la empresa, de conformidad con la Ley;
- b) Se 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) Se consignará en el libro de planillas y boletas de pago la calificación correspondiente²⁴.

Este tema en particular trae a colación una de las principales características del personal de dirección y confianza: la aplicación irrestricta del principio de primacía de la realidad (un aspecto fundamental para la jurisprudencia actual). Y es que, en caso se haya inobservado alguno de estos requisitos, más en la realidad de los hechos se demuestra que el trabajador desempeñaba realmente un cargo de dirección o confianza, el mencionado procedimiento

²⁴ Artículo 59° del D.S. 001-96-TR: Reglamento de Ley de Fomento al Empleo.

quedará relegado a una simple “formalidad”, tal y como lo deja establecido el artículo 60° del RLFE.²⁵

Esta corriente ha venido siendo asumida a nivel internacional. Así, en España es común hablar cada vez más -a nivel de tribunales- de la “*irrelevancia del nomen iuris*”, un precepto que cerciora lo irrelevante de la denominación que las partes adjudiquen a la relación jurídica, pues la calificación de un cargo de “alta dirección” debe depender de la realidad de las circunstancias en que se desarrolle y no de los términos lingüísticos que las partes apliquen²⁶.

1.3.3 Otras características del trabajador de dirección y de confianza delimitadas a nivel jurisprudencial

El TC peruano ha dejado establecido, en la sentencia emitida el 15 de marzo del 2007, con ocasión del Expediente 3501-2006-PA/TC, que la labor de un trabajador de confianza (aunque el fallo hace alusión exclusiva a dicho personal se anotan también caracteres propios del trabajador de dirección, lo cual provoca confusión al respecto de ambos conceptos), trae inserta ciertas particularidades, las mismas que son precisadas en el Fundamento 11:

“(....)

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:

(....)

- 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

²⁵ Artículo 60 del D.S. 001-96-TR: “*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*”.

²⁶ Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de marzo de 1990 y Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 14 de octubre de 1992.

de quien lo contrata, de tal forma que sus actos merezcan plena garantía y seguridad²⁷.

- c) Dirección y dependencia; es decir que pueden 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 principal²⁸.

(.....)

- 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 D.S. N° 010-2003-TR TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece que los trabajadores de dirección y de confianza no pueden ser miembros de un sindicato, salvo que en forma expresa el estatuto de la organización sindical lo permita.

(....)

- g) El periodo de prueba puede tener una mayor extensión, pues este se puede extender hasta por seis meses, incluyendo el periodo inicial de tres meses para el personal de confianza y en caso de ser personal de dirección hasta por un (01) 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 D.S. 007-2002-TR, TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en sobre-tiempo, 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 D.S. N° 004-2006-TR en su artículo 1° último párrafo²⁹.

²⁷ De acuerdo al concepto antes esbozado, ambas características serían atribuibles al personal de dirección únicamente y no al personal de confianza.

²⁸ Estas atribuciones, al menos la referida a las “funciones directivas” son -en exclusiva- propias de los trabajadores de dirección, más no de los trabajadores de confianza.

²⁹ Este último artículo hace alusión únicamente al personal de dirección.

- i) No tienen derecho a una indemnización vacacional. El D.S. 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 D.Leg. N° 713, no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional...*”³⁰.

La misma jurisprudencia constitucional se ha encargado de difundir lo que a la fecha se ha convertido en una -sino la más importante- característica que le asiste a un trabajador de dirección y confianza; a tal punto que se ha instituido como una suerte de precedente autónomo sobre el cual la jurisprudencia actual incide de manera enérgica: *el retiro de la confianza al trabajador de dirección y confianza*, aspecto que se analizará seguidamente.

1.4. El retiro de la confianza al trabajador de dirección y confianza

1.4.1 El derecho a la estabilidad laboral del trabajador de dirección y confianza

Reservado para un apartado posterior el análisis del “retiro de confianza” como figura jurídica autónoma, es menester hacer alusión inicialmente a un criterio patrocinado por la doctrina dominante, el cual sostiene que los trabajadores de dirección y confianza, al estar sujetos al régimen de la actividad privada, son pasibles de las causales de extinción del contrato de trabajo previstos a nivel legislativo. En ese sentido, a la par de cualquier trabajador, el despido emerge como una -sino la más frecuente- causa de extinción del vínculo laboral.

³⁰ Este último artículo hace alusión únicamente al personal de dirección y no al personal de confianza. Se debe destacar, además, en el caso del no acceso a la indemnización vacacional de los trabajadores de dirección, cabe un supuesto de excepción, ello cuando se verifica que dicho trabajador está en aptitud de decidir la oportunidad de su descanso vacacional y tal facultad no se encuentra supeditada a una autorización de algún organismo superior en el seno de la empresa. (Ver Casación 2076-2005-LA LIBERTAD y Casación 2306-2004-LIMA; ambas publicadas el 05 de enero del 2007 en el Diario Oficial “El Peruano”).

En efecto, para el restrictivo grupo de trabajadores que conforman la élite de los denominados trabajadores de dirección y de confianza de una empresa, esta situación extintiva del vínculo laboral, no resulta disímil a la realidad vivida por los trabajadores integrantes de una relación laboral ordinaria.

No obstante, debido a la singularidad propia de este concepto, en el caso de los trabajadores de dirección y confianza, la gran discordancia que se origina con respecto del despido, radica en el hecho de la protección que se les brinda a este tipo de trabajadores contra el denominado “*despido arbitrario*”, concepto que más allá de su arraigo constitucional, cobró vigencia a raíz de los prolijos fallos emitidos por el TC (Caso Telefónica, Caso Llanos Huasco, Caso Baylón Flores)³¹.

Pero adentrándonos a la realidad de este concepto (protección contra el despido arbitrario), resulta importante traer a colación algunos alcances sobre la estabilidad laboral de los trabajadores de dirección y confianza, ello a propósito de la evidente conexión de ambos conceptos. Al respecto, afirmaremos que sí existe una evidente diferencia entre dicho grupo de trabajadores y los trabajadores sujetos a un régimen “ordinario”, pues los primeros (trabajadores de dirección y de confianza), no gozan de la protección instituida a título de estabilidad laboral absoluta, salvo - como veremos más adelante- cuando se configure un “despido nulo”.

Sobre el término estabilidad laboral en general, convengo con la postura adoptada por Del Águila Vela³², en el extremo de señalar que tras la entrada en vigencia de la Ley N° 25327, mediante la cual el Ejecutivo expidió el Decreto Legislativo N° 728 (Ley de Fomento al Empleo), modificada innumerables veces, entre ellas el 29 de Julio de 1995 con la promulgación de la Ley N° 26513; la ola

³¹ Sentencias del Tribunal Constitucional emitidas con ocasión de los Expedientes: Expediente N° 1124-2001-AA/TC (Caso Telefónica); Expediente N° 976-2001-AA/TC (Caso Llanos Huasco) y Expediente N° 0206-2005-PA/TC (Caso Baylón Flores).

³² DEL AGUILA VELA, Robert. “Los alcances de la protección contra el despido arbitrario en la jurisprudencia constitucional”, en *Diálogo con la Jurisprudencia*. Tomo 50. Noviembre 2002, 167-182.

“flexibilizadora” de la legislación laboral comportó un cambio de tendencia en nuestro medio. Así, de una “estabilidad absoluta” se viró hacia un régimen de protección “mixto”, consistente en la vigencia de la estabilidad absoluta solo para los supuestos de nulidad de despido (atenuada por la posibilidad de optar, en la ejecución de sentencia, por el cobro de una indemnización en lugar de la reposición efectiva) y en la consagración de una estabilidad laboral relativa, cuando se trate de los denominados despidos arbitrarios (vale decir aquellos que no obedecieron a causa justificada o en los que esta no pudo ser acreditada en la vía judicial). Este aspecto fue consagrado y a su vez ampliado -por el TC- en reiterados pronunciamientos, mediante los cuales se introdujeron dos supuestos más de reposición, para el caso de los denominados despidos incausados y despidos fraudulentos (estos últimos con la salvedad de recurrir al mecanismo constitucional del amparo), declarando consecuentemente, la inaplicación de la primera parte del segundo párrafo del artículo 34° del TUO-LPCL, por considerar que el establecimiento de la indemnización, como única reparación tras comprobarse un despido de esta naturaleza (estabilidad relativa), contraviene el mandato constitucional o, citando textualmente al colegiado: “(...) *porque vacía de contenido este derecho constitucional*”³³, de brindar al trabajador protección adecuada contra dicha clase de actos. Este último argumento determinó para algunos, en vía de interpretación también, retornar al esquema de “estabilidad laboral absoluta”³⁴.

Sobre la base de dicho enunciado, podríamos concluir que *a priori* estos trabajadores también gozan de una estabilidad laboral mixta, sin embargo, por la propia naturaleza del cargo, dicha realidad no puede resultar análoga a la de los trabajadores sujetos a un régimen “ordinario”, si no que -en su caso particular- aquella estabilidad mixta quedará “relativizada”. A saber, por qué:

A pesar de que este régimen de trabajadores llega a ser reconocido como “especial”, tanto por la doctrina dominante como

³³ Fundamento 12-a de la Sentencia del TC emitida con ocasión del Expediente Expediente 1124-2001-AA/TC [en adelante Caso Telefónica].

³⁴ Cfr. DOLORIER TORRES, Javier. “Protección contra el despido arbitrario”; *La Constitución comentada: análisis artículo por artículo*. 1ra. Edición. Gaceta Jurídica. 2005, p. 561.

por reiterada y uniforme jurisprudencia³⁵, no es menos cierto que aquellos ocupan propiamente -y valga la redundancia- el *estatus* de un trabajador, no pudiendo por tanto, ser eximidos de la titularidad del bagaje de derechos reconocidos por la Carta Magna de manera expresa. Dicha premisa parte de la teoría de que, la particularidad del cargo que desempeña un trabajador de dirección o de confianza, o las atribuciones conferidas a dichos trabajadores, no pueden representar un pretexto para poder afectar derechos de orden *supra* legal, los cuales al ser inherentes a su condición de persona humana, se mantienen inalterables; ello en comunión con lo dispuesto en el artículo 23° de la propia Carta Magna³⁶. La excepción a dicha regla, se configuraría en aquellos casos (específicos), en los que exista una norma o un pronunciamiento jurisprudencial particular, que desarrolle la aplicación del derecho constitucional concreto para aquel grupo de trabajadores.

En ese orden ideas, se debe incidir en que el trabajador de dirección y de confianza sí puede ser titular de una medida restitutoria (estabilidad absoluta) y ello ocurrirá cuando el despido se origina por su mera condición de afiliado a un sindicato o por su participación en actividades sindicales (cuando el estatuto lo permita); por discriminación, ya sea de índole sexual, racial, religiosa u de otro aspecto; por su estado de embarazo (esto en el caso evidente de una mujer y con las salvedades propias de la norma laboral especial); por ser portador del VIH (de conformidad con la Ley N° 26626) o por su discapacidad física o mental (de conformidad con la Ley N° 27050); lo que instantáneamente nos lleva a concluir que se encuentra sujeto a las reglas de carácter clasificatorio, previstas por el TC en el caso Llanos Huasco, lo que

³⁵ Cfr. TRELLES GARRIDO LECCA, Carlos Arturo: “Aspectos relevantes sobre el régimen jurídico de los trabajadores de alta dirección. Los socios-empleados y la contratación de gerentes”, en *Ita Ius Esto*. Año N° 2, N° 04. Noviembre 2012, p. 208.

³⁶ Artículo 23° de la Constitución Política del Perú señala: “...*Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador...*”; un enunciado que se ha convertido, a decir del propio colegiado, en la piedra angular de todo vínculo laboral. Cfr. STC del 11 de julio del 2002. {Expediente número 1124-2001-AA/TC}. Fundamento Séptimo.

a su vez nos permitiría definir ese tipo de despido como un “despido nulo”³⁷.

Pero como a lo largo de la presente investigación, la especialidad del régimen al que están sujetos los trabajadores de dirección y confianza, nos conduce a dar un enfoque distinto a este apartado, conviniendo fundamentar la “relatividad de esta teoría”, característica sobre la cual nos hemos referido también al inicio. Así, de acuerdo a la inestable tendencia jurisprudencial instaurada por el TC para estos casos, la estabilidad mixta -aludida anteriormente- se relativizará en los supuestos donde no se llega a configurar un despido nulo, puesto que, a diferencia de los trabajadores sujetos al régimen “ordinario”, cuando el de dirección o confianza invoque un despido fraudulento o uno incausado (sea cual fuere la vía procedimental utilizada), no podrá ser objeto de una reposición, sino únicamente de una medida de índole resarcitoria, convirtiéndose su trato en disímil al del resto de trabajadores.

Este tratamiento particular y diferenciado, esgrimido sobre la base de una “...especial configuración y naturaleza de aquella relación jurídica contractual con el empleador (cargo de confianza)”, es admitido -y aprobado- a través del considerando Décimo Tercero de la Casación N° 3636-2010-CUSCO³⁸.

³⁷ Como se sabe, en este caso el Tribunal Constitucional peruano, redefinió los conceptos plasmados en la sentencia del caso Telefónica, instaurando una clasificación tripartita de los despidos: a) el Despido Nulo; b) el Despido Fraudulento; y c) el Despido Incausado.

³⁸ Considerando Décimo Tercero de la Casación N° 3636-2010-CUSCO: “(...) En tal virtud, y al ostentar dicha condición (refiriéndose a que el trabajador ocupa un cargo de confianza), es claro que la designación -y su eventual reposición en el mismo- cuya atribución es facultad exclusiva de la empleadora, no puede ser impuesta por mandato judicial, pues por la especial configuración y naturaleza de aquella relación jurídica contractual con el empleador, sustentada primordial y principalmente en la *fiducia*, que además de sustentarlo justifica su existencia y calificación, implica que esta categoría de trabajadores -como el caso del demandante- no incorporen a su patrimonio de derechos subjetivos el de la permanencia en la categoría o clasificación profesional de la labor de dirección o confianza”.

1.4.2 La naturaleza del denominado retiro de la confianza al trabajador de dirección y confianza:

Como dato introductorio, me resulta interesante transcribir la apreciación de Amaro, quien en una práctica composición, alude a la situación contractual del personal de dirección y de confianza, señalando que debido a la naturaleza de su labor, la cual contiene la facultad de supervisar el cumplimiento de los objetivos de su institución, desarrollándose además en forma directa con relación a las órdenes de su empleador, aquella se asemeja a la espada de Damocles, pues si bien este personal se encuentra ligado por la confianza, la sola ausencia de ésta, desde la perspectiva intuitivamente subjetiva del empleador, sería causal de su falta de capacidad o potencial para el cumplimiento de los objetivos de la empresa³⁹, pudiendo así ser despedido sin más.

Pero este “método” con que el empleador promueve la extinción del vínculo laboral del trabajador de dirección y de confianza, se viene revalidando también por la doctrina extranjera, claro está ajustándose a sus propios parámetros. Siempre refiriéndonos al caso español, *a priori*, se puede señalar que aquella ausencia de confianza, denominada por la legislación ibérica como “*desistimiento empresarial o del empresario*”, se configura como una situación absolutamente abstracta (o en palabras de David Montoya: un factor altamente subjetivo)⁴⁰, la cual deriva -valga la redundancia- de la recíproca confianza existente entre las partes y que emerge como una característica esencial de esta relación especial. Aquel tipo de vinculación contractual, conjuntamente con la relación laboral del personal al servicio del hogar familiar, son las únicas receptoras de dicha característica y por ende, al desaparecer la confianza que la sustenta, se desvanece con ella el vínculo laboral del alto directivo⁴¹.

³⁹ Cfr. AMARO RUBINA, Jorge Enrique. “El despido en los trabajadores de confianza. Apreciaciones de la jurisprudencia constitucional sobre la amistad y la productividad”. En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Volumen 14, Número 124. Enero 2009.p. 288.

⁴⁰ Cfr. MONTOYA MEDINA, David. *La extinción del contrato de trabajo del alto directivo*. 1ra. Edición. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2008, p. 23.

⁴¹ Cfr. ALEMANY ZARAGOZA, Eduardo. *Op. Cit.*, pp. 108-109.

La jurisprudencia nacional no podría resultar ajena al tratamiento de este tema. Siendo predominante, aunque errado como ya tuvimos ocasión de fundamentar, admitir que el trabajador de dirección y confianza solo puede ser sujeto pasivo de una estabilidad laboral relativa, esta tendencia ha sido consolidada (y de qué manera) en la sentencia del TC emitida con ocasión del Expediente 3501-2006-PA/TC (Caso Banco Central de Reserva del Perú), señalando que: “la pérdida de confianza que invoca el empleador, constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo, a diferencia de los despidos por falta grave, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva”.⁴²

Aquel criterio jurisprudencial, ha sido adoptado por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, al momento de fundamentar dos sentencias casatorias de reciente data⁴³. Dichas sentencias casatorias, dan cuenta de conclusiones completamente disímiles entre sí, ello en relación a la posibilidad de “otorgar una indemnización a los trabajadores de confianza que hayan sido víctimas de un despido arbitrario, el cual se fundamente -únicamente- en el retiro de la confianza, como causal para extinguir el vínculo laboral”⁴⁴.

Ahora bien, adentrándonos en el tema de fondo, no pretende ponerse en tela de juicio el criterio esgrimido por el Tribunal Constitucional, en el extremo de indicar que, pese a no ser

⁴² Véase Fundamento Décimo Primero, apartado f) primera parte.

⁴³ Casación Laboral N° 18450-2015-LIMA del 23 de agosto de 2016 y Casación Laboral N° 3106-2016-LIMA, publicada en el Diario Oficial El Peruano el día 30 de mayo de 2017.

⁴⁴ La controversia al respecto de ambos criterios adoptados -sucesivamente- por el Colegiado Supremo, ha sido desbordante. Sobre el particular, expertos laboristas han señalado que con la Casación N° 3106-2016-Lima, el colegiado retoma el criterio histórico de la Corte Suprema de Justicia, mediante el cual se establece que corresponde otorgar indemnización por despido arbitrario al personal despedido por retiro de confianza; precisando que la Casación N° 18450-2015 no generó un cambio de criterio en la Corte Suprema de Justicia, sino que más bien esta es una resolución de carácter excepcional. Al respecto, véase: <http://www.elperuano.pe/noticia-el-retiro-confianza-genera-pago-una-indemnizacion-58151.aspx>

considerada una falta grave⁴⁵ -de allí su rango subjetivo- la “pérdida de la confianza” resulta ser en este caso en particular un argumento admisible para dar por finiquitada la relación laboral. Así lo ha entendido el propio TC⁴⁶, lo cual concuerda con el estudio realizado por la doctrina española, pues equiparando esta figura extintiva con el denominado “*desistimiento empresarial*”, al respecto de este último se precisa que: “ningún reproche de ilicitud merece que el empresario, con el fin de extinguir el contrato de trabajo, opte por el desistimiento, cualquiera que fuese la causa de tal decisión (que bien pueden incluir las causas disciplinarias). Entenderlo de otro modo, conduciría al contrasentido de tener que efectuar un constante juicio de causalidad sobre una declaración de voluntad del empresario que tiene, por definición, naturaleza no causal y a la que el ordenamiento jurídico atribuye, por sí sola, plenos efectos extintivos sobre la relación laboral”.⁴⁷

Pese a que el TC no lo menciona expresamente, el “retiro de la confianza” puede llegar a ser considerado como una especie de despido, dado el efecto extintivo del vínculo laboral que provoca, en concordancia con los efectos que producen las causales previstas en el artículo 16° del TUO-LPCL. Ahora bien, en la legislación laboral española, el “desistimiento empresarial” viene a ser la ruptura del vínculo laboral de un trabajador considerado como “alto directivo”, vale decir que solo opera como causa extintiva en lo que a este tipo especial de trabajadores se refiere. Recordemos que, en España, este régimen particular de trabajadores se encuentra regulado por el Real Decreto 1382/1985. Así, este cuerpo normativo reseña todos los aspectos relativos a este personal; desde los elementos que determinan la existencia de un vínculo especial de esta naturaleza, pasando por las formas de acceder a un cargo de tal magnitud, incluyendo además los requisitos formales que un contrato de esta naturaleza debe contener, así como también aspectos relacionados a las faltas y sanciones que se podrán imponer, la jurisdicción competente para dirimir conflictos

⁴⁵ Sobre esta aseveración resulta contundente la STC del 27 de marzo del 2002 emitida con ocasión del Expediente N° 0360-2000-AA/TC. Fundamento Segundo.

⁴⁶ STC del 13 de noviembre del 2007 emitida con ocasión del Expediente N° 08257-2006-PA/TC. Fundamento Décimo.

⁴⁷ MONTOYA MEDINA, David. *Op. Cit.*, p. 32.

referidos a su aplicación y, por supuesto, las causas de extinción del vínculo laboral⁴⁸.

En lo que a este último aspecto se refiere, resulta ilustrativo hacer referencia a las tres situaciones que contempla el Real Decreto como formas de extinguir el vínculo laboral del “alto directivo”⁴⁹: a) Por voluntad del alto directivo (denominado dimisión, lo que equivaldría a una renuncia en nuestro ordenamiento jurídico); b) Por despido disciplinario, cuando se configura alguna de las causales contempladas en el artículo 54 del Estatuto de los Trabajadores español, tal es el caso del apartado d), transgresión de la buena fe contractual y abuso de confianza; y, c) Por desistimiento empresarial (el mismo que se encuentra regulado en el artículo 11. 1 del Real Decreto).

Justamente esta última figura jurídica (desistimiento empresarial), se asemeja bastante al denominado en el Perú como “retiro de la confianza”. Las similitudes saltan a la vista y es que ambas se aplican exclusivamente al vínculo laboral del personal de dirección y de confianza (alto directivo en España); ambas se basan en la exclusiva voluntad del empresario; en ambos casos la causa del despido, para efectos extintivos, resulta jurídicamente irrelevante y ello debido a la recíproca confianza existente entre las partes, la cual es fundamental en una relación de esta magnitud.

A su turno, las diferencias son también marcadas entre ambas. Así, encontramos que la más importante -sin duda- es su regulación normativa especialísima en España, lo que en el caso del Perú no sucede, habiéndose configurado la misma a través de la

⁴⁸ La particularidad de este dispositivo legal radica en su aplicación irrestricta sobre la relación laboral del alto directivo, siendo de aplicación supletoria las demás normas del Derecho Laboral, incluido el Estatuto de los Trabajadores, solo en el caso de existir una remisión expresa dentro de la norma o en su defecto un acuerdo expreso entre las partes. La denominada “subsidiaridad”, sí se presenta en cambio en lo que respecta a la legislación civil o mercantil, lo cual se aplica en defecto de una regulación normativa o consuetudinaria.

⁴⁹ Existe una adicional referida igualmente a la extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección, pero que es normada por la Ley 22/2003 (Ley Concursal), la misma que en un título (III) aborda justamente la cuestión relacionada con los efectos que la declaración de concurso produce sobre el contrato laboral ordinario en general y sobre el contrato del alto directivo en particular.

jurisprudencia, con carácter interpretativo del artículo 43° y 44° del TUO-LPCL. Como otra arraigada diferencia, se tiene también el hecho de la diferencia de su regulación supletoria, pues en el caso del país ibérico rigen las reglas del Derecho Civil y Mercantil, reguladoras del contrato de mandato (remitiéndose a la libre rescisión contractual a instancia del mandante civil o del poderdante mercantil)⁵⁰, mientras que en caso peruano, la norma aplicable es por excelencia laboral. Como colofón encontramos una de las más significativas diferencias, como son los efectos que su configuración ocasionará en el interior de la relación de trabajo. Siendo así y descartado de plano la consecuente extinción del vínculo laboral especial, nos referimos a otros efectos como:

- a) El derecho del trabajador a reanudar la relación laboral previa, en caso de que se haya accedido al puesto de dirección o de confianza por promoción interna, un aspecto plasmado taxativamente por el Real Decreto español; que si bien no es adoptado a nivel legislativo en nuestro país, viene siendo admitido de manera uniforme a través de autorizada jurisprudencia; y,
- b) El origen de un derecho a favor del trabajador “afectado”, derecho que está referido al pago de una indemnización y que se configura cuando el empleador decida dar por concluida la relación laboral de alta dirección, sobre la base de aquel dispositivo legal.

En ese orden de ideas, para los fines de la presente investigación, resulta trascendental indagar sobre la naturaleza y la definición de la figura jurídica denominada “retiro de la confianza”. La tendencia jurisprudencial a cargo del TC se ha encargado de suscribir una manifiesta contradicción al respecto, señalando que tal situación no se constituye como una causa de despido, sino como una causa de extinción del vínculo laboral. Al respecto y de forma preliminar, podríamos considerar que dicha teoría deviene en incorrecta, pues al tratarse de una decisión unilateral e inconsulta del empleador, reúne las condiciones para ser considerado como un despido, máxime si tomamos en cuenta el sentido amplio del

⁵⁰ Artículo 1732° del Código Civil y 290° y 291° del Código de Comercio.

término. Siendo así, admitiendo -por un momento- que nos encontramos ante un despido propiamente dicho, el que este se sustente en el denominado retiro de la confianza, lo convierte en arbitrario, en la medida que dicha figura no resulta ser una causa justa, requisito *sine quanon* para que el despido sea considerado legal. No obstante, por la calidad del cargo, basado en la temporalidad y patentado sobre la base de la recíproca confianza, solo cabría la indemnización.

Pero, analizando el fondo del asunto, a nuestro entender, el “retiro de la confianza” resulta ser en realidad un ente extintivo del vínculo laboral especial, más no un despido en estricto, ya que aunado a la falta de “causalidad” de aquel enunciado, encontramos que solo el despido es capaz de extinguir definitivamente la relación laboral, algo disímil en el caso del retiro de la confianza, pues tras configurarse el mismo cabe la posibilidad de que el trabajador afectado retorne a su puesto de labores ordinario, un supuesto inadmisibles al consumarse un despido por falta grave. Sin embargo, aquel “ente extintivo”, al no estar regulado válidamente como tal en el ordenamiento jurídico, ocasiona una vulneración al derecho del trabajo del trabajador de dirección y de confianza, generándose con ello la necesidad de implementar un régimen de protección especial, el cual debería involucrar dos alternativas:

- a) El retorno al puesto ordinario (en caso de promoción al cargo directriz); o,
- b) El pago de una indemnización (en caso de acceso directo a dicho cargo).

Debemos indicar que la postura indicada en el literal b), señalado en el párrafo anterior, se contrapone con la adoptada (recientemente) en el Pleno Jurisdiccional Distrital Laboral de Lima-2017. Dicho Pleno, en lo relativo al Tema N° 01, al plantearse la siguiente pregunta ¿Corresponde el pago de una indemnización por despido arbitrario a favor de los trabajadores de confianza?, adopta como “ganadora” a la tercera ponencia, bajo la siguiente premisa: “No le corresponde el abono de la indemnización por despido arbitrario únicamente en el caso de los trabajadores de exclusiva confianza, en cuanto, conforme el

segundo párrafo del artículo 44° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, en la designación o promoción del trabajador la ley no ampara el abuso de derecho o la simulación”⁵¹.

⁵¹ Sobre el particular debemos destacar lo señalado por el tratadista nacional César Puntriano Rosas, quien advierte que los Vocales Laborales han votado por mayoría a favor de una ponencia, acogiendo como pauta lo señalado en la Casación N° 18450-2015-LIMA, la cual -como señalamos- contiene un criterio jurisprudencial de corte “excepcional” y que ha sido modificado posteriormente, mediante la Casación N° 3106-2016-LIMA. Agrega, creemos que con acierto, que no existe impedimento para que un Juez se aparte de manera razonada del contenido del Pleno, en tanto no constituye un precedente vinculante, siendo que su aplicación -en todo caso- solo sería en la Corte Superior de Justicia de Lima. Obtenido en: <http://laley.pe/not/4716/el-retiro-de-confianza-como-causal-de-depido>.

CAPÍTULO 2

LOS ACTOS DE HOSTILIDAD (REDUCCIÓN INMOTIVADA DE CATEGORÍA Y DE REMUNERACIÓN)

2.1 Aspectos generales

La naturaleza jurídica del contrato de trabajo, se pone de manifiesto al abordar los dos componentes que serán materia de estudio en el presente capítulo: la categoría laboral y la remuneración. Ambas figuras, la primera de forma indirecta y la segunda de forma directa, se relacionan con el tridente característico de toda relación laboral, identificada como una prestación personal de servicios, subordinada y remunerada, características que marcan la diferencia con cualquier otra relación contractual.

En efecto, la típica asimilación de una categoría contractual, en este caso la de un “contrato con prestaciones recíprocas, oneroso y conmutativo”, no puede ser empleada para efectos de delimitar el contrato laboral, y es que como bien lo señala Messineo, estamos ante una “figura intermedia”, dado que el carácter fundamentalmente conmutativo de este tipo de contratos, presenta factores aleatorios⁵², en la medida que como parte de las vicisitudes propias de su ejecución, tanto el

⁵² MESSINEO, citado por Pizarro Díaz, Mónica en *La Remuneración en el Perú (Análisis Jurídico Laboral)*. 1ra. Edición. Lima. Estudio Gonzales & Asociados. Consultores Laborales SAC. 2006, p. 41.

empleador como el trabajador, se encontrarán con situaciones de incertidumbre, las cuales pueden generar variantes de distinto calibre, provocando la mutación del contrato e inclusive su culminación⁵³; situación que es perfectamente descrita por el tratadista nacional Elmer Arce Ortiz, quien señala que el contrato de trabajo, al tener un cumplimiento más o menos prolongado e ininterrumpido en el tiempo, provoca permanentes alteraciones de circunstancias⁵⁴.

Pero si de relación contractual hablamos, queda claro que por más particularidades que pueda presentar, el contrato de trabajo guarda similitudes con los contratos “tipo”, puesto que genera -para ambas partes contractuales: empleador y trabajador- derechos y obligaciones, siendo que el incumplimiento de estas últimas, por alguna de las partes, otorgan prerrogativas a favor de su contraparte, a efectos de concluir el vínculo contractual. Para ambas partes del contrato, se encuentra definido un mecanismo legal, que les permite accionar en tal sentido. Así, ante el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del trabajador, se tiene la figura del despido (además de otras medidas disciplinarias menos severas) y en caso que el incumplimiento de las obligaciones contractuales sea de parte del empleador, la normativa laboral peruana ha regulado la posibilidad de denunciar los denominados “actos de hostilidad”.

El antecedente legislativo internacional a nivel de habla hispana, que alude al término Actos de Hostilidad, lo podemos encontrar en el artículo 123° de la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos (1917), incluido dentro del Título Sexto, denominado “Del Trabajo y la Previsión Social” y en cuya fracción XXII, se señaló: “(...) La Ley determinará los casos en que el patrono podrá ser eximido de la obligación de cumplir el contrato, mediante el pago de una indemnización. Igualmente tendrá la obligación de indemnizar al

⁵³ Parafraseando al tratadista nacional Jorge Toyama Miyagusuku, en el compendio: “Instituciones del Derecho Laboral”, encontramos que: “El contrato de trabajo, al ser de ejecución continuada y tener vocación de permanencia, está propenso a sufrir una serie de modificaciones por iniciativa del empleador”. No obstante, consideramos que dicha iniciativa –tal vez de forma menos involuntaria- pueda recaer en el trabajador, pues por ejemplo puede enfermarse o en el caso de una trabajadora mujer, puede quedar embarazada, cambiando así las reglas contractuales establecidas al inicio del vínculo laboral.

⁵⁴ ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual de Trabajo en el Perú (Desafíos y Deficiencias)*. 1ra. Edición. Lima. Palestra Editores. 2008, p. 454.

trabajador con el importe de tres meses de salario, cuando se retire del servicio por falta de probidad del patrono o por recibir de él malos tratamientos, ya sea en su persona o en la de su cónyuge, padres, hijos o hermanos”⁵⁵.

En sede nacional por su parte, el más remoto antecedente normativo relacionado a los denominados Actos de Hostilidad, lo encontramos en el Código de Comercio del 15 de febrero de 1902, cuyo artículo 295° establecía como causas para que los dependientes puedan despedirse de sus principales, aunque no hayan cumplido el plazo del empeño, “(...) 1. La falta de pago, en los plazos fijados, del sueldo o estipendios convenidos; 2. La falta de cumplimiento de cualquiera de las demás condiciones concertadas en beneficio del dependiente; 3. Los malos tratos u ofensas graves por parte del principal”. Seguidamente, dicha figura fue regulada a través de la Resolución Suprema del 22 de junio de 1928, en mérito a la cual se reglamentó la Ley N° 4916 (Ley que modificó el artículo 296° del Código de Comercio), en cuyo artículo 26° se detallaban las diversas conductas del empleador que podían dar lugar al término del vínculo contractual, tales como: la rebaja inmotivada de sueldo, el cambio inmotivado de colocación a otra de inferior categoría, la falta de pago del sueldo y el desconocimiento o incumplimiento de las obligaciones pactadas por las partes. De forma posterior, los Actos de Hostilidad son previstos en la norma laboral bajo la figura de “lista enumerativa o cerrada”⁵⁶; así encontramos las disposiciones contenidas en la Ley de Estabilidad Laboral, aprobada por Decreto Ley N° 22126 del 23 de marzo de 1978, dispositivo legal que incluye una cláusula de carácter general, considerando como acto de hostilidad: “el incumplimiento deliberado y reiterado por parte del empleador de sus

⁵⁵ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el derecho laboral peruano*. 2da. Edición. Lima. ARA Editores. 2006, p. 400

⁵⁶ Al respecto de este sistema, resulta interesante destacar que hoy por hoy, para efectos de enunciar los “actos de hostilidad” reprimidos por ley, la mayoría de países en América Latina utilizan el mecanismo denominado: “enumerativa ejemplificativa”, el cual radica en que al lado de una lista de conductas tipificadas como faltas del empleador, suele consignarse una “cláusula de apertura” o “cláusula abierta”, vale decir de carácter genérico, a través de la cual se puede comprender aquellos comportamientos del empleador que no son citados de manera taxativa en el listado, pero que guardan concordancia o son conexos con dichos comportamientos. Así, encontramos las disposiciones legales -de naturaleza laboral- previstas en México, Costa Rica, Colombia, Guatemala, El Salvador, Panamá, entre otros.

obligaciones legales y convencionales”. Esa misma tendencia se mantuvo tras la promulgación de la Ley de Estabilidad en el Trabajo (Ley N° 24514) del 05 de junio de 1986 y de la Ley de Fomento del Empleo (a través del Decreto Legislativo N° 728) del 12 de noviembre de 1991; puesto que ambos mantuvieron el estándar empleado por una “lista cerrada de actos de hostilidad”, incluyendo una cláusula general que permitía considerar como tal al “incumplimiento del empleador y sus obligaciones legales y convencionales”. Dicha cláusula general fue finalmente derogada mediante Ley N° 26513 del 28 de agosto de 1995, con lo cual quedó determinada la “lista cerrada” y vigente, prevista en el actual TUO-LPCL⁵⁷.

La incuestionable y si se quiere denominar “dependiente” relación que se tiene -sobre el particular- con la legislación laboral española, nos lleva a ampliar los alcances de lo que el autor ibérico, Montoya Melgar⁵⁸, denomina: “vicisitudes modificativas” dentro del contrato de trabajo, específicamente a las relacionadas con los “elementos objetivos” de este tipo de contrato. En estricto, hablaremos de los términos relacionados a la voluntad de los contratantes, cuya clasificación (para efectos propios del presente trabajo), debe ahondar en la voluntad -unilateral- del empleador.

En España, ante la ausencia de una regulación expresa que involucre los denominados actos de hostilidad del empleador, encontramos una figura conexas denominada: “Modificación del Contrato de Trabajo”, figura jurídica que se encuentra regulada en el Capítulo III del Real Decreto Legislativo 2/2015, de fecha 23 de octubre de 2015, por el que se aprueba el “Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores” [**en adelante TR-LET**], cuya Sección Primera aborda el tema de movilidad funcional y modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo.

Los artículos que componen dicho capítulo son el 39°, 40° y 41°. Este último, guarda concordancia -aunque no pueden ser considerados como análogos- con el artículo 50° del mismo cuerpo normativo, el cual cobra vital importancia al hacer alusión expresa al término: “*pago o salario*”. Ahora bien, a pesar de que no se da cuenta de una sub

⁵⁷ Cfr. DIAZ QUINTANILLA, Raquel. “Actos de Hostigamiento en la Relación Laboral”. 1ra. Edición. Lima. Soluciones Laborales, Gaceta Jurídica. 2011, pp. 6-7.

⁵⁸ MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 28va. Edición. Madrid. Editorial Tecnos. 2007, p. 417.

clasificación, la precitada Sección 1era. del Capítulo III, sí precisa las diferencias entre la movilidad funcional y los traslados (artículos 39º y 40º, respectivamente), cuyas características y condiciones tienen incluidos rasgos de “modificaciones sustanciales”, y las que podrían ser categorizadas como “modificaciones sustanciales *per se*” (artículo 41º). Sobre este enunciado, el cual nos ayudará a identificar más adelante lo que la doctrina española identifica como límites del ejercicio regular del “*ius variandi*”, Sempere Navarro -citando reiterada jurisprudencia sobre el particular- señala: “(...) por modificación sustancial (se entendía) aquella de tal naturaleza que altere y transforme los aspectos fundamentales de la relación laboral...y lo mismo sigue valiendo para el artículo 41 ET reformado pues, como señala la doctrina: para la configuración de una determinada modificación sustancial o no sustancial ciertamente, habrá que atender a la materia sobre la que verse la condición modificada, pero sobre todo a la entidad misma de la modificación, desde la doble perspectiva de su importancia cualitativa y de su alcance temporal”⁵⁹.

Las modificaciones de las condiciones de trabajo a las que la norma española le atribuye la condición o cualidad de “sustanciales” *per se*, son determinadas a través de una especie de “cláusula de apertura o abierta”, que no necesariamente debe entenderse como listado taxativo, pues son aquellas que afectan -“entre otras”- a las siguientes materias: a) Jornada de trabajo. b) Horario y distribución del tiempo de trabajo. c) Régimen de trabajo a turnos. d) Sistema de remuneración y cuantía salarial. e) Sistema de trabajo y rendimiento. f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39; siendo que para que tales modificaciones sean válidas desde el punto de vista jurídico, es imprescindible que se sustenten en “probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”, pudiendo además aplicarse de forma individual o colectiva⁶⁰.

Para efectos del presente trabajo, queda claro que debemos ahondar en el análisis de las “modificaciones sustanciales de las condiciones laborales de carácter individual”, las cuales son en estricto, producto de una decisión empresarial y que por tanto obedecen a un interés también

⁵⁹ SEMPERE NAVARRO, Antonio V. *Cuestiones Actuales de Derecho del Trabajo*. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2008, p. 1407.

⁶⁰ Cfr. Artículo 41º -numeral 1 y 2- de la TR-LET.

empresarial⁶¹, definición que guarda concordancia con la prevista por la doctrina y la jurisprudencia peruana, en relación a la figura de los actos de hostilidad enunciados en el artículo 30° del TUO-LPCL.

En ese mismo orden de ideas y en concordancia con el artículo 35° del TUO- LPCL, el TR-LET dispone en el artículo 41° -numeral 3- que: “(...) En los supuestos previstos en las letras a), b), c), d) y f) del apartado 1, si el trabajador resultase perjudicado por la modificación sustancial tendrá derecho a rescindir su contrato y percibir una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos inferiores a un año y con un máximo de nueve meses. Sin perjuicio de la ejecutividad de la modificación en el plazo de efectividad anteriormente citado, el trabajador que, no habiendo optado por la rescisión de su contrato, se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción social. La sentencia declarará la modificación justificada o injustificada y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser repuesto en sus anteriores condiciones”.

Resulta interesante advertir que las disposiciones del ordenamiento español, contenidas en los artículos precedentes, referidas a la movilidad funcional y a los traslados (art. 39° y 40°, respectivamente), contienen la misma prerrogativa. Así, repasemos el contenido del artículo 39° antes citado, cuyo numeral 3 dispone que: “3. El cambio de funciones distintas de las pactadas no incluido en los supuestos previstos en este artículo requerirá el acuerdo de las partes o, en su defecto, el sometimiento a las reglas previstas para las modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo o a las que a tal fin se hubieran establecido en convenio colectivo”, mandato que guarda estrecha concordancia con lo señalado en el numeral 1, literal f) del artículo 41°, el cual señala: “1. (...) Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias: f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39”.

En el caso del numeral 1 (párrafo tercero y cuarto) del artículo 40°, el mandato es mucho más expreso y nominal, pues dispone: “1. (...) Notificada la decisión de traslado, el trabajador tendrá derecho a optar

⁶¹ MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Op.Cit.*, p. 426.

entre el traslado, percibiendo una compensación por gastos, o la extinción de su contrato, percibiendo una indemnización de veinte días de salario por año de servicio, prorrateándose por meses los periodos de tiempo inferiores a un año y con un máximo de doce mensualidades. La compensación a que se refiere el primer supuesto comprenderá tanto los gastos propios como los de los familiares a su cargo, en los términos que se convengan entre las partes, y nunca será inferior a los límites mínimos establecidos en los convenios colectivos. Sin perjuicio de la ejecutividad del traslado en el plazo de incorporación citado, el trabajador que, no habiendo optado por la extinción de su contrato, se muestre disconforme con la decisión empresarial podrá impugnarla ante la jurisdicción social. La sentencia declarará el traslado justificado o injustificado y, en este último caso, reconocerá el derecho del trabajador a ser reincorporado al centro de trabajo de origen”.

En resumen, de los artículos glosados precedentemente, se advierte con meridiana claridad que en España, la movilidad funcional dentro del organigrama empresarial, que no se efectúe con respeto “a las titulaciones académicas o profesionales precisas para ejercer la prestación laboral y con respeto a la dignidad del trabajador”; así como los traslados de orden geográfico que involucre a uno o varios trabajadores y la modificación sustancial de las condiciones de trabajo descritas en el precitado artículo 41º -numeral 1- del TR-LET, que no se justifiquen y no se acrediten con razones económicas, técnicas, organizativas o de producción; pueden ser materia de reclamo o impugnación por parte del “trabajador afectado”, configurándose de este modo lo que los tratadistas españoles, Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcio, denominan las figuras jurídicas alternativas de: el desistimiento del trabajador y la impugnación de la decisión⁶²; procedimiento que -como ya tuvimos oportunidad de mencionar- guarda concordancia con la disposición normativa contenida en el numeral 1 del artículo 50º del mismo TR-LET, en el extremo que señala: “1. Serán causas justas para que el trabajador pueda solicitar la extinción del contrato: a) Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo llevadas a cabo sin respetar lo previsto en el artículo 41 y que redunden en menoscabo de la dignidad del trabajador.

⁶² MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIO, Joaquín. *Derecho del Trabajo*. 12va. Edición. Madrid. Editorial Tecnos. 2003, pp. 662-663.

b) La falta de pago o retrasos continuados en el abono del salario pactado. c) Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones por parte del empresario, salvo los supuestos de fuerza mayor, así como la negativa del mismo a reintegrar al trabajador en sus anteriores condiciones de trabajo en los supuestos previstos en los artículos 40 y 41, cuando una sentencia judicial haya declarado los mismos injustificados. 2. En tales casos, el trabajador tendrá derecho a las indemnizaciones señaladas para el despido improcedente”.

No obstante, debemos resaltar que las dos diferencias que existen entre lo señalado en el artículo 50° del TR-LET y el mecanismo previsto en el artículo 41° del mismo cuerpo normativo, son: a) Que el artículo 50°, contempla -a título de requisito adicional- que se acredite el menoscabo de la dignidad del trabajador; y, b) Que, en el caso del artículo 50°, al trabajador le asiste la posibilidad de “poder solicitar la extinción”, a diferencia del artículo 41°, el cual señala que el trabajador tiene la facultad de rescindir -de forma directa- su contrato.

Dicho precedente normativo, que forma parte del derecho comparado, nos lleva a advertir que en nuestro país, tal como lo señala Toyama Miyagusuku⁶³, la ausencia de una regulación “positiva” que delimite los márgenes de la actuación del empleador, en cuanto a las modificaciones de índole contractual, nos ha llevado a optar por la fórmula de la lista cerrada de “actos de hostilidad”, que sumada a algunas prohibiciones contenidas en dispersas normas⁶⁴, se configuran como límites que tiene el empleador para efectuar “modificaciones sustanciales” de las condiciones de trabajo; siendo que su contravención puede conducir a la extinción de la relación laboral por decisión del trabajador, situación que en buena cuenta conocemos como: “despido indirecto”.

⁶³ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Instituciones del Derecho Laboral”. 2da. Edición. Lima. Gaceta Jurídica. 2005, p. 213.

⁶⁴ Nos referimos por ejemplo la imposibilidad de elevar la jornada de trabajo al máximo legal cuando existe un convenio colectivo, conforme al tenor del artículo 8° del D.S. N° 008-2002-TR o el respeto, en el caso de las jornadas atípicas, a los días de descanso semanales remunerados, conforme lo dispone el artículo 2° del D.L. N° 713.

2.2 Concepto de actos de hostilidad

Los actos de hostilidad están directa e inoponiblemente vinculados con el “*ius variandi*”, visto -para estos efectos- como un componente de la facultad directriz del empleador, lo cual guarda estrecha relación con el derecho constitucional a la libertad de empresa⁶⁵ y es que como bien lo señala Jesús R. Mercader Uguina, la dimensión básica que define el principio constitucional de libertad de empresa, la constituye la libertad de ejercicio de la actividad empresarial. Es en este aspecto donde el ámbito absoluto de libertad es mayor, pues abarca la libertad de autodeterminación y de gestión operativa de la empresa, auténtico contenido de la libertad de empresa y donde se encuadra el poder de dirección del empresario y el haz de facultades a él inherentes⁶⁶.

El contrato laboral, al ser en estricto un acuerdo de voluntades, genera obligaciones para ambas partes, las cuales -en concordancia con el principio de inalterabilidad contractual- debería mantenerse inalterable, respetando así los términos inicialmente pactados. Pero la “elasticidad” del marco contractual laboral, permite que en este caso pueda operar un tipo de modificación, la cual es por excelencia una modificación unilateral. La posibilidad de que las obligaciones contraídas al inicio puedan ser modificadas o alteradas de forma sobrevenida y por una de las partes contractuales (en este caso por el empleador), tiene como base habilitadora a la ley. En ese orden de ideas, coincidimos con Carolina San Martín Mazzucconi, quien evocando lo expuesto por Montoya Melgar y por Alonso Olea y recurriendo una vez más a la posición asimétrica de las partes contractuales en ese caso, determina la necesidad

⁶⁵ CASACIÓN DE LA CORTE SUPREMA DE LA REPÚBLICA (CAS 6961-2012-JUNIN): “FUNDAMENTO DÉCIMO PRIMERO: La variación del cargo de un trabajador es una potestad que responde al ejercicio del poder de dirección del empleador, en el extremo relativo al poder reglamentario. Para entender los alcances de esta afirmación, debemos avocarnos a identificar que el poder de dirección encuentra su sustento constitucional en el artículo 59° de la Carta Magna, en el que se establece que: “El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria”. En tal sentido, no puede negarse que la garantía propia del ejercicio de la libertad de empresa implica el reconocimiento implícito del poder de dirección del empresario en todos sus ámbitos organizativos, entre ellos, la relación con su personal de trabajo”.

⁶⁶ MERCADER UGUINA, Jesús R. *Modernas Tendencias en la Ordenación Salarial (La Incidencia sobre el salario de la Reforma Laboral)*. Pamplona. Editorial Aranzadi. 1996, p. 73.

de que una de ellas vea su prestación dirigida y organizada por la otra, con lo cual surge la necesidad de que el ordenamiento establezca un mecanismo jurídico, que si bien tiende a preferir y “auspiciar” al interés del empresario, lo acota causal y procedimentalmente, evitando de este modo una eventual arbitrariedad ejercida so pretexto de las denominadas necesidades empresariales⁶⁷.

De conformidad con dicho enunciado, se debe señalar que uno de los pocos criterios en los que coincide la doctrina dominante, es que el “*ius variandi*” es un poder empresarial de corte excepcional.

Dicha facultad, forma parte integrante de los tres grandes bloques de potestades que asisten al empleador, los cuales son traídos a colación por Moreno Manglano y otros, a modo de lista enunciativa, como: a) El poder de dirección, el cual contiene las facultades de organización (que versan sobre las órdenes e instrucciones generales o particulares, mediante las cuales se instrumenta la implementación de los recursos empresariales en orden a la consecución de sus objetivos) y de control de los trabajadores (que supone el empleo de los medios necesarios para comprobar que el trabajador ha cumplido sus obligaciones); b) El poder disciplinario (que se refiere a la facultad de sancionar, en caso de incumplimiento de obligaciones laborales, la cual se constituye como una especie de corolario de las facultades de organización y control); y, c) El poder de variación o *ius variandi*, el cual supone la posibilidad para el empresario de actualizar los contenidos específicos de la prestación laboral de cada trabajador, conforme a las necesidades que impongan las circunstancias de la empresa, del propio puesto de trabajo o de los procedimientos técnicos aplicables; siendo estas características las que lo dotan de un carácter restrictivo⁶⁸.

Esta clasificación, evidentemente nada pacífica, es la que más coincide con nuestra realidad. Así, en España -a diferencia del Perú- la regulación normativa referida a las “modificaciones sustanciales”, auspicia una diferenciación entre aquellas variaciones que se despliegan

⁶⁷ Cfr. SAN MARTIN MAZZUCCONI, Carolina. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (Estudio del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores)*. Pamplona. Editorial Aranzadi. 1999, pp. 32-33.

⁶⁸ Cfr. MOLERO MANGLANO, Carlos; SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel y otros. *Manual de Derecho del Trabajo*. 5ta. Edición. Navarra. Editorial Aranzadi. 2005, pp. 270-273.

dentro de los límites contractuales y aquellas cuyo origen no es contractual sino legal, lo cual genera o provoca que se clasifique al *ius variandi* como una figura jurídica autónoma dentro del poder de dirección, permitiendo introducir una clase o especie concreta de modificaciones sustanciales.

Aquel criterio doctrinario, es perfectamente explicado por Carolina San Martín, quien, dentro de su obra, coincide con lo que denomina “tercer grupo de autores”, quienes dentro de la sub clasificación planteada, refieren que: “(...) la figura (el *ius variandi*) abarca tanto modificaciones accesorias como sustanciales, distinguiendo entre un *ius variandi* normal en el primer caso y excepcional en el segundo. Lo cierto es que se trata nuevamente de un problema terminológico: el *ius variandi* normal sería lo que nosotros encuadramos en el poder de dirección, y el excepcional sería nuestro *ius variandi*”⁶⁹.

Trasladando esa premisa a la realidad nacional y al ser el *ius variandi* configurado como la excepción a la regla, que solo operará cuando la legislación laboral lo permite, se debe inferir que, en el Perú, el ejercicio del *ius variandi* se encuentra regulado en el artículo 9° del TUO-LPCL, mediante el cual se permite que el empleador pueda hacer uso de aquella facultad directriz especial, siempre y cuando tales medidas sean razonables y obedezcan a las necesidades de la empresa.

Dicha conclusión, la cual puede pecar de avezada, pues se contrapone a lo opinado por autores de la talla de Elmer Arce Ortiz⁷⁰, cobra vigencia ante la evidente ausencia de regulación normativa de las denominadas “modificaciones sustanciales del contrato de trabajo”, las cuales sí son adoptadas por la legislación ibérica.

Ahora bien, regresando al tema enunciado anteriormente, cuando los límites previstos en el precitado artículo 9° del TUO-LPCL no son respetados, nos encontramos ante un ejercicio abusivo y desnaturalizado

⁶⁹ Cfr. SAN MARTIN MAZZUCCONI, Carolina, *Op.Cit.*, pp. 55-56.

⁷⁰ El autor nacional, aferrado a la iniciativa legislativa española, plantea -en resumen- que: “(...) el artículo 9 de la LPCL, regula y limita el *ius variandi* normal o habitual, mas no alcanza a regular el *ius variandi* sustancial o esencial”; promoviendo con dicha teoría que este último sea regulado a través de una norma expresa, que involucre mecanismos y procedimientos preestablecidos, similares a los utilizados en España: ARCE ORTIZ, Elmer, *Op.Cit.*, p. 478.

del *ius variandi*, lo cual incide directamente en los derechos del trabajador, configurándose con ello lo que se denomina “actos de hostilidad”, criterio que es reforzando por la jurisprudencia nacional e internacional.

Siendo así, queda claro que el artículo 9° del TUO-LPCL, que a la letra señala: “(.....) El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”, se constituye como una norma -de carácter laboral- que habilita el ejercicio del *ius variandi* del empleador nacional y que pese a sus términos genéricos, precisa un límite objetivo para dicha facultad, la cual no puede ser ejercida de forma ilimitada; pues el cambio o modificación que pretende insertar, tiene que ser razonable y tiene que tomar en cuenta las necesidades del centro de trabajo. Para el maestro Américo Plá Rodríguez, el límite de dicha facultad se encuentra en el principio de razonabilidad, pues: “(...) esa potestad patronal debe ser razonablemente ejercida. Y ello significa que el empleador debe invocar razones objetivamente válidas para justificar su ejercicio. Y, por tanto, debe contrapesarlas, llegado el caso, con eventuales razones invocadas por el trabajador para oponerse en la situación concreta”⁷¹.

Así, la acción u omisión del empleador, que no reúna tales requisitos, cuando de modificaciones o variaciones de las condiciones de trabajo se trate, hará que -indefectiblemente- se genere una excedencia de los límites de la facultad del *ius variandi* por parte del empleador y consecuentemente un perjuicio al trabajador, afectando directamente su rendimiento y más grave aún, su dignidad como persona y como trabajador, configurándose de este modo una suerte de “invitación indirecta para que se retire del empleo”⁷².

Con ello, surge la figura del denominado: “despido indirecto”, pues como bien se señala en el considerando Sexto de la Casación N° 3636-2010-CUSCO: “(...) este se configura cuando el empleador se exceda en

⁷¹ PLÁ RODRIGUEZ, Américo, en BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *Op.Cit.*, p. 418.

⁷² Cfr. VILELA ESPINOZA, Ana; VÉRTIZ IRIARTE, Aldo y EHIENDA QUIROZ, Alfredo. *Actos de Hostilidad: Análisis Legal. Comentarios. Modelos. Legislación Aplicable*. 1ra. Edición. Lima. AELE SAC. 2008, p. 07.

sus facultades de dirección y en esencia persiga ocultamente la intención de extinguir el vínculo laboral con el trabajador”.

En nuestro país, los actos de hostilidad se encuentran señalados - taxativamente- en el artículo 30° del TUO-LPCL, cuyo tenor es el siguiente:

“Artículo 30°.- Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

- 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;
- d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador;
- e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia;
- f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier índole;
- g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador;
- h) La negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad;

El trabajador, 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.

Los actos de hostigamiento sexual se investigan y sancionan conforme a la Ley sobre la materia.”

Para finalizar este apartado y para ir allanando el camino del tema central materia de la presente investigación, no podemos ni debemos dejar de hacer alusión a lo expuesto por David Montoya Medina, quien al referirse a las formas de extinción del contrato de trabajo del alto directivo, comenta la figura contenida en el artículo 10° -numeral 10.3-

del Real Decreto 1382/1985, la cual bien podría ser asimilada como la consecuencia jurídica de la consumación de un “acto de hostilidad” para con el alto directivo, pues en dicho artículo se infiere que:

“Artículo 10º- Extinción del contrato por voluntad del alto directivo:

(...) 3. El alto directivo podrá extinguir el contrato especial de trabajo con derecho a las indemnizaciones pactadas, y en su defecto fijadas en esta norma para el caso de extinción por desistimiento del empresario, fundándose en las causas siguientes:

- a. Las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo que redunden notoriamente en perjuicio de su formación profesional, en menoscabo de su dignidad, o sean decididas con grave transgresión de la buena fe, por parte del empresario.*
- b. La falta de pago o retraso continuado en el abono de salario pactado.*
- c. Cualquier otro incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales por parte del empresario, salvo los presupuestos de fuerza mayor, en las que no procederá el abono de las indemnizaciones a las que se refiere este número.*
- d. La sucesión de empresa o cambio importante en la titularidad de la misma, que tenga por efecto una renovación de sus órganos rectores o en el contenido y planteamiento de su actividad principal, siempre que la extinción se produzca dentro de los tres meses siguientes a la producción de tales cambios”.*

Un análisis sistemático de ambos dispositivos legales, vale decir del dispositivo legal contenido en el artículo 30º del TUO-LPCL y su “par” en el derecho comparado, el artículo 10º -numeral 10.3- del Real Decreto 1382/1985 (únicamente en lo que al alto directivo se refiere) y el realce o la precisión que la Casación N° 3636-2010-CUSCO promueve al respecto⁷³, marcan la pauta para que -en el siguiente numeral- desarrollemos solo dos (02) de los actos de hostilidad enunciados precedentemente: “la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría”, cuya reglamentación dentro del ordenamiento legal peruano, obra en el artículo 49º del RLFE, el cual señala: “La reducción de remuneraciones o de categoría a que se refiere el inciso b) del Artículo 63

⁷³ Considerando Sexto de LA CASACIÓN: “(...) que en el caso de la reducción de remuneración y/o categoría, solo podrá ejecutarse dicha medida, cuando exista acuerdo expreso entre las partes, resulta proscrita en el supuesto que no se justifique objetivamente”.

de la Ley, es aquella dispuesta por decisión unilateral del empleador que carece de motivación objetiva o legal. En el caso de reducción de remuneración, no se configura la hostilidad por la parte de la remuneración cuyo pago está sujeto a condición”.

2.3 Categoría y remuneración

2.3.1 Aspectos generales

A efectos de profundizar los estudios referidos a los actos de hostilidad denominados: “reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría”, debemos partir por estructurar una definición de ambas instituciones y a partir de ahí tratar de delimitar sus principales características.

De forma preliminar, es menester dar cuenta de un enunciado genérico, que involucra tanto a la categoría profesional, como a la remuneración o salario y que parte de la teoría expuesta por el tratadista laboral Carlos Blancas Bustamante, quien en su estudio sobre el “Despido Indirecto”, señala que: “No obstante la amplitud de este enunciado (refiriéndose a lo dispuesto en el párrafo final del artículo 9° del TUO-LPCL), el artículo 30° enumera tres posibles conductas del empleador, basadas en el ejercicio abusivo del *ius variandi*, que constituyen actos de hostilidad patronal, a saber: la reducción de la remuneración, la rebaja de categoría profesional y el traslado del lugar de prestación del servicio”⁷⁴. Nótese que el autor nacional, marca la pauta para admitir que -conjuntamente con el traslado geográfico del trabajador- la reducción inmotivada de la remuneración y la rebaja inmotivada de la categoría profesional, se constituyen como los actos de hostilidad por excelencia, en la medida que se generan como consecuencia de un, valga la redundancia, inmotivado e irrazonable ejercicio del *ius variandi* por parte del empleador.

Ahora bien, para que dicha decisión empresarial no devenga en arbitraria, *contrario sensu* a lo dispuesto en el artículo 49° de la RLFE, la decisión debe adoptarse en mérito a una motivación

⁷⁴ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *Op.Cit.*, p, 421.

objetiva o legal, guardando de esta forma, estricta concordancia con las denominadas “modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo”, previstas en el numeral primero del artículo 41º -literal d) y f)- del TR-LET⁷⁵, siendo importante destacar que -en el caso de la norma ibérica- sumado a la exigencia de que existan: “probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción”, las cuales considera deben estar relacionadas con la “competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa”, ha de concurrir un elemento de por si interesante, como es la notificación de un aviso previo al trabajador afectado y a sus representantes legales, de acuerdo al procedimiento previsto en el numeral tercero del precitado artículo 41º⁷⁶, quedando a partir de ahí -o en todo caso tras el vencimiento del plazo estipulado - habilitado para optar por resolver su contrato o en su defecto por acatar la disposición empresarial e impugnarla judicialmente, con miras a obtener un fallo que determine que la modificación operada deviene en injustificada y tentar ante ello la “reposición” de las condiciones de trabajo anteriores.

Al respecto de dicho procedimiento, constituido como una suerte de “carta de pre aviso de la modificación sustancial”, salta a la vista el antagonismo con su “par” peruano, instaurado para similares efectos; pues mientras en el caso español, se otorga la responsabilidad de la comunicación previa al empleador, en sede nacional es el trabajador el que deberá emplazar -por escrito- a su empleador, imputándole el acto de hostilidad correspondiente (vista

⁷⁵ Artículo 41º de la TR-LET. Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo.

1. La dirección de la empresa podrá acordar modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo cuando existan probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción. Se considerarán tales las que estén relacionadas con la competitividad, productividad u organización técnica o del trabajo en la empresa.

Tendrán la consideración de modificaciones sustanciales de las condiciones de trabajo, entre otras, las que afecten a las siguientes materias: (...) d) Sistema de remuneración y cuantía salarial (...). f) Funciones, cuando excedan de los límites que para la movilidad funcional prevé el artículo 39.

⁷⁶ Artículo 41º de la TR-LET. Modificaciones sustanciales de condiciones de trabajo:

3. “La decisión de modificación sustancial de condiciones de trabajo de carácter individual deberá ser notificada por el empresario al trabajador afectado y a sus representantes legales con una antelación mínima de quince días a la fecha de su efectividad”.

en este caso en particular como una modificación sustancial no sustentada objetivamente) y otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que enmiende su conducta.

Pero si de coincidencias hablamos, resulta imprescindible que se aluda a la -presunta- relación existente entre el binomio categoría profesional/remuneración y el Principio de Irrenunciabilidad de Derechos, consagrado en el artículo 26° - numeral 2- de la Constitución Política del Perú⁷⁷. Este teorema, construido a partir de una tendencia doctrinaria y que ha recobrado vigencia tras el reciente auspicio de reiterada jurisprudencia, entre las cuales se encuentra la Casación N° 3636-2010-CUSCO, no ha estado exenta de controversia, de marchas y contramarchas en cuanto a su aplicación, incluso por parte del propio Tribunal Constitucional⁷⁸, quien basado en una interpretación constitucional de tal precepto y concordándolo con la disposición (también constitucional) contenida en el artículo 24° de la Carta Magna⁷⁹, previno dos posiciones contrapuestas:

1) La primera de ellas, daba cuenta del siguiente criterio:

“(...)

- a. La Constitución protege, pues, al trabajador, aun respecto de sus actos propios, cuando pretenda renunciar a los derechos y beneficios que por mandato constitucional y legal le corresponden, evitando que, por desconocimiento o ignorancia -y sobre todo, en los casos de amenaza, coacción o violencia-, se perjudique.

- b. En el presente caso, debe distinguirse entre la rebaja de categoría, la rebaja de sueldo y la rotación del trabajador de

⁷⁷ Artículo 26° de la Constitución Política del Perú.- “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”.

⁷⁸ Cfr. MATA LLANA RUIZ, Roberto Gabriel. “La reducción salarial: Análisis Normativo y jurisprudencial” en *Actualidad Jurídica*. Tomo 230. Enero 2013, 306-307.

⁷⁹ Artículo 24° de la Constitución Política del Perú.- “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual”.

un área a otra; en los dos primeros casos, evidentemente se trata de hechos que no pueden ni deben ser tolerados en nuestro ordenamiento jurídico, pues están en abierta contradicción con el artículo 23° de la Constitución, como se ha expuesto en el fundamento 2 de la presente sentencia, y es concordante con su artículo 26°, inciso 2), que dispone que constituye un principio de la relación laboral el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, principio que no ha sido respetado en autos, razón por la cual cabe amparar la demanda en tal extremo”.⁸⁰

- 2) Y su posición antagónica, puesta de manifiesto conforme al siguiente criterio:

“(....)

2. (...) el plazo prescriptivo establecido por el artículo 37° de la Ley N.º 23506, en el extremo de la demanda referida a la rebaja de nivel y categoría, ha operado largamente, no habiendo el recurrente acreditado haber estado en la imposibilidad de defender oportunamente sus derechos presuntamente violados, interponiendo las acciones judiciales o administrativas que le franqueaba la ley.
3. En cuanto a la rebaja de remuneraciones, con las boletas de pago obrantes de fojas 11 a 15 de autos, ha quedado acreditado que el actor siguió percibiendo la misma remuneración que recibía como Asesor de Gerencia General hasta el mes de diciembre de 1999, y que la referida reducción se sustenta en el convenio suscrito con fecha 25 de octubre de dicho año. Al respecto, la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada expresamente por la Ley N° 9463, del 17 de diciembre de 1941, siempre que medie aceptación del trabajador. Igual situación es contemplada, *contrario sensu*, por el artículo 30°, inciso b), del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N.º 003-97-TR, y el artículo 49° de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo

⁸⁰ STC del 20 de enero del 2004 {Expediente N° 2906-2002-AA/TC. Fundamento 4 y 5}, [Ubicado el 14.04.17]. Obtenido en www.tc.gob.pe.

N.º 001-96-TR, que consideran la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría como acto de hostilidad equiparable al despido.”⁸¹

No siendo nuestra intención ahondar en el análisis de los preceptos constitucionales que integran el Principio de Irrenunciabilidad de Derechos, no solo por la especialidad de dicha acepción, sino -y principalmente- por respeto a los fines propios de la investigación; deviene en oportuno y consecuente, traer a colación lo enunciado por Víctor Ferro Delgado, quien a través del libro homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez: “Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano”, al referirse al principio laboral bajo comentario, señala que: “De ello se colige que es válido que el trabajador renuncie a derechos cuya fuente es el propio contrato y no la Constitución, la ley o el convenio colectivo, al igual que resultaría procedente, como ya se ha visto, que el convenio colectivo reduzca beneficios, con prescindencia a su fuente, con la salvedad que la única limitante estará representada por las disposiciones contenidas en la propia Constitución o en las normas legales. De ahí que el convenio individual *in peius* pueda afectar aspectos remuneratorios o condiciones de trabajo, salvo en lo que concierne a los mínimos imperativos de origen legal o aquellos consagrados por el convenio colectivo. En particular, respecto a la rebaja de remuneración o categoría, la ley tipifica como acto de hostilidad su reducción inmotivada, por lo que, *contrario sensu* cabe la reducción motivada, la cual puede surgir del acuerdo de partes, sin que por ello quede afectado el Principio de Irrenunciabilidad. Dicho en otros términos, la irrenunciabilidad opera aquí respecto al derecho del trabajador a que su categoría y remuneración no se vean reducidas por acto inmotivado del empleador, lo que no es óbice para que estas medidas puedan provenir de acuerdo individual (...);” concluyendo -a nuestro entender- con magnífica ilustración- con la siguiente afirmación: “En consecuencia, tanto la categoría como la remuneración, esta última en cuanto no afecte la remuneración mínima vital, son derechos disponibles por el trabajador, por lo que no cabe que invocando el Principio de Irrenunciabilidad de derechos, el TC

⁸¹ STC del 21 de mayo del 2004 {Expediente N° 009-2004-AA/TC - Fundamento 2 y 3}, [Ubicado el 14.04.17]. Obtenido en www.tc.gob.pe.

pretenda limitar la facultad del trabajador para celebrar convenios que reduzcan estos derechos”⁸².

Conocidas las generalidades que asisten tanto a la categoría profesional como la remuneración, planteadas en los párrafos anteriores a título de similitudes y diferencias entre el ordenamiento peruano y el español, así como el -inexistente-vínculo entre ambos componentes de la relación laboral y el principio constitucional a la irrenunciabilidad de derechos, corresponde ahora esbozar un concepto de ambas instituciones.

2.3.2 La categoría laboral

La categoría profesional es un elemento intrínseco del vínculo contractual de índole laboral, el mismo que pese a su evidente naturaleza proletaria (particular del empleado), guarda estrecha concordancia con el concepto de empresa, basado en su vertiente económica y social, pues el *estatus* o nivel profesional de los trabajadores incide en el destino del empleador. Esta conexión, da cuenta de su importancia dentro del derecho continente denominado: Derecho al Trabajo. Si bien la empresa es concebida desde un punto de vista económico, como actividad humana, programada o sometida a un plan, encaminada hacia la consecución de un fin económico, mediante la utilización de ciertos medios que suelen denominarse capital y trabajo; no es menos cierto que, desde una perspectiva social, se constituye como un ámbito en el cual obtienen satisfacciones, para determinados intereses legítimos, los hombres que en ella se integran, propietarios de capital, dirigentes y de personas vinculadas por “*estatus*” y roles de trabajo, surgiendo así, lo que algunos autores denominan “deberes de protección”, entre ellos el “deber de proteger la capacidad profesional del trabajador”, integrado por componentes tutelares de distinta índole, los cuales conducen a la realización del trabajador en el más amplio ámbito de la sociedad, siempre con el objeto de protegerlo frente aquellos actos del empleador, realizados en el

⁸² FERRO DELGADO, Víctor. *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. Lima. Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 2004, pp. 119-131.

ejercicio de su potestad directiva y organizativa, que pudieran causar un deterioro injusto de su fuerza o capacidad de trabajo⁸³.

Así, como bien lo señala Alonso García, la categoría profesional, está referida a las funciones en que se concreta -en la empresa- la prestación del trabajador: “El contrato de trabajo no se formaliza para una prestación de servicios genérica e indeterminada, sino para la realización de unas funciones determinadas, que constituyen la especialización del trabajador, su categoría profesional...la categoría profesional determina la posición jurídica del trabajador en la empresa y constituye, por eso, un elemento esencial de la relación de trabajo.”⁸⁴ En ese orden de ideas, es importante destacar lo señalado por Blancas Bustamante, al respecto de la diferencia que existe entre “categoría profesional” y “puesto de trabajo”, pues el primero hace referencia a una posición o *estatus* determinado por la profesión, oficio, especialización o experiencia laboral del trabajador; mientras que el segundo, indica las funciones concretas que desempeña el trabajador en la empresa⁸⁵.

2.3.3 La remuneración

Por su parte la remuneración, considerada por excelencia “la contraprestación esencial del contrato de trabajo”, es parte elemental de un vínculo de esta naturaleza. Dejando de lado el aspecto teórico, para sumergirnos de lleno en el aspecto jurídico, el autor Domingo Campos Rivera, al abordar el tema “Salarios”, lo define como: “la retribución que el trabajador recibe por su trabajo (...), constituyéndose así como la principal fuente de ingresos del trabajador, y como contrapartida, la principal obligación del empresario⁸⁶.”

⁸³ GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo; ABELLA MESTANZA, María José y otros. *Derecho del Trabajo*. 3ra. Edición. Navarra. Editorial Aranzadi. 2007, pp. 411-414.

⁸⁴ ALONSO GARCÍA, Manuel, en BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *Op.Cit.*, p. 425.

⁸⁵ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, en FERRO DELGADO, Víctor, *Op. Cit.*, p. 130.

⁸⁶ CAMPOS RIVERA, Domingo. *Derecho Laboral*. 7ma. Edición. Bogotá. Editorial Temis. 2003, p. 318.

El profesor en Derecho del Trabajo, José Antonio Fernández Aviles, en su obra “Configuración Jurídica del Salario”, da cuenta de las dificultades técnicas para la construcción de una concepción unitaria del salario. No siendo nuestra intención tratar de solucionar dicho precepto, conviene destacar lo señalado por dicho autor, cuando señala que, si bien la noción jurídica de salario es en buena cuenta coincidente a la económica, no se reduce solo a ella, sino que tiene una funcionalidad jurídica particular, que la dota de una caracterización mucho más precisa y es que, sin descuidar la noción jurídica y su regulación dentro un ordenamiento jurídico positivo, se debe tener presente la vertiente social de la remuneración, a través del cual se debe garantizar el atributo económico-social de la “suficiencia”, plasmado en un mínimo de vida digno independientemente del rendimiento y otras variables⁸⁷.

Coincidimos plenamente con el autor ibérico, en el sentido de que, en un mundo contemporáneo e interconectado, es imposible que el concepto de remuneración se vea resumido al mero factor económico, o que quede comprimido a la añeja teoría de que representa -sin más- la retribución por el esfuerzo desplegado por el trabajador. El sustento de aquella teoría no es otra que la propia categoría constitucional otorgada por las diversas legislaciones hace aproximadamente cien años atrás. El maestro Eugenio Pérez Botija, ilustra perfectamente esta realidad, al describir el cambio “del salario como factor económico al salario como factor político”, lo que ha llevado a determinar que se hable de la personalización del salario, pues de una obligación puramente económica, se convierte en obligación mixta, siendo estimada por algunos como obligación social, surgiendo así la necesidad de una tutela constitucional y con ella la clasificación material o sustantiva de los preceptos constitucionales encargados del analizar el tema y que en resumen, al repasar las diferentes categorías a través de las cuales se materializa el concepto de salario o de remuneración dentro de las Constituciones, advierte la existencia de perfiles como: salario justo, salario mínimo, salario suficiente, participación

⁸⁷ FERNANDEZ AVILES, José Antonio. *Configuración Jurídica de Salario*. Granada. Editorial Comares. 2001, pp. 69-74.

en beneficios, salario familiar, entre otros⁸⁸. En ese sentido, podemos destacar que, no en vano es reconocida la redacción de la Constitución Española al respecto, cuyo artículo 35° -numeral 35.1- establece que: “Todos los españoles tienen... el derecho... a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia”, lo cual denota la configuración de un derecho constitucional, adquiriendo una dimensión diferente, que en palabras del tratadista Juan Manuel del Valle Villar, se debe ver -sin dejar de lado su tradicional concepción- una verdadera garantía de instituto, pues dentro del texto constitucional se reconoce de alguna manera el nexo que existe entre la dignidad de la persona y el salario suficiente, pues todas las necesidades del trabajador y de su familia encuentran un marco de protección a través del derecho a la remuneración, lo cual es el punto de partida para el desarrollo progresivo de otros derechos sociales⁸⁹.

En el Perú, a través de la Constitución Política de 1993, encontramos en el artículo 24° -a título de derecho social y económico- el siguiente precepto: “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador (...); siendo desarrollado a nivel legal, el cual -como bien señala la doctrina dominante- contrariamente a lo ocurrido en otros sistemas, ha pretendido establecer un concepto único de remuneración, que es utilizado en todas las ramas del derecho que directa o indirectamente guarden relación con el tema.

Excluyendo su aplicación para fines tributarios (Impuesto a la Renta), conforme lo dispone el artículo 10° del RLFE⁹⁰, el

⁸⁸ Cfr. CABANELLAS, Guillermo y PEREZ-BOTIJA, Eugenio. *Derecho Constitucional Laboral*. Madrid. Editorial Tecnos, 1958, pp. 117-129.

⁸⁹ DEL VALLE VILLAR, José Manuel. *La protección legal de la suficiencia del salario*. Madrid. Dykinson Editores. 2002, pp. 32-36.

⁹⁰ Artículo 10° del RLFE.- “El concepto de remuneración definido por los Artículos 39 y 40 de la Ley, es aplicable para todo efecto legal, cuando sea considerado como base de referencia, con la única excepción del Impuesto a la Renta que se rige por sus propias normas”.

concepto unitario de la remuneración, ha sido recogido a través de los artículos 6° y 7° del TUO-LPCL, que a la letra señalan:

“Artículo 6°.- Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social, así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto.

Artículo 7°.- No constituye remuneración para ningún efecto legal los conceptos previstos en los Artículos 19° y 20° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 650”.

Y bajo dicha premisa, ya que resulta un imposible jurídico que nos desliguemos de la “definición positiva” que asiste a la remuneración en nuestro país, la cual la asocia de forma indubitable al marco teórico “contraprestativo y de libre disposición”; conviene citar a la autora nacional Mónica Pizarro, quien a modo de agregado, tras analizar dicha teoría, señala que: “No obstante, alrededor de este asunto, la Corte Suprema de Justicia de la República (CSJR) ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la remuneración es estrictamente una contraprestación por los servicios efectivamente prestados por el trabajador, razón por la cual, no existiendo prestaciones efectiva de servicios, su pago solo se admite cuando es ordenado por norma legal expresa o cuando existe una situación que se estima injusta o abusiva”⁹¹.

⁹¹ PIZARRO DÍAZ, Mónica. *La Remuneración en el Perú (Análisis Jurídico Laboral)*. 1era Edición. Lima. Estudio Gonzales & Asociados. Consultores Laborales SAC, 2006, p. 67.

CAPÍTULO 3
ACTOS DE HOSTILIDAD EN CONTRA DE LOS
TRABAJADORES DE DIRECCIÓN Y CONFIANZA
A PROPÓSITO DEL PRONUNCIAMIENTO EMITIDO
POR LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA
REPÚBLICA: CAS. LAB. 3636-2010-CUSCO

3.1 Configuración del supuesto de hecho

La fusión de los dos primeros capítulos de la presente investigación, da origen a una figura jurídica autónoma, un teorema de corte legal *sui generis*, traído a colación a raíz de un pronunciamiento jurisprudencial emitido, nada más y nada menos, que por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, pronunciamiento que como veremos más adelante, no es el único con el cual -el Colegiado Supremo- aborda el tema referido al “Cese de Actos de Hostilidad”.

Así, habiendo repasado -en primer término- los aspectos generales, el concepto, las principales características y la tendencia jurisprudencial referida al “retiro de la confianza”, como asuntos vinculados al tema: “los trabajadores de dirección y de confianza”, para luego abordar el estudio referido a los: “actos de hostilidad”, específicamente al concepto, análisis doctrinario y de derecho comparado propios del acto hostil denominado: “reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría”; es menester avocarnos ahora al estudio de una tesis particular,

plasmada en este capítulo y presentada -a modo ilustrativo- en forma de interrogante, cuya respuesta nos permitirá emitir la conclusión o conclusiones que el caso amerita: ¿Es posible que se configuren sendos actos de hostilidad, la reducción inmotivada de categoría y/o de remuneración, cuando el presunto afectado es un trabajador que tiene el *estatus* de trabajador de dirección o de confianza y cuando la causa “justificante” es precisamente el retiro de la confianza?.

Repasemos el supuesto de hecho primero. El caso bajo comentario tiene el rótulo de sendos “actos de hostilidad” de parte del empleador, los cuales se constituyen a modo de una supuesta rebaja inmotivada de categoría y, consecuentemente de la remuneración; teniendo como coadyuvante que el presunto afectado es -en este caso- un trabajador de confianza. A ello se añaden dos supuestos de hecho, los cuales son materializados por ambas partes (componentes) de la relación laboral: a) El empleador, pese a retirarle la confianza al trabajador de manera expresa, decidió no optar por extinguir el vínculo laboral, sino que, reubicándolo dentro de otra categoría laboral, le asignó al demandante funciones diferentes, obviamente de un rango inferior; y, b) El trabajador por su parte, oponiendo la configuración de sendos “actos de hostilidad” de parte de su empleador, optó por actuar en mérito al inciso a) del artículo 35° del TUO-LPCL, vale decir que requirió judicialmente el cese de aquellos actos de hostilidad y no dio por terminado el vínculo contractual, conforme a la alternativa prevista en el inciso b) de dicho artículo.

Se trata en buena cuenta de un trabajador sujeto al régimen privado, don Federico Augusto García Miranda [**en adelante Sr. García**], quien inicia una demanda en el fuero judicial en contra de su empleadora, la empresa Electro Sur Este S.A.A. [**en adelante ELECTRO SUR ESTE**], afirmando que esta -de manera inmotivada- redujo su categoría y su remuneración.

Sobre el medio de impugnación, se trata del recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia emitida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco, la cual revocando la sentencia de primera instancia (que declaró fundada en parte la demanda), la declara infundada; ello con ocasión del proceso de carácter laboral: “Cese de Actos de Hostilidad: La reducción inmotivada de la remuneración y de la

categoría”, los cuales habrían sido presuntamente ejecutados por el empleador, ELECTRO SUR ESTE.

A su turno, los agravios puestos de manifiesto por el Sr. García, como fundamento de su recurso, fueron:

- 1) La interpretación errónea del literal b) del artículo 30° del TUO-LPCL, norma concordante con el artículo 49° del RLFE.
- 2) La inaplicación del artículo 59° del RLFE.
- 3) La inaplicación del artículo 6° del TUO-LPCL⁹².

3.2 Análisis jurídico de la sentencia casatoria

3.2.1 Primer enunciado jurisprudencial: la categoría laboral que ostentaba el demandante y sus implicancias legales

Al respecto del agravio referido a la inaplicación del artículo 59° del RLFE, el actor planteaba:

“(…) que ha ejercido diversos cargos jefaturales, sin que estos hayan sido considerados de confianza, y que, en el caso del cargo de Jefe de Marketing, este no se encontraba refrendado por la correspondiente anotación en las planillas y boletas de remuneraciones, infringiéndose lo dispuesto en el artículo 59° del Decreto Supremo N° 001-96-TR; agregando que en el presente proceso también se discute la reducción inmotivada de categoría”

Sobre la base de lo fundamentado por el demandante, el Colegiado Supremo determina que -en este extremo- el recurso deviene en improcedente, pues afirma que: “(…) el cargo cuya

⁹² Artículo 6° del TUO de la LPCL: “Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social, así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto”.

restitución pretende el demandante sí califica como uno de dirección”⁹³.

En el presente caso, es importante dar cuenta del récord y de la naturaleza del vínculo laboral que ostentaba el Sr. García, a la fecha de interposición de su demanda, pues ambos datos serán de vital importancia en el análisis jurídico planteado. Así, se puede advertir que en la sentencia casatoria (de forma taxativa), se precisa que el Sr. García ingresó a laborar a la empresa demandada, como trabajador de planta el 01 de mayo de 1992, habiendo sido promovido en el mes de febrero del año 1994 al cargo de Jefe de Abastecimientos. Posteriormente y de forma correlativa, ejerció los cargos de Jefe de Logística, Jefe de Ventas, Jefe de Servicio Eléctrico de Vilcanota, Jefe de Finanzas y finalmente Jefe de Marketing de su empleadora (Nivel Remunerativo F-3A); siendo que mediante Memorándum N° A-283-2009 de fecha 13 de mayo del año 2009, se le comunicó el “Acuerdo de Directorio”, mediante el cual se daba por concluida su designación como personal de confianza, asignándole a partir del 14 de mayo del mismo año y con carácter temporal, la función de Especialista Proyectos FONER (Nivel Remunerativo de P-1)⁹⁴.

Tomando en cuenta tales antecedentes laborales, el Colegiado Supremo analiza la presunta “reducción inmotivada de categoría (laboral)” que demanda el Sr. García. En un inicio, no efectúa mayor comentario al respecto, limitándose a señalar que: “(...) las instancias de mérito han determinado con suficiencia las razones por las que sobre la base de una correcta interpretación y aplicación de las normas laborales al caso concreto, además de compulsar los medios de prueba obrantes en autos, han concluido en que el cargo cuya restitución pretende el demandante si califica como uno de dirección (sic)”⁹⁵. Más adelante, retoma este análisis, afirmando que: “(...) independientemente de la calificación o no de “cargo de dirección” o “cargo de confianza”, el puesto de Jefe de Marketing sí califica como tal, como se ha determinado en las instancias de mérito, en donde además se indicó que el mismo figura como un

⁹³ Fundamento SEGUNDO de la Casación N° 3636-2010-CUSCO.

⁹⁴ Fundamento TERCERO de la Casación N° 3636-2010-CUSCO.

⁹⁵ Fundamento SEGUNDO de la Casación N° 3636-2010-CUSCO.

cargo de “confianza” en el Manual de Organización y Funciones de la demandada (...) En tal virtud, y al ostentar dicha condición, es claro que la designación -y su eventual reposición en el mismo- cuya atribución es facultad exclusiva de la empleadora, no puede ser impuesta por mandato judicial, pues por la especial configuración y naturaleza de aquella relación jurídico contractual con el empleador, sustentada primordial y principalmente en la *fiducia*, que además de sustentarlo justifica su existencia y calificación, implica que esta categoría de trabajadores -como el caso del demandante- no incorporen a su patrimonio de derechos subjetivos el de la permanencia en la categoría o clasificación profesional de la labor de dirección o confianza”⁹⁶.

Al respecto, se puede advertir que la Corte Suprema asume una postura, sin analizar la figura de la “reducción de categoría” como tal y sin cuestionarse sobre los antecedentes y particularidades propias de la categoría alcanzada por el Sr. García dentro de la empresa. Por el contrario, la tesis del colegiado para resolver este extremo de la casación, se centra en verificar (y ratificar) que el puesto de Jefe de Marketing de ELECTRO SUR ESTE, califica como un cargo de confianza, por lo que -en mérito a la naturaleza y las particularidades propias de dicha categoría laboral en general- la pretensión relativa al “cese del acto de acto hostilidad” en contra del demandante, lo que en términos prácticos representaba solicitar “la reposición al cargo de confianza que venía ocupando”, deviene en improcedente.

Llama la atención que la posición jurídica adoptada en el presente caso, resulte opuesta a la utilizada posteriormente por la misma Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, lo cual denota un significativo e inusitado cambio de criterio, generándose una inestabilidad en cuanto a pronunciamientos jurisprudenciales relativos a la “categoría de los trabajadores de dirección y confianza”. En efecto, con ocasión de la Casación N° 2921-2011-LA LIBERTAD de fecha 21 de marzo de 2012⁹⁷, el Colegiado Supremo dispone analizar el fondo del asunto

⁹⁶ Fundamento DÉCIMO TERCERO de la Casación N° 3636-2010-CUSCO.

⁹⁷ Se trata de la sentencia emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, que resuelve el recurso de casación interpuesto por doña Carmen del Rosario Montenegro Rojas

y no limitarse a verificar que el cargo aludido en dicho caso (Jefa del Departamento de Auditoría Interna), califica como un cargo de dirección dentro de la empleadora. En esta ocasión, se declara nula la sentencia de vista, disponiendo que la Sala Superior evalúe la categoría laboral alcanzada por la demandante y si la disposición empresarial de asignarle un nuevo cargo dentro de la entidad, se configura como una “reducción inmotivada de categoría”:

“Quinto: (...) al respecto, este Supremo Tribunal aprecia que en efecto la sentencia de vista dedica sus considerandos quinto, sexto, séptimo y octavo a dilucidar la naturaleza jurídica del cargo de Jefe de Departamento de Auditoría Interna, determinando la calidad de cargo de dirección, en virtud del cual desestima la pretensión de la actora, señalando que no es posible obligar al empleador a que le renueve la confianza; sin embargo no analiza la categoría alcanzada por la actora a lo largo de su desempeño profesional y si ello se condice con el hecho concreto de haberla asignado al cargo de Coordinadora de Plataforma de Información y Atención al Usuario-Ventanilla Única, tampoco analiza si tal remoción configura un supuesto de reducción inmotivada de remuneración o categoría” [el subrayado es nuestro].

Ahora bien, retornando al presente caso, sobre la condición de trabajador de dirección que la Sala Suprema le atribuye al demandante, es menester precisar dos aspectos:

1. Que resulta erróneo que el Considerando Segundo de la sentencia casatoria, le haya asignado al Sr. García la condición de “trabajador de dirección”. En efecto, según lo desarrollado en el Capítulo 1, tras recurrir a lo señalado por el autor nacional Álvaro García Manrique, se determinó que los clásicos ejemplos de “trabajadores de dirección” dentro de una empresa de gran envergadura, son el gerente general y los gerentes de línea, siempre que se verifique que estos ejercen la representación del empleador frente a terceros e incluso frente a los demás trabajadores, y que compartan con aquel, los roles de administración y control del negocio. En ese sentido, se puede advertir que el cargo de Jefe de Marketing (último cargo

(demandante) en contra de la sentencia de vista, emitida por la Sala Especializada Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad, sobre Cese de Actos de Hostilidad, presuntamente cometidos por su empleador la Universidad Privada Antenor Orrego (UPAO).

funcional ocupado por el demandante antes de que le asignaran las funciones de un puesto ordinario, como es Especialista Proyectos FONER), al igual que los cargos de Jefe de Logística, Jefe de Ventas, Jefe de Servicio Eléctrico de Vilcanota y Jefe de Finanzas (todos ellos cargos funcionales que ocupó el demandante), no tuvieron la condición de “cargos gerenciales” dentro de la empresa ELECTRO SUR ESTE y por ende tampoco tuvieron adscritas las facultades de representación y de decisión empresarial. Así, encontramos que todos los cargos ocupados por el Sr. García, debieron ser calificados como cargos de confianza, puesto que se trata de cargos “jefaturales”, los cuales -por definición- no incluyen la responsabilidad directa en las decisiones que afectan el negocio, pero sí manejan información confidencial y ayudan a fijar los lineamientos corporativos, al trabajar y/o reportar directamente para los trabajadores de dirección de la empresa⁹⁸.

Dicho comentario se efectúa sin perjuicio de aclarar que, a través del considerando Décimo Tercero, y luego de que se hiciera expresa alusión al sustento normativo y jurisprudencial característico y de mayor relevancia, propio de “la categoría del trabajador de dirección y de confianza”, el Colegiado Supremo propone una conclusión pragmática al respecto, bajo la siguiente premisa: “(...) independientemente de la calificación o no de “cargo de dirección” o “cargo de confianza”, se está ante un pedido de eventual reposición a un puesto de esta naturaleza”⁹⁹, lo cual -concluye- no puede ser admitido.

2. En ese sentido, queda claro que, desde el mes de febrero de 1994, luego de ser promovido al cargo de Jefe de Abastecimiento y hasta el mes de mayo de 2009, el Sr. García ejerció cargos de confianza al interior de la empresa demandada, por un plazo superior a los quince (15) años. Así, advirtiendo y ratificando la categoría que asiste al cargo de Jefe de Marketing dentro de la empresa demandada y ante el

⁹⁸ GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. *Op.Cit.*, pp. 243-249.

⁹⁹ Cfr. Fundamento DÉCIMO TERCERO de la Casación N° 3636-2010-CUSCO.

manifiesto “retiro de la confianza” por parte de ella para con el trabajador demandante, la sentencia casatoria da cuenta de una tesis que no deja lugar a dudas:

“(…) al ostentar dicha condición, es claro que la designación -y su eventual reposición en el mismo-, cuya atribución es facultad exclusiva de la empleadora, no puede ser impuesta por mandato judicial, pues por la especial configuración y naturaleza de aquella relación jurídico contractual con el empleador, sustentada primordial y principalmente en la “fiducia”, que además de sustentarlo justifica su existencia y calificación, implica que esta categoría de trabajadores -como el caso del demandante- no incorporen a su patrimonio de derechos subjetivos el de la permanencia en la categoría o clasificación profesional de la labor de dirección o confianza”¹⁰⁰.

Así, el Colegiado Supremo descarta que -en el presente caso- se haya configurado una “reducción inmotivada de la categoría”, relacionando directamente este precepto jurídico con el *estatus* particular que ostentan los trabajadores de dirección o de confianza, en la medida que dicho *estatus* genera implicancias legales *sui generis*, entre ellas la imposibilidad de que sea repuesto al centro de trabajo, cuando sea objeto de una “extinción incausada del vínculo laboral especial”, aun cuando se trate de una determinación empresarial inminentemente subjetiva (vale decir no objetiva), como es el “retiro de la confianza”.

Entonces, siguiendo esa línea o criterio jurisprudencial, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, concluye que: “(…) En consecuencia, y al igual que lo determinado en la sentencia apelada a folios seiscientos setenta y cinco, no corresponde aplicar la protección de rebaja inmotivada de categoría como causal de hostilidad laboral (artículo 30° inciso b) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), se reitera, por la especial configuración del cargo de confianza desarrollado como Jefe de Marketing”¹⁰¹.

¹⁰⁰ Fundamento DÉCIMO TERCERO de la Casación N° 3636-2010-CUSCO.

¹⁰¹ Fundamento DÉCIMO QUINTO de la Casación N° 3636-2010-CUSCO.

Sin embargo, llama poderosamente la atención que pese a hacer expresa alusión al criterio jurisprudencial esgrimido por el Tribunal Constitucional, en el Expediente N° 03501-2006-PA/TC (Caso Banco Central de Reserva del Perú), específicamente al criterio que avala una eventual reposición al puesto ordinario, cuando se trate de un trabajador que haya sido promovido al cargo de dirección o de confianza¹⁰², la sentencia casatoria no se pronuncie de lleno sobre la licitud de reasignar al Sr. García al puesto ordinario que ocupó al inicio de su relación contractual con ELECTRO SUR ESTE, máxime si en el Considerando Séptimo se deja establecido que este ingresó a laborar bajo la condición de “trabajador de planta”, vale decir para ocupar un puesto ordinario, en el mes de mayo del año 1992, siendo promovido posteriormente (en el mes de febrero del año 1994), para ocupar un puesto de confianza. Este enunciado, será parte del análisis que desarrollaremos seguidamente.

3.2.2 Segundo enunciado jurisprudencial: la reducción de la remuneración que ostentaba el demandante y la posibilidad de configurarla como un acto de hostilidad

Al respecto del agravio referido a la interpretación errónea del literal b) del artículo 30° del TUO-LPCL, en concordancia con el artículo 49° del RLFE, el demandante alegó:

“(…) la sentencia de vista, en sus considerandos 2.13 y 2.14, sin respaldarse en lo señalado en la segunda parte del artículo 49° del RLFE, llega a la conclusión que la disminución de la remuneración del actor es una simple consecuencia del cambio de puesto y como consecuencia del retiro de confianza verificado mediante Oficio G-706-2009 (...) y por tanto, el concepto impago, responde a la nueva condición laboral del demandante y no a un acto de hostilidad. El

¹⁰² Fundamento DÉCIMO CUARTO de la Casación N° 3636-2010-CUSCO: “(…) que aun cuando este tipo de trabajadores fuera despedido, no tienen derecho a la reinstalación en el mismo puesto de trabajo, salvo que se tratase de trabajadores de carrera, esto es, aquellos que ingresaron a la empresa en calidad de trabajadores de planta fueran posteriormente promovidos a esa condición, sí tendrían derecho a la reposición empero no en el cargo de confianza, sino al cargo de carrera a partir del cual se produjo el supuesto de movilidad funcional ascendente.”

razonamiento de la Sala se orienta a justificar el comportamiento patronal, al asumir que la remuneración dejada de percibir es de naturaleza condicional y por tanto susceptible de retracción, frente a una decisión inmotivada, injustificada, unilateral y por tanto arbitraria.”

Sobre la base de lo fundamentado por el demandante, el Colegiado Supremo determina que -en este extremo- el recurso de casación deviene en procedente y por ese motivo, decide analizar si se ha configurado o no, un acto de hostilidad (reducción inmotivada de la remuneración), fundamentando su decisión de la siguiente manera:

“(…) en principio porque en nuestro sistema jurídico nacional [no hay norma] que autorice al empleador a reducir unilateralmente la remuneración del trabajador alcanzada durante el tiempo que ocupó el cargo de confianza, razón por la que en aplicación del principio de legalidad, se debe poner especial cuidado en el análisis de estos hechos al implicar -eventualmente- la afectación de un derecho con base constitucional, cual es el derecho a la remuneración”¹⁰³.

Siendo así, corresponde recordar que, en este extremo de su demanda, el Sr. García deja establecido que el nivel remunerativo que ostentaba hasta el 13 de mayo de 2009¹⁰⁴, era un Nivel Remunerativo F-3A, en mérito al cual percibía un sueldo de Siete Mil Treinta (S/. 7,030.00) Nuevos Soles. Este nivel remunerativo es el que solicita se le reponga, pues afirma haber sido víctima de una decisión inmotivada, injustificada, unilateral y por tanto arbitraria.

Al respecto de dicho enunciado, el Colegiado Supremo parte de dos premisas de carácter general, las cuales son puestas de manifiesto en los considerandos Décimo Séptimo y Décimo Octavo, respectivamente:

¹⁰³ Fundamento DÉCIMO SEXTO de la Casación N° 3636-2010-CUSCO.

¹⁰⁴ El 13 de mayo de 2009, se le notificó al Sr. García el Memorándum N° A-283-2009, a través del cual se le comunica el Acuerdo de Directorio por el cual: “(…) se da por concluida su designación como personal de confianza, asignándole a partir del catorce de mayo del citado año, y con carácter temporal, la función de Especialista Proyectos Foner, con un nivel remunerativo de P-1”.

1. Que, cualquier acto de reducción de la remuneración debe observar, principalmente, las normas constitucionales que sobre este aspecto existen. Al referirse a normas de rango constitucional, tal y como se invoca en el Considerando Décimo Séptimo, se da cuenta de lo dispuesto en los artículos 23^o¹⁰⁵, 24^o¹⁰⁶ y 26^o -numeral 2-¹⁰⁷ de la Constitución Política del Perú; dispositivos legales que concuerdan con normas de rango internacional, como el caso del artículo 7^o del Protocolo Adicional a la “Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Protocolo de San Salvador”¹⁰⁸, así como el artículo 23 -inciso 3- de la Declaración Universal de los Derechos Humanos.¹⁰⁹

¹⁰⁵ Artículo 23^o de la Constitución Política del Perú: “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan. El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. Nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento”.

¹⁰⁶ Artículo 24^o de la Constitución Política del Perú: “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores”.

¹⁰⁷ Artículo 26^o -numeral 2- de la Constitución Política del Perú: “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”.

¹⁰⁸ Artículo 7^o del Protocolo Adicional a la “Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Protocolo de San Salvador”: “Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción.”

¹⁰⁹ Artículo 23 -inciso 3- de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: “Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.”

Adicionalmente, refiere que todos estos preceptos normativos han sido admitidos y desarrollados por la jurisprudencia peruana, citando -a modo de ejemplo- la Casación N° 1454-2004-Santa (del 31 de julio de 2006)¹¹⁰ y la Casación N° 2224-2005-Lima (del 05 de enero de 2007)¹¹¹.

2. Que, en nuestro ordenamiento jurídico no existen mayores diferencias entre los trabajadores de dirección y de confianza, respecto de los demás trabajadores, solo en cuanto al período de prueba, jornada de trabajo y descanso vacacional; aplicándose al resto de situaciones las normas generales propias del régimen laboral privado¹¹².

Posteriormente y en lo que a aspectos de carácter específico se refiere (propios del caso en particular), la

¹¹⁰ Casación N° 1454-2004-Santa (31 de julio de 2006): “(...) de acuerdo al literal a) del inciso 24° del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe” y que conforme al inciso 14 del artículo 2° de la citada Constitución que consagra el principio de libertad contractual: ‘Toda persona tiene derecho: (...) a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público’, que es jurídicamente posible y permisible que tal remuneración sea delimitada en pleno ejercicio de la libertad contractual a través de la autonomía privada de las partes (trabajador-empleador) en tanto su fin sea lícito y no contravenga las leyes de orden público, como así lo contempla también el artículo 1354° del Código Civil, norma de desarrollo de tal principio constitucional; lo cual encuentra además sólido respaldo en lo contemplado en los numerales 1 y 2 del artículo 28° de la Constitución Política del Perú (...).”

¹¹¹ Casación N° 2224-2005-Lima (05 de enero de 2007): “El artículo único de la Ley N° 9463 establece taxativamente que la reducción remunerativa aceptada por un servidor no perjudicará en forma alguna los derechos adquiridos por servicios ya prestados; por lo que realizando la interpretación de este dispositivo legal corresponde precisar que si bien es cierto que dicha ley reconoce la posibilidad de la reducción [de] remuneraciones; también es cierto que tal reducción solamente será válida en la medida que exista un acuerdo expreso entre el trabajador y el empleador en ese sentido; pues de lo contrario la reducción constituiría una rebaja inmotivada de la remuneración, que se encuentra prohibida por la ley y considerada como un acto hostilizadorio por el artículo 30°, inciso b) del Decreto Supremo N° 003-97-TR” (el subrayado es nuestro).

¹¹² El desarrollo y el sustento normativo de todos estos aspectos “particulares” y propios del régimen de los trabajadores de dirección y de confianza, fueron desarrollados en el numeral 3.3 del Capítulo I de la presente investigación.

resolución casatoria señala que: “(...) si bien no existe pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional sobre la rebaja inmotivada de remuneraciones respecto de los trabajadores de confianza, sin embargo, indirectamente en la sentencia constitucional recaída en el Expediente N° 009-2004-AA/TC, fundamento tercero, indica (...)”.

Nótese que, ante la ausencia de un criterio jurisprudencial específico, el sustento -también de naturaleza jurisprudencial- en el que se ampara la decisión adoptada por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, es -a su modo de ver- el vertido por el Tribunal Constitucional, a través del Fundamento Tercero de la sentencia emitida con ocasión del Expediente N° 009-2004-AA/TC; fundamento transcrito y analizado en el numeral 3 del Capítulo II de la presente tesis¹¹³.

Entonces, de acuerdo al Considerando Vigésimo Tercero de la sentencia casatoria, tras efectuar una “interpretación” de las normas constitucionales y de carácter internacional que tutelan el derecho a la “remuneración equitativa y suficiente”, el Colegiado Supremo emite las siguientes conclusiones:

“(.....)

- i) Que es jurídicamente válido aplicar la prohibición legal de reducción inmotivada de remuneraciones consagrada en el inciso b) del artículo 30° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, a los trabajadores de confianza, pues no existe razón jurídica para su exclusión al no existir norma que determine ello (principio de legalidad).
- ii) Que a este tipo de trabajadores de “confianza” -utilizando el término genérico que abarca a los trabajadores de confianza

¹¹³ STC del 21 de mayo del 2004 {Expediente N° 009-2004-AA/TC - Fundamento 3}, [Ubicado el 14.04.17]. Obtenido en www.tc.gob.pe: “3. (...) Al respecto, la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada expresamente por la Ley N° 9463, del 17 de diciembre de 1941, siempre que medie aceptación del trabajador. Igual situación es contemplada, *contrario sensu*, por el artículo 30°, inciso b), del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N.º 003-97-TR, y el artículo 49° de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N.º 001-96-TR, que consideran la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría como acto de hostilidad equiparable al despido”.

propriadamente dicho y a los trabajadores de dirección- también les resulta aplicable, conforme lo exige la Ley N° 9463, que medie acuerdo expreso e indubitable respecto de la reducción de la remuneración, no siendo posible admitir la misma, si se origina en la decisión unilateral e inmotivada del empleador; y,

- iii) Que el contexto mismo de las circunstancias que rodean a este tipo de trabajadores, como el tiempo que dura la designación y atendiendo a la conexidad existente entre el derecho a la remuneración equitativa y el principio-derecho a la dignidad de la persona, hace que el quantum remunerativo adquiera una importancia significativa para alcanzar los fines de la remuneración previstos en nuestra norma constitucional, cual es, el lograr el bienestar material y espiritual del trabajador”¹¹⁴.

En realidad, este último aspecto, el que hace alusión a las circunstancias que rodean a la categoría alcanzada por un trabajador de confianza y la permanencia dentro de aquella categoría (lo que a decir de De Val Tena se constituye como su “posición jurídica en la empresa”)¹¹⁵; y a su vez, la conexidad que existe entre dichas circunstancias y la remuneración del trabajador, es la que sustenta la tesis del Colegiado Supremo, relativa a que -en el presente caso- se ha configurado un acto de hostilidad, como es la reducción inmotivada de la remuneración.

Aquella teoría, es desarrollada a través de tres considerandos de la sentencia casatoria: el Vigésimo Cuarto, Vigésimo Quinto y Vigésimo Sexto considerando. En ese orden de ideas, advirtiendo que el principal fundamento

¹¹⁴ Fundamento VIGÉSIMO TERCERO de la Casación N° 3636-2010-CUSCO.

¹¹⁵ Al respecto, véase el comentario efectuado por el autor español De Val Tena Ángel Luis: “(...) Al especificar el contenido de la prestación laboral objeto del contrato de trabajo, mediante el acuerdo de voluntades entre las partes contratantes, se debe establecer igualmente su equiparación a la categoría, grupo profesional o nivel retributivo previsto en el convenio colectivo o, en su defecto, de aplicación en la empresa, que corresponda con la prestación (artículo 22.5 LET). Como consecuencia de este acto jurídico de clasificación profesional, el trabajador queda incluido en una categoría, grupo profesional o nivel remunerativo concreto, y ello determina, en parte, el tratamiento normativo del trabajador y su retribución, es decir, su posición jurídica en la empresa”: *El Trabajador de Alta Dirección. Caracteres y Régimen Jurídico*. 1ra. Edición, Madrid, Editorial Civitas, 2002, p. 165.

jurídico del fallo, es desarrollado a través de estos tres considerandos, es menester dar cuenta de sus términos exactos y de su correspondencia con los argumentos doctrinarios y jurisprudenciales vertidos en los dos primeros capítulos del presente trabajo de investigación, con el objeto de dar una respuesta coherente y motivada a la interrogante planteada en la parte inicial del presente capítulo:

A) **FUNDAMENTO VIGÉSIMO CUARTO DE LA CASACIÓN**

Fundamento Vigésimo Cuarto

“(…)

VIGÉSIMO CUARTO: En el presente caso, el actor ingresó a laborar el uno de mayo de mil novecientos noventa y dos, siendo promovido en el mes de febrero de mil novecientos noventa y cuatro al cargo de Jefe de Abastecimiento, luego a Jefe de Logística, Jefe de Ventas, Jefe de Servicio Eléctrico de Vilcanota, Jefe de Finanzas y desde el trece de mayo del dos mil nueve, en que se desarrolló como Jefe de Marketing, ejerció cargos con responsabilidad al interior de la empresa, esto es, por más de quince años de labor ininterrumpida. Esta carrera ascendente y vertical a lo largo de tan dilatado récord laboral indican no solo la existencia de confianza depositada en el trabajador, sino también la existencia de un despliegue de habilidades y destrezas profesionales que constituyen indicativos para que la demandada haya extendido aquellos cargos de dirección por tal lapso de tiempo al demandante; y que justifican -precisamente- que este haya incorporado a su patrimonio de derechos subjetivos un status remunerativo laboral y su correlato de status social, que no puede ser quebrantado inmotivadamente por el empleador sin utilizar el mecanismo legal previsto por la Ley N° 9463, pues aceptar este cambio sin que medie una aceptación expresa del trabajador, implica respaldar una decisión inconstitucional y arbitraria que lesiona no solo el entorno laboral del trabajador, sino también el social y familiar, al dispensarle un trato remunerativo ostensiblemente menor del que venía percibiendo”.

A.1. La forma en que accedió el Sr. García a los cargos de confianza

Un primer aspecto, de evidente trascendencia, conforme tuvimos oportunidad de mencionar en el numeral 3.1 del Capítulo I de la presente investigación, es el referido a las “Formas de acceder a un puesto de dirección o confianza”. Sin embargo, este aspecto parece pasar inadvertido para el Colegiado Supremo, pues no se cuestiona sobre el hecho que el accionante: “(...) ingresó a laborar el uno de mayo de mil novecientos noventa y dos, siendo promovido en el mes de febrero de mil novecientos noventa y cuatro al cargo de Jefe de Abastecimiento...”. Ello equivale afirmar que el Sr. García ingresó a laborar en ELECTRO SUR ESTE, como trabajador sujeto al régimen “ordinario” o como un “trabajador de planta” por así decirlo, accediendo -por promoción- después de casi dos años (Mayo de 1992-Febrero de 1994), a una categoría laboral diferente, a un puesto de confianza, como es el de Jefe de Abastecimiento; manteniéndose en este régimen laboral extraordinario, “(.....) *por más de quince años de labor ininterrumpida*”, como bien se señala en el considerando bajo comento.

Pero -desde nuestro punto de vista- el dejar de advertir este antecedente, no resulta algo superfluo, sino que trae serias consecuencias jurídicas. Por ejemplo, de plano se elimina la posibilidad de evaluar, conforme se analizó en el numeral 4.2 del Capítulo I de la presente tesis, el retorno al puesto de trabajo que el Sr. García ocupase al inicio de su vínculo laboral con ELECTRO SUR ESTE, cuando formó parte del régimen laboral “ordinario”, ello tras el “retiro de la confianza” del cargo de Jefe de Marketing, último cargo que ocupase bajo este régimen especial de un “trabajador de confianza”.

En efecto, como tuvimos oportunidad de concluir en el precitado numeral 4.2 del Capítulo I, el retiro de la confianza se configura como la extinción del vínculo laboral especial, que en el presente caso se materializó a través del acto por el cual ELECTRO SUR ESTE decide retirarle la confianza al

Sr. García, luego de haber ocupado los cargos de Jefe de Logística, Jefe de Ventas, Jefe de Servicio Eléctrico de Vilcanota, Jefe de Finanzas y finalmente Jefe de Marketing, todos ellos puestos de confianza por excelencia, conforme se sustentó en el numeral 2 del Capítulo 1.

El Colegiado Supremo decide no verificar este aspecto y dejar de lado uno de los ejes centrales de este tipo de relación laboral, que es justamente la temporalidad, pues como bien lo señala Manuel Iglesias Cabero, no resultaría aventurado afirmar que la normativa especial de esta relación laboral tiene como núcleo central la temporalidad o, mejor dicho, la “interinidad” del alto directivo en el cargo asignado¹¹⁶.

A.2 La denominada “carrera ascendente y vertical” propia del Sr. García

La Sala Suprema en cambio, se avoca a analizar lo que denominada: “las particularidades de la carrera ascendente y vertical del récord laboral del Sr. García”, asociándola con la “(...) existencia de un despliegue de habilidades y destrezas profesionales”, las cuales -señala- se constituyen como indicativos para que la empleadora haya extendido el encargo de tales funciones a favor del trabajador, por un periodo de tiempo superior a los quince años.

El término “carrera ascendente y vertical” para referirse al récord laboral del Sr. García, guarda relación con el utilizado por la normativa española. En efecto, cuando en el numeral 1) del Capítulo II de la presente tesis, analizamos los aspectos generales de los “Actos de Hostilidad”, hicimos expresa alusión a cierta consonancia regulatoria, entre esta figura jurídica nacional y la denominada “modificación sustancial de las condiciones de trabajo”, prevista por la legislación española, que conjuntamente con la “movilidad

¹¹⁶ Cfr. IGLESIAS CABERO, Manuel. *Relación Laboral de Carácter Especial del Personal de Alta Dirección*. 2da. Edición. Madrid. Editorial Civitas. 1994, p. 137.

funcional”, se configuraban como la facultad del empleador de readaptar o reorganizar las relaciones laborales. Ahora bien, en lo que al alto directivo español se refiere, encontramos que aquel término jurídico “carrera ascendente y vertical”, calza con la idea planteada por el autor De Val Tena, quien refiriéndose a la movilidad interna de un trabajador de esta categoría, alude a la posibilidad de que se encomienden transitoriamente a un trabajador común funciones de alta dirección¹¹⁷, a lo que precisamente denomina “movilidad vertical ascendente”. En España, este tipo de acciones empresariales, denominadas por Martínez Abascal como “Movilidad Funcional Extraordinaria”, se prevé como: “(...) la posibilidad de alterar las funciones pactadas, encomendando unilateralmente otras distintas correspondientes a otro grupo profesional, o categorías no equivalentes, constituyéndose como una innovación legal que ensancha de forma muy acusada el poder de variación empresarial, flexibilizando el uso polivalente de la fuerza de trabajo, puesto que con anterioridad a la reforma, el grupo profesional era un límite insuperable para el ejercicio del poder de variación no sustancial”¹¹⁸.

Sobre este aspecto, conviene señalar que, aun cuando resulte equivocado, el Colegiado Supremo adopta ese término, más no lo analiza en su real dimensión, pues omite advertir -conforme lo expone De Val Tena- que la promoción de un trabajador vinculado a la empresa a través de una relación laboral ordinaria, a un puesto de máxima responsabilidad directiva, no se configura como un ascenso de categoría en sentido propio, si no como una promoción en la escala jerárquica de mandato, que conlleva un cambio sustancial de funciones y de régimen jurídico laboral, pero de forma temporal, pues la relación laboral de origen se reanuda tras la finalización de las actividades de “alta dirección”¹¹⁹.

¹¹⁷ Cfr. DE VAL TENA, Ángel Luis. *Los Trabajadores Directivos de la Empresa (Consejeros y Administradores, Personal de Alta Dirección*. 2da. Edición. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2010, p. 325.

¹¹⁸ MARTINEZ ABASCAL, Vicente-Antonio. *La Nueva Regulación de la Movilidad Funcional*. Pamplona. Editorial Aranzadi. 1996, pp. 70-71.

¹¹⁹ Cfr. DE VAL TENA, Ángel Luis, *Op.Cit.*, p. 326.

Este último argumento legal, es el que pasa inadvertido para el Colegiado Supremo, quien descarta ahondar en el análisis de la temporalidad, propia de estos cargos directivos y se aferra a la idea de considerar a la remuneración como un “derecho adquirido”, en mérito al paso de los años dentro de una misma categoría, lo cual deviene en incorrecto.

Ello es así, pues al analizar el Considerando Vigésimo Cuarto, encontramos que la sentencia casatoria se preocupa por promover una corriente ideológica particular, sustentada en la relación que -afirma- debe existir entre el precepto denominado “carrera ascendente y vertical” y “el despliegue de habilidades y destrezas profesionales”, relación a la que le otorga la calidad de bien intangible, el cual -de acuerdo a su criterio- ha sido adquirido y desarrollado por el trabajador a lo largo de los años. Este bien intangible, como lo denomina la Corte Suprema, es el que justificaría que el trabajador mantenga la remuneración alcanzada cuando ocupó el cargo directivo, a pesar de que luego ocupe un cargo ordinario.

Ahora bien, a pesar de que aquella idea nos llega a parecer consecuente y lógica, puesto que para que un trabajador preste servicios por más de quince años ininterrumpidos a favor de su empleador y ocupando puestos de confianza durante todo ese período además, es evidente que debe haber desplegado -y también adquirido- habilidades y destrezas profesionales; debemos dejar claramente establecido que las vicisitudes o las características de la “carrera ascendente y vertical” del Sr. García, no debieron ser consideradas como la piedra angular del fallo judicial bajo comento, pues en estricto no nos encontramos ante un caso de esa naturaleza, sino ante un supuesto de hecho diametralmente opuesto, referido a las implicancias legales de la denominada “movilidad funcional vertical descendente”.

Por tal motivo, corresponde aplicar lo señalado por la tratadista y científica laboral Luz Pacheco Zerga, quien al momento de analizar un caso relativo a lo que en España se denomina: “Movilidad funcional vertical descendente”,

señala que para esos casos no es posible dar reglas generales, sino que por el contrario el análisis debe realizarse *ad casum* y a la vista de todas las circunstancias¹²⁰. En relación a ello, consideramos que por más altruista que haya pretendido ser la tesis promovida por el Colegiado Supremo, esta no se debió centrar en aspectos colaterales, como por ejemplo las particularidades de la ya comentada “carrera ascendente y vertical” del Sr. García; sino en aspectos concretos y propios de este caso en particular, como son las consecuencias jurídicas del traslado de una categoría “especial” a una “ordinaria” y los efectos legales del cierre o extinción de la relación laboral “especial” y de la apertura o inicio de la (nueva) relación laboral de carácter “ordinario”.

A.3 La postulación del término “estatus remunerativo” y la posibilidad de aplicar para el presente caso los términos previstos en la Ley N° 9463:

Habiendo dejado establecido lo anterior y con el objeto de ahondar en el -errado- criterio jurídico esgrimido en la sentencia casatoria, conviene preguntarnos: ¿Es válido que en mérito a la existencia de un despliegue de habilidades y destrezas profesionales, se disponga -a través de una decisión judicial- que se remunere a un trabajador de una determinada forma, dado que este habría adquirido “*un status remunerativo laboral y su correlato status social*”? Y, conforme a lo señalado en la parte *in fine* del considerando bajo comentario: ¿Si se hubiese utilizado el mecanismo legal previsto por la Ley N° 9463, a través de una aceptación expresa del trabajador al respecto de esta “reducción de remuneración”, la decisión adoptada dejaría de ser “*inconstitucional y arbitraria*”, como lo cataloga la Sala Suprema?

¹²⁰ Cfr. PACHECO ZERGA, Luz. *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. 1ra. Edición. Navarra. Editorial Aranzadi. 2007, p. 85.

a) La postulación del término “*estatus remunerativo*”

Desde nuestro punto de vista, la respuesta a la primera pregunta, es negativa, pues la propia “interinidad” de un cargo de esta naturaleza, descarta que se pueda dejar sin efecto la designación en el cargo de confianza (extinguendo el vínculo laboral especial), pero que uno de los elementos intrínsecos de aquel vínculo, en este caso la remuneración, se mantenga vigente.

No obstante, en irrestricto respeto al carácter tuitivo, propio del Derecho Laboral; creemos que resulta obligatorio matizar dicha respuesta, recurriendo nuevamente a las características propias del caso y es que, para resolver esta clase de controversias, los efectos jurídicos de esta decisión, - al menos en lo que al derecho remunerativo se refiere- no podrían, ni deberían ser iguales para un trabajador que (dentro de la relación laboral con un mismo empleador), adquirió y se mantuvo dentro de la categoría de trabajador de confianza, por uno o tres años, que uno que mantuvo dicho *estatus* por quince años o más. La alternativa de solución, sin embargo, consideramos que no pasa por disponer que se mantenga un “*estatus remunerativo*”, propio de una relación laboral de carácter especial, la cual ya quedó extinguida, con todos sus elementos, incluido el remunerativo; sino en verificar las implicancias de aquella extinción, para así adoptar una decisión justa y equitativa para ambas partes de la relación laboral.

b) La posibilidad de aplicar en el presente caso la Ley N° 9463

En lo que compete a la segunda interrogante, esta se asocia con un tema de motivación, puesto que el colegiado asume -tal como veremos más adelante- que el “*status remunerativo laboral y el status social*” adquirido por el trabajador, no puede ser quebrantado “inmotivadamente”.

Pero, a efectos de **responder** esta interrogante en estricto, diremos que el mecanismo legal previsto por la Ley

Nº 9463, no debió ser aplicado *-per se-* al presente caso, ello en mérito a las siguientes razones:

- 1) Porque no guarda relación o correspondencia con el régimen especial de los trabajadores de dirección y de confianza, cuyas principales características, avaladas a nivel jurisprudencial y disgregadas a lo largo del numeral 3.3 del Capítulo I de esta investigación, no fueron advertidas al momento de calificar el presunto acto hostil.

El Colegiado Supremo parte de una teoría, la cual postula que, al no estar tipificada legalmente la prohibición de aplicar la Ley Nº 9463 a los “trabajadores de dirección y confianza”, dicho mecanismo es perfectamente aplicable para ellos. No obstante, omite advertir que aspectos de igual o mayor trascendencia, como el *“despido del trabajador de dirección y confianza”*, tampoco están tipificados a nivel de una norma positiva, habiendo sido el Tribunal Constitucional el encargado de desarrollar el mismo, sobre la base del carácter “especial y subjetivo” que asiste a este régimen laboral.

- 2) Porque la norma invocada no regula un supuesto de hecho que resulte equiparable al presente caso:

El Artículo Único de La Ley Nº 9463 del 17 de diciembre de 1941, dispone: “La reducción de remuneraciones aceptadas por un servidor, no perjudicará en forma alguna los derechos adquiridos por servicios ya prestados, que le acuerdan las leyes Nº 4916, 6871 y 8439, debiendo computársele las indemnizaciones por años de servicios, de conformidad con las remuneraciones percibidas, hasta el momento de la reducción. Las indemnizaciones posteriores se computarán de acuerdo con las remuneraciones rebajadas (...).”

Nótese que, para efectos prácticos y lo que al presente análisis compete, lo dispuesto por la Ley N° 9463, no resulta aplicable al caso. Ahora bien, no debemos olvidar que, como ya nos tiene acostumbrada la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, ha desarrollado una teoría propia sobre la forma de entender y aplicar dicho dispositivo legal. Nos referimos a la Casación Laboral N° 00489-2015-LIMA, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el día 31 de agosto de 2016, a través de la cual ha desarrollado criterios sobre la “reducción de la remuneración”, precisando sobre el particular que:

“(.....)

De otro lado, este Supremo Tribunal entiende que la reducción de la remuneración -ya sea consensuada o no consensuada- resulta válida siempre que sea excepcional y razonable. La reducción de la remuneración es excepcional si es una medida extraordinaria, que tiene lugar en contextos especiales. Es razonable si respeta determinados límites de proporcionalidad, de manera tal que no suponga una disminución significativa ni arbitraria de la remuneración. Debe precisarse que la posibilidad de la reducción de las remuneraciones se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico, y esta puede ser consensuada o no consensuada. a) Será consensuada si es realizada de manera voluntaria, es decir, si existe un acuerdo libre, espontáneo, expreso y motivado entre el trabajador y el empleador, tal como se regula en la Ley N° 9463. b) Será no consensuada si es adoptada por decisión unilateral del empleador, es decir, sin aceptación previa del trabajador. Esta posibilidad resulta de la interpretación en contrario del inciso b) artículo 30° del Decreto Supremo N° 003- 97-TR y del artículo 49° del Decreto Supremo 001-96-TR, que consideran que la reducción inmotivada de la remuneración es un acto de hostilidad equiparable al despido si es dispuesta por decisión unilateral del empleador y sin causa objetiva o legal. En tal sentido, esta decisión resultará viable si se expresa los motivos por los que así se procede (por ejemplo, garantizar la estabilidad y el equilibrio económicos del Estado -o en

su caso de una empresa-) o se invoca la ley que la justifique”¹²¹.

En ese sentido, sobre la base de lo señalado por el Colegiado Supremo en la Casación N° 3636-2010-CUSCO, en el extremo referido a que el mecanismo legal que se debió utilizar en este caso, debió ser el previsto por la Ley N° 9463, nos vemos obligados a analizar la posibilidad de la reducción de remuneración “consensuada”, la cual opera -tal como lo señalamos en el párrafo anterior-: “(...) si es realizada de manera voluntaria, es decir, si existe un acuerdo libre, espontáneo, expreso y motivado entre el trabajador y el empleador”. Dicho supuesto no pudo configurarse en el presente caso, en la medida que el potencial acuerdo, no podría haber sido libre, ni espontáneo, dado que se sustenta en la decisión empresarial de “retirarle la confianza al trabajador” y tampoco se habría podido basar en causal objetiva, por cuanto la *ratio decidendi* es una causal inminentemente subjetiva, conforme tuvimos oportunidad de señalar en el numeral 4.2 del Capítulo I del presente trabajo de investigación, cuando abordamos el tema referido a la naturaleza del denominado retiro de la confianza al trabajador de dirección y confianza.

- 3) Porque la misma Sala Suprema ha dejado establecido, a través del fallo emitido el 18 de marzo de 2011, con ocasión de la Casación N° 210-2010-LAMBAYEQUE¹²², que la aceptación expresa del trabajador al respecto de una reducción de remuneración, representada en dicho caso a título de “Acta de Compromiso” suscrita entre el trabajador y su

¹²¹ Fundamento Décimo de la Casación Laboral N° 00489-2015-LIMA.

¹²² Se trata de la sentencia emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la república, que resuelve los recursos de casación interpuestos, al mismo tiempo, por la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento de Lambayeque SA (demandada) y por don Juan Alfredo Fon Bernal (demandante), sobre Cese de Actos de Hostilidad, en contra de la sentencia de vista, emitida por la Sala Especializada Laboral de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

empleador, no se torna como un aspecto sustancial al momento de motivar el fallo.

En efecto, como colofón de esta parte del estudio, debemos recurrir a aquel pronunciamiento coetáneo, emitido por la misma Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente, en cuyo considerando Décimo Tercero, se hace expresa alusión a la suscripción de un acuerdo escrito, denominado “Acta de Compromiso”, celebrado entre el trabajador y su empleadora, en mérito a la cual se acordó removerlo del cargo de Gerente General. Así, conforme a dicho acuerdo, la empleadora decidió no despedir al trabajador, sino continuar con la relación laboral, asignándole las funciones de Especialista Administrativo Comercial, con una contraprestación económica evidentemente menor a la que venía percibiendo el actor; decisión que fue impugnada por este último y que, la máxima instancia del fuero judicial (la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia), determinó que se constituía como un “acto de hostilidad del empleador”, confirmando las resoluciones de primera instancia, en cuanto disponían que se mantenga (o mejor dicho reincorpore) al demandante, en el puesto de Gerente Comercial u otro de similar nivel, abonándole la remuneración propia de dicho cargo. El Colegiado Supremo, a lo largo del Considerando Décimo Quinto, el cual se constituye como el único y principal fundamento de la decisión adoptada en ese caso, no se detiene a analizar la naturaleza y el alcance del “Acta de Compromiso” suscrita entre las partes, lo cual nos lleva a concluir que el hacer alusión al mecanismo legal previsto por la Ley N° 9463, deviene en una motivación aparente, ratificando de este modo su falta de idoneidad para resolver el presente caso.

B) FUNDAMENTO VIGÉSIMO QUINTO DE LA CASACIÓN

Fundamento Vigésimo Quinto

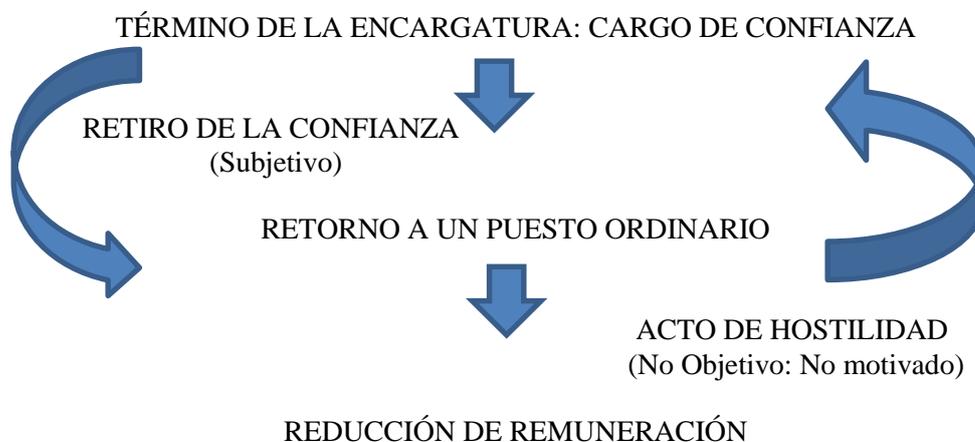
“(…)VIGÉSIMO QUINTO: En tal sentido, no constituye razón válida para dispensar un trato remunerativo diferenciado al demandante, el haberlo retirarlo (sic) del cargo de confianza que venía desarrollando, pues la tesis de la asunción de distinto cargo - e indirectamente distintas funciones-, desconoce abiertamente no solo el derecho del trabajador de que su remuneración no sea disminuida inmotivadamente, cuya base es constitucional y supranacional; sino que también, desconoce el carácter social del salario(6), según el cual este “sirve para designar a todos los componentes de la remuneración que no tienen origen contraprestativo” y que implican que “el trabajador se obliga a realizar su prestación para obtener los medios necesarios para satisfacer sus necesidades”, dado que, “el salario tiene una doble función: retribuir el servicio prestado y sustentar al trabajador, función recogida por el principio de suficiencia”. Es este el contexto en que debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 6° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que regula lo que debe entenderse por remuneración.”

B.1. Sobre la imposibilidad que se configure una “reducción inmotivada de la remuneración”

En el precitado considerando, el Tribunal Supremo resume la tesis jurídica con la que postula resolver el presente caso. Así, vuelve -casi por instinto- a relacionar la controversia materia de *sub litis* con la “falta de motivación” de la decisión empresarial adoptada, la cual -en concordancia con lo señalado en el considerando Vigésimo Séptimo de la sentencia casatoria¹²³- le sirve de sustento para determinar que se ha configurado una “reducción inmotivada de la remuneración”, interpretando que conforme a lo dispuesto en

¹²³ Fundamento VIGÉSIMO SÉTIMO de la Casación N° 3636-2010-CUSCO: “En el presente caso, al constituir la reducción de la remuneración que venía percibiendo un acto unilateral e inmotivado de hostilidad que afecta la dignidad del trabajador así como su derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual, debe concluirse en la ilegalidad y consecuente privación de efectos de la conducta sancionada del empleador (….)” [el subrayado es nuestro].

el artículo 30° -literal b)- del TUO-LPCL y en el artículo 49° del RLFE, estamos ante una “decisión unilateral del empleador”.



Sobre la base del gráfico anterior, es fácil deducir lo señalado por el Colegiado Supremo, quien concluye que el retiro de la confianza por parte del empleador para con el Sr. García, se configura como la -única- causa de la disminución de su remuneración y siendo así, nos encontramos ante un acto inmotivado o en su defecto, ante un acto que no tiene una motivación objetiva y/o legal, como para afectar un derecho “cuya base es constitucional y supranacional”, considerándolo -por ello- como un acto de hostilidad.

El sustento jurídico que se propone es aparentemente sencillo: que la ley, en los casos del trabajador de dirección y de confianza, se pronuncia única y exclusivamente con respecto al despido y otras cuestiones en concreto, entiéndase con respecto a los derechos o supuestos particulares, que les asisten a esta clase de trabajadores, dada su condición, más no al respecto de la configuración de actos de hostilidad, siendo por lo tanto perfectamente pasibles de tal supuesto jurídico y alcanzándoles el marco de protección previsto para estos casos. Siendo así, no existe para el colegiado una “motivación legal” que sustente dicha decisión unilateral del

empleador. Es, en buena cuenta, una representación bastante práctica del teorema: “nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que la ley no prohíbe”¹²⁴.

Al analizar lo señalado por el Colegiado Supremo a través del Considerando Vigésimo Quinto, debemos dejar establecido -en primer término- que el criterio de considerar como “origen o causa” de una supuesta reducción de la remuneración del Sr. García, al retiro de la confianza del que fue objeto, resulta absolutamente errado. En efecto, lo que queda claro es que -en el presente caso- no ha operado ninguna “reducción de la remuneración”, sino que la remuneración asignada al trabajador es una “nueva remuneración”, acorde con las nuevas funciones y con las nuevas responsabilidades contractuales que se le asignaron al Sr. García, dentro de la empresa ELECTRO SUR ESTE, tras la extinción del vínculo laboral de carácter especial. Aquellas circunstancias son las causas o las motivaciones -objetivas- por las cuales se configura una nueva remuneración a favor del trabajador, siendo el retiro de la confianza el que explica la extinción del vínculo laboral especial, más no la razón justificante para asignarle esta nueva remuneración.

B.2. La decisión adoptada por empleador no se constituye como un ejercicio abusivo del *ius variandi*

No obstante, el criterio legal señalado precedentemente, es menester analizar el fondo del argumento jurídico esgrimido en la sentencia casatoria, con el objeto de determinar si estamos ante un ejercicio abusivo del *ius variandi*.

La Sala Suprema postula que la relación existente en este caso, es una relación “*causa/efecto*”, determinando que la misma es proporcional al “*retiro de la confianza/reducción de la remuneración*”. Ello, sumado a la idea de que se trata

¹²⁴ Artículo 2º -inc. 24, literal a)- de la Constitución Política del Perú.

de una decisión unilateral del empleador, lo obliga a analizar si dicha “reducción de la remuneración” ha operado en mérito a una motivación legal u objetiva. La conclusión a la que arriba el colegiado es que “el retiro de la confianza no califica como una motivación legal u objetiva para reducir la remuneración del demandante”.

Sobre dicho criterio, debemos ratificar que su punto de partida resulta errado, pues no es jurídicamente acertado otorgar la calidad de “causa justificante” de la mal denominada “reducción de la remuneración”, al retiro de la confianza promovido por el empleador. En el presente caso, aquel retiro de la confianza ha determinado la extinción del vínculo laboral especial y la novación de aquel vínculo, verificándose el nacimiento de una nueva relación laboral, en mérito a la cual se determinan nuevas reglas contractuales, entre ellas una “nueva remuneración” a favor del trabajador. Esta resulta ser, en buena cuenta, la causa real y objetiva para que la remuneración del Sr. García sea diferente a la asignada cuando este ocupaba el cargo (de confianza) de Jefe de Marketing, dentro de ELECTRO SUR ESTE.

La decisión de retirarle la confianza y contratarlo (o recontractarlo si cabe el término) para que asuma un cargo dentro de la categoría laboral ordinaria, con todos los efectos legales que ello implica, no califica como un ejercicio abusivo y desnaturalizado del *ius variandi*.

Como tuvimos ocasión de señalar en el Capítulo II, al referirnos al concepto de “actos de hostilidad”, señalamos que estos se encuentran directamente relacionados con el ejercicio del *ius variandi*, indicando además, que este tiene como base habilitadora a la ley y que en el Perú, se encuentra delimitado por el artículo 9° del TUO-LPCL¹²⁵.

¹²⁵ Artículo 9° del TUO-LPCL: “(.....) El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo”.

Así, pretender relacionar la figura jurídica del “retiro de la confianza” con el ejercicio -abusivo- del *ius variandi* y por ende con la posible configuración de “actos de hostilidad” en contra del trabajador, deviene en jurídicamente incorrecto, por cuanto, la “razonabilidad y las necesidades del centro de trabajo”, causas objetivas que sustentan su aplicación, no pueden ser validadas y aplicadas de forma automática para estos casos, pues el retiro de la confianza tiene una naturaleza completamente diferente. Como bien lo precisó David Montoya, el retiro de la confianza se configura como una situación absolutamente abstracta o se basa en un factor altamente subjetivo¹²⁶, dado que el vínculo laboral, al tener como núcleo jurídico la recíproca confianza existente entre las partes, puede desaparecer, desvaneciéndose con ella el vínculo laboral del alto directivo¹²⁷. Es precisamente esta cualidad (subjetividad) la que impide que se le apliquen las reglas generales del despido, como causal de extinción del vínculo laboral; correspondiendo aplicar la misma lógica a los “actos de hostilidad”, máxime su calidad de acto equiparable al despido.

Ahora bien, si se pretende forzar la correspondencia entre ambas figuras, debemos precisar que así como desaparecer, -con mayor razón- la relación laboral puede mutar o modificarse, siempre que se verifique que su finalidad es que el trabajador regrese a su “puesto ordinario” o en su defecto que no quede desempleado, tal y como ha ocurrido precisamente en este caso, siendo este un factor estrictamente razonable y que -aun cuando no se encuentra verificado- se corresponde con una necesidad empresarial de mantener al otrora trabajador de confianza, en las filas de la empresa, pues se apuesta por su continuidad laboral.

Al respecto, tal como agrega la doctrina especializada, en estos casos de lo que se trata es de mantener el empleo, descartando el despido. Por tanto se puede justificar una

¹²⁶ Cfr. MONTOYA MEDINA, David. *La extinción del contrato de trabajo del alto directivo*. 1ra. Edición. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2008, p. 23.

¹²⁷ Cfr. ALEMANY ZARAGOZA, Eduardo. *Op. Cit.*, pp. 108-109.

movilidad vertical hacia una categoría inferior “con un baremo más elástico”¹²⁸, siendo válido que se otorgue a dicha decisión la calidad de “razonable y necesaria”, con lo cual queda descartada la posibilidad de que estemos ante un ejercicio abusivo del *ius variandi*.

A mayor abundamiento encontramos lo señalado por la jurisprudencia nacional. La teoría que un trabajador de dirección o de confianza, pueda ser separado del cargo en mérito al retiro de la confianza, es decir sobre la base de un criterio eminentemente subjetivo, ha sido aprobada por el Tribunal Constitucional peruano, diferenciándolo así del despido, pues: “la pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo, a diferencia de los despidos por falta grave, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva”¹²⁹, haciendo hincapié además en que la pérdida de la confianza resulta ser un argumento admisible para la ruptura del vínculo laboral¹³⁰. En mérito a tales antecedentes jurisprudenciales, se puede decir que la decisión empresarial (y sus efectos, incluido el inicio de una nueva relación laboral con características propias), a pesar de que se encuentra dotada de subjetividad, no puede ser considerada como un ejercicio abusivo del *ius variandi* por parte del empleador.

B.3 Los efectos del nuevo vínculo laboral en relación con la remuneración y el contenido del derecho a la remuneración:

a) Los efectos del nuevo vínculo laboral en relación con la remuneración

Lo que se debió verificar en todo caso, es qué sucede con la remuneración de aquel trabajador, respecto del cual, a pesar de haberle retirado la confianza, se ha

¹²⁸ PACHECO ZERGA, Luz, *Op.Cit.*, p. 87.

¹²⁹ Véase Expediente 3501-2006-PA/TC: Fundamento Décimo Primero, apartado f), primera parte.

¹³⁰ STC del 13 de noviembre del 2007 {Expediente N° 08257-2006-PA/TC. Fundamento 10}.[Ubicado el 16.06.10]. Obtenido en www.tc.gob.pe.

optado por mantenerlo en el empleo, más no en un puesto de dirección o de confianza. Consideramos que la respuesta pasa por analizar los efectos extintivos de la relación laboral “especial”, específicamente lo referido al pago de una indemnización, y -luego de ello- dar cuenta de las nuevas condiciones laborales del “ex directivo”.

De otro lado y a efectos de incidir en lo incorrecto de la postura jurídica asumida por la sentencia casatoria, no debemos perder de vista que la materia que se aborda en esta *litis* es: “Cese de Actos de Hostilidad”, denominado también: despido indirecto. Si bien queda claro que la materialización de un acto de esta naturaleza no representa *per se*, la configuración de un despido - literalmente hablando- pues correspondería al trabajador decidir si emplea o no este mecanismo resolutorio; no es menos cierto que, más allá de la alternativa latente, es la propia norma laboral la que le otorga la categoría de un “acto equiparable al despido”, por lo que, en el supuesto negado de que se haya configurado un acto de esta naturaleza, se le debió otorgar un trato -por decir lo menos- similar al del despido del trabajador de dirección y de confianza, lo cual no ha ocurrido. En efecto, el criterio del Colegiado Supremo genera por su parte, que la relación causal “tipo de retribución”, se vea quebrantada, pues determina que uno de los componentes de la relación laboral de carácter especial (la remuneración), se mantenga a pesar que dicho vínculo laboral dejó de existir.

b) El contenido esencial y el contenido accidental del derecho a la remuneración:

El otro sustento jurídico que se utiliza en la sentencia casatoria, es que la decisión del empleador “desconoce el carácter social del salario”, el cual -señala- “sirve para designar a todos los componentes de la remuneración que no tienen origen contraprestativo” y es que -de acuerdo al fundamento esgrimido- “el salario tiene una doble función: retribuir el servicio prestado y

sustentar al trabajador, función recogida por el principio de suficiencia”.

A nuestro entender, dicha premisa jurídica también deviene en incorrecta. Veamos por qué:

Dos temas son traídos a colación por el Colegiado Supremo al respecto: “*el carácter social y la suficiencia del salario*”. Al respecto, cuando en el capítulo anterior nos referíamos a la “Configuración Jurídica del Salario”, como parte de la obra del tratadista español José Antonio Fernández Aviles, se daba cuenta de la vertiente social de la remuneración, a través del cual se decía: “(...) se debe garantizar el atributo económico-social de la suficiencia plasmado en un mínimo de vida digno independientemente del rendimiento y otras variables”¹³¹.

Entonces, para avocarnos a la “suficiencia” como componente esencial de la remuneración, resulta interesante traer a colación el sustento jurídico expuesto en la sentencia emitida con ocasión del Expediente 0020-2012-PI/TC, a través de la cual el Tribunal Constitucional da cuenta de la estructura de este derecho fundamental, señalando que: “(...) este se encuentra compuesto por elementos diferenciados: el *contenido esencial* es absolutamente intangible para el legislador, definido desde la teoría institucional, y uno *accidental*, claudicante ante los límites proporcionados que el legislador establezca a fin de proteger otros derechos o bienes constitucionalmente garantizados”¹³².

¹³¹ FERNANDEZ AVILES, José Antonio. *Op. Cit.*, pp. 69-74.

¹³² STC del 16 de abril del 2014 {Expediente N° 0020-2012-PI/TC. Fundamento 15}, [Ubicado el 03.10.17]. Obtenido en www.tc.gob.pe.

b.1) El contenido esencial del derecho a la remuneración

En cuanto al contenido esencial, el máximo intérprete de la Constitución señala que abarca los siguientes elementos:

“(…)

- Acceso, en tanto nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución (artículo 23 de la Constitución).
- No privación arbitraria, como reflejo del acceso, en tanto ningún empleador puede dejar de otorgar la remuneración sin causa justificada.
- Prioritario, en tanto su pago es preferente frente a las demás obligaciones del empleador, de cara a su naturaleza alimentaria y su relación con el derecho a la vida y el principio-derecho a la igualdad y la dignidad (segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución).
- Equidad, al no ser posible la discriminación en el pago de la remuneración (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución).
- Suficiencia, por constituir el quantum mínimo que garantiza al trabajador y a su familia su bienestar (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución)”.

Sobre este último elemento (la suficiencia), agrega lo siguiente: “(……) En consecuencia, la *remuneración suficiente*, en tanto parte integrante del contenido esencial del derecho fundamental a la remuneración, previsto en el artículo 24° de la Constitución, implica también ajustar su *quantum* a un criterio mínimo -bien a través del Estado, bien mediante la autonomía colectiva- de tal forma que no peligre el derecho constitucional a la vida o el principio-derecho a la dignidad”¹³³.

Nótese al respecto que el término “suficiencia”, como componente del derecho constitucional a la remuneración, está directa e inoponiblemente vinculado con el concepto de “remuneración mínima”, concepto que no es sujeto de debate en el presente caso,

¹³³ STC del 16 de abril del 2014 {Expediente N° 0020-2012-PI/TC. Fundamento 16 y 29}, [Ubicado el 03.10.17]. Obtenido en www.tc.gob.pe.

descartando así -desde nuestro punto de vista- la tesis propuesta en la sentencia casatoria.

b.2) El contenido accidental del derecho a la remuneración

Suprimida la postura de una posible afectación del contenido esencial del derecho a la remuneración, y siguiendo el criterio vertido por el Tribunal Constitucional en la sentencia antes señalada, corresponde dar cuenta del denominado contenido accidental de dicho derecho constitucional, el cual creemos, debió ser el componente a analizar por parte de la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República.

En lo referido al precitado contenido accidental, se señala que: “(...) es aquel sujeto a restricciones, en virtud de otros bienes y derechos establecidos en la Constitución”, precisando al respecto que:

“(...) 32. Sólo con carácter enumerativo, no cerrado, este Colegiado, analizando el artículo 24 de la Constitución y sirviéndose de principios establecidos en normas infraconstitucionales, considera que son parte del contenido accidental del derecho fundamental a la remuneración:

- La consistencia, en tanto debe guardar relación con las condiciones de exigencia, responsabilidad y complejidad del puesto que ocupa el trabajador. Para su determinación, ha de tomar en cuenta el efecto ingreso (o renta), según el cual la variación del número deseado de horas de trabajo provocada por una variación del ingreso debe mantener constante el salario.
- La intangibilidad, en tanto no es posible la reducción desproporcional de una remuneración, lo que fluye del carácter irrenunciable de los derechos de los trabajadores (artículo 26.2 de la Constitución, definida en múltiple

jurisprudencia, como la STC 4188-2004-AA/TC)¹³⁴ [el subrayado es nuestro].

En relación al análisis del elemento “intangibilidad”, consideramos que este debe ser reservado, a efectos de revisarlo -conjuntamente- con lo señalado en el considerando Vigésimo Sexto de la sentencia casatoria, dado que se corresponde con otro de los criterios legales esgrimidos por el Colegiado Supremo, el cual versa sobre el “Principio de Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales”.

Por tanto, conviene ahora reparar en el elemento accidental denominado consistencia, el cual forma parte del contenido accidental del derecho a la remuneración, lógicamente debido a que este se encuentra sujeto a restricciones, en virtud del respeto a otro derecho de orden constitucional, el cual se constituye como un límite en su aplicación y tutela: el derecho a la empresa.

Aquel elemento, aplica perfectamente al caso materia de análisis, pero no de la forma prevista en la sentencia casatoria, sino de forma diametralmente opuesta, y es que -por teoría general- la remuneración debe corresponderse con las condiciones de exigencia, responsabilidad y complejidad del puesto que ocupa el trabajador dentro de la empresa para la cual trabaja, un criterio que no es admitido por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, a pesar de que la doctrina dominante, ha revalidado que: “No obstante, alrededor de este asunto, la Corte Suprema de Justicia de la República (CSJR) ha sostenido en reiterada jurisprudencia que la remuneración es estrictamente una contraprestación por los servicios efectivamente prestados por el trabajador, razón por la cual, no existiendo prestaciones efectiva de servicios, su pago solo se admite cuando es ordenado por norma legal

¹³⁴ STC del 16 de abril del 2014 {Expediente N° 0020-2012-PI/TC. Fundamento 32}, [Ubicado el 03.10.17]. Obtenido en www.tc.gob.pe.

expresa o cuando existe una situación que se estima injusta o abusiva”¹³⁵.

Siendo así, conforme a lo señalado en el presente acápite, se puede advertir que el análisis jurídico insertado en el Considerando Vigésimo Quinto de la sentencia casatoria no es correcto, puesto que no se configura una afectación ni al contenido esencial ni al contenido accidental del derecho fundamental a la remuneración, verificándose que no existe la posibilidad de que se configure un acto de hostilidad al respecto.

C) FUNDAMENTO VIGÉSIMO SEXTO DE LA CASACIÓN

Fundamento Vigésimo Sexto:

“(…)VIGÉSIMO SEXTO: Adicionalmente, es pertinente señalar que el poder del empleador para modificar las condiciones de trabajo tiene límites, es decir, no es absoluto, pues dicha libertad se encuentra regulada en los principios de progresividad de las remuneraciones, protección e irrenunciabilidad de los derechos laborales, puesto que ningún acto dentro del sistema de personal debe afectar la integridad de la remuneración del trabajador; en tal horizonte, se establece que toda medida del empleador que busque modificar las condiciones de trabajo, debe superar el test de razonabilidad, es decir, las medidas adoptadas, deben ser razonables, objetivas, proporcionales y previsibles; de no superar dicho test, estaremos ante la existencia de un acto de hostilidad”.

Este último considerando se encuentra abocado al análisis de la facultad de variación del empleador, vale decir a la facultad para modificar las condiciones de trabajo, además de citar los límites de tal facultad, lo cual -desde la perspectiva de la Sala Suprema- conlleva a que, en el presente caso, se configure un acto de hostilidad. Adicionalmente, se verifica la compatibilidad que le atribuye a aquel concepto jurídico con relación a los Principios de Progresividad de las Remuneraciones y de Protección e Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales.

¹³⁵ PIZARRO DÍAZ, Mónica. *Op. Cit.*, p. 67.

C.1. La incorrecta calificación de la decisión empresarial adoptada como un “acto de hostilidad” y la configuración de una “novación” de la relación laboral especial

a) La incorrecta calificación de la decisión empresarial adoptada como un “acto de hostilidad”

El poder de variación o *ius variandi* que asiste al empleador, supone la posibilidad de que este pueda modificar los contenidos específicos de la prestación laboral de cada trabajador. En nuestro país el *ius variandi* se encuentra regulado a través del artículo 9° del TUO-LPCL, mediante el cual se permite que el empleador pueda hacer uso de aquella facultad directriz, siempre y cuando las medidas adoptadas sean razonables y obedezcan a las necesidades de la empresa. Así, cuando los límites previstos en el precitado artículo 9° de la LPCL no son respetados, nos encontramos ante un ejercicio abusivo y desnaturalizado del *ius variandi*, configurándose con ello un “acto de hostilidad” por parte del empleador.

En el presente caso, como ya lo hemos determinado, el “acto de hostilidad” que -de acuerdo al Colegiado Supremo- se ha configurado, es la supuesta “reducción inmotivada de la remuneración”. La Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia del República, nuevamente equivoca la forma de analizar el caso, al determinar que las razones invocadas por el empleador para “reducir la remuneración”, se circunscriben a una relación causa-efecto, dada la concurrencia del retiro de la confianza, puesto que el Sr. García venía ocupando un puesto de confianza de Jefe de Marketing hasta el 13 de mayo del año 2009, fecha en que se le retiró la confianza y se le asignó - con carácter temporal- las funciones de Especialista Proyectos FONER, con un Nivel Remunerativo de P-1.

La “reducción de la remuneración” no existe en este caso, puesto que el vínculo laboral de carácter especial propio del cargo de confianza que asistía al trabajador, fue

extinguido por decisión del empleador, en mérito al retiro de la confianza, una decisión basada en una causa inminentemente subjetiva, pero que la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha dotado de efectos extintivos. La consecuencia legítima de aquella decisión, conforme a reiterada jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional, sería el retorno al puesto de labores ordinario, lo cual al parecer sucedió en el presente caso, ello impide -desde el punto de vista jurídico- que se califique a la decisión empresarial adoptada en este caso, como un acto de hostilidad.

Sin perjuicio de aquel argumento, debemos echar mano de un análisis sistemático e integral de la norma especial, lo cual parece haber pasado inadvertido para el Colegiado Supremo. En el supuesto negado que en el presente caso se haya verificado un ejercicio abusivo o desnaturalizado del *ius variandi* por parte del empleador, consideramos que de ninguna manera se podría conceptuar dicha decisión como un “acto de hostilidad” equiparable al despido.

Como se ha señalado en el Considerando Sexto de la sentencia casatoria: “(.....) *se configurará un acto de hostilidad cuando el empleador se exceda en sus facultades de dirección, y en esencia persiga ocultamente la intención de extinguir el vínculo laboral con el trabajador*”¹³⁶; resultando algo ilógico aseverar que la intención (oculta) del empleador en este caso haya sido despedir al Sr. García, pues para extinguir el vínculo laboral por completo, hubiese bastado hacer uso del mecanismo de “retiro de la confianza” y optar por la alternativa del desempleo; siendo que por el contrario, la asignación de funciones -temporales o no-propias de un puesto ordinario o de planta, dentro de la estructura organizativa de la empresa, nos inclina a reforzar nuestra idea acerca de la conservación del empleo, a través de una movilidad funcional, una figura diametralmente opuesta al concepto de “actos de hostilidad” y que evidentemente colisiona con su naturaleza, descartando con ello la tesis de

¹³⁶ Fundamento SEXTO de la Casación N° 3636-2010-CUSCO.

que estamos ante una “reducción inmotivada de la remuneración” y reforzando -a su turno- la idea de que en el presente caso ha operado la “novación” del vínculo contractual especial por un vínculo laboral ordinario.

Sobre aquella idea, vale decir la referida a la “conservación del empleo, a través de una movilidad funcional”, es menester traer a colación lo señalado por la académica nacional Ana Cecilia Crisanto Castañeda, quien a través de un profundo y especializado estudio, componente de su tesis doctoral, revalida la posibilidad de que, la movilidad funcional realizada en beneficio del trabajador – v.gr. para el mantenimiento de su empleo o resguardo de su salud- puede efectuarse en categoría profesional distinta a la anteriormente asignada y sin necesidad de conservar el salario inicial cuando aquella sea inferior, dando cuenta de sendos pronunciamientos jurisprudenciales emitidos en España sobre el particular¹³⁷.

b) La configuración de una “novación” de la relación laboral especial

Ahora bien, ya sea que el cargo de Especialista Proyectos FONER, haya sido o no el cargo primigenio que ocupó el actor al momento de ingresar a ELECTRO SUR ESTE, lo que se ha configurado en este caso fue una “novación” de la relación laboral, pues ante la culminación del vínculo especial se ha generado un nuevo vínculo (ordinario), con características propias, entre ellas el nivel remunerativo, acorde con las condiciones de exigencia, responsabilidad y complejidad de las nuevas funciones asignadas (Nivel Remunerativo de P-1); máxime si dichas funciones fueron asignadas con carácter temporal.

La teoría de la “novación” es validada por la doctrina dominante. Repasamos lo señalado por De Val de Tena:

¹³⁷ Cfr. CRISANTO CASTAÑEDA, Ana Cecilia. *Las políticas empresariales del empleo* (Tesis Doctoral). Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, 2009, Cap. V, pp. 176.

“(…) Un supuesto singular se refiere a la posibilidad de encomendar a un trabajador alto directivo funciones inferiores a las propias de su cargo...Ahora bien, cuando el cese en el ejercicio de las facultades directivas no va acompañado de la conclusión más o menos inmediata de la prestación de servicios, esto es, si el trabajador continúa realizando tareas diferentes a las inherentes al puesto de alta dirección, lo sucedido es que la relación especial se ha convertido en una relación común, a través de una novación tácita o consentida, por cuanto la misma no se presume, siendo preciso que se declare expresamente la sustitución de una relación contractual por otra o que la antigua y la nueva sean de todo punto incompatibles (artículo 1204 CC). El trabajador queda vinculado a la empresa mediante un nuevo contrato de trabajo, no especial, por tiempo indefinido, pudiendo reclamar al empresario la indemnización correspondiente al contrato de alta dirección extinguido”¹³⁸ [el subrayado es nuestro].

C.2 La incorrecta aplicación del Principio de Progresividad de las Remuneraciones y el Principio de Protección e Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales:

Por otro lado, se advierte que el Colegiado Supremo ha tratado de relacionar la posición asumida en el caso bajo comento, con los principios de “Progresividad de las Remuneraciones” y “Protección e Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales”. Sobre el particular, creemos que ninguno de los dos principios resultan aplicables al caso en concreto.

a) Sobre el Principio de Progresividad de las Remuneraciones

A efectos de ser prácticos, debemos echar mano -una vez más- de un pronunciamiento emitido por el Tribunal Constitucional al respecto del derecho constitucional a una

¹³⁸ Cfr. DE VAL TENA, Ángel Luis, *Op.Cit.*, p. 328.

“remuneración equitativa y suficiente”. Nos referimos a la sentencia emitida con ocasión del Expediente N° 0020-2012-PI/TC¹³⁹, en mérito a la cual se dejan sentadas las bases de una definición del contenido del derecho fundamental a la remuneración y se precisan las restricciones a la intangibilidad de este derecho.

En dicha sentencia, sobre el “Principio de Progresividad”, denominado también como “Principio de No Regresividad de los Derechos Sociales”, el colegiado constitucional señaló que: “(...) Este principio supone que las medidas que debe adoptar el Estado con referencia a la plena efectividad de dichos derechos no pueden ser "regresivas", esto es, no pueden ser medidas que generen un estado de cosas o una situación que sea más perjudicial que la que se encuentre efectivamente establecida”¹⁴⁰. Así las cosas, queda entendido que tal principio se debe traer a colación o en su defecto aplicar, cuando se debate el tema del rol del Estado, en cuanto a la promoción y/o dación de una iniciativa legislativa que suponga la afectación de algún derecho económico, social y cultural, previsto internacionalmente o en nuestra Constitución Política. Este criterio es lógico si tomamos en cuenta que, según lo comenta el Magistrado peruano Omar Toledo Toribio: “(...) el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales se encuentra contemplado en el artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el artículo del 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales (...) El artículo 26° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevé: Desarrollo Progresivo.- Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y

¹³⁹ Se trata de la sentencia a través de la cual el Tribunal Constitucional declara infundada la demanda de inconstitucionalidad interpuesta por el 25% del número legal de Congresistas de la República en contra el primer párrafo de la Primera Disposición Complementaria, Transitoria y Final de la Ley 29944 (Ley de Reforma Magisterial).

¹⁴⁰ STC del 16 de abril del 2014 {Expediente N° 0020-2012-PI/TC. Fundamento 45}, [Ubicado el 03.10.17]. Obtenido en www.tc.gob.pe.

técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”¹⁴¹.

Bajo ese contexto, queda claro que el principio bajo comento, no resulta de aplicación para resolver el caso judicial materia de análisis, pues nos encontramos frente a un caso de naturaleza privada, donde la *litis* versa sobre el “Cese de actos de hostilidad” de un trabajador sujeto al régimen del TUO-LPCL. Esta teoría parece ser revalidada en el estudio hecho por el precitado Magistrado Omar Toledo, quien -sin hacer alusión directa al respecto- da cuenta de un comentario sobre el fallo emitido por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con ocasión del caso denominado “Cinco Pensionistas vs. Perú” en la sentencia de 28 de febrero de 2003; a través de la cual se deja establecido que: “(...) Los derechos económicos, sociales y culturales tienen una dimensión tanto individual como colectiva. Su desarrollo progresivo, sobre el cual ya se ha pronunciado el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, se debe medir, en el criterio de este Tribunal, en función de la creciente cobertura de los derechos económicos, sociales y culturales en general, y del derecho a la seguridad social y a la pensión en particular, sobre el conjunto de la población, teniendo presentes los imperativos de la equidad social, y no en función de las circunstancias de un muy limitado grupo de pensionistas no necesariamente representativos de la situación general prevaleciente”¹⁴².

¹⁴¹ TOLEDO TORIBIO, Omar. “*El Principio de Progresividad y No Regresividad en Materia Laboral*”. Lima. 2010. Obtenido en <file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-ElPrincipioDeProgresividadYNoRegresividadEnMateria-5500749.pdf>

¹⁴² TOLEDO TORIBIO, Omar. “*El Principio de Progresividad y No Regresividad en Materia Laboral*”. Lima. 2010. Obtenido en <file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-ElPrincipioDeProgresividadYNoRegresividadEnMateria-5500749.pdf>

b) Sobre el Principio de Protección e Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales

En lo que al “Principio de Protección e Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales” se refiere, debemos entender que en la sentencia casatoria se postula como fundamento jurídico la aplicación -para el caso específico- del “Principio de Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales”, el mismo que se encuentra consagrado en el artículo 26° -inciso 2- de la Carta Magna y que se fundamenta en el carácter protector del Derecho Laboral, ello debido a la desigualdad que existe entre las partes¹⁴³. Al respecto, nos permitimos discrepar con el Colegiado Supremo, en la medida que -tal como anotáramos en el capítulo anterior- cuando citamos el comentario hecho por Víctor Ferro Delgado: “(...) tanto la categoría como la remuneración, esta última en cuanto no afecte la remuneración mínima vital, son derechos disponibles por el trabajador, por lo que no cabe que invocando el principio de irrenunciabilidad de derechos, el TC pretenda limitar la facultad del trabajador para celebrar convenios que reduzcan estos derechos”¹⁴⁴.

Ahora bien, el autor parte de un teorema bastante práctico y ampliamente analizado a lo largo de la presente investigación, el cual alude a que -en efecto- existe la posibilidad de reducir la remuneración, siempre y cuando preexista un acuerdo individual al respecto, entre el empleador y el trabajador, conforme lo sentencia con el siguiente comentario: “(...) Dicho en otros términos, la irrenunciabilidad opera aquí respecto al derecho del trabajador a que su categoría y remuneración no se vean reducidas por acto inmotivado del empleador, lo que no es óbice para que estas medidas puedan provenir de acuerdo individual (...)”.

¹⁴³ STC del 10 de Julio de 2010{Expediente N° 03052-2009-PA/TC. Fundamento 34}, [Ubicado el 06.10.17]. Obtenido en www.tc.gob.pe.

¹⁴⁴ FERRO DELGADO, Víctor. *Op. Cit.*, pp.119-131.

Sin embargo, como también he apuntado reiteradamente, es menester analizar el tema medular de esta controversia legal: la *motivación* de la decisión adoptada por el empleador, la cual nos remite una vez más -y por obligación - a la naturaleza del retiro de la confianza, como herramienta jurídica que, entre otros efectos, extingue el vínculo contractual especial, del trabajador de dirección y de confianza. Ahora bien, los efectos de esta herramienta disuasiva, nos lleva a verificar dos aspectos colaterales propios del presente caso, como son: i) Que a pesar de que el empleador pudo aplicar la figura del retiro de la confianza de forma automática, extinguiendo el vínculo laboral de carácter especial sin más, decide utilizar dicho mecanismo y a su vez mantener al Sr. García como parte de su estructura orgánica, como trabajador, dentro de otra categoría laboral; y, ii) Este hecho representa una actitud objetiva de parte de la empresa ELECTRO SUR ESTE, la cual apuesta por la mantención del empleo y con ello seguir contando con el Sr. García en sus filas, lo que en buena cuenta representa una aceptación intrínseca de reconocimiento a su buen desempeño, más no debe ser aceptada sin que medie una correcta y adecuada decisión (de carácter jurídico), al respecto de las consecuencias de la extinción del vínculo laboral -de carácter especial- que asistía al Sr. García, pues de no ser así, fácilmente puede considerarse como una medida de “escape”, para con su obligación de pagar una indemnización, tras la ruptura intempestiva de aquel vínculo. La indemnización por aquella ruptura intempestiva del vínculo laboral especial, busca restablecer un equilibrio dentro de la relación y resarcir -de cierta forma- el perjuicio que se la haya podido generar al trabajador, lo cual no es óbice para poder iniciar un nuevo vínculo contractual, bajo nuevas condiciones y reglas de trabajo.

CONCLUSIONES

1. Se ha determinado que, en nuestro país, el tratamiento del régimen laboral especial de los “Trabajadores de Dirección y de Confianza” resulta ser, en líneas generales, bastante similar al modelo español. Así, se verifica que, a pesar de la diferente nomenclatura, dado que en España se refieren a ellos como “Alto Directivo”, existe una marcada influencia de la corriente ibérica en nuestro país sobre el particular, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial. La gran diferencia se encuentra en el componente legislativo, ello debido a que en España este régimen es regulado a través de un Real Decreto (el Real Decreto Español 1382/1985 de fecha 1 de agosto de 1985), lo que no ocurre en el Perú, donde este régimen laboral sigue siendo normado a través de la legislación laboral general y de forma muy sucinta.
2. Se concluye que el “retiro de la confianza”, vista como una figura jurídica autónoma y dotada de subjetividad y funcionalidad, conforme a los términos del Tribunal Constitucional, resulta ser un “ente extintivo” del vínculo laboral especial, más no un despido en estricto. Aquel “ente extintivo”, al no sustentarse en causa objetiva, sino subjetiva, y al no estar regulado como tal dentro del ordenamiento jurídico peruano, vulnera el derecho del trabajo del “trabajador de dirección y de confianza” afectado. Se genera así la necesidad de implementar un régimen de protección especial a favor de dicho trabajador, el cual involucra dos alternativas: a) El retorno al puesto ordinario (en caso de promoción de aquel trabajador al

cargo directriz); o, b) El pago de una indemnización (en caso de acceso directo del trabajador a dicho cargo).

3. El análisis jurídico de la Casación N° 3636-2010-CUSCO, acredita la existencia de una tercera variante, diferente a los dos casos anteriormente mencionados, como es: determinar los efectos legales de la decisión empresarial de retirarle la confianza a un trabajador que ha accedido directamente al cargo directivo, optando -sin embargo- por mantenerlo en el empleo, pero como parte integrante de una nueva categoría laboral (régimen ordinario), en un nuevo puesto de trabajo y con una nueva remuneración, evidentemente menor y acorde con las nuevas funciones a desarrollar.
4. Al respecto de esta casuística, se ha determinado que el criterio jurídico adoptado por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, postula que en tal caso no se configura la reducción inmotivada de la categoría laboral, pues una de las implicancias legales que genera el *estatus* de trabajador de dirección o de confianza, es la imposibilidad de que sea repuesto al cargo directriz, aun cuando se trate de una determinación empresarial inminentemente subjetiva (vale decir no objetiva), como es el retiro de la confianza por parte de su empleador. De otro lado, postula que tal decisión empresarial sí se constituye como una reducción inmotivada de la remuneración, ensayando como fundamento principal que aquel retiro de la confianza es la (única) causa para que haya operado tal reducción, lo que a su juicio se configura como una decisión unilateral del empleador, carente de motivación objetiva o legal, determinando la existencia de un acto de hostilidad, reprobado por la ley de la materia.
5. En contraposición a aquella postura, la presente tesis concluye que en el caso de los “trabajadores de dirección y de confianza”, la decisión por parte del empleador de retirarle la confianza a un trabajador que ha accedido de forma directa a esta categoría y pese a ello, opta por que dicho trabajador continúe prestando (otros) servicios a su favor, no puede configurarse como un acto o como actos de hostilidad relativos a “la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría”, puesto que dicha decisión no se constituye como un ejercicio abusivo del *ius variandi*. A pesar de

basarse en una causa subjetiva, no se busca la extinción solapada del vínculo laboral con aquel trabajador, sino que, por el contrario, resulta ser una conducta del empleador en *pro* de la permanencia o de la continuidad en el empleo, máxime si este, bien pudo adoptar la decisión de extinguir el vínculo laboral especial, sin volver a contratar al trabajador.

6. Se ha verificado que no se configura el acto de hostilidad referido a la “reducción inmotivada de la categoría”. Además del fundamento indicado en la conclusión número 5, encontramos que, tal como lo señala la propia Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, se torna imposible que -a través de una decisión jurisdiccional- el trabajador sujeto al retiro de la confianza, sea repuesto a la categoría propia de un cargo directivo. Se ratifica por tanto -para efectos de este hecho- la predominancia de las características particulares, especialmente de la temporalidad, que asisten a esta categoría de trabajadores, así como la naturaleza resolutive especial del precitado mecanismo (retiro de la confianza).
7. Se ha determinado también que no se configura la “reducción inmotivada de la remuneración”, puesto que no existe una reducción como tal. Además del fundamento indicado en la conclusión número 5), se considera incorrecto que, como parte del fundamento jurídico empleado por el Colegiado Supremo, se haya otorgado a la decisión empresarial de retirarle la confianza al trabajador, la calidad de “causa justificante” de la denominada reducción de la remuneración. Cuando -en realidad- la causa que justifica la nueva remuneración otorgada a dicho trabajador, es la novación del contrato laboral primigenio. La doctrina especializada ratifica que en este tipo de casos ha operado aquella novación, extinguiéndose el vínculo contractual de carácter especial y sustituyéndolo por uno de carácter ordinario, el cual contiene términos y condiciones evidentemente diferentes, acorde con las nuevas funciones encargadas.
8. Se ha demostrado que la decisión de asignar una nueva remuneración al Sr. García, acorde con las (nuevas) labores que desarrollaría como Especialista Proyectos FONER (Nivel Remunerativo de P-1), no se configura como una vulneración a su derecho constitucional a la remuneración, visto desde la óptica del

artículo 24° de la Constitución Política del Perú, puesto que no se desconoce o transgrede, ni su contenido esencial ni su contenido accidental. En ese mismo orden de ideas, ha quedado determinado que no resultan aplicables al caso específico y por ende no se han transgredido, los siguientes principios: “Principio de Irrenunciabilidad de los Derechos Laborales” y “Principio de No Regresividad de los Derechos Sociales”.

9. Se ha verificado que, para el presente caso, no se puede ni debe aplicar la regla general de solicitar el cese del acto o de los actos presuntamente hostiles, no solo por el hecho de que no se configuran, sino porque preexiste un acto pasible de efectos jurídicos, como es “la extinción del vínculo laboral especial”. Esta “extinción del vínculo laboral especial”, determina el pago de una indemnización, ya que la naturaleza y la función del retiro de la confianza sigue siendo la misma, la de un “ente extintivo del vínculo laboral especial”, el mismo que por sus características exige la concurrencia de un mecanismo de protección especial. Así, se advierte que, de no utilizarse dicho mecanismo resarcitorio, la decisión del empleador, que involucra apostar por el empleo en lugar del desempleo, podría ser catalogada de arbitraria, ya que bien se podría alegar que su única intención fue no pagar dicha indemnización.
10. Finalmente, se deja establecido que el siguiente cuadro contiene un resumen del criterio jurídico que sustenta nuestra posición sobre esta tercera variante casuística, denominada “caso atípico”:

APLICACIONES	CASO TÍPICO 1	CASO TÍPICO 2	CASO ATÍPICO
Forma de Acceso	Directo	Por Promoción	Directo
Causa (Retiro de Confianza)	SI	SI	SI
Efecto (Vínculo laboral especial)	Extingue	Extingue	Extingue
Estatus del Empleo	No continúa	Continúa	Continúa
Régimen de Protección	Indemnización	Retorno (PO)	Indemnización
Remuneración	–	De acuerdo a PO	De acuerdo a PN

PO = Puesto Ordinario

PN = Puesto Nuevo

RECOMENDACIONES

1. Para una uniforme y adecuada regulación del régimen especial dentro del cual se encuentra inmerso el trabajador de dirección y de confianza, resulta indispensable la creación de una legislación propia, similar a la norma española, la cual contemple todas las aristas que dichas figuras legales -en su conjunto- puedan presentar; siendo tan indispensable como apremiante una regulación expresa respecto a la: “extinción del vínculo laboral” de este trabajador en particular. Si bien el Proyecto de la Ley General del Trabajo parece haberlo entendido así, su contenido no rebasa las expectativas creadas al respecto, máxime advertimos su aún incierta promulgación. Así, en lo que a este último aspecto se refiere, a pesar de que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha representado un significativo avance sobre la tendencia a seguir, considero que un tratamiento normativo especializado contribuiría indiscutiblemente al mejoramiento de dicha realidad, dejando claramente establecido que en estos casos la adecuada protección del trabajador -ante la decisión empresarial subjetiva del “retiro de la confianza”- resulta ser la indemnización, lo cual, al igual que su par español, podría ser admitido y convenido por las partes con anticipación, al inicio del vínculo contractual.
2. Ahora bien, solo en el caso que el proyecto de una normativa especial no sea promovido y/o admitido, corresponde examinar la legislación general actual, en lo referido a los “Actos de Hostilidad”, cuando los potenciales agraviados sean los trabajadores de dirección

y confianza. Al respecto, consideramos que existe un vacío legal en la norma laboral ordinaria, específicamente en lo que a la reducción de la categoría y de remuneración del trabajador de dirección y de confianza, motivada en el retiro de la confianza, se refiere.

Por tal motivo se propone modificar el artículo 49° del RLFE, de acuerdo al siguiente fundamento:

- Artículo 49° del RLFE

“La reducción de remuneraciones o de categoría a que se refiere el inciso b) del Artículo 63 de la Ley, es aquella dispuesta por decisión unilateral del empleador que carece de motivación objetiva o legal. En el caso de reducción de remuneración, no se configura la hostilidad por la parte de la remuneración cuyo pago está sujeto a condición.

En el caso particular de los trabajadores de dirección y de confianza, la decisión empresarial basada en el retiro de la confianza, con mantención del empleo en un puesto de carácter ordinario, no dará lugar a la configuración del acto hostil denominado: “reducción inmotivada de remuneración o categoría”, generando únicamente la extinción del vínculo laboral de carácter especial y el pago de una indemnización similar al caso del despido arbitrario. Tras la extinción indemnizada de dicho vínculo laboral especial, la remuneración se calculará de acuerdo a las nuevas funciones que asuma el trabajador”.

3. En ese orden de ideas, en lo que corresponde al mismo régimen laboral especial, específicamente a la nueva remuneración que le corresponderá al trabajador, como parte de las funciones y responsabilidades asignadas, tras la extinción -indemnizada- del vínculo laboral primigenio, debemos indicar lo siguiente:

a) Verificando cada caso en particular, es decir, tomando en consideración el récord laboral del trabajador, cuyo *quantum* remunerativo se habría visto potencialmente disminuido y verificando además las funciones directivas que ha desarrollado a lo largo de su desempeño profesional, dentro de la categoría laboral a la que ha pertenecido; y,

- b) En el caso en que se verifique que dicho trabajador de dirección o de confianza, haya ocupado cargos de esta misma categoría o nivel, dentro de la misma empresa, por más de cinco (05) años consecutivos y de forma ininterrumpida, se propone la creación de una figura legal similar a la denominada “Bonificación Diferencial”, propia del régimen laboral del sector público, contenida en el artículo 53° del Decreto Legislativo N° 276, que regula la Ley de Bases de la Carrera Administrativa y de Remuneraciones del Sector Público¹⁴⁵, el cual guarda concordancia con el artículo 124° del Reglamento de la Carrera Administrativa, aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM¹⁴⁶.

La propuesta de establecer esta bonificación diferencial, se constituye como una alternativa justa y equitativa para ambas partes (empleador y trabajador). Es en realidad un punto intermedio, pues a diferencia de la propuesta planteada por la Corte Suprema de Justicia de la República, esta bonificación no representa un sobre costo de carácter desproporcional para el empleador y tampoco carece de sustento normativo. Recordemos que la sentencia casatoria dispone, sin sustento jurídico válido, que, pese a que el trabajador ha pasado a ocupar un cargo laborar ordinario, se le debe restablecer (y mantener) la remuneración propia del cargo de confianza anteriormente desempeñado.

¹⁴⁵ Artículo 53° del D.L. 276.- La bonificación diferencial tiene por objeto:

- a) Compensar a un servidor de carrera por el desempeño de un cargo que implique responsabilidad directiva; y,
- b) Compensar condiciones de trabajo excepcionales respecto del servicio común.

Esta bonificación no es aplicable a funcionarios.

¹⁴⁶ Artículo 124° del Reglamento del D.L. 276, aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM:

El servidor de carrera designado para desempeñar cargos de responsabilidad directiva, con más de cinco años en el ejercicio de dichos cargos, percibirá de modo permanente la bonificación diferencial a que se refiere el inciso a) del artículo 53 de la Ley al finalizar la designación. Adquieren derecho a la percepción permanente de una proporción de la referida bonificación diferencial quienes al término de la designación cuentan con más de tres (3) años en el ejercicio de cargos de responsabilidad directiva. La norma específica señalará los montos y la proporcionalidad de la percepción remunerativa a que se refiere el presente artículo.

Adicionalmente, esta bonificación cumple con reconocer el récord laboral propio y particular de aquel trabajador, quien ha venido ocupando cargos de esta categoría, por más de cinco años y de forma ininterrumpida, incentivando además el mantenimiento de su empleo.

Así, como parte integrante del compendio normativo propio de los trabajadores de dirección o confianza, se postula la siguiente fórmula de *lege ferenda*:

“En el caso de trabajadores de dirección y de confianza, que a la fecha de la emisión de la decisión empresarial referida al “retiro de la confianza”, hayan sido separados del cargo directriz, para ocupar un cargo de naturaleza ordinaria y solo cuando se encuentre acreditado que dicho trabajador ha ejercido cargos de responsabilidad de dirección o de confianza, de forma ininterrumpida y permanente, por un mínimo de cinco (05) años o más para un mismo empleador, percibirá de modo permanente una bonificación diferencial. Esta bonificación se incrementará y acumulará proporcionalmente, según los años de servicio prestados a favor del mismo empleador, cuando se supere el récord laboral de cinco (05) años inicialmente calculados.

Dicha bonificación permanente, se calculará y pagará independientemente de la indemnización prevista para estos casos.

A través del Reglamento, se señalarán los montos y la proporcionalidad de la percepción remunerativa a que se refiere el presente artículo”.

Ahora bien, la similitud de la propuesta planteada con la figura legal denominada “Bonificación Diferencial”, propia del régimen laboral del sector público, nos ha llevado a analizar algunos pronunciamientos emitidos por la Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil de la Autoridad Nacional del Servicio Civil (SERVIR), los cuales dan cuenta de la forma de cálculo de dicha bonificación, constituida por el resultado de la diferencia existente entre la remuneración total que corresponde al cargo de mayor

responsabilidad que asume el servidor y la remuneración total de su cargo primigenio¹⁴⁷.

En ese sentido, no siendo la intención de nuestra propuesta, aplicar el mismo mecanismo de cálculo, por cuanto se estaría incumpliendo con la finalidad de constituirlo como un punto intermedio, justo y equitativo para ambas partes (empleador y trabajador) desde el plano netamente retributivo; y aun cuando creamos que resulta necesario ahondar en un análisis técnico-económico, contable y/o de estudio del mercado laboral, para definir dicho cálculo, es menester proponer que dicha bonificación diferencial ascienda -para estos casos- al 10% de la diferencia existente entre la remuneración total que percibía el trabajador cuando ocupaba el cargo directriz y la remuneración total que percibirá en su nuevo cargo, de naturaleza ordinaria; tomando como referencia el promedio de sobrecosto laboral mensual (distribuido por conceptos) de un trabajador sujeto al régimen del sector privado.

¹⁴⁷ Al respecto ver el fundamento 2.12 del Informe Técnico N° 1672-2016-SERVIR/GPGSC y el fundamento 2.8 y siguientes del Informe Técnico N° 1664-2016-SERVIR/GPGSC, ambos emitidos el 24 de agosto de 2016 por la Gerencia de Políticas de Gestión del Servicio Civil de SERVIR. [Ubicado el 12.01.18]. Obtenido en <http://www.servir.gob.pe/rectoria/informes-legales/listado-de-informes-legales/>

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros

- ALEMANY ZARAGOZA, Eduardo. *La relación laboral del directivo. Contratación y extinción. El contrato blindado*. Pamplona, Editorial Aranzandi Editorial, 1994.
- ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual de Trabajo en el Perú (Desafíos y Deficiencias)*. 1ra. Edición. Lima, Palestra Editores. 2008.
- BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el derecho laboral peruano*. 2da. Edición. Lima, ARA Editores, 2006.
- BORRAJO DACRUZ, Efrén. *Introducción al Derecho del Trabajo*. 12va. Edición. Madrid, Editorial Tecnos, 2002.
- CABANELLAS, Guillermo y PEREZ-BOTIJA, Eugenio. “*Derecho Constitucional Laboral*”. Madrid. Editorial Tecnos, 1958.
- CAMPOS RIVERA, Domingo. *Derecho Laboral*. 7ma. Edición. Bogotá. Editorial Temis. 2003.
- DE BUEN LOZANO, Néstor. *Derechos del Trabajador de Confianza*, 1ra. Edición, México DF., Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México, 2000.
- DE LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo. Tomo I*, México DF, Editorial Porrúa, 1993.
- DE VAL TENA, Ángel Luis. *El Trabajador de Alta Dirección. Caracteres y Régimen Jurídico*. 1ra. Edición. Madrid, Editorial Civitas. 2002.

- DE VAL TENA, Ángel Luis. *Los Trabajadores Directivos de la Empresa*. Pamplona, Editorial Aranzadi. 1999.
- DE VAL TENA, Ángel Luis. *Los Trabajadores Directivos de la Empresa (Consejeros y Administradores, Personal de Alta Dirección)*. 2da. Edición. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2010.
- DEL VALLE VILLAR, José Manuel. *La protección legal de la suficiencia del salario*. Madrid. Dykinson Editores. 2002.
- DIAZ QUINTANILLA, Raquel. *Actos de Hostigamiento en la Relación Laboral*. 1ra. Edición. Lima. Soluciones Laborales, Gaceta Jurídica. 2011.
- DIEGUEZ, Gonzalo. *Lecciones de Derecho del Trabajo*. 4ta. Edición. Madrid. Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A. 1995.
- FERNANDEZ AVILES, José Antonio. *Configuración Jurídica de Salario*. Granada. Editorial Comares. 2001.
- FERRO DELGADO, Víctor. *Los Principios del Derecho del Trabajo en el Derecho Peruano. Libro Homenaje al Profesor Américo Plá Rodríguez*. Lima. Sociedad Peruana del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 2004.
- IGLESIAS CABERO, Manuel, *Relación Laboral de Carácter Especial del Personal de Alta Dirección*, 2da. Edición, Madrid, Editorial Civitas, 1994.
- MARTÍN VALVERDE, Antonio; RODRÍGUEZ-SAÑUDO GUTIÉRREZ, Fermín y GARCÍA MURCIO, Joaquín. *Derecho del Trabajo*. 12va. Edición. Madrid. Editorial Tecnos. 2003.
- MARTINEZ ABASCAL, Vicente-Antonio. *La Nueva Regulación de la Movilidad Funcional*. Pamplona. Editorial Aranzadi. 1996.
- MERCADER UGUINA, Jesús R. *Modernas Tendencias en la Ordenación Salarial (La Incidencia sobre el salario de la Reforma Laboral)*. Pamplona. Editorial Aranzadi. 1996.
- MOLERO MANGLANO, Carlos; SÁNCHEZ-CERVERA VALDÉS, José Manuel y otros. *Manual de Derecho del Trabajo*. 5ta. Edición. Navarra. Editorial Aranzadi. 2005.
- MOLERO MANGLANO, Carlos; MATORRAS DÍAZ-CANEJA, Ana y otros. *Estructura del Contrato de Trabajo (Un estudio sobre su configuración, elementos, contenido y extinción)*. Madrid. Editorial Dykinson. 1997.
- MONTOYA MEDINA, David. *La extinción del contrato de trabajo del alto directivo*, 1ra. Edición, Pamplona, Editorial Aranzadi. 2008.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 28va. Edición. Madrid. Editorial Tecnos. 2007.

- NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho Laboral*, Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.
- PACHECO ZERGA, Luz. *La dignidad humana en el Derecho del Trabajo*. 1ra. Edición. Navarra. Editorial Aranzadi. 2007.
- PLA RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, 3ra. Edición, Buenos Aires. Editorial de Palma. 1998.
- PIZARRO DÍAZ, Mónica. *La Remuneración en el Perú (Análisis Jurídico Laboral)*. 1ra. Edición. Lima. Estudio Gonzales & Asociados. Consultores Laborales SAC. 2006.
- PURCALLA BONILLA, Miguel Ángel. *Movilidad Geográfica y Modificación Sustancial: Impugnación Procesal Laboral*, 1ra. Edición. Valladolid. Editorial Lex Nova. 2003.
- QUINTANA SÁNCHEZ, Oscar y TARANCÓN PÉREZ, Encarna. *El Salario y la nómina*. 3ra. Edición. Alabacete. Altabán Ediciones. 2008.
- SAGARDOY, José Antonio. *Prontuario de Derecho del Trabajo*. Madrid, Editorial Civitas. 1991.
- SAN MARTIN MAZZUCCONI, Carolina. *El régimen jurídico de la modificación sustancial de las condiciones de trabajo (Estudio del artículo 41 del Estatuto de los Trabajadores)*. Pamplona. Editorial Aranzadi. 1999.
- SEMPERE NAVARRO, Antonio V. *Cuestiones Actuales de Derecho del Trabajo*. Pamplona. Editorial Aranzadi. 2008.
- TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Instituciones del Derecho Laboral*. 2da. Edición. Lima. Gaceta Jurídica. 2005.
- ZAVALETA CRUZADO, Roger, *Temas selectos de Derecho Laboral*, 1ra. Edición. Lima, Maisol Perú Editores. SA., 2000.

Artículos publicados en obras colectivas o enciclopedias

- DOLORIER TORRES, Javier. “Protección contra el despido arbitrario” en *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. 1ra. Edición. Lima, ARA Editores, 2005, 559-565.
- GARRIGUES GIMÉNEZ, Amparo; ABELLA MESTANZA, María José y otros. “La organización del trabajo en la empresa. El deber de protección del empresario” en *Derecho del Trabajo*. 3ra. Edición. Navarra. Editorial Aranzadi. 2007. 407-421.
- MONTOYA MELGAR, Alfredo. “Clasificación Profesional y Promoción en el Trabajo” en *Comentarios al Estatuto de los*

Trabajadores. 7ma. Edición. Pamplona, Editorial Aranzadi. 2007.164-172.

RUIZ-HUERTA CARBONELL, Alejandro. “Las conexiones entre el derecho constitucional y el derecho del trabajo” en *Puntos Críticos Interdisciplinarios en las Relaciones Laborales*. 1era. Edición. Valladolid, Editorial Lex Nova, 2000, 57-61.

SALA FRANCO, Tomás. “El ingreso al trabajo, la clasificación profesional y la ordenación del trabajo en la empresa” en *El Ordenamiento laboral español y los límites a la autonomía de las partes y a las facultades del empresario*. Madrid. Centro de Publicaciones del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social. 1987, 25-96.

Artículos de Revista

AMARO RUBINA, Jorge Enrique. “El despido en los trabajadores de confianza. Apreciaciones de la jurisprudencia constitucional sobre la amistad y la productividad”, *Diálogo con la Jurisprudencia*. Volumen 14, Número 124, enero 2009, 285-290.

ANÁLISIS LABORAL, “Trabajadores de Dirección y Confianza ¿Tienen los mismos derechos que cualquier trabajador?”, Volumen XXXIV, N° 392, febrero 2010, Editorial AELE, 18-22.

BRIONES QUISPE, Milko. “Algunas particularidades en relación a los trabajadores de confianza”, *Libro del II Congreso Nacional de la SPDTSS. Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional*. Noviembre 2006, 591-596.

DEL AGUILA VELA, Robert, “Los alcances de la protección contra el despido arbitrario en la jurisprudencia constitucional”, *Diálogo con la Jurisprudencia*. Tomo 50. noviembre 2002, 167-182.

DEL RIO TIMANÁ, Dalia. “El régimen laboral privado del personal de dirección y de confianza en la jurisprudencia peruana”. *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*. Volumen 7. 2006. 331-345.

GARCÍA MANRIQUE, Álvaro, “La estabilidad laboral de los trabajadores de dirección y de confianza”, *Diálogo con la Jurisprudencia*. Volumen 14, Número 122, noviembre 2008. 243-249.

HERNANDEZ GARCÍA, Cristina, “El contrato laboral de alta dirección”. *Boletín Económico de ICE*, N° 2805, Mayo 2004, III-VIII.

- LÓYZAGA DE LA CUEVA, Octavio, “Los trabajadores de confianza, su régimen y sus limitaciones” *Revista Jurídica ALEGATOS*, Número 63, mayo-agosto 2006. 385-394.
- MATALLANA RUIZ, Roberto Gabriel, “La reducción salarial: Análisis Normativo y jurisprudencial”. *Actualidad Jurídica*. Tomo 230. Enero 2013, 301-308.
- TRELLES GARRIDO LECCA, Carlos Arturo: “Aspectos relevantes sobre el régimen jurídico de los trabajadores de alta dirección. Los socios-empleados y la contratación de gerentes”, *Ita Ius Esto*. Año N° 2, N° 04. Noviembre 2012. 207-219.
- VILELA ESPINOZA, Ana; VÉRTIZ IRIARTE, Aldo y EHIENDA QUIROZ, Alfredo. “Actos de Hostilidad: Análisis Legal. Comentarios. Modelos. Legislación Aplicable”. 1ra. Edición. Lima. AELE SAC. 2008, 07-21.

Tesis:

- CRISANTO CASTAÑEDA, Ana Cecilia. *Las políticas empresariales del empleo* (Tesis Doctoral). Universidad Rey Juan Carlos. Madrid, 2009.
- ALVAREZ CALDERON, Luciana. *La puesta a disposición del cargo de los trabajadores de dirección y confianza: Análisis de la sentencia en Casación N° 2120-2004-LIMA* (Tesis de Grado). Universidad de Piura, Lima, 2016.

Recursos Electrónicos:

- ANÁLISIS LABORAL. *Aspectos Socio económicos y jurídicos*. Lima. 2006. [ubicado el 28.10.09]. Obtenido en http://www.aele.com/img_upload/d47e3411833fe9ac4875a4a28c842a56/06.12_AL.pdf.
- CERÓN, Mario. *La Retribución de Directivos*. Madrid. 2011. [ubicado el 18.09.2017]. Obtenido en: https://books.google.com.pe/books?id=GVnF_NnxDcsC&pg=PT100&lpg=PT100&dq=alto+directivo+en+italia+y+francia&source=bl&ots=47m5jL60ZW&sig=LbJibme6hLoGDj424QA6aRfQ_nM&hl=es&sa=X&ved=0ahUKEwjOmqTl49zXAhXikOAKHedBAikQ6AEIKTAB#v=onepage&q&f=false

- EGOS PEÑA, Jorge. *El trabajador de confianza*. Guayaquil. 1991. [ubicado el 04.11.2009]. Obtenido en http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1991/04/4_El_Trabajador_De_Confianza.pdf.
- TOLEDO TORIBIO, Omar. *El Principio de Progresividad y No Regresividad en Materia Laboral*. Lima. 2010. Obtenido en <file:///C:/Users/User/Downloads/Dialnet-ElPrincipioDeProgresividadYNoRegresividadEnMateria-5500749.pdf>
- PUNTRIANO ROSAS, César. *El retiro de confianza como causa de despido*. Lima.2018. [ubicado el 05.02.2018]. Obtenido en <http://laley.pe/not/4716/el-retiro-de-confianza-como-causal-de-depido>

Referencia Jurisprudencial

- STC del 28 de noviembre del 2005. {Expediente número 0206-2005-AA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
- STC del 11 de Julio del 2002. {Expediente número 1124-2001-AA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
- STC del 13 de marzo del 2003. {Expediente número 976-2001-AA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
- STC del 21 de Mayo del 2004 {Expediente N° 009-2004-AA/TC} Obtenido en www.tc.gob.pe
- STC del 15 de Marzo del 2007. {Expediente número 03501-2006-PA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
- STC del 13 de noviembre del 2007. {Expediente número 08257-2006-PA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
- STC del 16 de abril del 2014 {Expediente N° 0020-2012-PI/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
- STC del 19 de diciembre del 2010 {Expediente número 1874-2002-AA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
- STC del 31 de marzo del 2000 {Expediente número 794-1999-AA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
- STC del 27 de marzo del 2002 {Expediente número 0360-2000-AA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
- STC del 13 de noviembre del 2007. {Expediente número 08257-2006-PA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe

STC del 10 de julio de 2010 {Expediente N° 03052-2009-PA/TC}.
Obtenido en www.tc.gob.pe
STC del 20 de enero del 2004 {Expediente N° 2906-2002-AA/TC}.
Obtenido en www.tc.gob.pe
STC del 21 de mayo del 2004 {Expediente N° 009-2004-AA/TC}.
Obtenido en www.tc.gob.pe

ANEXOS

ANEXO 1. CASACIÓN 3636-2010-CUSCO

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**SENTENCIA
CAS. LAB. 3636 - 2010
CUSCO**

Lima, diecisiete de Agosto
del dos mil once.-

**LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA;-----**

VISTA: la causa; en Audiencia Pública llevada a cabo en la fecha, integrada por los Magistrados Supremos Acevedo Mena, Presidente, Yrivarren Fallaque, Torres Vega, Arévalo Vela y Chaves Zapater; producida la votación con arreglo a ley, se ha emitido la siguiente sentencia:

I.- MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto mediante escrito de fojas setecientos cuarenta por don Federico Augusto García Miranda, contra la sentencia de vista obrante a fojas setecientos veintiocho, de fecha treinta y uno de agosto del dos mil diez, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco, que revocando la sentencia apelada de fojas seiscientos setenta y cinco del doce de mayo del mismo año, que declara fundada en parte la demanda, reformándola, la declara infundada.

II.- FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

El recurrente, denuncia como agravios:

a) La interpretación errónea del literal b) del artículo 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, norma concordante con el artículo 49 del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo, alegando que la sentencia de vista, en sus considerando 2.13 y 2.14, sin respaldarse en la segunda parte del artículo citado, llega a la conclusión que la disminución de la remuneración del actor es una simple consecuencia del cambio de puesto y como consecuencia del retiro de confianza verificado mediante Oficio G-706-2009, de fecha veintiséis de junio del dos mil nueve,

SENTENCIA
CAS. LAB. 3636 - 2010
CUSCO

por tanto, el concepto impago responde a la nueva condición laboral del demandante y no a un acto de hostilidad; añade que el razonamiento de la Sala se orienta a justificar el comportamiento patronal, al asumir que la remuneración dejada de percibir es de naturaleza condicional y por tanto susceptible de retracción, frente a una decisión inmotivada, injustificada, unilateral y por tanto arbitraria, precisando además que el artículo 49 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, aclarando los alcances de la ley, conduce a una interpretación inequívoca del sentido legal que debe sancionar el Poder Judicial, cuando se trata de actos hostilizatorios patronales consistentes en la reducción de la remuneración.

b) La inaplicación del artículo 59 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, argumentando que el actor ha ejercido diversos cargos jefaturales, sin que estos hayan sido considerados de confianza, y que en el caso del cargo de Jefe de Marketing, éste no se encontraba refrendado por la correspondiente anotación en las planillas y boletas de remuneraciones, infringiéndose lo dispuesto en el artículo 59 del Decreto Supremo N° 001-96TR; agregando que en el presente proceso también se discute la reducción inmotivada de categoría, situación que ha sido acreditada de manera suficiente en el proceso.

c) La inaplicación del artículo 6 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, indicando que si bien las disposiciones laborales dejan a salvo la posibilidad de remuneraciones condicionadas, no resulta válido asumir que el ejercicio de una función jefatural, no representativa y asignada sin comunicación, y sin las formalidades de un cargo de confianza, constituye una contraprestación sujeta a condición, a pesar de haber sido otorgada por promoción; agrega que no es posible soslayar la definición que efectúa la norma inaplicada, de lo que debe considerarse como retribución en el ámbito de la relación de trabajo, para lo cual sólo es exigible que ésta sea de libre disposición del trabajador.

SENTENCIA
CAS. LAB. 3636 - 2010
CUSCO

III.- CONSIDERANDO:

PRIMERO: Con relación a los agravios denunciados en los literales a) y c), se advierte que sus fundamentos satisfacen a cabalidad las exigencias de fondo previstas en el artículo 58 de la Ley Procesal del Trabajo N° 26636, modificado por la Ley N° 27021, por lo que el recurso de casación debe ser declarado **procedente**.

SEGUNDO: Absolviendo la denuncia casatoria del literal b), esta Suprema Sala advierte –de los fundamentos del recurso casatorio planteado–, que lo que en rigor pretende el demandante es una revaloración –en sede casatoria– del criterio de las instancias de mérito respecto de la calificación como cargo de dirección del puesto de "Jefe de Marketing", así como de los medios de prueba actuados y merituados en el presente proceso; lo que no es pasible de revisión en esta sede, en tanto la misma no es una tercera instancia, sino que más bien se orienta a "velar por el interés de la Sociedad, de allí que el objeto de la casación no se oriente a enmendar el agravio de la sentencia, sino busca la seguridad jurídica y la igualdad de los ciudadanos ante la ley", por medio de la defensa del derecho objetivo o la unificación de los criterios de la Corte Suprema; sobre todo si, las instancias de mérito han determinado con suficiencia las razones por las que sobre la base de una correcta interpretación y aplicación de las normas laborales al caso concreto, además de compulsar los medios de prueba obrantes en autos, han concluido en que el cargo cuya restitución pretende el demandante sí califica como uno de dirección. En tal sentido, este extremo del recurso deviene en **improcedente**.

TERCERO: Mediante escrito de fojas sesenta y seis, don Federico Augusto García Miranda demanda el cese de los actos de hostilidad perpetrados en su contra y ejercidos por su empleadora empresa Electro Sur Este Sociedad Anónima Abierta, quien de manera inmotivada y a partir del trece de mayo del dos mil nueve, le ha reducido la categoría y la remuneración percibida hasta dicha fecha, así como pretende se le reponga en el Nivel

SENTENCIA
CAS. LAB. 3636 - 2010
CUSCO

Remunerativo F-3A, con el que percibía un sueldo de siete mil treinta (S/ 7,030.00) nuevos soles y las remuneraciones devengadas. Expresa el actor, que ingresó a laborar para la demandada el uno de mayo de mil novecientos noventa y dos, siendo promovido en el mes de febrero de mil novecientos noventa y cuatro al cargo de Jefe de Abastecimientos, para posteriormente ejercer los cargos de Jefe de Logística, Jefe de Ventas, Jefe de Servicio Eléctrico de Vilcanota, Jefe de Finanzas y finalmente Jefe de Marketing de la demandada, agregando que mediante Memorandum N° A-283-2009, fechado el trece de mayo del dos mil nueve, se le comunicó el Acuerdo de Directorio por el cual se da por concluida su designación como personal de confianza, asignándole a partir del catorce de mayo del citado año, y con carácter temporal, la función de Especialista Proyectos Foner, con un nivel remunerativo de P-1, esto es, un nivel remunerativo menor al que venía ostentando, hecho que considera un acto de hostilidad.

CUARTO: Que mediante sentencia de vista del treinta y uno de agosto del dos mil diez, la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco, revoca la apelada, y reformándola, declara infundada la demanda, la asignación de un nuevo cargo al accionante y su consiguiente disminución remunerativa, no constituyen actos de hostilidad, al obedecer a un retiro de confianza para la continuidad en el cargo directriz de Jefe de Marketing.

QUINTO: El inciso b) del artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral considera como acto de hostilidad equiparable al despido, la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría, acto que se configura, según lo señala el artículo 49 del Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral cuando su reducción es dispuesta por decisión unilateral del empleador y carece de motivación objetiva y legal, incluyendo ésta última norma como excepción cuando el pago de la remuneración se encuentra sujeta a condición.

SEXTO: En ese sentido, se configurará un acto de hostilidad cuando el empleador se exceda en sus facultades de dirección, y en esencia persiga

SENTENCIA
CAS. LAB. 3636 - 2010
CUSCO

ocultamente la intención de extinguir el vínculo laboral con el trabajador, y que en el caso de la reducción de remuneración y/o categoría, sólo podrá ejecutarse dicha medida, cuando exista acuerdo expreso entre las partes, resulta proscrita en el supuesto que no se justifique objetivamente.

SÉTIMO: En el caso concreto, tal y como lo ha expuesto el recurrente en su escrito de demanda de fojas sesenta y seis, hechos admitidos por la demandada en su contestación corriente a fojas ciento catorce, el actor ingresó a laborar el uno de mayo de mil novecientos noventa y dos, siendo promovido en el mes de febrero de mil novecientos noventa y cuatro al cargo de Jefe de Abastecimiento, fecha a partir de la cual, y hasta el trece de mayo del dos mil nueve, en que se desarrolló como Jefe de Marketing, ejerció cargos con responsabilidad al interior de la empresa, esto es, por más de quince años de labor ininterrumpida.

OCTAVO: En relación a los trabajadores de *dirección o confianza*; nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 43 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, prescribe: "*Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o terceros, o que lo sustituye, o comparte con aquel las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de 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*".

NOVENO: 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, que se entiende le han sido debidamente

SENTENCIA
CAS. LAB. 3636 - 2010
CUSCO

conferidos; 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, entiéndase que aquéllos son sus colaboradores directos.

DÉCIMO: Por su parte, la doctrina autorizada –en cuanto a este tema– señala: *“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 (...)”*¹, del mismo modo, Santiago Barajas Montes de Oca define a un trabajador de confianza como: *“La persona que por razón de 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 (...)”*²

DÉCIMO PRIMERO: En este mismo horizonte se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en la sentencia recalda en el expediente número 03501-2006-PA/TC, señalando entre sus principales características, a saber: a) La confianza depositada en él, por parte del empleador; b) Representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones; c)

¹ DE BUEN, Néstor. **“DERECHOS DEL TRABAJADOR DE CONFIANZA”**. Cámara de Diputados, LVIII Legislatura – Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 14 y 15.

² BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. **“LOS CONTRATOS ESPECIALES DE TRABAJO”**, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, Serie G. Estudios Doctrinales, Núm. 135, p. 142. Formato html, Disponible en Internet: <http://www.biblijuridica.org/libros/libro.htm?l=953>, ISBN 968-36-2433-2.

SENTENCIA
CAS. LAB. 3636 - 2010
CUSCO

Dirección y dependencia; 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, entre otras.

DÉCIMO SEGUNDO: Esta última nota característica que distingue a un puesto de trabajo común de aquellos que son calificados como "de confianza", se hace también palpable de una lectura de los artículos 59 y 60 del Decreto Supremo N° 001-96-TR; el que aunque establece la obligación por parte del empleador de seguir cierto procedimiento para la calificación de un puesto de trabajo como de dirección o confianza, lo cierto es que si mediase dicha "omisión" respecto del procedimiento establecido por ley, como denuncia el demandante, posibilita a pesar de ello, que dichos cargos sean considerados como dirección o confianza cuando **de su propia naturaleza sea evidente que los mismos lleven insito tal calificación**; ello es así, porque las cosas son lo que su naturaleza dicta y no lo que su denominación indique. (Principio de primacía de la realidad).

DÉCIMO TERCERO: Así las cosas, independientemente de la calificación o no de "cargo de dirección" o "cargo de confianza", el puesto de Jefe de Marketing sí califica como tal, como se ha determinado en las instancias de mérito, en donde además se indicó que el mismo figura como un cargo de "confianza" en el Manual de Organización y Funciones de la demandada, obrante a folios cientos diez. En tal virtud, y al ostentar dicha condición, es claro que la designación -y su eventual reposición en el mismo-, cuya atribución es facultad exclusiva de la empleadora, no puede ser impuesta por mandato judicial, pues por la especial configuración y naturaleza de aquella relación jurídico contractual con el empleador, sustentada primordial y principalmente en la "fiducia", que además de sustentarlo justifica su existencia y calificación, implica que esta categoría de trabajadores -como el caso del demandante- no incorporen a su patrimonio de derechos subjetivos el de la permanencia en la categoría o clasificación profesional de la labor de dirección o confianza.

SENTENCIA
CAS. LAB. 3636 - 2010
CUSCO

DÉCIMO CUARTO: En este mismo sentido lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el expediente número 03501-2006-PA/TC de fecha quince de marzo de dos mil siete, en donde se indicó –resolviendo un proceso de amparo con pretensión de reposición en el trabajo planteado por un trabajador de confianza- que aún cuando este tipo de trabajadores fuera despedido, no tienen derecho a la reinstalación en el mismo puesto de trabajo, salvo que se tratase de trabajadores de carrera, esto es, aquellos que ingresaron a la empresa en calidad de trabajadores de planta fueran posteriormente promovidos a esa condición, si tendrían derecho a la reposición empero no en el cargo de confianza, sino al cargo de carrera a partir del cual se produjo el supuesto de movilidad funcional ascendente. Así, se señaló: *"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."*³

DÉCIMO QUINTO: En consecuencia, y al igual que lo determinado en la sentencia apelada de folios seiscientos setenta y cinco, no corresponde aplicar la protección de rebaja inmotivada de categoría como causal de hostilidad laboral (artículo 30 inciso b) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), se reitera, por la especial configuración del cargo de *confianza* desarrollado como Jefe de Marketing.

³ Fundamento jurídico 11 literal f)

SENTENCIA
CAS. LAB. 3636 - 2010
CUSCO

DÉCIMO SEXTO: Sin embargo, y no obstante lo antedicho, no ocurre lo mismo respecto de la pretensión de cese de actos de hostilidad respecto a la rebaja inmotivada de las remuneraciones: en principio porque en nuestro sistema jurídico nacional que autorice al empleador a reducir unilateralmente la remuneración del trabajador alcanzada durante el tiempo que ocupó el cargo de confianza, razón por la que en aplicación del principio de legalidad, se debe poner especial cuidado en el análisis de estos hechos al implicar –eventualmente– la afectación de un derecho con base constitucional, cual es el derecho a la remuneración.

DÉCIMO SÉTIMO: En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución Política del Estado: "*ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador*", y el artículo 24, que regula "*El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.*", así como conforme a lo dispuesto en el artículo 26, numeral 2) de la Constitución que garantiza en la relación de trabajo el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, cualquier acto de reducción de la remuneración debe observar, principalmente, las normas constitucionales que sobre este aspecto existen, y partiendo de las mismas, debe evaluarse su procedencia o ilegalidad; normas que necesariamente deben concordarse con lo dispuesto en el artículo 7 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" que prescribe "*Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias*

SENTENCIA
CAS. LAB. 3636 - 2010
CUSCO

y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción.", así como en lo regulado por el artículo 23 inciso 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señala: **"Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social."** (el resaltado agregado); normas que se integran al derecho nacional, merced a lo dispuesto en el artículo 3 y a la Cuarta Disposición Final de la Constitución Política del Estado.

DÉCIMO OCTAVO: Asimismo, es necesario precisar que en nuestro ordenamiento jurídico no existen mayores diferencias entre los trabajadores de confianza y dirección respecto de los demás trabajadores, solo en cuanto al periodo de prueba (artículo 10 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR), jornada de trabajo (artículo 5 del Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2002-TR) y descanso vacacional (artículo 24 del Decreto Supremo N° 012-92-TR); siendo en los demás aspectos, aplicables las normas generales existentes en el régimen laboral privado.

DÉCIMO NOVENO: Precisamente, estas últimas, dispensan un trato preferencial y proteccionista a la remuneración respecto de la intervención de terceros, incluso de la propia empleadora, pues merced a lo previsto en los artículos 648 inciso 5 del Código Procesal Civil, artículos 40, 42 y 47 del Decreto Supremo N° 001-97-TR, artículos 1, 2 y 3 del Decreto Legislativo N° 856, artículo 42 de la Ley del Sistema Concursal, artículo 6 del Texto Único Ordenado del Código Tributario, Decreto Supremo N° 135-99-EF y la Ley N° 9463, se protege la remuneración contra cualquier ejercicio abusivo del *ius variandi* (como por ejemplo las retenciones indebidas), contra el ejercicio del derecho de crédito de los acreedores del empleador (persecutoriedad y

SENTENCIA
CAS. LAB. 3636 - 2010
CUSCO

preferencia en el pago) y el propio trabajador (intangibilidad de la compensación por tiempo de servicios), entre otras.

VIGÉSIMO: Esta tutela protectora dispensada por el ordenamiento jurídico, se ve reflejada en reiterada jurisprudencia emitida por esta Suprema Sala en la Casación N° 1454-2004-Del Santa, de fecha treinta y uno de julio de dos mil seis, que indicó que *"de acuerdo al literal a) del inciso 24 del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, 'nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe' y que conforme al inciso 14 del artículo 2° de la citada Constitución que consagra el principio de libertad contractual: 'Toda persona tiene derecho: (...) a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público', que es jurídicamente posible y permisible que tal remuneración sea delimitada en pleno ejercicio de la libertad contractual a través de la autonomía privada de las partes (trabajador-empendedor) en tanto su fin sea lícito y no contravenga las leyes de orden público, como así lo contempla también el artículo 1354° del Código Civil, norma de desarrollo de tal principio constitucional; lo cual encuentra además sólido respaldo en lo contemplado en los numerales 1 y 2 del artículo 28° de la Constitución Política del Perú (...)", y en la Casación N° 2224-2005-Lima, cinco de enero de dos mil siete, en donde se expresó: "El artículo único de la Ley N° 9463 establece taxativamente que la reducción remunerativa aceptada por un servidor no perjudicará en forma alguna los derechos adquiridos por servicios ya prestados; por lo que realizando la interpretación de este dispositivo legal corresponde precisar que si bien es cierto que dicha ley reconoce la posibilidad de la reducción remuneraciones; también es cierto que tal reducción solamente será válida en la medida que exista un acuerdo expreso entre el trabajador y el empleador en ese sentido; pues de lo contrario la reducción constituiría una rebaja inmotivada de la remuneración que se encuentra prohibida por la ley y considerada como un acto hostilizadorio por el artículo 30°, inciso b) del Decreto Supremo N° 003-97-*

SENTENCIA
CAS. LAB. 3636 - 2010
CUSCO

TR; en consecuencia, la sentencia de vista ha realizado una correcta interpretación del artículo único de la Ley N° 9463".

VIGÉSIMO PRIMERO: Por su parte, el Tribunal Constitucional señaló que "(...) Las remuneraciones de los trabajadores son irrenunciables e intangibles, y solo se podrán afectar las planillas de pago por orden judicial o por un descuento aceptado por el trabajador⁴, y que "El artículo 24º de nuestra Constitución Política del Perú ha consagrado el derecho de todo trabajador a percibir una remuneración equitativa y suficiente que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. Por consiguiente la remuneración como retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, debe ser entendida como un derecho fundamental. Además de adquirir una naturaleza alimentaria, tiene una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio - derecho a la igualdad y la dignidad, amén que adquiere diversas consecuencias o efectos que serán de vital importancia para el desarrollo integral de la persona humana. Así tenemos como consecuencias de este derecho: adquirir una pensión en base a los aportes y contribuciones a la seguridad social, servicio de calculo para efectos de beneficios sociales como vacaciones, compensación por tiempo de servicios, indemnización por vacaciones trunca, o en su caso, ser calculable para la indemnización por despido arbitrario y otros beneficios sociales."⁵

VIGÉSIMO SEGUNDO: En esta línea jurisprudencial, si bien no existe pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional sobre la rebaja inmotivada de remuneraciones respecto de los trabajadores de confianza, sin embargo, indirectamente en la sentencia constitucional recaída en el Expediente N° 009-2004-AA/TC, fundamento tercero, indicó: "En cuanto a la rebaja de remuneraciones, con las boletas de pago obrantes de fojas once a

⁴ Expediente N° 0818-2005-PA/TC, fundamento jurídico 6.

⁵ Expediente N° 04922-2007-PA/TC, fundamento jurídico 6.

SENTENCIA
CAS. LAB. 3636 - 2010
CUSCO

quince de autos, ha quedado acreditado que el actor siguió percibiendo la misma remuneración que recibía como Asesor de Gerencia General hasta el mes de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, y que la referida reducción se sustenta en el convenio suscrito con fecha veinticinco de octubre de dicho año. Al respecto, la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada expresamente por la Ley N° 9463, del diecisiete de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, siempre que medie aceptación del trabajador. Igual situación es contemplada, contrario sensu, por el artículo 30° inciso b), del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, y el artículo 49° de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-96-TR, que consideran la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría como acto de hostilidad equiparable al despido. Sin embargo, el actor manifiesta que fue compelido por la emplazada a firmar dicho convenio. En ese sentido, este Colegiado considera que la vía del amparo, por su carácter sumario, no es la idónea para resolver dicho extremo de la demanda, tomando en consideración que se fundamenta en un vicio en la manifestación de voluntad del recurrente, lo cual requiere la actuación de pruebas y diligencias dentro de la correspondiente estación probatoria, etapa de la cual carece el amparo. En todo caso, en este extremo, este Colegiado deja a salvo el derecho del recurrente para que pueda ejercerlo en sede ordinaria."

VIGÉSIMO TERCERO: De las glosas que anteceden, así como de la interpretación efectuada por este Colegiado, de las normas constitucionales y supranacionales que respaldan la remuneración de los trabajadores, se colige que: **i)** es jurídicamente válido aplicar la prohibición legal de reducción inmotivada de remuneraciones consagrada en el inciso b) del artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, a los trabajadores de confianza, pues no existe razón jurídica para su exclusión al no existir norma que determine ello (principio de legalidad); **ii)** a este tipo de

SENTENCIA
CAS. LAB. 3636 - 2010
CUSCO

trabajadores de "confianza" –utilizando el término genérico que abarca a los trabajadores de confianza propiamente dicho y a los trabajadores de dirección-, también les resulta aplicable conforme lo exige la Ley N° 9463, que medie acuerdo expreso e indubitable respecto de la reducción de la remuneración, no siendo posible admitir la misma, si se origina en la decisión unilateral e inmotivada del empleador; y, iii) el contexto mismo de las circunstancias que rodean a este tipo de trabajadores, como el tiempo que dura la designación, y atendiendo a la conexidad existente entre el derecho a la remuneración equitativa y el principio-derecho a la dignidad de la persona, hace que el *quantum* remunerativo adquiera una importancia significativa para alcanzar los fines de la remuneración previstos en nuestra norma constitucional, cual es, el lograr el bienestar material y espiritual del trabajador.

VIGÉSIMO CUARTO: En el presente caso, el actor ingresó a laborar el uno de mayo de mil novecientos noventa y dos, siendo promovido en el mes de febrero de mil novecientos noventa y cuatro al cargo de Jefe de Abastecimiento, luego a Jefe de Logística, Jefe de Ventas, Jefe de Servicio Eléctrico de Vilcanota, Jefe de Finanzas, y desde el trece de mayo del dos mil nueve, en que se desarrolló como Jefe de Marketing, ejerció cargos con responsabilidad al interior de la empresa, esto es, por más de quince años de labor ininterrumpida. Esta carrera ascendente y vertical a lo largo de tan dilatado récord laboral indican no sólo la existencia de confianza depositada en el trabajador, sino también la existencia de un despliegue de habilidades y destrezas profesionales que constituyen indicativos para que la demandada haya extendido aquellos cargos de dirección por tal lapso de tiempo al demandante; y que justifican –precisamente- que éste haya incorporado a su patrimonio de derechos subjetivos un status remunerativo laboral y su correlato de *status* social, que no puede ser quebrantado inmotivadamente por el empleador sin utilizar el mecanismo legal previsto por la Ley N° 9463, pues aceptar este cambio sin que medie una aceptación

SENTENCIA
CAS. LAB. 3636 - 2010
CUSCO

expresa del trabajador, implica respaldar una decisión inconstitucional y arbitraria que lesiona no sólo el entorno laboral del trabajador, sino también el social y familiar, al dispensarle un trato remunerativo ostensiblemente menor del que venía percibiendo.

VIGÉSIMO QUINTO: En tal sentido, no constituye razón válida para dispensar un trato remunerativo diferenciado al demandante, el haberlo retirado del cargo de confianza que venía desarrollando, pues la tesis de la asunción de distinto cargo –e indirectamente distintas funciones–, desconoce abiertamente no sólo el derecho del trabajador de que su remuneración no sea disminuida inmotivadamente, cuya base es constitucional y supranacional; sino que también, desconoce el carácter social del salario⁶, según el cual éste “sirve para designar a todos los componentes de la remuneración que no tienen origen contraprestativo” y que implican que “el trabajador se obliga a realizar su prestación para obtener los medios necesarios para satisfacer sus necesidades”, dado que, “el salario tiene una doble función: retribuir el servicio prestado y sustentar al trabajador, función recogida por el principio de suficiencia”. Es este el contexto en que debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que regula lo que debe entenderse por remuneración.

VIGÉSIMO SEXTO: Adicionalmente, es pertinente señalar que el poder del empleador para modificar las condiciones de trabajo tiene límites, es decir, no es absoluto, pues dicha libertad se encuentra regulada en los principios de progresividad de las remuneraciones, protección e irrenunciabilidad de los derechos laborales, puesto que ningún acto dentro del sistema de personal debe afectar la integridad de la remuneración del trabajador; en tal horizonte, se establece que toda medida del empleador que busque

⁶ PIZARRO DÍAZ, Mónica. “La remuneración en el Perú – Análisis Jurídico Laboral”. Lima, Editado por Gonzáles & Asociados, Consultores Laborales S.A.C., 2006, pág. 51-61.

SENTENCIA
CAS. LAB. 3636 - 2010
CUSCO

modificar las condiciones de trabajo, debe superar el test de razonabilidad, es decir, las medidas adoptadas, deben ser razonables, objetivas, proporcionales y previsibles; de no superar dicho test, estaremos ante la existencia de un acto de hostilidad.

VIGÉSIMO SÉTIMO: En el presente caso, al constituir la reducción de la remuneración que venía percibiendo un acto unilateral e inmotivado de hostilidad que afecta la dignidad del trabajador así como su derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual, debe concluirse en la ilegalidad y consecuente privación de efectos de la conducta sancionada del empleador, ya que lo contrario significaría otorgar validez a una conducta reprochable legal y constitucionalmente por el ordenamiento, conforme se ha acreditado en autos, razón por la cual el efecto de lo ordenado en el presente caso -y conforme a lo anotado en la sentencia apelada- debe retrotraerse a la fecha de verificación del acto declarado hostil, esto es, desde el trece de mayo del dos mil nueve, con los demás beneficios sociales requeridos afectados con la reducción remunerativa sufrida; pues a partir de ese momento se le designó como Especialista Proyectos Foner y se le pagó con una remuneración reducida de manera significativa.

VIGÉSIMO OCTAVO: En consecuencia, debe declararse fundado el recurso de casación interpuesto, y como consecuencia de ello, nula la sentencia de vista; y actuando en sede de instancia, en atención a los principios de economía y celeridad procesal, corresponde confirmar la apelada, en tanto ampara la demanda de cese de actos de hostilidad en cuanto a la rebaja inmotivada de remuneraciones y dispone el pago de las remuneraciones dejadas de pagar desde la fecha de la restitución.

IV.- RESOLUCIÓN:

Por tales consideraciones, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo

SENTENCIA
CAS. LAB. 3636 - 2010
CUSCO

Federico Augusto García Miranda, mediante escrito de fojas cuarenta y tres a cuarenta y siete de fecha diez de setiembre de dos mil diez, contra la sentencia de vista de fecha treinta y uno de agosto de dos mil diez, que revocando la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda, reformándola la declara infundada.

SEGUNDO.- El recurrente denuncia como causales de casación:

i) **la interpretación errónea del literal b) del artículo 30° del Decreto Supremo N° 03-97-TR** concordante con el artículo 49° del Decreto Supremo N° 01-96-TR.

ii) **Inaplicación del artículo 59° del Decreto Supremo N° 01-96-TR.**

TERCERO.- Que, respecto al agravio descrito en el **acápite i)**, la causal casatoria de interpretación errónea del **literal b) del artículo 30° del Decreto Supremo N° 03-97-TR** concordante con el **artículo 49° del Decreto Supremo N° 01-96-TR**, debemos decir que el recurso infringe lo establecido en el artículo 58° inciso b) de la Ley Procesal del Trabajo N° 26636, modificado por la Ley N° 27021, aplicable por razón de temporalidad, toda vez que no se ha indicado cuál es la interpretación correcta de la norma que se denuncia por lo que el recurso respecto de esta causal denunciada deviene en **improcedente**.

CUARTO: Que, respecto de la causal contenida en el **acápite ii)**, **Inaplicación del artículo 59° del Decreto Supremo N° 01-96-TR**, debemos señalar que en el recurso no se ha indicado porqué debió aplicarse dicha norma, infringiendo de esta manera el artículo 58° inciso c) de la Ley N° 26636, modificado por la Ley N° 27021, aplicable por razón de temporalidad, deviniendo por ello en **improcedente** la causal denunciada.

Por estas consideraciones: **MI VOTO** es porque se declare **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto a fojas setecientos cuarenta, por el demandante **Federico Augusto García Miranda**, contra la sentencia de vista obrante a fojas setecientos veintiocho, su fecha treinta y uno de agosto del dos mil diez; en los seguidos contra Electrô Sur Este

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**SENTENCIA
CAS. LAB. 3636 - 2010
CUSCO**

Sociedad Anónima Abierta sobre Cese de Hostilidad y otros; **SE ORDENE** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", conforme a ley; y se devuelvan los autos.-

S.S.

AREVALO VELA



Mar



CARMEN ROA DÍAZ ACEVEDO
SECRETARIA
de la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema

25 ENE 2010

ANEXO 2. CASACIÓN 0210-2010-LAMBAYEQUE

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República*

**SENTENCIA
CAS. LAB. N° 210-2010 -
LAMBAYEQUE**

Lima, diecho de marzo
de dos mil once

**LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPUBLICA.-**

VISTA la causa, con los acompañados; llevada a cabo en el día de la fecha, con los Señores Vásquez Cortez - Presidente, Távara Córdova Acevedo Mera, Yrivarren Fallaque y Torres Vega; y luego de producida la votación con arreglo a Ley, se emite la siguiente sentencia:

1) **MATERIA DE LOS RECURSOS**

1. El recurso de casación interpuesto por la demandada, Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento de Lambayeque Sociedad Anónima, obrante a fojas seiscientos uno, contra la sentencia de vista de fojas quinientos ochenta y dos, de fecha veintitrés de octubre de dos mil nueve, cuestiona el extremo que confirmando la sentencia apelada de fecha catorce de enero de dos mil nueve, obrante a fojas cuatrocientos ochenta, declaró fundada la demanda, en consecuencia, ordenó que la demandada cesase los actos de hostilidad; asimismo en el extremo que se revocó la misma sentencia de primera instancia en el extremo que ordenó se mantenga al demandante en el cargo de Sub Gerente de Medición, Facturación y Cobranzas y/o un cargo de igual o similar, y la modificó, ordenando que la demandada, mantenga al actor en el cargo de Gerente Comercial u otro de igual o similar nivel, y le abone la remuneración que corresponda a dicho cargo desde la fecha en que lo ejerza de manera efectiva; y;

2. El recurso de casación interpuesto por el demandante, don Juan Alfredo Fon Bernal, obrante a fojas seiscientos veintisiete, contra la

1

**SENTENCIA
CAS. LAB. N° 210-2010
LAMBAYEQUE**

sentencia de vista de fojas quinientos ochenta y dos, de fecha veintitrés de octubre de dos mil nueve, en el extremo que dicha sentencia superior revocó la sentencia apelada en cuanto dispuso se le reintegro el actor los conceptos vacacionales, gratificaciones y compensación por tiempo de servicios; y modificándola, la declaró improcedente en cuanto a dicho extremo.

II. CAUSALES DE LOS RECURSOS:

1. La Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento de Lambayeque Sociedad Anónima, precisa las siguientes causales:

- a) La interpretación errónea de los artículos 9 y 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR.
- b) La inaplicación de los artículos 49 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, y 43 del Decreto Supremo N° 003-97-TR.
- c) La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso

2. Don Juan Alfredo Fon Bernal denuncia las siguientes causales:

- a) La interpretación errónea del artículo 26 inciso 2) de la Constitución Política del Estado.
- b) La inaplicación de los artículos 30 inciso b), 36 y 40 del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

III. CONSIDERANDO:

Respecto al recurso de casación interpuesto por la demandada, Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento de Lambayeque Sociedad Anónima:

SENTENCIA
CAS. LAB. N° 210-2010
LAMBAYEQUE

Primero: El recurso de casación interpuesto reúne los requisitos que para su admisibilidad contempla el artículo 57 de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 27021.

Segundo: Respecto a la denuncia de interpretación errónea de los artículos 9 y 30 inciso b) del Decreto Supremo N° 003-97-TR, señala la impugnante que respecto al primero de los artículos mencionados, el empleador se encuentra facultado para introducir cambios, así como la forma y la modalidad de la prestación de labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo. En ese sentido, al haber desempeñado el actor desde su ingreso, cargos de confianza, se encuentra facultada para retirar la confianza en uso de su poder de dirección, y asignarle un cargo de especialista administrativo acorde con su especialidad, razón por la cual no puede ordenarse a favor del actor la restitución del cargo de confianza de Gerente Comercial, ejercido con anterioridad al que se desempeñó como Gerente General.

Tercero: De otro lado, sobre la denuncia de interpretación errónea del artículo 30 inciso b) del Decreto Supremo N° 003-97-TR, señala la recurrente que no constituye acto de hostilidad la reducción motivada o consensual de la remuneración o de la categoría, más aun cuando no existe obligación de mantener vigente el vínculo laboral con el demandante. En el presente caso, al haber perdido el actor la confianza otorgada por su Directorio cuando lo designó para ocupar cargos de dirección y de confianza y al no tener el actor la condición de un trabajador de carrera, sin que su representada se encuentre obligada, se le ha rotado a desempeñar otro cargo que no es de confianza pero sí el de mayor jerarquía y/o categoría dentro del grupo laboral al que pertenece el actor – profesional 1- por el que

SENTENCIA
CAS. LAB. N° 210-2010
LAMBAYEQUE

percibe la remuneración asignada a dicho cargo. En ese sentido, la categoría alcanzada por el actor no es ni puede ser la de Gerente Comercial, máxime si se trata de un cargo de confianza, sino el estatus o posición determinada por la profesión, en este caso, la de economista – profesional I, por lo que, no existe la reducción inmotivada de la categoría alcanzada por el trabajador.

Cuarto: Analizada la argumentación propuesta en la causal invocada, la misma cumple con los requisitos de fondo establecidos en la normatividad procesal laboral vigente, para ser declarada *procedente*.

Quinto: En cuanto a la denuncia de **inaplicación del artículo 49 del Decreto Supremo N° 001-96-TR**, la recurrente señala que la motivación objetiva y legal de la rotación del último puesto de confianza desempeñado por el actor como gerente general estuvo dado por el retiro de la confianza a éste y por la designación por necesidad del servicio para desempeñar otro cargo dentro del máximo nivel del mismo (profesional I), no existiendo un cargo superior en la categoría asignada al demandante, a excepción de los puestos de confianza y de dirección a los que se accede necesariamente por el otorgamiento de confianza por parte del directorio de la empresa recurrente. En tal sentido, en el presente caso existe una causa objetiva y legal para afectar la categoría y la remuneración del actor que no ha sido tomada en consideración por la Sala Superior.

Sexto: Analizada la argumentación precedente, se concluye en que la causal invocada cumple con los requisitos de fondo establecidos en el artículo 58 de

SENTENCIA
CAS. LAB. N° 210-2010
LAMBAYEQUE

La Ley N° 26636, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 27021, para ser declarada *procedente*.

Sétimo: Sobre la causal de inaplicación del artículo 43 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, que define al personal de dirección y de confianza, la recurrente sostiene que el actor nunca ha desempeñado al interior de la empresa un cargo que no sea de dirección o de confianza, es decir, que nunca ha hecho carrera administrativa, y siempre ha trabajado en contacto directo con el empleador, no habiendo el actor cuestionado la calificación de los puestos o cargos que desempeñó. Siendo así, es evidente que al retirarse el actor la confianza depositada por el directorio no se ha vulnerado ni violado derecho alguno, y menos se ha cometido actos o hechos que puedan calificarse como de hostilidad.

Octavo: Analizada la argumentación precedente, se concluye en que la causal invocada cumple con los requisitos de fondo establecidos en el artículo 58 de la Ley N° 26636, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 27021, para ser declarada *procedente*.

Noveno: Respecto a la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, señala la impugnante que en la sentencia de vista recurrida se ha inaplicado una sentencia vinculante emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente N° 03501-2008-PA/TC, de obligatorio cumplimiento por los órganos del Poder Judicial, en la cual se establece que no se vulnera ningún derecho constitucional cuando se retira la confianza a un trabajador que desempeña una labor calificada como

SENTENCIA
CAS. LAB. N° 210-2010
LAMBAYEQUE

tal dentro de la definición establecida en el artículo 43 del Decreto Supremo N° 003-97-TR. En el presente caso el demandante pretende que se le restituya a un puesto calificado expresamente como de confianza, pese a que el actor no tiene la calidad de servidor de carrera.

Décimo: Con relación a la causal precedente, si bien la misma no se encuentra expresamente contemplada en el artículo 56 de la Ley N° 26639, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 27021; sin embargo, la Corte Suprema de manera excepcional aplica dicha propuesta casatoria en los casos en que se advierta flagrante afectación al debido proceso. En tal sentido, siendo probable tales afectaciones a dicho derecho fundamental, y atendiendo al agravio expuesto, este Colegiado estima procedente este extremo del recurso.

Décimo Primero: A través de la presente demanda el actor solicita el cese de hostilidad consistente en la rebaja de categoría y remuneración, en consecuencia, que se le restituya a su cargo anterior de gerente comercial o su equivalente Jefe de la Oficina de Planeamiento, y percibir la remuneración correspondiente a ese cargo.

Décimo Segundo: Las instancias judiciales de mérito han determinado que el actor, desde el inicio de su vínculo laboral con la demandada, ha venido ejerciendo diversos cargos de nivel de funcionario desde el año de mil novecientos noventa y seis en que fue contratado para el cargo de Sub Gerente Financiero por plazo indeterminado, según consta del contrato de Gerencia General N° 444-95-EPSEL de fojas cinco, haciéndose practicado

**SENTENCIA
CAS. LAB. N° 210-2010
LAMBAYEQUE**

desde dicha fecha actos de inmovilidad con el actor según consta del informe N° 176-07-DRL/PJ de fojas doscientos treinta y tres, en el que consta que el actor desempeño los cargos de Jefe de Oficina de Planificación, Gerente de la Oficina de Planeamiento, Sub Gerente de Desarrollo Empresarial, Evaluación y Control, Sub Gerente de Medición, Facturación y Cobranza, Sub Gerente de Comercialización, Asesor de la Gerencia General, Jefe de la Oficina de Planeamiento, Sub Gerente de Medición, Facturación y Cobranza, Gerente Comercial y Gerente General; habiéndoselo incluso concedido una licencia por un año para que el trabajador participe en el curso: "Gestión de Empresas de Servicios de Saneamiento del Perú" desarrollado en Alemania, al término del cual el trabajador se obligó a desarrollar los conocimientos adquiridos en ella, cuyo objeto precisamente corresponde a prestar servicios de saneamiento en Lambayeque.

Décimo Tercero: De lo expuesto precedentemente se ha concluido que la movilidad del actor ha sido siempre a nivel de funcionario y de forma vertical y ascendente, habiendo desempeñado incluso dentro del citado nivel el más alto cargo de Gerente General. Sin embargo, la demandada lo removió del cargo de Gerente General y dispuso que el actor desempeñara la función de Especialista Administrativo Comercial, cargo por el cual se le asignó una remuneración ascendente a la suma de dos mil seiscientos veinte nuevos soles, sustentando dicha decisión en el acta de compromiso celebrada con el actor obrante a fojas doce, por la cual consideró que se encontraba facultada a continuar la relación laboral optando por un cargo funcional, esto es, de dirección o confianza, o profesional.

**SENTENCIA
CAS. LAB. N° 210-2010
LAMBAYEQUE**

Décimo Cuarto: Al respecto, si bien conforme a lo dispuesto en el artículo 9 del Decreto Supremo N° 003-97-TR el empleador se encuentra facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dicho ejercicio debe efectuarse dentro de los límites de la razonabilidad y de acuerdo a las necesidades del centro de trabajo.

Décimo Quinto: En el presente proceso se ha determinado, conforme a los hechos descritos precedentemente, que el ejercicio de dicha facultad no ha sido ejercido en forma razonable si se tiene en cuenta que el actor desde que ingresó a laborar para la demandada en el año de mil novecientos noventa y siete, bajo un contrato a plazo indeterminado, ejerció cargos de naturaleza funcional en línea ascendente, por lo que, la decisión de asignarle el cargo de especialista administrativo comercial de manera inmotivada y sin mayor justificación alguna, con una remuneración de dos mil setecientos veinte nuevos soles, en el contexto antes descrito, constituye un acto de hostilidad sancionado de conformidad con lo previsto en el artículo 30 literal b) del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Décimo Sexto: Por lo tanto, en función de los hechos acreditados en este proceso, no se ha incurrido en interpretación errónea de lo dispuesto en los artículos 9 y 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, por lo que esta causal deviene en infundada.

Décimo Séptimo: De otro lado, con relación a la causal de inaplicación de los artículos 43 del Decreto Supremo N° 003-97-TR y 49 del Decreto Supremo

SENTENCIA
CAS. LAB. N° 210-2010
LAMBAYEQUE

N° 001-96-TR, cabe precisar que habiéndose determinado un ejercicio desproporcionado de la facultad de sus variandi por parte de la demandada, y por tanto la comisión de un acto de hostilidad en perjuicio del actor consistente en la reducción de su remuneración y su categoría, la condición de cargo de confianza que venía ejerciendo el actor con anterioridad a su designación como especialista administrativo no puede resultar óbice para sancionar dicha conducta, en tanto, conforme a lo dispuesto en el artículo 23 de la Constitución Política del Estado: "*ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador*", lo que debe concordarse con lo dispuesto en el artículo 26, numeral 2) de la Constitución que garantiza en la relación de trabajo el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.

Décimo Octavo: Por lo expuesto, la invocación de lo dispuesto en los artículos 43 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, que define al trabajador de confianza, y 49 del Decreto Supremo N° 001-96-TR, que precisa el supuesto de la reducción inmotivada de remuneraciones como una decisión carente de motivación objetiva o legal, no resultan aplicables en tanto la justificación en la que pretende sustentarse la demandada referida al retiro de confianza del actor, en relación a las circunstancias analizadas en este proceso, no resulta razonable y no tiene en cuenta las necesidades del centro de trabajo, conforme lo exige el artículo 9 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, por lo que, esta causal deviene en infundada.

Décimo Noveno: Finalmente, con relación a la causal de contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso, referida a que se

**SENTENCIA
CAS. LAB. N° 210-2010
LAMBAYEQUE**

habría contravenido lo dispuesto en la sentencia recaída en el expediente N° 03201-2006-PA/TC, cabe precisar que dicha sentencia no constituye un precedente vinculante dictado conforme a la regla establecida en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, y si bien conforme a lo previsto en el artículo VI del Título Preliminar del citado Código Procesal, los jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional, ello no impide al órgano jurisdiccional ordinario decidir el caso conforme a las circunstancias particulares del caso concreto, como se ha efectuado en autos, por lo que, no se ha incurrido en la infracción alegada en esta causal.

Sobre el recurso de casación interpuesto por don Juan Alfredo Fon Bernal.

Vigésimo: El recurso de casación interpuesto por el actor reúne los requisitos que para su admisibilidad contempla el artículo 67 de la Ley N° 26636 Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 27021.

Vigésimo Primero: El recurrente cuestiona el extremo de la sentencia de vista recurrida a través de la cual se revocó la sentencia apelada en cuanto dispuso el reintegro al actor de las remuneraciones mensuales a partir de mayo de dos mil seis, previa revisión de planillas, con sus intereses legales laborales, así como el reintegro de los conceptos de vacaciones, gratificaciones y compensación por tiempo de servicios, y reformándola en

*Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la Republica*

**SENTENCIA
CAS. LAB. N° 210-2010
LAMBAYEQUE**

dicho extremo se declaró improcedente el reintegro de remuneraciones y los conceptos solicitados.

Vigésimo Segundo: Las causales en la que sustenta su recurso son: a) La interpretación errónea del artículo 26 inciso 2) de la Constitución Política del Estado, y b) la inaplicación de los artículos 30 inciso b), 36 y 40 del Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Vigésimo Tercero: Con respecto a la causal de interpretación errónea del artículo 26 inciso 2) de la Constitución Política del Estado, alega el recurrente que conforme a este principio los derechos sociales son de carácter irrenunciable, por lo que, no es posible que simplemente se le retorne a su cargo pero no se ordene el pago de las remuneraciones dejadas de percibir durante el lapso que duró la rebaja de categoría como consecuencia de la decisión arbitraria y unilateral de la demandada.

Vigésimo Cuarto: Con respecto a la causal de inaplicación de los artículos 30 inciso b), 36 y 40 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, señala el impugnante que al haberse declarado fundada su demanda de cese de hostilidad por rebaja de categoría y remuneración, ésta equivale a una de nulidad de despido en la que corresponde ordenarse el pago de los derechos dejados de percibir, conforme a lo previsto en las normas citadas.

Vigésimo Quinto: Analizada la argumentación contenida en las causales precedentes, se concluye que las mismas cumplen con los requisitos de fondo establecidos en el artículo 58 de la Ley N° 28536, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 27021, para ser declaradas procedentes.

SENTENCIA
CAS. LAB. Nº 210-2010
LAMBAYEQUE

Vigésimo Sexto: Al respecto, al constituir la reducción de categoría del actor con la consecuente significativa reducción de la remuneración que venía percibiendo un acto unilateral e inmotivado de hostilidad que afecta la dignidad del trabajador así como su derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual, debe concluirse en la ilegalidad y consecuente privación de efectos de la conducta sancionada del empleador, ya que lo contrario significaría otorgar validez durante un lapso a una conducta reprochable legal y constitucionalmente por el ordenamiento, conforme se ha acreditado en autos, razón por la cual el efecto de lo ordenado en el presente caso debe retrotraerse a la fecha de verificación del acto declarado hostil, esto es, desde mayo de dos mil seis momento a partir del cual se le designó como especialista administrativo comercial y se le pagó con una remuneración reducida de manera significativa.

Vigésimo Séptimo: Por lo tanto, estando al carácter irrenunciable de los derechos laborales solicitados, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 28 inciso 2) de la Constitución, corresponde ordenarse el pago al actor de los reintegros remunerativos dejados de percibir desde mayo de dos mil seis, con los demás beneficios sociales requeridos afectados con la reducción remunerativa sufrida.

4. DECISIÓN:

Declararon: INFUNDADO el recurso de casación interpuesto por la demandada, Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento de Lambayeque Sociedad Anónima, obrante a fojas seiscientos uno; y, **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por don Juan Alfredo For-

SENTENCIA
CAS. LAB. N° 210-2010
LAMBAYEQUE

Bernal, obrante a fojas seiscientos veintisiete, en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista de fojas quinientos ochenta y dos, de fecha veintitrés de octubre de dos mil nueve; y, **actuando en sede de instancia, CONFIRMARON** la sentencia apelada de fecha catorce de enero de dos mil nueve, obrante a fojas cuatrocientos ochenta, en el extremo que se dispuso que se abone los reintegros remunerativos del actor a partir de mayo de dos mil seis, previa revisión de planillas, con sus intereses legales laborales, así como el reintegro de los conceptos de vacaciones, gratificaciones y compensación por tiempo de servicios; y, **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el diario Oficial "El Peruano"; en los seguidos por don Juan Alfredo For Bernal contra la Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento de Lambayeque Sociedad Anónima, sobre Cese de Hostilidad y otros; y los devolvieron; Vocal Ponente: Acevedo Mena -

S.S.

VASQUEZ CORTEZ

TAVARA CORDOVA

ACEVEDO MENA

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA

mo/pto

Se Publica Conforme a Ley

Comisionado para el Acceso a la Justicia
Walter Velasco
Peruano de la Corte Suprema de Justicia

ANEXO 3 - CASACIÓN 2921-2011-LA LIBERTAD

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

SENTENCIA
CAS. LAB. 2921 - 2011
LA LIBERTAD

Lima, veintiuno de marzo
de dos mil doce.-

**LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL
PERMANENTE DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA
REPÚBLICA:**

VISTOS; en Audiencia Pública llevada a cabo en la fecha con los
Vocales Supremos Vásquez Cortez, Acevedo Mena, Vinatea Medina,
Yrivarren Fallaque y Torres Vega; oído los informes orales, se emite la
siguiente sentencia:

1. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Carmen del
Rosario Montenegro Rojas, de fecha veintiséis de julio de dos mil
once, a fojas ciento noventa y seis contra la sentencia de vista, de
fecha siete de julio de dos mil once, a fojas ciento sesenta y tres, que
Revocando la sentencia apelada, declara infundada la demanda de
Cese de Actos de Hostilidad.

2. FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Esta Sala Suprema por resolución de fecha veinticuatro de octubre de
dos mil once, obrante a fojas ciento cuatro del cuaderno de casación,
ha declarado procedente el recurso por:

- a) La infracción del artículo 103 de la vigente Constitución
Política del Estado, argumentando que la ley no permite el abuso del
derecho respecto a la rebaja de la categoría ni remuneración, máxime
aún que su relación laboral se inicia con la Carta Magna de 1979,
siendo también de aplicación el principio de irretroactividad de la ley.
- b) La infracción del inciso b) del artículo 30 de la Ley de
Productividad y Competitividad Laboral, expresando que al

102

SENTENCIA
CAS. LAB. 2821 - 2011
LA LIBERTAD

reducirse arbitrariamente su remuneración al monto de tres mil setecientos ochentiocho nuevos soles con cincuentisiete céntimos, se ha producido un acto de hostilización manifiesta; agrega que la Sala Superior de haber honrado los artículos 22, 23, 24 y 26 de la Constitución, habría hecho valer sus derechos fundamentales, referidos al trabajo, a la remuneración justa y suficiente para su sustento y el de su familia.

c) **Contradicción con otros pronunciamientos emitidos por la Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de La Libertad**, citando las resoluciones recaídas en los Expedientes N° 485-2008-II-SL, N° 12-2008-II-SL, N° 1858-2007-0-1801-JR-05, N° 743-2009-1SL, N° 112-2009-II-SL, N° 1108-2008-II-SL; añade que el Colegiado Superior ha desconocido los alcances de la sentencia expedida por el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 818-2005-PA/TC, así como también de las Casaciones N° 1781-2005-LIMA, N° 2224-2005-LIMA, y N° 824-2002-LIMA.

3. CONSIDERANDO:

Primero: Que, en el examen del recurso casatorio se debe precisar que previamente corresponde se efectúe el análisis de la denuncia de infracción normativa de normas de derecho procesal, ya que por sus efectos nulificantes resultaría innecesario emitir pronunciamiento sobre el agravio de los preceptos de orden material, también declarados procedentes.

Segundo: Que, la sentencia recurrida fundamenta su decisión señalando que de lo actuado se ha determinado que el cargo de Jefe de Departamento de Auditoría Interna es un cargo de Dirección, por lo que la demandada cumplió con lo dispuesto en el artículo 59 del Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad, esto es,

123

SENTENCIA
CAS. LAB. 2921 - 2011
LA LIBERTAD

identificar y determinar los cargos de dirección y notificar a los trabajadores, por lo que resultaba imposible reponer a un trabajador que ostenta un cargo de confianza como el de la actora, en ese sentido el hecho que se haya removido a la accionante encargándola como coordinadora de plataforma de Información y atención al usuario – ventanilla única no configura el supuesto de rebaja inmotivada de remuneración y categoría, sino todo lo contrario dicho cambio tiene su origen en el retiro de confianza por parte de la empleadora quien ostenta la facultad de designar a sus cuadros de mando en base a la confianza.

Tercero: Que, el recurso de casación alude básicamente a la infracción de disposiciones de naturaleza constitucional en virtud de las cuales se ha desconocido derechos laborales a efecto de que cesen los actos de hostilidad en contra de la recurrente, lo cual implica que este Supremo Tribunal debe verificar si la sentencia impugnada ha desarrollado adecuadamente los fundamentos fácticos y jurídicos que justifiquen su decisión.

Cuarto: Que, en principio esta Suprema Sala considera pertinente señalar que el artículo 30° del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece los actos de hostilidad equiparables al despido: (...) b) *La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría;* (...); Para analizar esta causal, conviene precisar que implica el término "categoría" en la doctrina laboral, según ALONSO OLEA "(...) cada trabajador posee una calificación o categoría profesional que se tiene en cuenta al tiempo de contratar y a lo largo de la ejecución del contrato de trabajo, en virtud de la cual se le clasifica profesionalmente (...)" Por su parte BLANCAS BUSTAMANTE opina que "(...) categoría profesional y puesto de trabajo devienen conceptos distintos. El primero hace

PM

SENTENCIA
CAS. LAB. 2921 - 2011
LA LIBERTAD

referencia a una posición o status determinado por la profesión, oficio, especialización o experiencia laboral del trabajador, el segundo indica las funciones concretas que desempeña el trabajador con la empresa (...)"². En ese sentido, se puede concluir que el trabajador al momento de celebrar el contrato de trabajo y ser promovido a diversas áreas, tiene la certeza de prestar servicios relacionados con su categoría profesional y, como consecuencia de ello, la prestación de servicios le deberá permitir desarrollar aún más sus actitudes profesionales. Es por ello que alterar la categoría en un modo que signifique la reducción de su categoría profesional, estaría calificada con un acto de hostilidad equiparable a un despido arbitrario. Se debe agregar que si bien es factible asociar erróneamente el cambio de puesto de trabajo con una afectación de la categoría, sin embargo esto no ocurre siempre y cuando lo que se modifique son únicamente las funciones encomendadas empero se respete la categoría en los términos expuestos.

Quinto: Que, al respecto este Supremo Tribunal aprueba que en efecto la sentencia de vista dedica sus considerandos quinto, sexto, séptimo y octavo a dilucidar la naturaleza jurídica del cargo de Jefe del Departamento de Auditoría Interna, determinando la calidad de cargo de dirección, en virtud del cual desestima la pretensión de la actora señalando que no es posible obligar al empleador a que le renueve confianza; sin embargo no analiza la categoría alcanzada por la actora a lo largo de su desempeño profesional y si ello se condice con el hecho concreto de haberla asignado al cargo de coordinadora de plataforma de información y atención al usuario – ventanilla única, tampoco analiza si tal remoción configura un supuesto de reducción inmotivada de remuneración o categoría, omitiendo el hecho que mediante Resolución Rectoral N° 792-96-R-UPAO de fecha primero

SENTENCIA
CAB. LAB. 2921 - 2011
LA LIBERTAD

de julio de mil novecientos noventa y seis se nombró a la accionante en el cargo de Jefe de la Sección de Control Patrimonial dependencia del Departamento de Contabilidad y Finanzas.

Sexto: Que, en ese sentido, habiéndose determinado que la sentencia de vista incurre en infracción al deber de motivación, corresponde estar a lo previsto en el artículo 39 segundo párrafo de la Ley N° 29497 que establece: "(...) En caso de que la infracción normativa estuviera referida a algún elemento de la tutela jurisdiccional o el debido proceso, la Sala Suprema dispone la nulidad de la misma y en ese caso ordena que la Sala Laboral emita un nuevo fallo, de acuerdo a los criterios previstos en la resolución casatoria; o declara nulo todo lo actuado hasta la etapa en que la infracción se cometió" (sic); siendo así, resulta arreglado a derecho ordenar que se expida nuevo pronunciamiento, por lo que estando a la naturaleza de la presente decisión carece de objeto emitir pronunciamiento respecto de las demás causales declaradas procedentes en el auto calificadorio de fecha veinticuatro de octubre de dos mil once.

4. DECISIÓN:

Que por las razones expuestas declararon **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por doña Carmen del Rosario Montenegro Rojas, de fecha veintiséis de julio de dos mil once, obrante a fojas ciento noventa y seis; en consecuencia, **NULA** la sentencia de vista, de fecha siete de julio de dos mil once, obrante a fojas ciento sesenta y tres; **ORDENARON** que la Sala de origen expida nueva sentencia atendiendo a las consideraciones expuestas en la presente sentencia; en los seguidos por doña Carmen del Rosario Montenegro Rojas contra la Universidad Privada Antenor Orrego sobre Cese de Actos de Hostilidad; **MANDARON** publicar la presente resolución en el diario

2016

SENTENCIA
CAS. LAB. 2821 - 2011
LA LIBERTAD

Oficial "El Peruano", conforme al artículo 41 de la Ley N° 29497, y los devolvieron. Vocal Ponente: Vinatea Medina.

S.S.

VASQUEZ CORTEZ

ACEVEDO MENA

VINATEA MEDINA

YRIVARREN FALLAQUE

TORRES VEGA

Jba-Moc

~~Se devuelve conforme a Ley~~

~~Carmen Rosa Diaz Acevedo
Secretaria
de la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema~~

27 MAR 2012

ANEXO 4 - CASACIÓN 6961-2012-JUNIN

Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente
Corte Suprema de Justicia de la República

SENTENCIA
CAS. LAB. N° 6961-2012
JUNIN

Lima, veintidós de marzo
de dos mil trece.-

**LA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL PERMANENTE
DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA REPÚBLICA:**

VISTA la causa; en audiencia pública llevada a cabo en el día de la fecha, con los Señores Magistrados Sivina Hurtado, Acevedo Mena, Vinatea Medina, Morales Parraguez y Rodríguez Chavez; y, luego de producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO:

Se trata del recurso de casación interpuesto por doña Beatriz Mesías Acevedo, de fecha ocho de agosto de dos mil doce, obrante a fojas ciento veintiséis contra la sentencia de vista de fecha cinco de julio de dos mil doce, obrante a fojas ciento quince, que Revocando la sentencia apelada de fecha diecinueve de marzo de dos mil doce, obrante a fojas noventa, declara infundada la demanda de cese de hostilidad.

II. CAUSALES DEL RECURSO:

La parte recurrente denuncia las siguientes causales: *a) La interpretación errónea del inciso b) del artículo 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR; y, b) La contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso.*

III. CONSIDERANDO:

Primero.- El recurso de casación interpuesto reúne los requisitos de forma exigidos por el artículo 57 de la Ley Procesal de Trabajo, Ley N° 26636, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 27021, por lo que, corresponde

SENTENCIA
CAS. LAB. N° 6961-2012
JUNÍN

evaluar si las denuncias cumplen con las exigencias de procedencia establecidas en el modificado artículo 58 del precitado texto legal.

Segundo.- El artículo 58 de la Ley N° 26636, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 27021, prescribe que el recurso de casación deberá estar fundamentado con claridad, señalando con precisión las causales descritas en el artículo 56 de la Ley N° 26636, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 27021 en que se sustenta, esto es: a) La aplicación indebida de una norma de derecho material; b) La interpretación errónea de una norma de derecho material; c) La inaplicación de una norma de derecho material; y, d) La contradicción con otras resoluciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia o las Cortes Superiores, pronunciadas en casos objetivamente similares, siempre que dicha contradicción esté referida a una de las causales anteriores; y, según el caso: i) Qué norma ha sido indebidamente aplicada y cuál es la que debió aplicarse; ii)Cuál es la correcta interpretación de la norma; iii)Cuál es la norma inaplicada y porqué debió aplicarse; y, iv)Cuál es la similitud existente entre los pronunciamientos invocados y en qué consiste la contradicción.

Tercero.- Con relación a la causal de *interpretación errónea del inciso b) del artículo 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR*, la recurrente señala que la Sala Superior ha interpretado de manera equívoca la norma aludida pues sí se encuentra demostrado de manera objetiva y concreta el perjuicio ocasionado a la actora con la variación de su puesto de trabajo. En efecto, detalla la demandante que ella venía ocupando el cargo de Supervisora de Almacenes desde el cual tenía a su cargo a cuatro Auxiliares de Almacén; sin embargo, tras una rebaja indebida de categoría, la demandada procedió a asignar a la actora el cargo de Analista de Compras, cuyo equivalente según el Manual de Organización y Funciones (en adelante, MOF), es de Auxiliar de Almacén de la Unidad de Logística. De igual manera, agrega la

SENTENCIA
CAS. LAB. N° 6961-2012
JUNÍN

parte recurrente que hubo claro perjuicio en la rebaja inmotivada de categoría, porque el correo electrónico a través del cual la demandada le comunica a la actora que el motivo para el retiro del cargo de Supervisora de Almacenes obedeció a que la misma no cumple con sus funciones a satisfacción, le fue cursada recién el dieciséis de junio de dos mil diez, mientras que el Memorando con el que le comunican el cambio de cargo es del cuatro de junio de dos mil diez.

Cuarto.- De acuerdo a los argumentos sostenidos por la parte recurrente respecto a la denuncia que antecede, esta Sala Suprema advierte que se cumple con los requisitos establecidos en el artículo 58 de la Ley N° 26636, modificado por el artículo 1 de la Ley N° 27021, pues la parte recurrente expone de manera clara la interpretación de la norma que considera correcta y cómo tal supuesto contemplado se ha configurado en el caso de autos. Tal alegato requiere un pronunciamiento de fondo que permita determinar cuál es la interpretación adecuada del inciso b) del artículo 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR y, en consecuencia, si en el caso concreto, se configuró o no una reducción inmotivada de la categoría como acto de hostilidad; razón por la cual esta causal deviene en **procedente**.

Quinto.- Por su parte, con relación a la causal de **contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso**; la recurrente señala que no se ha motivado debidamente la sentencia de vista dado que la Sala de mérito no ha tenido en cuenta que, en la cláusula tercera de la Resolución de Gerencia Regional N° GR-004-2010/ELECTO, se precisa que en la reincorporación de la actora, ésta fue evaluada en conocimientos y perfil para ocupar el puesto de Supervisora de Almacenes, derecho adquirido que considera resulta siendo irrenunciable.

Sexto.- La contravención al debido proceso no se encuentra prevista como causal casatoria en el artículo 56 de la Ley N° 26636, modificado por el

SENTENCIA
CAS. LAB. N° 6961-2012
JUNÍN

artículo 1 de la Ley N° 27021; sin embargo, la Corte Suprema de manera excepcional aplica dicha propuesta casatoria, en los casos en que se advierta flagrante afectación al debido proceso, ello como garantía constitucional de los justiciables y a efectos de cumplir con los fines del recurso de casación. Atendiendo a lo expuesto, este Supremo Colegiado advierte que no existen flagrantes violaciones al debido proceso en su manifestación de vicios de motivación conforme lo alude la accionante, en la medida que los considerandos expuestos en la sentencia recurrida contienen la exposición de los fundamentos y medios probatorios que se alude avalan su fallo; sin perjuicio de ello, de lo alegado por la recurrente, se identifica que la causal en cuestión es en realidad una petición de revaloración de un medio probatorio -la Resolución de Gerencia Regional N° GR-004-2010/ELECTO-, pretensión que como tal no puede ser vista en esta sede casatoria. En este sentido, corresponde declarar **improcedente** esta causal.

Séptimo.- Previo al desarrollo de la causal casatoria declarada procedente, resulta conveniente realizar una síntesis de lo ocurrido en el presente proceso a efectos de contextualizar el pronunciamiento de fondo que prosigue. De esta manera, tenemos que la demanda interpuesta en sede laboral, obrante a fojas uno, tiene como objeto que se ordene el cese de la hostilidad en contra de la demandante efectuado a través del Memorándum GR-469-2010, argumentando que a través de éste se dispone una arbitraria rebaja de nivel y categoría, razón por la que solicita se deje sin efecto el citado memorando.

Octavo.- La sentencia de primera instancia de fecha diecinueve de marzo de dos mil doce, obrante a fojas noventa, declaró fundada la demanda interpuesta y ordenó que la demandada cumpla con reponer a la actora en un plazo de veinte días en su anterior puesto de trabajo como Supervisora

SENTENCIA
CAS. LAB. N° 6961-2012
JUNÍN

A

de Almacenes, por cuanto: (i) el Memorándum GR -469-2010 no contiene un motivo justificado para el cambio de puesto, tan solo expresa la "necesidad de contar con una Analista de Compras", mas no se señala la razón justificable que la persona que se necesite sea la demandante; (ii) no se acredita que se haya comunicado a la demandante que su cambio obedeciera a que no cumplió con las expectativas establecidas; (iii) no corresponde aplicar el periodo de prueba a una trabajadora reincorporada después de un cese arbitrario, la cual además había sido calificada como "la persona idónea para desempeñar el cargo de Supervisora de Almacenes"; y, (iv) de acuerdo al MOF de la Unidad de Logística, se advierte que existe una estructura orgánica que se divide en dos áreas: una dirigida por el Supervisor de Logística y otra a cargo del Supervisor de Almacenes; a su vez, el primero de ellos cuenta con tres Analistas de Compras, mientras el segundo con cuatro Auxiliares de Almacén. En consecuencia, al haber la demandante ocupado primero el puesto de Supervisora de Almacenes y luego cambiársele a Auxiliar de Compras, implica una rebaja de categoría (aunque no de remuneración, pues siguió percibiendo lo mismo).

Q

Noveno.- La sentencia recurrida en casación, por su parte, revocó la sentencia apelada que declaró fundada la demanda y reformándola, la declaró infundada. La Sala Superior se centró en dos fundamentos para la revocatoria del fallo de primera instancia: (i) en el MOF de la Unidad de Logística se reportan funciones para la Supervisora de Almacenes que, en la práctica, son similares a las condiciones de trabajo para la Analista de Compras; incluso este último puesto implica el desempeño de labores de mayor complejidad que el Supervisor de Almacenes; y, (ii) la demandante no acredita cuál habría sido el perjuicio concreto y objetivo que se le habría generado con la variación del puesto como Supervisora de Almacenes al de

SENTENCIA
CAS. LAB. N° 6961-2012
JUNÍN

Auxiliar de Compras; pues ambos cargos, conforme al MOF, reportan al Jefe de Unidad de Logística.

Décimo.- Sobre la rebaja de categoría, nuestro ordenamiento nacional regula a este supuesto como un acto de hostilidad; así, el inciso b) del artículo 30 del Decreto Supremo N° 003-97-TR establece lo siguiente: "*Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes: b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría*". En este sentido, para determinar la interpretación correcta de la norma citada en el extremo relativo a la reducción de categoría –único cuestionado por la demandante-, analizaremos en primer término el sustento constitucional del poder de dirección; en segundo término, los alcances y límites del *ius variandi* como una de las manifestaciones de dicho poder empresarial; y, finalmente, las consideraciones a tener en cuenta para la configuración del acto de hostilidad por reducción de categoría.

Décimo Primero.- La variación del cargo de un trabajador es una potestad que responde al ejercicio del poder de dirección del empleador, en el extremo relativo al poder reglamentario. Para entender los alcances de esta afirmación, debemos avocarnos a identificar que el poder de dirección encuentra su sustento constitucional en el artículo 59 de la Carta Magna, en el que se establece que "*El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria*." En tal sentido, no puede negarse que la garantía propia del ejercicio de la libertad de empresa implica el reconocimiento implícito del poder de dirección del empresario en todos sus ámbitos organizativos, entre ellos, la relación con su personal de trabajo.

Décimo Segundo.- A nivel legal, el artículo 9 del Decreto Legislativo N° 757, Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada, recogió la figura de la libertad empresarial estableciendo que: "*De conformidad con lo prescrito en*

SENTENCIA
CAS. LAB. N° 6961-2012
JUNÍN

los artículos 130 y 131 de la Constitución Política¹, toda empresa tiene derecho a organizar y desarrollar sus actividades en la forma que juzgue conveniente." Por su parte, y de manera específica hacia el uso de dicho poder empresarial en relación al personal de trabajo, el artículo 9 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala que: "Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador." En otras palabras, el empleador cuenta con tres facultades dentro de su poder de dirección frente a sus trabajadores: de reglamentación u organización, de supervisión o fiscalización y de sanción.

Décimo Tercero.- En particular, el tema que nos avoca en la presente causa se relaciona a la primera manifestación nombrada, esto es, la facultad de reglamentación y organización que ostenta el empleador y que implica no solo la libertad de establecer las condiciones de trabajo que estime conveniente, sino que incluye la potestad de poder cambiarlas en el devenir del tiempo. Ello se encuentra recogido en el segundo párrafo del artículo 9 de la norma previamente citada, en el que se indica que: "El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de los criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo."

¹ La Ley Marco para el Crecimiento de la Inversión Privada fue publicada el 13 de noviembre de 1991, por lo que los artículos en referencia corresponden a la Constitución Política de 1979 que señalaban:

Artículo 130. Las empresas, cualquiera sea su modalidad, son unidades de producción cuya eficiencia y contribución al bien común son exigibles por el Estado de acuerdo con la ley.

Artículo 131. El Estado reconoce la libertad de comercio e industria. La ley determina sus requisitos, garantías, obligaciones y límites. Su ejercicio no puede ser contrario al interés social ni lesivo a la moral, la salud o la seguridad pública.

SENTENCIA
CAS. LAB. N° 6961-2012
JUNIN

Décimo Cuarto.- En efecto, el llamado *ius variandi* puede definirse como "la facultad de modalizar la ejecución del contrato cuando es de duración larga o indefinida; para ir adaptando sus prestaciones a las necesidades mudables del trabajo que debe ser prestado, a los cambios estructurales y organizativos de la empresa, a los tecnológicos y a los cambios o perfeccionamientos en la cualificación profesional del trabajador"². De esta amplia definición, es posible determinar en palabras de Ermida Uriarte, dos funciones de dicha facultad: una primera, vista desde el lado del empleador, relativa a su facultad unilateral para dirigir y organizar su trabajo; y, una segunda, desde el lado del propio trabajador, punto desde el cual el *ius variandi* puede calificar como una "válvula de escape" que permite subsanar las inevitables tensiones del transcurrir del tiempo originadas al desarrollar una misma función a lo largo de todo el récord laboral, favoreciendo la continuidad o durabilidad del vínculo laboral³. De esta manera, considerando estas funciones, corresponde admitir que el *ius variandi* del empleador es un ejercicio válido del poder de dirección.

Décimo Quinto.- Ahora bien, el ejercicio del *ius variandi* no es irrestricto, tiene limitaciones cuyos alcances deben ser expuestos, pues de su transgresión o no dependerá la posibilidad del trabajador de oponerse a la medida. En efecto, si bien se presume la licitud de las órdenes del empleador y, en consecuencia, el trabajador tiene el deber de obedecer las mismas -debido a la existencia de una obligación contractual de someterse a ellas (subordinación)-, en caso los límites sean excedidos, el trabajador se encontrará legitimado para impugnar la medida como manifestación de su

² ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, M^a Emilia, "Derecho del Trabajo", 19^a ed., Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 1989, pág. 367.

³ ERMIDA URIARTE, Oscar. "Modificación de condiciones de trabajo por el empleador", Editorial Hemmurañi S.R.L., Buenos Aires, 1989, pp. 31-82. En: Selección de Textos del curso de Derecho Individual del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 1992, pág. 91.

SENTENCIA
CAS. LAB. N° 6961-2012
JUNÍN

derecho de resistencia ante la violación constitucional y/o legal que conllevaría el acatarla.

Décimo Sexto.- Los límites del *ius variandi* conforme lo regulado en nuestra legislación importan dos consideraciones: (i) la razonabilidad de la medida, y, (ii) que encuentre su justificación en las necesidades del centro de trabajo. Sobre el principio de razonabilidad, Plá Rodríguez indica que *“esa potestad patronal debe ser razonablemente ejercida. Y ello significa que el empleador debe poder invocar razones objetivamente válidas para justificar su ejercicio”*⁴. Esto implica que la medida tomada no puede ser caprichosa, sino que debe revestir un fundamento adecuado, coherente y conciso, libre de toda arbitrariedad. A mayor detalle, Morato García sostiene que en la jurisprudencia española se pueden observar diversas variantes sobre la acepción de arbitrariedad *“entendida algunas veces como infracción de los mandatos legales a los que están sujetas las prerrogativas del acreedor de la prestación; identificada en otras ocasiones con la transgresión de la buena fe y el abuso del derecho; o bien concebida como búsqueda, por medios inadecuados, de la satisfacción del interés del empresario, imponiendo condiciones de trabajo favorables a su provecho económico en detrimento de las reales necesidades de la empresa y del interés de los trabajadores”*⁵; expresiones éstas de arbitrariedad que deslegitiman el uso del *ius variandi*. Por su parte, en cuanto a las necesidades del centro de trabajo, indica Arce Ortiz que *“son básicamente necesidades de orden productivo u organizativo que se han de circunscribir al centro de trabajo donde se preste la labor (...)”*⁶. En otras palabras, implica la existencia de una necesidad real del empleador en la funcionalidad de su empresa que lo obliga a variar las condiciones de trabajo inicialmente pactadas.

⁴ PLÁ RODRÍGUEZ, Américo. “Los principios del derecho del trabajo”. Buenos Aires, 1978, pág 298.

⁵ MORATO GARCÍA, Rosa María. “Derecho de Resistencia y Ejercicio Irregular del Poder de Dirección”. Editorial Comares S.L. Granada, 2011, pág 113 y 114.

⁶ ARCE ORTIZ, Elmor. “Derecho Individual del Trabajo en el Perú”. Palestra Editores. Lima, 2008, pág 469.

SENTENCIA
CAS. LAB. N° 6961-2012
JUNÍN

Décimo Séptimo.- Además de los límites legales, el ejercicio del *ius variandi* no puede omitir considerar el límite que le viene impuesto desde la propia Constitución Política, esto es, el respeto por la dignidad del trabajador en tanto persona humana. En efecto, según el tercer párrafo del artículo 23 de la Constitución Política del Estado, la dignidad del trabajador no puede verse limitada al interior de la relación laboral, lo que se erige, como una cláusula de salvaguarda de los derechos fundamentales del trabajador, en concordancia con el artículo 1 de la Constitución Política del Estado, que estatuye que la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado. Ahora bien, los alcances de esta cláusula de salvaguarda no se limitan a una "eficacia vertical", es decir, a una protección de los derechos fundamentales de los particulares frente al poder estatal; sino que también implica una "eficacia horizontal" la que *tiene como su principal fundamento compensar la desigualdad del individuo en sus relaciones privadas con organizaciones y sujetos dotados de poder social o económico, con el objeto de alcanzar la <<igualdad real>> o <<igualdad sustancial>> en el marco del Estado Social de Derecho*⁷. Ello significa que el poder empresarial se encuentra limitado en virtud de esta eficacia horizontal de los derechos fundamentales cuyo fundamento último es la dignidad de la persona. En ese sentido, el tercer párrafo del artículo 23 mencionado no se refiere a los derechos constitucionales laborales, sino a los demás derechos fundamentales del trabajador.

Décimo Octavo.- Así las cosas, la dignidad del trabajador no se ve soslayada solo ante disposiciones abiertamente inconstitucionales, sino que también la transgresión puede darse a través de medidas que, por ejemplo, impliquen la reasignación de un trabajador a un puesto de trabajo que corresponda a una categoría profesional inferior para la que fue contratado.

⁷ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "La Cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los Derechos Fundamentales Laborales". Fondo Editorial PUCP. Lima, 2011, pág 353.

SENTENCIA
CAS. LAB. N° 6961-2012
JUNÍN

La cuestión de encontrar un punto de equilibrio entre el adecuado funcionamiento de una empresa –con los cambios que ella requiere en el devenir del tiempo- y el respeto por la dignidad del trabajo, es pues el quehacer que debe compeler a todo empresario que disponga hacer uso del *ius variandi*. Sin perjuicio de ello, el control posterior de la licitud de la medida corresponde a la judicatura por lo que es ésta quien a través de un análisis casuístico y atendiendo a los límites antes mencionados, deberá concluir la validez o no del ejercicio del *ius variandi* en cada caso particular.

Décimo Noveno.- En el artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral se regulan algunos supuestos que siendo ejemplos del ejercicio abusivo del *ius variandi*, califican como actos de hostilidad, entre ellos, la reducción de la remuneración, la rebaja de la categoría profesional y el traslado del lugar de prestación del servicio, correspondiendo ocuparnos del segundo supuesto para el caso materia de autos al alegarse la modificación de la "categoría profesional" que venía ocupando la demandante.

Vigésimo.- Una de las características de la relación laboral es que ésta reviste un carácter personalísimo. En cuanto a nuestro tema se refiere, ello implica que al ser el trabajador una persona determinada, éste ha sido contratado justamente por las cualidades que posee, las cuales además lo ubican en una determinada categoría profesional dentro de su centro de trabajo. En esta línea, resulta importante que el perfil del trabajador sea enmarcado dentro de un "grupo profesional" pues *"de la categoría con que se contrata al trabajador –o de la que se le asigna por el empresario en vista del trabajo contratado-, en virtud de la cual se le clasifica profesionalmente, dependen en gran parte sus obligaciones (la prestación o trabajo que se le exige). (...) y sus derechos (...)"*². Ahora bien, conviene advertir la diferencia

² ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, Mª Emilia, Ob. cit., pág 301.

SENTENCIA
CAS. LAB. N° 6961-2012
JUNÍN

entre categoría o grupo profesional y puesto de trabajo; al respecto, Blancas Bustamante opina que "(...) categoría profesional y puesto de trabajo devienen conceptos distintos. El primero hace referencia a una posición o status determinado por la profesión, oficio, especialización o experiencia laboral del trabajador; el segundo indica las funciones concretas que desempeña el trabajador con la empresa (...)". En ese sentido, se puede concluir que el trabajador al momento de celebrar el contrato de trabajo, así como cuando es promovido a diversas áreas, tiene la certeza de prestar servicios relacionados con su categoría profesional en el puesto de trabajo específico asignado. La variación de este último no necesariamente implicará una rebaja de categoría; sin embargo, de hacerlo, tal modificatoria inmotivada estaría calificada como un acto de hostilidad equiparable a un despido arbitrario. Así se constata de la redacción del literal b) del artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral previamente citado y del artículo 49 del Decreto Supremo N° 001-96-TR que a la letra señala: "La reducción de remuneraciones o de categoría a que se refiere el inciso b) del artículo 63 de la Ley (hoy literal b) del artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), es aquella dispuesta por decisión unilateral del empleador que carece de motivación objetiva o legal. (...)". La motivación exigida en estos casos no es otra cosa que la manifestación de los límites legales de razonabilidad y necesidad del centro de trabajo expuestos en los considerandos precedentes.

Vigésimo Primero.- Del mismo modo, una manifestación del límite constitucional impuesto por el respeto a la dignidad del trabajador la encontramos en lo sostenido por este Supremo Colegiado en la Casación N° 624-2002-Lima en la medida que se detalló que: "(...) para que se produzca el acto hostilizador de rebaja de categoría previsto en el artículo treinta

* BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. "El Despido en el Derecho Laboral Peruano", 2ª ed., ARA Editores S.R.L. Lima, 2006, pág 426.

SENTENCIA
CAS. LAB. N° 6961-2012
JUNIN

inciso b) del Decreto Supremo cero cero tres guión noventa y siete guión TR, se requiere la existencia de perjuicio real y concreto en contra del trabajador a la fecha en que éste requiere a su empleador el cese de tales actos (...). Es decir, la dignidad del trabajador como límite del *ius variandi*, impide –por ejemplo– que una medida tomada por el empleador sea considerada ilícita si es que ésta le causa un perjuicio significativo a aquél. Para considerar otros criterios que evidencien una afectación a la dignidad del trabajador con ocasión de la movilidad funcional vertical descendente, podemos acudir a la jurisprudencia española, en la que, en palabras de Pacheco Zerga, se ha establecido que: *“se produce este atentado a la dignidad, cuando sin justificación alguna, se asignan labores de una categoría inferior, a quien tiene una <<dilatada vida laboral>> al servicio de una empresa. También (...) si las labores encomendadas no están de acuerdo con el puesto que se desempeña o si no tienen utilidad práctica para la empresa. En todos estos casos el perjuicio profesional va unido a un menosprecio de la condición personal, porque se asigna la ocupación sin tener en cuenta los intereses, fines y objetivos del trabajador plasmados en el contrato de trabajo celebrado”*¹⁰.

Vigésimo Segundo.- En el caso de autos, de acuerdo a lo considerado como hechos probados por la sentencia de primera instancia, la actora se reincorporó a su centro de trabajo el quince de febrero de dos mil diez, a través de la Resolución de Gerencia Regional N° GR-004-2010/ELECTO en la que se estableció *“Que como resultado de la calificación y evaluación se ha determinado que el peticionante reúne los requisitos y perfil requeridos para la asignación de la plaza vacante presupuestada de Supervisor de Almacenes de la Unidad de Logística de la Gerencia de Administración y Finanzas de Electrocentro Sociedad Anónima Sede Huancayo”*. Sin

¹⁰ PACHECO ZERGA, Luz. “La Dignidad Humana en el Derecho del Trabajo”. Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2007, pág. 86 y 87.

SENTENCIA
CAS. LAB. N° 6961-2012
JUNÍN

embargo, el cuatro de junio de dos mil diez, mediante Memorándum GR 469-2010 se menciona "(...) que la administración de la empresa ha determinado su traslado de la actora a la Unidad de Logística de la Gerencia de Administración y Finanzas (...)", señalando que "La Unidad de Logística necesita contar con un Analista de Compras, para lo cual requiere contar con el apoyo de su persona". Pues bien, en aplicación de los límites legales del *ius variandi* desarrollados por este Supremo Colegiado, se advierte – conforme también lo hizo la primera instancia – que no existe un motivo debidamente justificado para establecer el cambio de puesto de trabajo de la demandante, pues solo se expresa una necesidad de contar con una Analista de Compras, más no se indica la razón que justifique que dicha persona deba ser necesariamente la demandante atendiendo a determinadas cualidades profesionales requeridas en dicho puesto de trabajo; considerando además que se desvirtúa que tal cambio haya sido consecuencia de un mal desempeño de la actora en su cargo primigenio. En estos términos, no es admisible que una persona que reunía en un primer momento las condiciones y requisitos necesarios para el perfil profesional correspondiente al cargo de Supervisora de Almacenes; posteriormente, en un segundo momento, y sin ningún criterio debidamente expuesto, se le rote a un puesto de menor jerarquía como resultaba siendo el Auxiliar de Compras.

Vigésimo Tercero. – Asimismo, en aplicación del límite constitucional del *ius variandi*, esta Sala Suprema confirma el análisis efectuado por la primera instancia el cual denota no solo la falta de motivación, sino también el perjuicio ocasionado con el cambio. En efecto, se señala que de acuerdo al MOF de la Unidad de Logística, se advierte que existe una estructura orgánica que se divide en dos áreas: una dirigida por el Supervisor de Logística y otra a cargo del Supervisor de Almacenes, a su vez, el primero

SENTENCIA
CAS. LAB. N° 6961-2012

JUNÍN

de ellos tiene a su cargo tres Analistas de Compras, mientras el segundo, cuenta con cuatro Auxiliares de Almacén. Por ello, al haber la demandante ocupado primero el puesto de Supervisora de Almacenes y luego cambiársele a Auxiliar de Compras, implica necesariamente una rebaja de categoría, en tanto este cambio funcional descendente evidencia la existencia de un perjuicio real y concreto a la actora, quien de tener un cargo superior y contar en él con personal subordinado, pasó luego a ser parte de este último, situación que transgrede su dignidad como trabajadora; contrariamente a lo sostenido por la sentencia de vista. Anótese además que el hecho de que la demandante perciba la misma remuneración luego del cambio de puesto efectuado, no enerva la rebaja inmotivada de categoría; ello porque si bien la movilidad funcional válida (dentro de los límites) implica no desconocer los derechos remunerativos ya adquiridos, la reducción de categoría como acto hostil no se determina en función a la variación de la remuneración efectivamente percibida, sino en la excedencia de los límites de la facultad del *ius variandi* aplicados a cada caso concreto, conforme lo expuesto a lo largo de la presente sentencia.

Vigésimo Cuarto.- En estos términos, se colige que la sentencia de primera instancia contiene los fundamentos suficientes que permiten establecer que el cambio de puesto efectuado a la accionante del presente proceso, vulnera los límites legales (al ser injustificada transgrede la exigencia de razonabilidad) y constitucionales (al contener perjuicios ciertos y concretos atenta contra la dignidad del trabajador), análisis casuístico que corresponde realizar al interpretar adecuadamente el inciso b) del artículo 30 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y que en el caso que nos compete, determina que el acto de hostilidad por reducción inmotivada de la categoría se ha configurado en contra de la trabajadora, por tanto se debe casar la

SENTENCIA
CAS. LAB. N° 6961-2012
JUNIN

sentencia de vista y, actuando en sede de instancia, confirmar la sentencia apelada.

IV. DECISIÓN:

Por estas consideraciones, declararon: **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por doña Beatriz Mesías Acevedo, de fecha ocho de agosto de dos mil doce, obrante a fojas ciento veintiséis; en consecuencia **CASARON** la sentencia de vista de fecha cinco de julio de dos mil doce, obrante a fojas ciento quince, **y actuando en sede de instancia, CONFIRMARON** la sentencia apelada de fecha diecinueve de marzo de dos mil doce, obrante a fojas noventa, que declara **FUNDADA** la demanda; en los seguidos por doña Beatriz Mesías Acevedo contra Electrocentro Sociedad Anónima sobre cese de hostilidad; **DISPUSIERON** publicar la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano", conforme a ley; y los devolvieron. Vocal Ponente:

Acevedo Mena -

S.S.

SIVINA HURTADO

ACEVEDO MENA

VINATEA MEDINA

MORALES PARRAGUEZ

RODRIGUEZ CHAVEZ

Jbz/lhg

02 de 2012

Se Publica Conforme a Ley

Carmen Rosa Díaz Acevedo
Secretaria
De la Sala de Derecho Constitucional y Social
Permanente de la Corte Suprema de Justicia