UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO

FACULTAD DE DERECHO

ESCUELA DE DERECHO

El despido del trabajador de dirección y confianza en la jurisprudencia de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

AUTOR
Martín Bernardo Jiménez Falen

ASESOR
Javier Hildebrando Espinoza Escobar
https://orcid.org/0000-0002-9906-0526

Chiclayo, diciembre de 2010

A Dios nuestro Señor, su hijo Jesús y dos de sus más dignos representantes en la tierra San Josemaría Escrivá y Juan Pablo II por ser la esencia de todos mis logros y la fuente de todas mis esperanzas.

A mis padres: Bernardo y Teófila, como muestra de la más sincera gratitud por enseñarme lo mejor de la vida: el amor y el trabajo fundado en valores.

A mi hermana: Ángela, por su fuerza y por enseñarme a crecer todos y cada uno de los días, siempre sobre la base de la rectitud.

A la memoria del Dr. Fernando Arbulú Rocca, gracias a quien he llegado a culminar mi carrera profesional y quien desde el cielo guía mis pasos hacia el futuro.

Mi más sincero agradecimiento a:

Mis asesores, La Dra. Luz Pachecho Zerga; el Abog. Rolando E. Ubillús Bracamonte y en especial al Mgtr. Javier H. Espinoza Escobar, por confiar en mí siempre y por ayudarme en todo momento a lo largo del proyecto que hoy se ve culminado.

A todas aquellas personas que consciente o inconscientemente han contribuido con la culminación de mis estudios profesionales en general y de la presente tesis en particular; pues sin su invalorable ayuda no hubiera conseguido lograr este gran objetivo.

RESUMEN

La presente tesis se avoca al análisis de la jurisprudencia emitida por los Magistrados integrantes de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, vinculada en estricto a la figura del despido del *"trabajador de dirección y de confianza".*

Así, sobre la base de un criterio eminentemente práctico se abordan dichos pronunciamientos judiciales, con el propósito de analizar si se ajustan o no a los pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre la materia y en tal sentido verificar si adoptan dicho criterio o si se apartan razonadamente del mismo.

Para tal efecto, se ha creído conveniente dividir su contenido en tres capítulos: 1) "El trabajador de dirección y de confianza"; 2) "Regulación del despido del trabajador de dirección y de confianza"; y, 3) "El despido del trabajador de dirección y confianza en la jurisprudencia de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque". Se han adicionado aspectos de rigor como las conclusiones, además de sendas recomendaciones que se han tenido a bien presentar para un posterior y remozado tratamiento legislativo del tema principal.

La investigación en su conjunto ha permitido concluir que los Magistrados de nuestra localidad aplican, en su gran mayoría, los criterios vertidos por el máximo intérprete de la Constitución; basando sus pronunciamientos en la correcta aplicación del Principio de Primacía de la Realidad, cuya esencia es fidedignamente rescatada en los fallos de esta naturaleza.

INDICE

Pág.

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO 1 1
EL TRABAJADOR DE DIRECCIÓN Y DE CONFIANZA

1.1 El Trabajador de Dirección 1

1.1.1 Aspectos Generales 1
1.1.2 Concepto 5

1.2 El Trabajador de Confianza 14

1.2.1 Aspectos Generales 14
1.2.2 Concepto 17

1.3 Criterios normativos y jurisprudenciales 22

1.3.1 Aspectos generales 22
1.3.1.1 Formas de acceder a un puesto de dirección o de confianza 22
1.3.1.2 Procedimiento para calificar a un trabajador de confianza o de dirección 23

1.4 Evolución legislativa y regulación vigente 25

1.5 Otras características del trabajador de confianza delimitadas a nivel jurisprudencial 30

CAPÍTULO 2 32
REGULACION DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR DE DIRECCIÓN Y DE CONFIANZA

2.1 El despido como figura jurídica extintiva del vínculo laboral 32

2.1.1 Antecedentes históricos 32
2.1.2 Definición 43

2.2 El despido del trabajador de dirección y confianza 48

2.2.1 El derecho a la estabilidad laboral del trabajador de dirección y confianza 48
2.2.2 El despido del trabajador de dirección y confianza en mérito al retiro de la confianza 63
2.2.2.1 El “retiro de la confianza” peruano y el “desistimiento empresarial español” - semejanzas y diferencias 63
2.2.2.2 La arbitrariedad del despido en mérito al “retiro de la confianza” 73

CAPÍTULO 3 80
EL DESPIDO DEL TRABAJADOR DE DIRECCIÓN Y CONFIANZA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE

3.1 Clasificación por materia y análisis de los fallos emitidos en sus diferentes instancias. 80

3.1.1 Proceso constitucional de amparo 80

3.1.1.1 Base normativa 80

3.1.1.2 Sentencias y concepto principal 81

Sentencia N° 01 81

"La naturaleza de la función desempeñada es la que determina la condición de trabajador de confianza"

Sentencia N° 02 85

"Si el trabajador realizó con anterioridad labores comunes y es promocionado, luego al retirársele la confianza depositada, retomaría a realizar las labores anteriores, salvo que se determine que cometió una falta grave que implique su separación de la institución"

Sentencia N° 03 92

"El ingreso mediante concurso público de un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada no genera una estabilidad laboral absoluta, si se comprueba que el cargo al que accedió tiene la calidad de cargo de confianza"

Sentencia N° 04 98

"Si bien el demandante ingresó a laborar vía contrato de trabajo sujeto a modalidad, se debe prevenir que el mismo se habría desnaturalizado, convirtiéndose en uno de duración indeterminada; por lo que al habérsele retirado la confianza en el cargo al que fuera promocionado posteriormente, tendría que regresar a realizar labores comunes u ordinarias del puesto primigenio"

Sentencia N° 05 103

"El último cargo desempeñado por el demandante es el de Supervisor Zonal, por lo que las funciones realizadas por éste tienen el carácter de permanente y no de temporal; además y a diferencia de un Gerente de Administración y Finanza, aquel puesto no resulta ser uno de confianza…."

Sentencia N° 06 109

"…es lógico que, al desaparecer el elemento base de la contratación (la confianza) la culminación del vínculo laboral dispuesta por el empleador se encuentre plenamente justificado, no correspondiendo por consiguiente su reposición. Ello no es óbice para que eventualmente, de ser el caso, el actor pueda reclamar algún derecho de carácter indemnizatorio en la vía ordinaria."

Sentencia N° 07 114

"….se verifica que el demandante efectuó el cobro de sus beneficios sociales, incluyendo la suma de la indemnización…"

3.1.2 Proceso laboral de cese de actos de hostilidad 118

3.1.2.1 Base normativa 119

3.1.2.2 Sentencias y concepto principal 120

Sentencia N° 08 120

"…los trabajadores que ocupan puestos calificados como de dirección o de confianza no son trabajadores

con derechos disminuidos o excluidos de protección, ya que la calificación únicamente produce los efectos establecidos por ley"

Sentencia N° 09 131

"....la rotación de Gerente General, cargo ejercido como encargatura, a Especialista Administrativo Comercial, no constituye una rotación con criterio razonable….lo razonable hubiera sido que el actor ocupara el cargo de Gerente de la Gerencia Comercial, cargo desempeñado hasta antes de ocupar el cargo de Gerente General, cargo de dirección.."

CONCLUSIONES 139

RECOMENDACIONES 144

REFERENCIA BIBLIOGRÁFICA 146

ANEXO JURISPRUDENCIAL 151

ABREVIATURAS

1. D.S.	: Decreto Supremo
2. D.L.	: Decreto Ley
3. D. Leg.	: Decreto Legislativo
4. LPCL	: Ley de Productividad y Competitividad Laboral
5. RLFE	: Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo
6. LPT	: Ley Procesal de Trabajo
7. TC	: Tribunal Constitucional
8. TUO	: Texto Único Ordenado
9. Caso Baylón Flores	: Expediente 0206-2006-PA/TC
10. Caso BCR	: Expediente 3501-2006-PA/TC
11. Caso Telefónica	: Expediente 1124-2001-AA/TC
12. Caso Llanos Huasca	: Expediente 976-2001-AA/TC

INTRODUCCION

Cuando se pretende incursionar en el ámbito del Derecho Laboral, se repara instintivamente en una nota característica propia de aquel sector del Derecho: la situación asimétrica en la que confluyen las partes que la integran; ya que resulta lógico suponer que empleador y trabajador no se encuentren en igualdad de condiciones.

En la práctica, sin embargo, se puede prevenir la presencia de ciertas figuras, las cuales ocupan una posición intermedia, ubicándose entre los dos grandes componentes de la relación laboral. Nos estamos refiriendo a los trabajadores de dirección y de confianza.

En efecto, con la delegación de facultades de dirección y organización por parte del empleador surge una jerarquía dentro del escalafón de los integrantes de la masa trabajadora, lo que conlleva a que se establezcan diferencias respecto de los derechos o en todo caso de los beneficios laborales que asisten en exclusiva a estos trabajadores, entre las que podemos citar a la estabilidad laboral.

La presente investigación se encamina a realizar un análisis -eminente y exclusivamente jurisprudencial- de la estabilidad laboral del trabajador de dirección y de confianza, en sentido lato, y del despido de aquel, en sentido estricto; siempre sobre la base de la jurisprudencia emitida por los Magistrados que integran la Corte Superior de Justicia de Lambayeque, para tratar de definir cuál es la postura de

aquellos con respecto al despido del trabajador de dirección y de confianza; tratando así de verificar si el criterio asumido se ajusta o no al vertido por el Tribunal Constitucional y/o en que medida vienen aplicado aquel.

La realización de este análisis requiere del examen de una figura -o si se quiere dos figuras distintas- que contiene en su conjunto rasgos o características singulares que la convierten en una institución difícil; provocando con ello la necesidad de enmarcar conceptualmente tanto la figura del trabajador de dirección como del trabajador de confianza.

Minúsculo problema el anterior si advertimos la gran controversia que ha generado la improcedencia de la acción restitutoria en caso se verifique el despido arbitrario de un trabajador de dirección o de confianza, lo que conlleva a cuestionarse sobre la presunta arbitrariedad del despido promovido en mérito al ya famoso *"retiro de la confianza"*; determinando claramente el sustento que ha llevado al legislador a otorgar un tratamiento diferente a la extinción del vínculo laboral de este "tipo" de trabajador y si aquella diferenciación se encuentra o no justificada.

Así, la presente investigación se encuentra estructurada en tres capítulos. El capítulo uno contiene un profundo y sistemático tratamiento del personal de dirección y de confianza, incidiendo en aspectos generales pero disímiles a su vez e incluyendo un marco conceptual el cual involucra la más extensa gama de opiniones, además de criterios normativos y jurisprudenciales de indiscutible trascendencia.

El capítulo segundo por su parte aborda el tema relacionado al despido del trabajador de dirección y de confianza. Abarca un tratamiento preliminar sobre la figura del despido en general, para posteriormente involucrarse de lleno en el tema de marras. Así, incluye el análisis de la estabilidad laboral que le asiste este trabajador, así como la extinción de su vínculo laboral sobre la base del cuestionado "retiro de la confianza".

El tercer y último capítulo involucra una clasificación de los fallos judiciales emitidos por los Magistrados de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque con ocasión del despido del trabajador de dirección y de confianza, así como el estudio exhaustivo de dichos pronunciamientos; incluyendo la consignación de los datos del proceso, el sentido de los fallos en sus diferentes instancias, los extractos más relevantes de cada fallo y por su puesto el análisis y los comentarios de rigor.

CAPÍTULO 1:

EL TRABAJADOR DE DIRECCIÓN Y DE CONFIANZA

1.4 El Trabajador de Dirección:

1.4.1 Aspectos Generales:

En un mundo moderno como en el que nos toca vivir hoy por hoy, cliente exclusivo de la globalización y del internet, se hace cada vez más imprescindible el trabajo fluido en equipo y la toma de decisiones descentralizadas con prevalencia del capital humano; pues se debe de entender que el éxito de una empresa, en el sentido lato de la palabra, no sólo va a depender del poder económico con que cuente el accionista o dueño, o de la tecnología de punta que haya adquirido; sino de la cooperación de varios factores, entre ellos la organización dinámica. Este fenómeno no es más que el paso de una era clásica a otra a la que Chiavenato denomina: "la era de la información" propia del siglo XXI; época en donde las entidades requieren gran agilidad, movilidad e innovación, por lo que sus órganos (departamentos y divisiones) -otrora rígidos- se vuelven transitorios y los cargos y funciones pasan a definirse y redefinirse en razón de los cambios y las necesidades específicas[1].

[1] CHIAVENATO, Idalberto. *Gestión de Talento Humana*. Bogotá. McGraw-Hill Interamericana SA. 2002, pp. 33-34.

Aquella metamorfosis, sin embargo, no es óbice para colegir que el factor "organización" ha sido desde el inicio de los tiempos una de las características básicas del hombre; pues su propia condición de animal racional y social así lo determina. En efecto, el hombre es un animal social porque se caracteriza por una irresistible tendencia a la vida en sociedad y tiene participaciones multigrupales innatas, vale decir que por excelencia vive en organizaciones, en ambientes cada vez más complejos y dinámicos.

Una de aquellas facetas, en la que la organización se ejemplifica de mejor manera, es el trabajo o mejor aún la empresa. No en vano la Real Academia de la Lengua la define como: "una unidad de organización dedicada a actividades industriales, mercantiles o de prestación de servicios con fines lucrativos"[2]; siendo en abstracto una actividad humana, programada o sometida a un plan, en buena cuenta una actividad organizada y encaminada a la consecución de un fin económico mediante la utilización de ciertos medios que suelen denominarse, de manera sistemática capital y trabajo; una especie de pequeño mundo para el hombre, en donde desde distintas perspectivas, se busca conseguir un fin, alcanzando metas y obteniendo un crecimiento personal y por supuesto una rentabilidad económica.

Desde el punto de vista jurídico, bastaría con abordar la premisa constitucional consagrada en el artículo 59° de nuestra Constitución Política[3], para entender que "la empresa", es concebida como el motor que mueve la economía de un país y porque no del mundo en general.

---

[2] REAL ACADEMEDIA DE LA LENGUA. *Definición de empresa*. 2001. [ubicado el 17.06.10]. Obtenido en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=empresa

[3] Artículo 59° de la Constitución Política del Perú: *"El Estado estimula la creación de riqueza y garantiza la libertad de trabajo y la libertad de empresa, comercio e industria. El ejercicio de estas libertades no debe ser lesivo a la moral, ni a la salud, ni a la seguridad pública. El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad; en tal sentido, promueve las pequeñas empresas en todas sus modalidades".*

Bajo la misma perspectiva, pero en lo referido a su faceta organizacional, el TC ha abordado dicho aspecto, señalando por ejemplo que la expresión empresa: *"alude a una actividad económica organizada para los fines de la producción o el cambio de bienes y servicios y entre sus elementos constitutivos se considera a la organización y la dirección, a los cuales se suman los bienes, el capital y el trabajo"*[4]; en ese mismo sentido existía ya un pronunciamiento que resaltaba -esta vez expresamente- el contenido de dicho derecho constitucional, subrayando que: *"El contenido constitucionalmente protegido del derecho a la libertad de empresa, está determinado, a su vez, por cuatro tipos de libertades derivadas, las cuales configuran el ámbito de irradiación de la protección de tal derecho: " En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado…..<u>En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros</u>. En tercer lugar, también comprende la libertad de competencia. Y en último término, la libertad de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando se considere oportuno"*[5] [el resaltado es nuestro].

Se proclama así, la importancia del factor "organización" dentro del mundo empresarial moderno, existiendo por supuesto una conexión entre este y el derecho fundamental al trabajo, pues una de las formas de garantizar la libertad de trabajo, es justamente a través de la libre empresa[6]; máxime si se

---

[4] STC del 26 de Abril del 2004. {Expediente número 0018-2003-AI/TC}. [ubicado el 01.10.2009]. Obtenido en www.tc.gob.pe

[5] STC del 19 de Septiembre del 2006. {Expediente número 00003-2006-PI/TC}. [ubicado el 01.10.2009] Obtenido en www.tc.gob.pe

[6] STC del 11 de Julio del 2005. {Expediente número 3330-2004-AA/TC}. [ubicado el 01.10.2009]. Obtenido en www.tc.gob.pe

advierte, de un punto de vista técnico, que el factor “humano” es en gran medida el artífice de aquel organigrama empresarial.

Pero dicha organización no es espontánea ni son los trabajadores los llamados a auto-organizarse; la tarea de ordenar la pluralidad de actividades con el objeto de alcanzar la finalidad propia de la empresa, está en manos del empresario o dueño, o en su caso de la persona o grupo de personas a quienes se les delegue dicha responsabilidad, que en muchos casos resulta ser un trabajador de la propia empresa, surgiendo así la figura directiva, ya sea en mérito a una delegación de facultades o por la transmisión del poder directivo, lo que genera una jerarquía dentro del escalafón laboral, que involucra funciones de mando para cierto personal. Este fenómeno sin embargo no es reciente, sino que emergió conjuntamente con el nuevo tipo de empresa industrial, tras la consolidación del modelo fordista de producción, el cual se caracterizaba por el considerable aumento de su dimensión, que se reflejaba tanto en la cuantía del capital invertido, como en la planta física y en el volumen de trabajadores; todo lo cual puso de manifiesto la necesidad de una mayor división y especialización del trabajo, lo que involucraba a su vez una compleja jerarquización y la necesidad de una gerencia profesional[7].

En ese sentido, se tiene que las funciones de mando en la empresa, en cuanto conjunto organizado, son actuadas unas veces por el mismo empresario o por sus administradores según sea el caso; y otras por el personal directivo, dando lugar al esquema de jerarquización antes comentado. Ello dependerá en gran medida de dos aspectos sustanciales: por una parte la tipología del empresario y por otra la dimensión de la empresa. En efecto, la tipología del empresario determinará la detentación del poder directivo, por cuanto si hablamos de una persona natural le resulta factible asumir la dirección de su negocio; distinto sería el caso de la persona jurídica cuya dirección no pueden

[7] Cfr. DE VAL TENA, Ángel Luis. *El Trabajador de Alta Dirección. Caracteres y Régimen Jurídico*. 1ra. Edición. Madrid. CIVITAS. 2002, p 25.

ser ejercidas *prima facie* a título personal, sino que tal condición debe de cederse a una persona natural que contenga los requisitos que se busquen. En cuanto a la dimensión de la empresa, se ha de advertir que tal situación influye en gran medida, pues si hablamos de una pequeña empresa no sería necesaria la delegación de funciones directivas, pues una sola persona o un grupo selecto de las mismas serían suficientes para ejercer dichas funciones; siendo por el contrario bastante difícil que una persona o un grupo reducido de personas desarrolle una actividad de dirección en una empresa de una dimensión significativa o una estructura compleja, convirtiéndose en imprescindible que se deleguen funciones de dirección, ya sea por un necesario nivel de especialización, por una indispensable atención exclusiva o por indistintos factores como la expansión del giro de negocio, etc.

1.4.2 **Concepto:**

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 el Perú es el único país en el cual se ha considerado hacer una clasificación entre el personal de dirección y de confianza a nivel legislativo. No obstante, la tendencia tanto doctrinaria como jurisprudencial, en países de ésta 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 artículo 35° del Código de Trabajo de la República de Ecuador, 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,

administradores, etc.) porque ocupan puestos menos elevados y ejercen pocas atribuciones de dirección".[8]

Semejante resulta la posición del tratadista brasileño Mozart V. Russomano quien infiere al respecto que: "…se establece una diferencia entre el empleado de confianza y el alto directivo de la empresa. Sería de confianza un director técnico y un alto directivo el director general de una sociedad anónima…".[9]
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 LPCL, aprobada por D. S. Nº 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 aquellas funciones de administración y control o cuya actividad y grado de responsabilidad depende del resultado de la actividad empresarial*".

Su redacción, es similar -no por simple coincidencia- con el Real Decreto Español 1382/1985, de fecha 1 de Agosto de 1985 (el cual regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección). En efecto, dado el conocido paternalismo que ejerce el derecho español, sobre nuestra legislación no resulta extraño la similitud de su configuración a nivel legislativo, lo cual como veremos será de trascendental importancia para la investigación. Cabe destacar, como anoté anteriormente, que en España la figura bajo comento es denominada como personal de *"alta dirección"*, incluyendo dentro de aquel rótulo hasta tres 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 sólo limitadas por los criterios

[8] EGOS PEÑA, Jorge. *El trabajador de confianza*. 1991. [ubicado el 04.11.2009]. Obtenido en http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1991/04/4_El_Trabajador_De_Confianza.pdf

[9] RUSSOMANO MOZART, Víctor; citado por DE BUEN LOZANO, Néstor. *Derechos del Trabajador de Confianza*. 1ra. Edición. México DF. Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México. 2000, p. 54.

e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad"[10]. No obstante, el conjunto normativo español es claro al señalar que sólo los trabajadores de alta dirección en estricto, son lo que gozan de las prerrogativas que taxativamente prevé el Real Decreto, configurándose únicamente en ese caso lo que la norma señala como: una relación laboral de carácter especial[11].

Este criterio restrictivo viene siendo uniformemente admitido por la jurisprudencia española. Así lo explica Molero; quien señala que "el alto cargo es la excepción y la regla general la de la relación laboral pura, no quedado excluida ésta más que en los supuestos en que así se deduzca claramente del conjunto de atribuciones que el interesado tenga asignadas…lo que en suma lleva a admitir un presunto *indubio pro ordinario*"[12]. Esta tendencia viene siendo admitida -aunque de manera menos protagónica- por la jurisprudencia nacional como demostraremos en el capítulo final.

Retornando al particular caso español, resulta ilustrativa la posición de Alonso Olea quien infiere que los trabajadores directivos son aquellos que: "desempeñan en las empresas las funciones de alta dirección, alto gobierno o alto consejo, del cual se distinguen dos grupos, al tiempo que de su tenor resulta un tercer grupo de directivos, los que tienen a su cargo funciones de dirección no altas"[13].

---

[10] Artículo 1 -inc. 2- del Real Decreto 1382/1985 (España).

[11] Cfr. DE VAL TENA, Ángel Luis. *Los Trabajadores Directivos de la Empresa*. Pamplona. ARANZADI. 1999, pp. 54-55.

[12] MOLERO MANGLANO, Carlos: "Criterios jurisprudenciales de aplicación del concepto de alta dirección". En *Actualidad Laboral*. Número 06. 2008. 621-624.

[13] ALONSO OLEA, Manuel. *Derecho del Trabajo*. 18va. Edición. Madrid. Civitas.1998, pp. 74-75.

Ambas descripciones nos llevan a asegurar que en España, sólo 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. 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, lo 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. Este criterio es compartido por de Buen, quien citando a Mozart Russomano señala que se debe rechazar la posibilidad de que durante su investidura como director general, una persona mantenga, aunque en estado de suspensión, la condición de trabajador…; aquella tesis resulta inadmisible -agrega- porque repugna al derecho administrativo que alguien sea al mismo tiempo un subordinado jerárquico del empleador y el administrador de la empresa[14].

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 realizar 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 si 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

[14] DE BUEN LOZANO, Néstor. *Op. Cit.*, p. 54.

ejercitados, así como el grado de autonomía con que se ejerzan"[15]. Con todo, en el Perú bien podría identificarse a este grupo de trabajadores con el personal denominado de confianza.

Este último criterio no es compartido del todo por Montoya Melgar, quien define a los "altos cargos" como aquellos de "rectoría superior" que consiste en el desempeño de los poderes propios del empleador (no necesariamente de todos) que versen sobre los objetivos generales de la empresa; añadiendo que ha sido la jurisprudencia española la que ha ampliado la noción de alto cargo, incluyendo en ella no sólo al director máximo de la empresa, sino también al conjunto de cargos que desempeñan la dirección general de la misma o a aquellos que dirigen una sector de la actividad, o un centro territorial de la empresa cuando ejercitan un poder "intenso", decisivo en el tráfico comercial[16]; postura compartida por Cristina Hernández García[17] quien al hacer un profundo análisis del contrato laboral de alta dirección, señala 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 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*, vale decir que es un conjunto normativo que se aparta del carácter proteccionista que siempre caracteriza a esta materia del

[15] SAGARDOY, José Antonio. *Prontuario de Derecho del Trabajo*. Madrid. Civitas. 1991, p. 209.
[16] MONTOYA MELGAR, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. 24° Edición. Madrid. TECNOS.1998, p. 501.

[17] HERNANDEZ GARCÍA, Cristina. "El contrato laboral de alta dirección". En *Boletín Económico de ICE*. N° 2805. Mayo 2004, p. III-VIII.

Derecho, en el sentido de que plasma una vasta remisión a la autonomía de la voluntad de los contratantes; un aspecto que será ampliamente tratado en el segundo capítulo.

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 empresa[18].

Ilustra muy bien dicho concepto Palomeque López, quien señala que: "…el servicio se presta con específica autonomía y plena responsabilidad, lo que genera, no sólo independencia en la gestión, sino una particular y esencial relación de confianza con el empresario…lo que caracteriza a la relación laboral de alta dirección es la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial; que el personal de alta dirección ha de actuar con poder correspondiente al núcleo organizativo de la empresa y a sus objetivos generales"[19].

Se tiene entonces que la nota característica del personal de dirección es el o los poderes que ejerce, vale decir las facultades inherentes a su cargo;

[18] ALEMANY ZARAGOZA, Eduardo. *La relación laboral del directivo. Contratación y extinción. El contrato blindado*. Pamplona. ARANZADI.1994, p. 34.

[19] PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos en DOLORIER TORRES, Javier. "El retiro de la confianza a un trabajador que fue promovido a un cargo de confianza. A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional". En *Diálogo con la Jurisprudencia*. Vol. 13, Número 112. Enero 2008. 23-28.

facultades que le otorgan un status 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 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 su 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; gerente de administración y finanzas, gerente comercial, gerente de producción, etc., siempre que se enmarquen en la definición anterior[20].

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 líneas 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 él[21]. No obstante, y ya que hablamos de denominaciones en el seno de la empresa, es menester hacer mención de lo señalado por De Val Tena[22] en cuanto advierte que en cada empresa en particular, dependiendo de su dimensión, del modelo

[20] 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.

[21] 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.

[22] Cfr. DE VAL TENA, Ángel Luis. *El Trabajador de Alta Dirección ..... Op. Cit.,* p.166.

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.

Sobre el tema referido a los gerentes generales, es importante resaltar lo previsto por el Tribunal Fiscal, en concordancia con el argumento anteriormente analizado. Este organismo ha pretendido zanjar el tema referido al vínculo que une a los gerentes con una empresa cualquiera, dejando establecido que "las funciones de dirección", entre ellos la "gerencia", no implican por sí misma la existencia de una relación laboral. Dicho presupuesto ha sido esgrimido en la Resolución N° 00507-1-2005, emitida por el Tribunal Fiscal con ocasión del Expediente N° 3602-2003 el 25 de Enero del 2005; pronunciamiento que en concordancia con lo establecido por la Resolución del Tribunal Fiscal N° 0538-1-2001- señala que: "las funciones de dirección (como es la gerencia general) no implican por sí mismas la existencia de una relación laboral, pues éstas pueden brindarse bajo un contrato de servicios de naturaleza civil, por lo que no existe impedimento legal para la emisión de recibos por honorarios profesionales que acreditan la percepción de rentas de cuarta categoría por el cumplimiento de funciones de asesoría en calidad de gerente general de una empresa"[23]; en *contrario sensu*, si un gerente cumple con los tres elementos esenciales de una relación laboral, vale decir prestación personal de servicios, remuneración y subordinación, debe de ser incluido en la planilla de remuneraciones de la empresa, pues goza de la calidad de un trabajador.

Por otro lado, a nivel constitucional ha sido el TC, quien a través de la ya "famosa" sentencia emitida con ocasión del Caso BCR, 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:

[23] ANÁLISIS LABORAL. *Aspectos Socio económicos y jurídicos.* 2006. [ubicado el 28.10.09]. Obtenido en http://www.aele.com/img_upload/d47e3411833fe9ac4875a4a28c842a56/06.12_AL.pdf.

"….*la mayor diferencia existente entre ambas categorías de trabajadores radica en que 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 finalmente a lo agregado por el máximo intérprete de la Constitución en el extremo de 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"*.

Todos estos aspectos nos llevan a concluir que el personal de dirección es *per se* un concepto restrictivo, destinado en exclusiva al Gerente General y en algunos casos a los Gerentes de Área; es por ello que aunado a su poco tratamiento doctrinario y jurisprudencial, su problemática principal se origina -como siempre- con el "despido", pero visto desde una perspectiva distinta, cuestionándose si resulta aplicable o no la legislación societaria.

En efecto, como advertimos resulta plenamente válido aceptar que un Gerente General sea considerado como un trabajador, admitiéndose por tanto que su despido sólo puede ser sustentado en causal objetiva (falta grave). No obstante, la nueva teoría -construida íntegramente sobre el cimiento jurisprudencial- propone que por la naturaleza del cargo, el despido también se suceda por el famoso *"retiro de la confianza"* (un precepto que será materia de un análisis posterior).

Este antecedente, coadyuva a que la legislación societaria cobre vigencia. Adelantándonos un poco, debemos mencionar que los fervientes

simpatizantes de la mencionada teoría jurisprudencial justifican su legalidad basándose en la disposición prevista en el artículo 187° de la Ley General de Sociedades, que al respecto de la "remoción del Gerente General", señala lo siguiente: *"El gerente puede ser removido en cualquier momento por el directorio o por la junta general, cualquiera que sea el órgano del que haya emanado su nombramiento".*

Sobre tal controversia, debemos dejar anotados dos aspectos fundamentales: Primero, que la legislación societaria sí puede ser aplicada, pero creemos que ello ocurrirá sólo cuando no exista un vínculo laboral, vale decir en caso de que Gerente General desempeñe sus funciones por locación de servicios (algo como vimos también previsible), en donde deberá incluirse la aplicación supletoria del Código Civil. Segundo, y en *contrario sensu,* cuando se verifique la existencia de una relación laboral propiamente dicha, la legislación societaria no podría ni debería además ser aplicada, ello debido al propio estatus que adquiere dicho Gerente General. Si bien estaríamos ante una aparente colisión de normas; la laboral, al ostentar la calidad de norma especial, deberá primar, ello en virtud al criterio de especialidad de la norma impuesto por la teoría general del derecho, máxime si advertimos que el Derecho del Trabajo previene una solución particular para este tipo de conflictos, plasmada en el Principio de la Norma más favorable, mediante el cual se advierte que cuando dos normas regulen incompatiblemente el mismo hecho, deberá escogerse a la que conceda mayores ventajas al trabajador; un precepto consagrado a nivel legislativo en el artículo II del Título Preliminar de la LPT vigente hasta no hace mucho en nuestro distrito judicial.

1.5 El Trabajador de Confianza:

1.5.1 Aspectos Generales:

La expresión “empleados de confianza” fue utilizada por primera vez en el proyecto de la Jornada Legal de Trabajo presentado en la Conferencia de la OIT que se llevó a cabo en Washington en 1919 (en donde se suscribió el Convenio Número 1 de la OIT de fecha 29 de Octubre de 1919). Por aquel entonces se dejó establecido que los empleados de confianza eran aquellos altos empleados que tenían a su cargo la marcha y el destino general de los negocios o aquellos que estuvieran al tanto de los secretos de la empresa. Posteriormente el mismo organismo internacional, tras la emisión del Convenio Número 30 de fecha 28 de Junio de 1930, se encargaba de facultar a la autoridad competente de cada país para exceptuar de la aplicación de dicho Convenio “a las personas que desempeñen un cargo de dirección o confianza”, dejando vestigios del tratado especial que desde ya suponía aquel concepto.

Pero, visto de una perspectiva más amplia, Mendoza refiere que la aparición de los denominados cargos de confianza no es reciente; así en el trabajo expuesto con motivo del XI Congreso Internacional del CLAD (Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo) sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública realizado en la ciudad de Guatemala en el año 2006, apuntó que la historia ha demostrado que desde los tiempos más antiguos ya existía una especie de personal de confianza; para citar un ejemplo se podría hablar de Egipto[24], país de la antigüedad que mostraba un estamento de funcionarios estructurado y muy bien desarrollado, el cual estaba dotado de personas de gran cercanía al faraón, los cuales cumplían

[24]MENDOZA LA ROSA, Carlos. *El Personal de Confianza*. 2006. [ubicado el 16.04.09]. Obtenido en http://www.iij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/CLAD/CLAD%20XI/documentos/mendolar.pdf

labores estratégicas al mando de indistintos cargos del Gobierno y de la Administración, que involucraban una confianza incuestionable por parte del soberano egipcio. En el propio Imperio Incaico se pueden encontrar vestigios de la referida denominación, pues es conocido que entre los incas existió una verdadera estratificación social, debajo del Inca por ejemplo se encontraban los nobles u "orejones" que contaban con un gran número de privilegios y derechos, al lado de ellos se encontraban los sacerdotes que tenían gran influencia y predominio; existían además otras clases inferiores de siervos personales, denominados los yanaconas, que habiendo sido separados de su respectivo ayllu pasaban a depender directamente del soberano; estos eran sirvientes especiales que se seleccionaban entre los niños inteligentes y luego se los apartaba de sus aldeas; así mientras algunos se desempeñaban como criados o trabajaban en los templos, otros -cuidadosamente seleccionados- realizaban importantes tareas como supervisores, éstos estaban siempre junto a su jefe y por lo general alcanzaba una posición de gran responsabilidad, contando desde luego con la plena confianza por parte de su señor[25].

Estos reconocidos antecedentes reflejan de alguna manera lo trascendental que ha sido desde siempre contar con personal de confianza dentro de cualquier estrato social y es que cualquier actividad humana que demande responsabilidad requerirá un estrecha relación de confianza entre el directamente responsable de dicha labor y una o varias personas de su entorno; máxime si hablamos de un actividad que tenga como pilar una organización o estructuración planificada.

Pero la figura del "trabajador de confianza" en estricto 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

[25] INCAS. [Ubicado el 14.05.08]. Obtenido en http://historiacontemporanea.blogia.com/temas/sigloxv.php.

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; surgiendo así una nueva categoría de asalariados, lo que en palabras del jurista mexicano Octavio Lóyzaga de la Cueva se denominan "trabajadores indirectos"[26].

Aquel tipo particular de trabajadores, los denominados: "dirigentes" por la doctrina italiana o "cuadros" por la francesa, han venido cobrando notoriedad, pues hace algunas décadas se les consideraba como parte integrante de la masa trabajadora, al menos en Italia, pues según el profesor Ghera, no gozaban de ninguna prerrogativa de índole laboral, más la única diferencia era su denominación: "empleados superiores".

Con todo, ha sido el vertiginoso cambio laboral, el que ha originado que dentro del mundo jurídico, los trabajadores de confianza hayan ido adquiriendo un status cada vez más elevado, debido -claro está- a la calidad del servicio que prestan tanto en la administración pública como en el entorno laboral privado y a la posesión que ocupan en el engranaje empresarial moderno.

1.5.2 **Concepto:**

La falta de uniformidad al respecto de 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

[26] 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.

vista del Derecho del Trabajo[27]; es por ello que se ha llegado a calificar al concepto de trabajador de confianza como un "concepto difícil"[28]. 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"[29], 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, a 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 función.

En ese mismo orden de ideas, debo rescatar el argumento preliminar 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

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

[28] DE BUEN LOZANO, Néstor. *Op. Cit.*, p. 69.
[29] DE LA CUEVA, Mario. *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. *Tomo I*. 8va. Edición. México DF. Editorial Porrúa. 1993, p. 421.

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.[30]

Pero si de esbozar una definición se trata, interesante resulta el aporte del tantas veces citado de Buen, quien define al 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, mismas que lo ligan al destino mismo de la empresa"[31].

Aquel fundamento se condice con la opinión de Barajas Montes de Oca, quien sobre el tema bajo comento refiere que: "El trabajador de confianza se incorpora a la planta de empleados *administrativos* y se le asignan determinadas funciones, o se le otorga una posición de representación patronal, se le deja autoridad en uno o más sectores de la producción y se le hace responsable de los resultados, se prescinde de sus servicios cuando estos no son altamente redituables y se les liquida sin ninguna razón o explicación de las causas de tal adopción patronal"[32].

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

---

[30] 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.

[31] DE BUEN LOZANO, Néstor. *Op.Cit.*, p. 62.

[32] BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. *El contrato de trabajo.* México DF. Editorial Porrúa. 1992, p. 141.

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 corporativos[33].

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 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 Área[34].

Toyama[35], 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

[33] Cfr. GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. "La estabilidad laboral…". *Op. cit.,* pp. 243-249.
[34] Cfr. SN. "Trabajadores de Dirección y de Confianza…". *Op. cit.* pp. 18-22.
[35] 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.

un personal de dirección), los asistentes de los directores (incluyéndose a la secretaria del directorio)[36], 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 quiénes se considera "trabajadores de dirección" y quienes son "trabajadores de confianza". En efecto, el TUO de la LPCL, establece taxativamente en su artículo 43º lo siguiente: "se consideran como trabajadores de confianza 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 RLFE (aprobado mediante D.S. Nº 001-96-TR) prevé todo el tema del trabajador de confianza en sus artículos 28°, 59, 60° y 61°.

A nivel normativo, la figura del trabajador de confianza fue recogida desde que fuera promulgada la Ley N° 24515, la cual contemplaba como trabajadores de confianza a todos aquellos que desempeñaban cargos de nivel directivo que conllevaban poder decisorio o importaban la representación general del empleador; posteriormente con la promulgación de la LPCL aquel concepto se amplía, realizando una diferenciación entre los "trabajadores de dirección y de confianza".

A modo de colofón, se debe señalar que es un hecho indiscutible que la confianza viene a ser la base para ocupar este tipo de cargos; sin embargo, dentro del parámetro de lo razonable debemos entender que un empleador no le otorga altas facultades a un trabajador sin que medien hechos objetivos por

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

los cuales haya decidido darle su confianza, por lo que si bien es cierto la calificación del cargo es una decisión subjetiva (un aspecto sobre el cual todos, incluido el autor, coincide), no sería para nada contraproducente prevenir la presencia de hechos objetivos que sustenten la confianza depositada, pues una decisión netamente arbitraria podría poner en riesgo el desarrollo de la empresa[37].

Pero retornando al tema y ya que hablamos de proyectos de ley resulta oportuno hacer alusión al Anteproyecto 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 sólo la segunda, manteniendo el nombre de "personal de dirección". Así, en el Capítulo III -denominado "Normas Especiales para grupos ocupacionales específicos"- del Título IV -denominado "Condiciones Generales de Trabajo", se proclama el artículo 345° del anteproyecto el cual mantiene la misma definición esbozada en el artículo 43° de la LPCL.

Dos datos bastante significativos y de incuestionable valor para el presente trabajo, son los plasmados en el artículo 346° y 346°-B del Anteproyecto, que abordan el tratamiento del régimen del personal de dirección y de las condiciones del cese que asisten a dicho personal, respectivamente; y que a la letra señalan:

a) *Artículo 346° -in fine-: 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 sólo supletoriamente, en defecto de estipulación expresa.*
b) *Artículo 346°-B: Las condiciones relativas al cese de personal de dirección, que como mínimo serán las que determine la ley, incluyendo el monto de la*

[37] YNAMI GARCÍA, Subei Larisa. "Los trabajadores de dirección de de confianza". En *Revista Actualidad Jurídica*. N° 175. Junio 2008. 293-294.

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 Ley[38]*.*

1.6 Criterios normativos y jurisprudenciales:

1.6.1 Aspectos generales:

1.3.1.1 Formas de acceder a un puesto de dirección o de confianza[39]:

Existen dos formas para acceder a un puesto de dirección o de confianza: por acceso directo y 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.

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

[38] Según la página web del Congreso de la República ambos textos han sido aprobados en la 23va. Sesión ordinaria de fecha 03 de Mayo del 2005 y en la 24va. Sesión ordinaria del 10 de Octubre del 2005, respectivamente.

[39] Cfr. GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. "La estabilidad laboral… ". Op. Cit., pp. 243-249.

un puesto de esta naturaleza, radica en que la consecuencia jurídica no es la misma en uno u otro caso; un aspecto jurisprudencial que se analizará a fondo en el siguiente capítulo.

1.3.1.2 Procedimiento para calificar a un trabajador de confianza o de dirección:

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 correspondiente.

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 alguna 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 quedará relegado a una simple "formalidad". El propio artículo 60° del RLFE así lo establece[40].

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*

[40] 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".*

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 apliquen, un aspecto que tendremos oportunidad de desarrollar más adelante.

En el Perú, este argumento ha sido rescatado, al menos a nivel jurisprudencial. Interesante resulta la labor recopiladora de Amaro Rubina, quien señala que el TC identifica al trabajador de confianza por la naturaleza y la manifestación de la función que realiza en ejercicio de su labor, muy acorde con el principio de primacía de la realidad. Como ejemplo de ambas situaciones fácticas se trascriben sendos fallos emitidos por el propio TC:

a) Por manifestación de la administración: *"…..el demandante afirma que en el primer contrato que suscribió con la Empresa emplazada no se consignaba que el cargo referido era de confianza, argumentado que ha quedado totalmente desvirtuado, ya que con el Memorandum N° 024-2003-ERH – Semapa Barranca SA, de fecha 02 de mayo de 2003, obrante a fojas 128, se acredita que la empresa emplazada le comunicó al actor que el cargo que iba a desempeñar había sido calificado como un puesto de confianza; por lo tanto,* ***si bien en el contrato de trabajo no se consignó que el cargo que iba a desempeñar era de confianza, no es menos cierto que el actor tomó conocimiento el mismo día en que iba a iniciar su actividad laboral que el cargo era de confianza****" [el resaltado es nuestro]. (Expediente N° 2358-2005-AA/TC).*

b) Por ejercicio de la labor como trabajador de confianza: *"El recurrente afirma que el cargo de jefe de personal que desempeñaba no era de confianza debido a que en la resolución que lo designó no se consignaba la calificación correspondiente. Sin embargo, si comparamos esta afirmación con la legislación sobre la materia, expuesta en el fundamento precedente,*

se advierte ***que la comisión de la emplazada de consignar en la resolución de designación la calificación de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas****, según lo establece el Cuadro de Asignación de Personal, aprobado mediante la Resolución Suprema N° 090-2001-Promudeh, publicada en el diario oficial El Peruano el 16 de mayo del 2001" [el resaltado es nuestro]. (Expediente N° 1651-2005-AA/TC)*[41]*.*

1.7 <u>Evolución legislativa y regulación vigente</u>:

El tema de los trabajadores de confianza al servicio de un empleador privado estuvo restringido originalmente al caso de los Gerentes a que se refería la Ley de Sociedades Mercantiles N° 16123 (promulgada en mayo de 1966), la misma que fuera sustituida posteriormente por el TUO de la Ley General de Sociedades aprobado por D.S. N° 003-85-JUS (promulgada en diciembre de 1997).

En el régimen público se desarrolla una detallada normatividad sobre los cargos de confianza desde el año 1981 con el D.L. N° 39, pero el mismo sólo era aplicable para los casos del personal de confianza de las empresas periodísticas restituidas a sus propietarios, las mismas que habían sido confiscadas por el gobierno militar del General Juan Velasco Alvarado.

En el ámbito del Derecho Laboral, el régimen de los trabajadores de confianza recién va a ser objeto de una adecuada regulación en el artículo 15° de la Ley N° 24514, el cual establecía que: *"…los cargos de confianza solo podrían ser desempeñados por trabajadores empleados"*. La misma Ley N° 24514 consideraba que los trabajadores que cuentan con el dote de la confianza podían dirigir la empresa, decidir frente a casos específicos o representar al empleador,

[41] 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. 285-290.

de lo cual se infería, que por aquel entonces los términos no se diferenciaban, pues se denominaba “trabajador de confianza” a aquel trabajador que cumplía funciones de representación, administración y control de la empresa.

Esta posición cambió a raíz de la promulgación del D.L. N° 728 (Ley de Fomento al Empleo), en donde por primera vez se va a diferenciar entre el trabajador de dirección y el trabajador de confianza; en concordancia con la Ley N° 26513, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el 28 de Julio de 1995, que modificó el primer párrafo del artículo 82° del precitado cuerpo normativo[42]. Cabe agregar que la denominación del Capítulo referido a este grupo de trabajadores (inicialmente denominado *Capítulo VI: De los trabajadores de dirección y de confianza*) ya había sido modificado hace mucho tiempo atrás, conforme a lo previsto en el artículo 2° del D.Leg. N° 765[43], publicado en el Diario Oficial “El Peruano” con fecha 15 de Noviembre de 1991, pasando a denominarse desde entonces: *Capítulo VI “De las Situaciones Especiales”*.

Otro cambio sustancial que se sucedió fue el referido al tipo de “reparación” que les correspondía a los trabajadores de confianza que eran arbitrariamente despedidos. Al respecto, con la entrada en vigencia del D.L. N° 728, se restringió el precepto normativo anterior, muestra de ello resultaba ser lo previsto en el artículo 84° que a la letra señalaba: *“el pago de la indemnización de los trabajadores de confianza y de dirección despedidos arbitrariamente sólo correspondía cuando la empresa cuente hasta con veinte trabajadores”.* Posteriormente con la dación del D.Leg. N° 855, publicado en el Diario Oficial “El

---

[42] Artículo 2°.- Modifíquense los Artículos…… primer párrafo del artículo 82 del Decreto Legislativo Nº 728 en los términos siguientes: (Confrontado según la misma norma con el Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, publicado el 27-03-97):
"Artículo 82.- Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que los sustituye, o que comparte con aquel las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial."

[43] Artículo 2°.- Modifíquese la denominación del Capítulo VI del Título II, el que se denominará en lo sucesivo del modo siguiente: *“Capítulo VI: De las Situaciones Especiales”.*

Peruano" el 04 de Octubre de 1996, se empezó a prevenir un cambio[44] pues el futuro D.S N° 003-97-TR no contempló aquella disposición, ello debido a que la concepción descrita inicialmente por el D.L. N° 728, infringía la normatividad constitucional de dicha época ya que la Constitución de 1979 (vigente a esa fecha) prescribía en su artículo 48° un modelo abiertamente proteccionista.

En cuanto a otro aspecto desconocido por la normatividad vigente, se tiene la modificación que la antes referida Ley N° 26513 hiciera al artículo 41° de la primigenia Ley de Fomento al Empleo; pues por aquel entonces se fijó la posibilidad de que el empleador pacte con sus trabajadores de dirección una remuneración integral, computada por un período anual y que corresponda a todos los beneficios legales y convencionales en la empresa, excepto la participación de utilidades. Se tiene además que dicho precepto, alcanzaba sólo a los trabajadores de dirección, más no a los de confianza, surgiendo por lo tanto un trato diferenciado.

En la actualidad, la regulación de los trabajadores de dirección y de confianza se encuentra prevista en los artículos 43° al 45° del TUO de la LPCL -aprobado por el D.S. N° 003-2007-TR- y publicado el 27 de marzo de 1997. En dicho cuerpo de leyes, se mantiene la distinción entre trabajadores de dirección y trabajadores de confianza, que sentara en un inicio la Ley de Fomento al Empleo:

Capítulo VI: De las Situaciones Especiales:

Artículo 43.- Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquéllas funciones de

[44] La Disposición Transitoria de dicho cuerpo de leyes, fijó el siguiente criterio: "La Ley de Fomento del Empleo será separada en dos textos normativos, denominados Ley de Formación y Promoción Laboral y Ley de Productividad y Competitividad Laboral. El Ministerio de Trabajo y Promoción Social queda facultado a distribuir y reordenar el articulado vigente, incorporando las modificaciones que introduce el presente dispositivo y modificar las remisiones a la Constitución de 1979, que deberán adecuarse a la Carta vigente, textos que serán aprobados por sendos Decretos Supremos".

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

Así mismo se continúa precisando que en la designación o promoción del trabajador la ley no ampara el abuso de derecho:

Artículo 44.- Todos los trabajadores que directamente o por promoción accedan a puestos de dirección o de confianza se encuentran comprendidos en los alcances del artículo anterior.
En la designación o promoción del trabajador, la Ley no ampara el abuso del derecho o la simulación.
El Reglamento precisará la forma y requisitos para su calificación como tales, así como los demás elementos concurrentes.

Se debe considerar también los lineamientos previstos en los artículos 59° a 61° del RLFE, publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 26 de Enero de 1996, dispositivos que también son enmarcados en el Capítulo VI, los cuales hacen alusión -en primer término- al procedimiento para la calificación de los puestos como de dirección y de confianza:

Capítulo VI: De las Situaciones Especiales:

Artículo 59.- Para la calificación de los puestos de dirección y de confianza, señalados en el Artículo 77 de la Ley[45], el empleador aplicará el siguiente procedimiento:

a) Identificará y determinará los puestos de dirección y de confianza de la empresa, de conformidad con la Ley;

b) Comunicará por escrito a los trabajadores que ocupan los puestos de dirección y de confianza, que sus cargos han sido calificados como tales; y,

c) Consignará en el libro de planillas y boletas de pago la calificación correspondiente.

Además, y como ya se tuvo oportunidad de anotar, el artículo 60° hace alusión a las consecuencias de la inobservancia al respecto de la calificación de los puestos de dirección y de confianza. El subsiguiente artículo 61° infiere a su vez la procedencia de la acción ante la autoridad jurisdiccional cuando se califique indebidamente a un trabajador como parte integrante de este rubro.

Artículo 60.- La calificación de los puestos de dirección o de confianza, es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita.

Artículo 61.- Los trabajadores cuyos cargos sean indebidamente calificados como de dirección o de confianza, podrán recurrir ante la Autoridad Judicial, para que deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando la demanda se presente dentro de los treinta (30) días naturales siguientes a la comunicación respectiva.

[45] Se hace alusión al artículo 43° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

1.8 Otras características del trabajador 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 Caso BCR 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 una confusión al respeto de ambos conceptos) trae inserta ciertas particularidades como son:

a) Representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones; las mismas que lo ligan con el destino de la institución pública, de la empresa o de intereses particulares de quien lo contrata, de tal forma que sus actos merezcan plena garantía y seguridad. De acuerdo al concepto antes esbozado, ambas características serían atribuibles al personal de dirección únicamente.

b) 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 principal. Estas atribuciones, al menos la referida a las “funciones directivas” son -en exclusiva- propias de los trabajadores de dirección.

c) 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 12º 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.

d) 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 año; en ambos casos la ampliación debe constar por escrito en el contrato de trabajo celebrado con el personal de dirección o de confianza.

e) 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° *in fine* (este último artículo hace expresa alusión únicamente al personal de dirección).

f) 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 23º del D.Leg. Nº 713, no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional..."*[46].

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 muchos Juzgados inciden de manera enérgica (como tendremos oportunidad de ver en el tercer capítulo): *el despido del*

[46] Se debe destacar que en el caso del no acceso a la indemnización vacacional de los trabajadores de dirección y confianza, 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").

trabajador de dirección y confianza. La trascendencia de los fallos en cuestión y la significancia que aquella ejecutoria ha representando, ameritan un tratamiento individualizado, el cual tendrá efecto en los subsiguientes capítulos.

CAPÍTULO 2:

REGULACION DEL DESPIDO DEL TRABAJADOR DE DIRECCIÓN Y DE CONFIANZA:

2.3 El despido como figura jurídica extintiva del vínculo laboral:

2.3.1 Antecedentes históricos:

Asumiendo una postura práctica e ilustrativa sobre la particular evolución legislativa de esta institución en el Perú, podemos indicar que aquella se ha desarrollado a través de etapas; la primera de ellas, una era marcada por la desprotección absoluta para el empleado de aquel entonces, situación que cambió drásticamente en el año 1924 con el inicio de una etapa abiertamente "proteccionista", la que a su vez fuera reemplazada a inicios de la década de los noventa por la denominada era de la "flexibilización" laboral, que a nuestro entender se ha venido ajustando prudencialmente dando lugar a una cuarta y actual etapa la de: "interpretación constitucional del despido", una evolución que para muchos es considerada en realidad una verdadera "involución" y que será abordada en la primera parte del presente capítulo.

La primera etapa de esta sinopsis contuvo un modelo normativo en el que predominaba la regulación civil y comercial, fue la época en que al contrato de trabajo se le denominaba "empeño" y al trabajador "mancebo". De un corte eminentemente radical este modelo precisaba que cuando el "empeño" del

servicio no tuviese tiempo determinado por las partes (vale decir sea indeterminado), cualquiera de ellas podía darlo por concluido, exigiéndose como único requisito previo avisar a la contraparte con un mínimo de anticipación de un mes. No obstante, de omitirse tal requisito formal, el "mancebo" tenía derecho al sueldo que le correspondía por dicha mesada, de allí que varios especialistas coincidan en denominar a esta era con la curiosa denominación de "la mesada del mancebo". Pero esta regulación sufría una significativa variación cuando el "empeño" era celebrado por tiempo determinado, ello debido a la exhaustiva intromisión de la norma comercial; así en estos casos ninguna de las partes podía dar por extinguida la relación sin que medie el previo consentimiento de la contraparte. La excepción a la regla se configuraba cuando existía una "causa especial" para ejecutar el despido; situación que era regulada por el artículo 294° y 295° del Código de Comercio, los cuales contemplaban las causas de despido a los dependientes y las faltas de los comerciantes, respectivamente[47].

La segunda etapa por su parte estuvo marcada por un proteccionismo marcado. Al respecto bien se podría afirmar que su iniciación fue el producto de un suceso histórico trascendental para el Derecho Laboral: la Constitución de los Estados Unidos Mexicanos de 1917, con la cual dio inicio a la era constitucional del Derecho del Trabajo[48]. En ese sentido, conviene hacer mención de lo expuesto por Blancas, quien citando a Bronstein señala que: "a partir de la década del veinte, diversas legislaciones latinoamericanas empezaron, inspiradas en la norma mexicana, a establecer disposiciones legales que, de una u otra manera, limitaban la potestad del empleador de

[47] Cfr. ARCE ORTIZ, Elmer. *La nulidad de despido lesivo de derechos constitucionales*. 2da. Edición. Lima. ARA Editores. 2006, p. 26.

[48] La Constitución mexicana de 1917, aprobada por la célebre Asamblea Constituyente de Querétaro, emerge como un pilar del derecho laboral actual, al ser la primera en contemplar la estabilidad laboral como derecho supra legal. Así, en su numeral XXII, del inciso A del artículo 123° señalaba que: *"El patrono que despida a un obrero sin causa justificada o por haber ingresado a una asociación o sindicato, o por haber tomado parte de una huelga lícita, estará obligado, a elección del trabajador, a cumplir el contrato o a indemnizarlo con el importe de tres meses de salario"*.

poner término al contrato de trabajo sin causa justificada".[49] Recordemos que las Constituciones anteriores a la emblemática Constitución azteca, nos referimos a las que datan de fecha anterior al inicio de la Primera Guerra Mundial (1914), únicamente se limitaban a consagrar la libertad de trabajar[50].

Así, nuestro país no se mantuvo ajeno a esa realidad y aunque de manera paulatina los principales derechos laborales empezaron a ser reconocidos y tutelados a nivel normativo. Así por ejemplo, dos años después de la promulgación de la Constitución mexicana (en 1919), se reconoció por primera vez la jornada máxima de ocho horas de trabajo, mediante D.S. del 15 de Enero de 1919. Bajo ese mismo contexto, en el año 1924 se dio inicio a la era proteccionista del Derecho Laboral a nivel legislativo con la dación de la Ley N° 4916 del 07 de Febrero de ese año.

Esta segunda etapa sin embargo puede ser subdivida en tres sub etapas:

La primera de ellas, en la que siendo estrictos se podría hablar de "semi-protección" fue justamente la iniciada en 1924. Por aquel entonces a la prestación de servicios subordinados y remunerados aún se le seguía denominando "empeño" o "locación de servicios". Así, la Ley N° 4916 fue la encargada de introducir varias reglas vinculadas a la extinción de la relación laboral. A pesar que se mantenía el esquema trazado por el régimen normativo anterior, la ley bajo comento introdujo dos aspectos sustanciales: su aplicación era restringida, ello porque a través de su Reglamento (aprobado por Resolución Suprema del 22 de Junio de 1928) se precisó que sólo los empleados de comercio, luego de haber vencido el periodo de prueba, podrían gozar de los beneficios laborales descritos, excluyendo de esta manera a los

[49] BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el derecho laboral peruano*. 1ra. Edición. Lima. ARA Editores. 2002, p. 72.

[50] CABANELLAS DE TORRES, Guillermo y PEREZ BOTIJA, Eugenio. *Derecho Constitucional Laboral*. Madrid. TECNOS. 1958, p. 11.

obreros y a los servidores domésticos, cuyos regímenes seguían siendo regulados por el ordenamiento mercantil. De otro lado, la mencionada Ley incluyó por primera vez una cláusula resarcitoria, precisando que en caso no se curse la carta de preaviso, el despido no devenía en nulo sino que podría ser compensado a través de una indemnización. A esta cláusula "proteccionista" se suma otra manifiestamente innovadora para su época, la que regulaba el pago de un monto "compensatorio de sueldos", lo que hoy podría ser considerado como la Compensación por Tiempo de Servicios. De esta forma, la norma en cuestión precisó que en caso se configure un despido y habiéndose cumplido o no con el requisito formal del preaviso, al empleado le correspondía un pago por "compensación de sueldos", el cual aumentaba según el récord de la prestación brindada por aquel. La excepción a la regla se configuraba cuando el despido se sujetaba a alguna de las causales contempladas en el artículo 294° del Código de Comercio, caso en el cual el empleado perdía todos los derechos anteriormente citados (como el preaviso, la indemnización o el pago compensatorio); lo que deja entrever la significativa sobrevivencia de la regulación mercantil dentro de este contexto.

Esta sub etapa fue la más extensa pues se prolongó por varias décadas, finalizando recién en el año 1970 con el D.L. N° 18471 del 10 de Noviembre de aquel año (denominada Ley de Estabilidad en el Trabajo). Con su promulgación se dio inicio a la segunda sub etapa, la cual estableció un nuevo modelo jurídico positivo del despido. Si bien la mencionada norma fue dada bajo el régimen militar del General Velasco Alvarado ella representó un cambio radical en materia del despido laboral. En primer lugar se amplió el ámbito injustamente restringido por la norma antecesora, incluyendo por primera vez dentro del régimen de protección a los obreros; así en su artículo 1° se señalaba que tanto ellos como cualquier empleado que prestara servicios a una entidad privada o a una pública -sometida al régimen de la actividad privada- que había cumplido con superar el periodo de prueba de tres meses, gozaba de todos los derechos labores contemplados por ley. En

segundo lugar, se instituyó también, y por primera vez en su historia, que el acto de despido no era irrevocable puesto que si se comprobaba la ausencia de una causa formal o el incumplimiento de uno de los requisitos formales, aquel despido podría ser revisado, siendo que de comprobarse tales omisiones el empleado podía ser reincorporado en su puesto de trabajo salvo que optara por dar por extinguido su vínculo contractual con el consecuente pago de la indemnización respectiva[51]. Con esta innovación en seguida habrá de notarse la proclamación de una nota característica del despido: la "causalidad", la cual era adoptada desde una perspectiva estrictamente laboral, pues el mismo artículo 1° contemplaba que las causas del despido eran únicamente dos: a) La falta grave del trabajador; b) El despido por causas económicas o técnicas y en supuestos de caso fortuito o fuerza mayor.

Posteriormente, la norma bajo comento fue modificada -aunque de manera sustancial- sólo en un extremo por el D.L. N° 22126 del 21 de Marzo de 1978. Este decreto introdujo un cambio con respecto al período de tiempo que debía durar el servicio prestado por el trabajador a efecto de estar inmerso en el marco de protección antes ilustrado. Así, sólo aquellos trabajadores que hubiesen prestado sus servicios durante un período mínimo de tres años consecutivos y al mismo empleador podían gozar de todos los beneficios antes señalados. Con todo, la dicotomía reposición-indemnización se mantuvo.

Esta segunda sub etapa, caracterizada por un abierto proteccionismo, ciertamente "relativizado" por este último D.L. tuvo como corolario la entrada en vigencia de la Constitución Política del Perú de 1979; la cual dio inicio a un régimen proteccionista de un rango distinto, esta vez de índole constitucional.

[51] El dispositivo bajo comento contemplaba dos vías indistintas para hacer valer tales derechos, es decir reposición o indemnización según sea el caso; dicho esquema de índole procesal se mantuvo vigente hasta la promulgación de la Ley N° 24514 -posteriormente analizada- la cual unifica el procedimiento, permitiendo impugnar la decisión del empleador a través de un procedimiento único, que involucraría un análisis de dicha decisión en su conjunto y tras su desenlace postular una reincorporación del empleado o la extinción del vínculo laboral a cambio de una indemnización.

La era constitucional del despido da inicio a la tercera y última sub etapa y emerge precisamente junto con la promulgación de la Carta Magna de 1979, la misma que en su artículo 48° consagraba, por primera vez en la historia del Perú, el derecho a la estabilidad laboral; señalando que: *"El estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador sólo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley y debidamente comprobada"*. No obstante aquel estatus, las disposiciones vertidas en el D.L. 22126 se mantuvieron vigentes hasta el año 1986 con la promulgación de la Ley N° 24514. Esta nueva ley mantuvo vigentes las exigencias establecidas por el modelo normativo anterior, relacionadas a una causa justificada para el despido, pero modificó -nuevamente- el ámbito de aplicación del régimen de protección, precisando que la estabilidad en el empleo (a la que se hacía expresa alusión en el artículo 48° de la Carta Magna) solo le asistía al trabajador sujeto al régimen de la actividad privada que labore cuatro a más horas para el empleador, siempre que haya superado el periodo de prueba de tres meses.

Esta tercera sub etapa y la segunda era en su conjunto finalizan en el año 1991 con el advenimiento de la denominada "flexibilización" del derecho del trabajo.

En efecto, esta nueva tendencia fue promovida en nuestro país en el año 1991 con la dación del D.Leg. N° 728 del 12 de Noviembre de aquel año (Ley de Fomento al Empleo) y marca un nuevo hito en la historia del despido, el cual forma parte de un reajuste normativo como parte de una corriente "flexibilizadora", la cual -en palabras de Arce- fue propia de una tendencia legislativa que aparece en América Latina a partir de 1988[52] y que responde a

[52] Este tema trae a colación la denuncia formulada por el Brasil contra el Convenio 158 de la OIT, examinada a finales de 1996 por la comisión de expertos de dicho organismo internacional, ello sobre la base de una tendencia laboral reformadora del gobierno brasileño, quien no sólo se limitó a fundamentar su denuncia sino que también criticó duramente el referido convenio, categorizándolo como un obstáculo insalvable para la llamada "modernización de las relaciones laborales".

una perspectiva contradictoria con respecto a la visión unilateralmente protectora del Derecho de Trabajo; agregando que, conforme advierte Ermida, ella representa una "contra teoría" la cual parte de una crítica económica o economicista al proteccionismo laboral y que sostiene, por expresarlo resumidamente, que la protección o el exceso de protección produce un efecto inverso al querido, generando desinversión o desempleo y desarticulando la creación de nuevos puestos de trabajo[53]. Esta misma corriente es explicada por Blancas como el inicio de la transición desde el modelo de estabilidad laboral absoluta hacia un modelo de "mínima protección" ante el despido[54].

Así, como consecuencia de aquel fenómeno el legislador reconduce el criterio protector de esta rama del Derecho, adoptando diversas medidas destinadas a flexibilizar ese contenido, por nombrar algunas tenemos: la consagración de numerosos contratos temporales y el debilitamiento tanto del procedimiento judicial instaurado con el objeto de materializar una reposición cuando el despido sea declarado injustificado; como de los sindicatos y de la negociación colectiva.

Ahora bien, sobre los principales cambios que aquella norma introduce, es menester hacer alusión a las causas justas del despido, pues por primera vez se alude a los aspectos vinculados a la capacidad del trabajador; además de dotar de facultades al empleador para establecer el despido cuando aquel infrinja los deberes esenciales del contrato laboral, cuando se acredite su condena por un delito doloso o cuando sufra alguna inhabilitación que le impida cumplir con su actividad laboral.

En lo que a aspectos formales se refiere, la Ley de Fomento del Empleo introduce un requisito previo nunca antes concebido, la comunicación por

[53] ERMIDA URIARTE, Oscar; citado por ARCE ORTIZ, Elmer. *Op. Cit.*, p. 43.

[54] BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Op. Cit.*, p. 109.

escrito de los cargos imputados al trabajador (vale decir de las causas que hacen previsible el despido), otorgándole un plazo no menor de seis días naturales a efectos de que pueda exponer los argumentos de defensa que crea convenientes.

A su turno, la vertiente procesal también fue modificada. El texto normativo bajo comento varía sustancialmente el procedimiento adoptado por la Ley N° 24514, retomando de este modo el sistema "opcional" previsto con anterioridad. Así, ante un despido considerado arbitrario por el trabajador, este podrá impugnarlo de forma alternativa, requiriendo bien su reposición en el trabajo o la extinción del vínculo y el consecuente pago de una indemnización. Finalmente, se faculta al trabajador impugnar el despido de forma "directa" por así llamarlo, invocando su nulidad cuando se prevea la lesión de derechos constitucionales tales como el derecho a la libertad sindical, el derecho a la igualdad, a la tutela procesal efectiva, entre otros.

Para los fines de la presente investigación resulta indispensable citar sendos aspectos sustantivos introducidos por la citada Ley de Fomento del Empleo:

a) Se restringe el sentido del concepto "despido" consagrado hasta ese entonces por la Ley de Estabilidad en el Trabajo; una variante que por su trascendencia será abordada en el siguiente apartado, referido al marco conceptual del despido.
b) Se introduce la posibilidad de ampliar el periodo de prueba, ello siempre que el trabajador sea calificado como de confianza (en cuyo caso el plazo ordinario de tres meses se ampliará hasta seis meses), o como de dirección (en cuyo caso podría ser hasta de un año), todo ello siempre que medie un acuerdo previo entre el empleador y el trabajador.

Finalmente, la consagración de aquella tendencia "flexibilizadora" se da con la entrada en vigencia de la Constitución Política del Perú de 1993. Blancas

afirma que esta transición representa antes que una eliminación, un debilitamiento de la estabilidad laboral recogida en la Carta Magna de 1979; un autorizado enunciado con el que coincidimos de cierta forma y del que tendremos oportunidad de explayarnos más adelante.

En lo que a la nueva fórmula constitucional compete, es menester resaltar que aquella fue acogida en el artículo 27° bajo el siguiente precepto: *"La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario"*. Como resultado de aquella configuración se reemplaza el artículo 48° de su antecesora, teniendo como principal característica la discutidísima "remisión al nivel legislativo" de la adecuada protección contra el despido arbitrario (además se advierte como nota adyacente el cambio de la terminología sobre el particular, pues el concepto de "despido arbitrario" reemplaza al usado anteriormente: "despido injustificado").

Con todo, esta última etapa pareció haber llegado a su final con la dación de la Ley N° 26513 del 27 de Julio de 1995, la cual modifica determinados artículos de la Ley de Fomento del Empleo. El cambio más significativo -visto hoy con frialdad tras quince años de su entrada en vigencia- parece haber sido lo consagrado en el artículo 2° de la referida ley, la cual modificaba el artículo 71° de la por entonces Ley de Fomento del Empleo (en nuestro tiempos el artículo 34° de la LPCL). Bajo este nuevo precepto todo despido calificado como arbitrario pese a carecer de causa o ser imposible la comprobación de ésta dentro de un proceso judicial, surtirá efectos jurídicos y será convalidado, estando sujeto sólo a una indemnización de naturaleza económica.

Descartando cualquier tipo de manifestación suspicaz que preceda a este acápite, conviene dejar sentada nuestra posición con respecto a la iniciación de una cuarta etapa, la era de "interpretación constitucional" del despido. Esta etapa creemos se inaugura con la dación de la Sentencia de fecha 11 de Julio

del 2002, mediante la cual el TC resuelve el Caso Telefónica y ha venido implementándose con fallos trascendentales como la Sentencia de fecha 13 de Marzo del 2003, mediante el cual el mismo colegiado resuelve el *Caso* Llanos Huasco*,* así como con el pronunciamiento de fecha 28 de Noviembre del 2005, en el que resolvió el Caso Baylón Flores; todos los cuales han fijado un nuevo hito en materia de despidos en nuestro país; máxime si advertimos que antes de su emisión, el criterio de la mayoría de los órganos jurisdiccionales se ajustaba a lo dispuesto en la precitada Ley N° 26513, subordinando el mandato constitucional de protección contra el despido arbitrario al contenido legislativo, de corte abiertamente indemnizatorio; como prueba de aquella tendencia encontramos el fallo emitido por la Sala Especializada de Derecho Público de la Corte Superior de Justicia de Lima el 28 de Abril de 1997, el mismo que por su flagrante tendencia nos faculta a omitir cualquier tipo de comentario[55].

Pero resulta interesante este primer debate referido a los alcances de los fallos pronunciados por el TC, que en los casos de corte laboral han causado bastante controversia. Para algunos escépticos esta labor interpretativa hasta cierto punto "reformadora" del TC no resulta apropiada, o siendo así no tiene el rango de una norma constitucional en estricto. A favor de esta teoría se puede inferir que efectivamente la Constitución Política de 1993 no señala de forma taxativa que el TC ostente la categoría de supremo intérprete de la Carta Magna[56] y que en caso de varias interpretaciones posibles su criterio

[55] El fallo en cuestión resuelve el proceso de amparo promovido por Jeny Reyes Palacios y otros contra Telefónica del Perú SAA, señalando que: *"Tal régimen jurídico de la conclusión del vínculo laboral en cualquiera de sus formas, tanto en causa como en sus efectos, por mandamiento de la Constitución, está regulado y normado por la Ley de la materia; es decir que la orientación sustantiva del apartado 27 de la Constitución, enuncia un derecho de aplicación mediata, en cuanto remite a la ley, el otorgamiento de la protección adecuada al trabajador contra el despido arbitrario, quedando en consecuencia subordinada la eficacia de tal derecho a la dación y contenido de la ley"*

[56] El artículo 201° y el artículo 202° de la Carta Magna, al hacer alusión al colegiado supremo, precisan una escueta definición, el primero ("el TC es el órgano de control de la Constitución y es autónomo e independiente") y la enumeración de ciertas funciones, dentro de las cuales ciertamente no se encuentra el de "interpretar la ley de

predominará. En *contrario sensu* encontramos la posición asumida por Toyama, quien en un estudio realizado con ocasión de las sentencias laborales del TC precisaba que *"si bien no existe una norma expresa que señale que estamos ante un órgano cuya interpretación es la que debe primar ante varias interpretaciones posibles elaboradas por diversos órganos del Estado, por lo expresado en la Constitución y en la Ley N° 26435, se puede colegir que el Tribunal Constitucional es el supremo intérprete de la Constitución"*[57]. Así, remitiéndose a la por entonces Ley Orgánica del TC (Ley N° 26435), derogada en parte tras en la entrada en vigencia del nuevo Código Procesal Constitucional (Ley N° 28237 del 07 de Mayo del 2004) y derogada en su totalidad luego tras la promulgación de la nueva Ley Orgánica del TC (Ley N° 28301 del 22 de Julio de mismo año); Toyama indicaba -con acierto creemos- que el estatus de máximo intérprete si le asistía al TC, pues carecería de eficacia lógico-jurídica el hecho de encargar aquella labor a indistintos organismos, valga la redundancia jurídicos, pues no resultaría legalmente aceptable que cualquier Juez o tribunal pueda imponer su criterio de interpretación, ya sea declarando inconstitucional una norma declarada como constitucional por el TC o señalando que no existe una violación a un derecho constitucional cuando el TC había establecido una trasgresión a ese mismo derecho supra legal, máxime si en un Estado de derecho como el nuestro resulta incuestionable la consagración de un órgano de esta naturaleza.

Con todo, y en concordancia con el fundamento legislativo asumido por aquel entonces, la primera Disposición Final de la Ley N° 28301 señala que: *"Los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios*

---

leyes", así se señala que: "El TC conoce, en última y definitiva instancia, las resoluciones denegatorias de habeas corpus, amparo, habeas data y acción de cumplimiento."

[57] TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "La ampliación de los supuestos de reposición tras la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Telefónica", en *Diálogo con la jurisprudencia*, Tomo 49. Octubre 2002. 61-78.

constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad"; precepto que define positivamente el rol de "supremo interprete del Constitución" que asiste al TC.

2.3.2 **Definición:**

Sobre la figura jurídica del despido se han escrito -y definitivamente se escribirán- innumerables volúmenes los cuales esgrimen conceptos de diversa naturaleza y dimensión. Sin embargo, sobre la base de un agudo y hermenéutico criterio, conviene iniciar este apartado echando mano de lo expuesto por Blancas Bustamante, el cual siguiendo a Montoya Melgar, señala al respecto del despido que: "resulta ser la extinción de la relación de trabajo, fundada exclusivamente en la voluntad unilateral del empleador", la cual -agrega- presenta las siguientes características:

a) Es un acto unilateral del empleador, para cuya eficacia la voluntad del trabajador resulta irrelevante.
b) Es un acto constitutivo, por cuanto el empresario no se limita a proponer el despido, sino que él lo realiza directamente.
c) Es un acto recepticio, en cuanto su eficacia depende de que la voluntad extintiva del empleador sea conocida por el trabajador, a quien está destinada.[58]

La doctrina española por su parte ha acentuado el grado de "simplicidad" de aquel enunciado, rescatando que es precisamente ello lo que conlleva a que aquel clásico y tradicional concepto se mantenga vigente hasta la actualidad, un fundamento revalidado por la jurisprudencia ibérica quien se ha encargado de advertir que el elemento que va a definir el despido como institución global

[58] Cfr. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Op. Cit*., p. 109.

es el ejercicio de la voluntad unilateral extintiva por parte del empresario, ya que este nace de la voluntad resolutoria de la empresa impidiendo la continuación de la relación laboral entre las partes[59]. Esta aportación, conforme lo veremos más adelante, resultará de suma trascendencia en el presente trabajo.

A todas esas características sin embargo, se suma una que por excelencia ha sido parte integrante del ensamblaje conceptual del despido: la causalidad. Ello nos lleva a entender que el despido sólo podrá ser admitido cuando se fundamente en una "causa justa", lo que originará que la decisión unilateral del empleador se convalide. El despido entonces, entendido como un "acto causal" sólo surtirá efectos jurídicos cuando se funde en causa justa, pues de lo contrario se faculta la intromisión del ordenamiento legal a efectos de privar de eficacia dicha conducta, con las consecuencias propias de dicha anomalía.

Por otro lado, se debe hacer alusión a que no existe un consenso respecto a la "clases de despido" dentro de la doctrina dominante, pues ello es habitualmente relacionado con la "causalidad del despido", provocando así que la clasificación que en la mayoría de casos se practica verse en realidad sobre las causas que lo origina y no sobre el despido en sí. No obstante, como punto de quiebre de aquella tendencia resaltamos lo expuesto por el autor español Miguel Rodríguez-Piñero, quien propone una clasificación tripartita del despido, integrada por: a) Los despidos por defecto de conducta o disciplinario; b) Los despidos colectivos y los despidos por causas objetivas, y c) Los despidos por incompetencia del trabajador[60]. Sin embargo, advirtiendo la plena coincidencia con lo expuesto por el artículo 4° del Convenio N° 158 de la OITde fecha 22 de Junio de 1982 -no ratificado por el Perú por cierto, pero si con eficacia de una recomendación- compartimos la idea de que la

[59] GORELLI HERNANDEZ, Juan. *Los supuestos de readmisión en el despido*. Madrid. TECNOS. 1996, p. 146.
[60] RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel. *Presente y futuro de la regulación del despido*. Pamplona. ARANZADI. 1997, pp. 31-32.

clasificación realizada versa también en realidad al respecto de las causas justificadas del despido.

Las dos últimas acotaciones brindadas nos llevan a abordar un tema que si resulta primordial para alcanzar los objetivos del presente proyecto. Nos estamos refiriendo a lo que la doctrina dominante denomina como: *"el sentido amplio y el sentido restringido del despido"*. Esta terminología, acuñada por Plá, viene a colación a efectos de hacer una distinción en cuanto al vocablo despido y que en gran medida colaborará con dar solución a uno de los problemas propuestos.

Así tenemos que el despido puede entenderse de dos formas: en un sentido restringido o limitativo por un lado y en un sentido amplio por el otro.

Bajo una óptica restringida o limitativa el despido debe entenderse como aquella extinción del vínculo laboral promovida por el empleador y originada -en exclusiva- sobre la base de un aspecto disciplinario (vale decir por una falta grave cometida por el trabajador). Desde una perspectiva amplia por su parte, el despido es entendido como aquella extinción del vínculo laboral basada -además de una cuestión disciplinaria- en cualquier otra causa en la que intervenga la voluntad del empleador, comúnmente vinculado a despidos colectivos.

El sentido restringido del término despido obtuvo un gran repercusión hace ya muchos años en España, tras su inclusión en el texto anterior del Estatuto de los Trabajadores[61]; no obstante dicho criterio fue adoptado por la legislación nacional por intermedio de la Ley de Fomento del Empleo, la misma que fuera posteriormente sustituida por la LPCL, que en su artículo 16°, al hacer referencia a las causas mediante las cuales se extingue el contrato de trabajo,

[61] El antiguo Estatuto de los Trabajadores fue aprobado mediante Ley 8/1980 del 10 de marzo de aquel año; cuerpo normativo derogado por el Real Decreto Legislativo 1/1995 del 24 de marzo de 1995.

plantea una diferenciación entre: “el despido, en los casos y formas permitidos por la ley” (inc. g) y la “la terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y formas permitidos por la presente ley (inc. h).

La incorporación de este criterio diferenciador, como menciona Blancas, representó una significativa variación conceptual en el Derecho Laboral peruano, que hasta ese momento había permanecido afiliado a una noción amplia del despido[62].

Esta teoría sin embargo, fue duramente criticada en su tiempo, habiendo sido enmendada parcialmente tras la reforma del Estatuto de los Trabajadores en el año 1994; incluyéndose de esta manera al cese colectivo basado en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción como un despido propiamente dicho, siempre que haya sido autorizado por la autoridad competente (artículo 49° -inc. i- del Estatuto de los Trabajadores de España). No obstante, el dispositivo legal bajo comento sigue excluyendo del ámbito conceptual del despido a las extinciones del vínculo laboral basadas en causas objetivas, una distinción que realiza la legislación nacional, pues como se advirtió ésta admite únicamente el despido restringido.

Pero advirtiendo tal divergencia, cabría cuestionarse al respecto de ¿Cuál resulta ser la posición válidamente aceptada en la actualidad? Para dar una respuesta a tal interrogante conviene acotar lo expuesto por Blancas, quien citando a Montesinos Albiol y a los autores Martín Valverde, Rodríguez-Sañudo Gutiérrez y García Murcia, pone de manifiesto que: “No puede, por consiguiente, afirmarse con pretensión de validez general o de doctrina establecida, que el concepto de despido sólo es aplicable a los casos de terminación de la relación laboral por causa imputable al trabajador, reservando alguna otra denominación a los demás supuestos nacidos de la

[62] BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Op. Cit*., p. 55.

"iniciativa del empleador". Por el contrario, la doctrina se inclina a considerar que la progresiva admisión de otras causas de extinción del contrato de trabajo que también necesitan ser actuadas por la vía de una decisión empresarial, viene configurando una noción amplia, o genérica, del despido, de modo que aquel despido sería un genérico comprensivo de una diversidad de causas extintivas del contrato de trabajo, y el despido disciplinario una especie de aquel, en cuanto que las causas que los justifican están relacionadas con la conducta del trabajador. Tampoco se logra advertir desde el punto de vista jurídico, en donde podría residir la supuesta falta de rigor científico o de técnica jurídica en la utilización de la expresión "despido" con un sentido amplio, pues el factor de identidad o vinculación entre los supuestos extintivos que se pretenden encuadrar dentro de dicha expresión se encuentra en la voluntad del empleador configurada como "causa última" de todas esas extinciones que, de este modo, presentan una "afinidad conceptual" que las reconduce a la noción de despido"[63]; un argumento bastante sólido con el cual coincidimos plenamente.

Con todo, se debe poner énfasis en que la diferenciación entre un criterio y otro, infiere de manera superlativa en el sistema de protección ideado en contra del despido arbitrario, ello debido a que de optarse por el sentido restringido del término "despido" (como finalmente ocurre a nivel normativo en nuestro país) se estaría obstaculizando la protección de figuras consideradas como "alternativas" al despido, lo que Gorelli Hernández denomina como "despidos atípicos", es decir aquellos que integran un conjunto heterogéneo de extinciones del contrato de trabajo que, *a priori*, no encajan en el ámbito del despido, pero que jurisprudencialmente han venido siendo enmarcados dentro de aquel régimen.[64]

---

[63] ALBIOL MONTESINOS, Ignacio; MARTIN VALVERDE, Antonio y otros; en BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Op. Cit.*, p. 59.

[64] Cfr. GORELLI HERNANDEZ, Juan. *Op. Cit.*, pp. 145-146.

Esta problemática, referida sin más a una disyuntiva conceptual, que a mi entender resulta trivial (más no improductiva) se ha convertido en el cimiento de una teoría jurisprudencial del más elevado rango, un aspecto que será debidamente explicado en el siguiente subcapítulo.

2.4 El despido del trabajador de dirección y confianza:

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

Reservado para un apartado posterior el análisis del "retiro de confianza" como causal legítima del despido, 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.

En efecto, para el restrictivo grupo de trabajadores que conforman la élite de los denominados trabajadores de dirección y confianza de una empresa, esta situación disuasiva 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), señalados precedentemente.

Pero adentrándonos a la realidad de este concepto (protección), resulta importante traer a colación algunos alcances con respecto de la estabilidad laboral de los trabajadores de dirección y confianza, ello a propósito de la evidente conexión de ambos géneros. En lo que a dicha labor compete, concluiremos -casi por instinto- que si existe una mayúscula diferencia entre los empleados componentes de aquel régimen y el resto de la masa trabajadora, ello en razón de que, a diferencia de éstos últimos, los trabajadores de dirección y confianza no gozan -hasta cierto punto- de la protección instituida a título de estabilidad laboral absoluta o al menos no en todos los supuestos legalmente admitidos.

En ese orden de ideas, discrepamos con del Río, quien en una magnífica recopilación jurisprudencial precisa taxativamente que: *"los trabajadores de dirección y de confianza, no se diferencian del resto de trabajadores en este punto ya que todos tienen estabilidad laboral relativa"*[65]; esta teoría plasmada en el estudio de la referencia y complementada en un análisis ulterior -también de corte jurisprudencial- se esgrime sobre la base de un análisis del artículo 27° de la Constitución Política del Perú, el cual afirma la autora, a diferencia de su antecesora (la Carta Magna de 1979) no consagra de forma expresa la estabilidad laboral absoluta[66], un aspecto también ilustrado a nivel legislativo, con la por entonces vigente Ley N° 25414 (Ley de Estabilidad Laboral) la cual desarrollaba el citado artículo 48° de la anterior Carta Magna.

Mi discrepancia al respecto radica en el hecho de que, si bien es cierto la Constitución vigente no cita taxativamente la denominada "estabilidad laboral absoluta" con rango de derecho constitucional consagrado, no es menos cierto que el TC, cuyas resoluciones tienen efecto vinculante en todo el sistema

[65] DEL RIO TIMANÁ, Dalia. "El régimen laboral…". *Op. Cit.* 331-345.

[66] Para una mejor ilustración nos remitimos a la trascripción textual de ambos artículos, realizada en el apartado anterior, con motivo del tratado de la evolución legislativa de la institución del "despido".

jurídico, ha señalado con acierto que en determinados casos el trabajador si goza de una estabilidad laboral absoluta, vale decir que si puede ser reincorporado a su puesto de trabajo tras determinarse, en sede judicial, la arbitrariedad del despido del que fue víctima.

Pero, en honor a la verdad, la docente de la Universidad de Piura si hace referencia a la conclusión glosada precedentemente, agregando sin embargo que los fallos del supremo colegiado devienen en “cuestionables”, ratificando su posesión con respecto a la estabilidad de los trabajadores que componen este sistema. A la luz de dicho criterio y de la labor interpretativa que, con sujeción a ley, viene desarrollando el TC; cabria cuestionarse sobre ¿Cuál es la realidad de la estabilidad laboral en el Perú de hoy?

Conforme tuvimos oportunidad de anotar precedentemente, en nuestro país la iniciativa legislativa que inauguró el modelo “proteccionista” propio del Derecho de Trabajo fue la Ley N° 4916 del 07 de Febrero de 1924; *a priori* la más duradera en nuestra historia pues se mantuvo vigente hasta 1970. No obstante, desde un punto de vista estricto, la estabilidad laboral como figura jurídica indistinta aparece plasmada por primera vez en el D.L. N° 18138 promulgado en 1970, seguida un año después por el D.L. N° 18471; siendo la Constitución de 1979, la primera en adoptar esta figura a nivel supra legal dada la categoría alcanzada por el Derecho del Trabajo en ese entonces; una atribución que como bien apuntalamos no contempla la Carta Magna de 1993 de forma taxativa, lo cual por supuesto no ha estado exento de un análisis y un debate incansable el cual pretendemos resumir en el presente trabajo.

Si de analizar el concepto jurídico de “estabilidad laboral” se trata, debemos incidir en que este emerge como un derecho consagrado, el cual contempla la conservación del contrato de trabajo, el mismo que por sus características peculiares y por la corriente proteccionista del Derecho Laboral tiene vocación de permanencia; motivo por lo cual no se puede descartar la opiniones que lo

vislumbran manifestado a través del principio de continuidad. Es el caso del maestro Pla, quien resaltando la condición de contrato de tracto sucesivo que asiste al contrato de trabajo, vale decir un contrato que tiende a prolongarse en el tiempo; añade que este principio tiende a privilegiar la conservación del empleo y asegurar la mayor prolongación posible de la permanencia del trabajador en la empresa[67].

Así, pese a que en reiteradas oportunidades el TC se ha encargado de difundir que en el régimen laboral peruano el principio de continuidad opera como un límite a la contratación laboral por tiempo determinado, infiriendo de forma expresa que hay una preferencia por la contratación laboral por tiempo indefinido respecto de la de duración determinada, la que tiene carácter excepcional[68]; no es menos cierto que desde la perspectiva de la doctrina dominante, resulta acertada la teoría que consigna que el Principio de Continuidad Laboral puede ser sujeto de varias proyecciones, como por ejemplo: a) La amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato; b)La facilidad para mantener el contrato a pesar de los incumplimientos o nulidades en que se haya incurrido; c) La interpretación de las interrupciones de los contratos como simples suspensiones; d) La prolongación del contrato en casos de sustitución del empleador; y, claro está d) La resistencia a admitir la rescisión unilateral el contrato por voluntad patronal[69].

Aquella corriente doctrinaria, resulta coincidente con el tratamiento legislativo que tanto a nivel nacional como internacional suscita la estabilidad laboral. A nivel nacional, si bien no se encuentra regulada expresamente, resulta verificable su admisión en el artículo 4° de la LPCL, el cual consagra la presunción *iuris tantun* sobre el contrato de trabajo a plazo indeterminado;

---

[67] Cfr. PLA RODRÍGUEZ, Américo. *Los principios del derecho del trabajo*. 3ra. Edición. Buenos Aires. DEPALMA. 1998, p. 117.

[68] STC del 19 de Diciembre del 2010 {Expediente N° 1874-2002-AA/TC}. [ubicado el 01.10.2009]. Obtenido en www.tc.gob.pe.

[69] Cfr. PLA RODRÍGUEZ, Américo. *Op Cit.*, p. 215.

pudiendo citar también la regla general prevista en el artículo 26° del mismo cuerpo normativo, en cuanto contempla la comprobación objetiva -en el procedimiento laboral- de toda falta laboral imputada a un trabajador.

A nivel internacional en cambio, si encontramos una versión positiva de la misma; así tenemos el anteriormente abordado Convenio Internacional del Trabajo Nº 158 el cual señala que la legislación de los países puede reconocer la estabilidad laboral de salida absoluta o relativa; en concordancia encontramos lo dispuesto en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de fecha 17 de Noviembre de 1988, ratificado por nuestro país, el cual resulta ser bastante preciso al respecto de aquella figura[70].

Pero refiriéndonos a la estabilidad laboral en estricto, resulta más que necesario recurrir a lo esgrimido por Toyama, quien citando a Ermida anota que para la doctrina dominante la estabilidad laboral tiene dos modalidades:

a) Estabilidad de Entrada.- Es la garantía jurídica por la cual desde el inicio del contrato de trabajo el trabajador tiene derecho a una relación de plazo indeterminado cuando la naturaleza objetiva de sus labores es indefinida. En los contratos de trabajo (hay estabilidad laboral de entrada una vez superado el período de prueba, como regla es de tres meses, salvo en los caso de los trabajadores de confianza y de dirección donde puede incrementarse hasta seis y doce meses, respectivamente).

[70] Ratificado mediante Resolución Legislativa N° 26448 del 07-05-95; el instrumento jurídico internacional bajo comento, precisa en el artículo 7° - inc. d)- lo siguiente: *"la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En caso de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional".*

b) Estabilidad de Salida.- Es la protección frente al término de la relación laboral de manera intempestiva, admitiendo que ésta solamente puede darse por causales taxativamente previstas. Sin embargo, es necesario reconocer los dos tipos de estabilidad de salida: absoluta (que conlleva a que la ausencia de una causa justa de despido siempre origina la reposición o restitución en el puesto de trabajo) o relativa (que prescribe que la decisión del empleador de dar por concluida la relación laboral sin causa justa tiene efectos extintivos plenos, más al contrario de la estabilidad absoluta, ésta importa protecciones distintas como el pago de una indemnización -que resulta ser los más frecuente- admitiendo también el pago de remuneraciones devengadas, un seguro contra el desempleo, etc.). Esta última manifestación de estabilidad puede ser propia o impropia. Será propia, cuando se declara la nulidad del despido sin reposición efectiva; vale decir el trabajador demanda la nulidad del despido y el juez otorga una indemnización; no existiendo una expresa obligación del empleador de reponer al trabajador en su puesto de trabajo. Hay entonces, reposición ficta pero no efectiva. Por su parte, será impropia cuando la protección se materializa con el pago de una indemnización[71].

En ese orden de ideas y a efecto de esbozar una definición, optamos por recurrir a lo expuesto por el ex presidente del TC, García Toma, que sobre el particular infiere: "…Este instituto alude a los derechos de los trabajadores a continuar y permanecer en sus puestos de trabajo en tanto mantengan en el desempeño de sus actividades, como dependientes, una conducta idónea e eficiente"; así en lo que a la denominada estabilidad de salida se refiere, el ex magistrado señala que aquella admite dos consideraciones: a) La oportunidad del despido, la cual conlleva a realizar una diferencia entre el despido directo o unilateral (figura de mayor trascendencia, que no representa otra cosa que la decisión del empleador de extinguir el vínculo laboral por propia decisión) el

[71] Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "La ampliación de los supuestos…". *Op. Cit*., 61-78.

cual origina o desencadena una serie de consecuencias jurídicas se impugne judicialmente o no; y, el despido propuesta (el cual involucra una autorización previa y expresa por parte de un tercero -ajeno a la relación laboral- antes de proceder a efectivizar el término de la misma), en donde encontramos la figura del cese colectivo por causas objetivas, en donde es la autoridad de trabajo la encargada de definir la situación de rompimiento del vínculo laboral; b) La causalidad del despido, la cual establece que el trabajador únicamente pierde su estabilidad en el empleo cuando el empleador demuestra que su conducta laboral o la calidad de su servicio no guarda armonía con los criterios de idoneidad y eficiencia que la ley exige como contrapartida al goce de tal derecho[72]; nótese que ambos argumentos refuerzan la posición asumida en el primer acápite de este segundo capítulo, en cuanto ratifican la "causalidad" como cualidad exclusiva del despido, conviniendo además con el sentido amplio del término "despido", a tal punto que se delimita un interesante binomio integrado por los conceptos "despido directo y despido propuesta", cuya principal diferencia: la mediación o autorización de un "tercero", deja abierta la posibilidad de introducir nuevas tendencias a esta longeva institución.

De la anterior premisa, surge lo que se denomina como "la protección contra el despido arbitrario", cuya regulación a nivel constitucional se consagra en el tantas veces mencionado artículo 27° de la Ley de Leyes.

Teniendo en cuenta dicha clasificación y admitiendo que en nuestro sistema jurídico y fruto del mandato constitucional contemplado en el aludido artículo 27° de la Carta Magna, la causalidad del despido y el procedimiento para la terminación laboral por iniciativa del empleador vienen a estar regulados en la LPCL (es decir a nivel legislativo); correspondería suscribir la ideología promovida por los partidarios del diferendo constitucional 1979-1993, quienes

[72] GARCIA TOMA, Víctor. "La estabilidad laboral. Caso de docentes universitarios", en *Dialogo con la jurisprudencia*. Tomo 15. Diciembre 2009, 51-64.

afirman que en nuestro país se proclama actualmente la estabilidad laboral relativa impropia.

No obstante, omitiendo -por un aspecto meramente práctico- analizar los sesudos análisis impartidos con ocasión de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la “estabilidad laboral en el Perú” o de la legalidad de su remisión legislativa; y pese a que el mismo TC ratificó en más de una ocasión que al circunscribirse su labor a un análisis constitucional, el debate doctrinario referido a la estabilidad laboral (absoluta y relativa) le es completamente ajeno; soy de la idea que el colegiado, a través de reiterados pronunciamientos, ha señalado que un trabajador si puede ser pasible de una estabilidad laboral absoluta (es el caso de un despido nulo, en el posteriormente definido como incausado e inclusive en el caso de un despido fraudulento siempre y cuando se recurra a la vía extraordinaria del amparo), lo cual debilita la postura adoptada por la precitada corriente doctrinaria.

En ese orden de ideas, conforme tuviéramos oportunidad de citar, el tema de la estabilidad laboral cobró vigencia tras la emisión, por parte del TC, de la sentencia pronunciada con ocasión del caso Telefónica, a través del cual el colegiado remarcó que en ese caso en particular el pago indemnizatorio vaciaba de contenido al derecho constitucional del trabajo pues la protección ante un despido arbitrario no puede ser otra sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado dada su inconstitucionalidad, por eso la restitución al puesto de trabajo resulta ser una consecuencia consustancial de dicho acto arbitrario; en tal sentido el colegiado no dudó en precisar que la indemnización es una forma de restitución complementaria o sustitutoria si así lo determina libremente el trabajador o si “las circunstancias o la particularidad del caso” así lo determinan, más no la reparación de un acto *ab initio* inválido desde su alumbramiento.

Tomando en cuenta tales antecedentes, prefiero convenir con la postura adoptada por ciertos especialistas[73], 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 "flexibilizadora" de la legislación laboral comporta un cambio de tendencia en nuestra medio de una "estabilidad absoluta" hacia un régimen de protección "mixto", consistente en la vigencia de la estabilidad absoluta sólo 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); un aspecto consagrado y a su vez ampliado por el TC en reiterados pronunciamientos mediante los cuales se introduce dos supuestos más de reposición, los cuales operan con respecto a los denominados despidos incausados y con los 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° de la 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"*[74] de brindar al trabajador protección adecuada contra dicha clase de actos; un argumento que para algunos

[73] 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.
[74] Fundamento *12-a* de la Sentencia del TC emitida con ocasión del caso Telefónica.

determinó, en vía de interpretación también, retornar al esquema de "estabilidad laboral absoluta"[75].

Pero, este innovador criterio jurisprudencial, había asomado -aunque sin la misma repercusión claro está- hace ya algún tiempo atrás, siempre a cargo del TC; así encontramos la sentencia emitida con ocasión del expediente N° 794-99-AA/TC[76] mediante la cual se aborda el tema de la constitucionalidad de un despido laboral, siempre confrontando la reincorporación al puesto de trabajo frente al pago de una indemnización, resolviendo por aquel entonces *"declarar FUNDADA en parte la demanda…y ordena que la demandada proceda a reincorporar a la demandante en el cargo que venía desempeñando a la fecha en que se produjo el cese"*, vale decir consagró la vigencia de una estabilidad laboral absoluta, en ese supuesto por afectación expresa de un derecho constitucional como lo es el debido proceso, advirtiendo que el despido materia de controversia afecta el derecho constitucional al trabajo reconocido en el artículo 22° de la Carta Magna, dado que: "la conservación de un puesto de trabajo que aquel implica ha sido conculcado por un acto desprovisto de juricidad, esto es, viciado constitucionalmente"[77].

Instaurada nuestra posición al respecto de una teoría "mixta" de la estabilidad laboral en el Perú, resulta indispensable ahora cuestionarse sobre si esa realidad involucra también a los trabajadores de dirección y de confianza.

En ese sentido, debemos concluir que *a priori* estos trabajadores también gozan de una estabilidad laboral mixta, sin embargo por la propia naturaleza

---

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

[76] STC emitida por el TC con ocasión del Expediente N° 794-99-AA/TC y publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 21 de Septiembre del 2000.

[77] BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo. "Una aproximación a la vigencia del debido proceso en los despidos laborales. A propósito de una jurisprudencia del Tribunal Constitucional", en *Ius et Veritas*. Año X, N° 21. Noviembre 2000, 301-310.

del cargo dicha realidad no puede resultar análoga a la de los trabajadores ordinarios si no que en su caso particular aquella estabilidad mixta quedará "relativizada".

En efecto, a pesar de que a este régimen de trabajadores llega a ser reconocido como "especial" tanto por la doctrina dominante como por reiterada y uniforme jurisprudencia, no es menos cierto que aquellos ocupan propiamente -y valga la redundancia- el estatus de un trabajador, no pudiendo por tanto se eximidos de la titularidad del bagaje de derechos reconocidos por la Carta Magna de manera expresa, esto debido a que la particularidad del cargo que desempeña o de las atribuciones conferidas 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 Magna[78].

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; 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

[78] 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.

previstas por el TC en el caso Llanos Huasco, lo que a su vez nos permitiría definir ese tipo de despido como un despido nulo[79].

Otorgarle la categoría de despido nulo y por tanto pasible de una efectiva reposición, conlleva a un análisis exhaustivo de tal discernimiento. En primer lugar su fundamento jurídico, el cual radica *prima facie* en la propia sentencia emitida con ocasión del caso Telefónica, en el cual se ha hecho alusión de forma explícita a la protección de los derechos constitucionales en el seno de la relación laboral, como una manifestación de la eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales; lo que en el caso particular del empleador -agrega el colegiado- presupone afirmar que si bien aquel dispone de potestades empresariales de dirección y organización, y constituye además propiedad privada, aquellas deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales del empleado o trabajador".[80] La pauta jurisprudencial bajo comento ha venido siendo ampliada por el Tribunal supremo, siendo interesante acoplar lo señalado por Toledo, quien hace un breve pero significativo repaso por los pronunciamientos emitidos por el TC, mediante los cuales -siempre dentro del núcleo de la relación laboral- explaya aquella protección a los llamados derechos de titularidad general o inespecífica, así menciona la sentencia emitida el 10 de Agosto del 2002 con ocasión del Expediente N° 0895-2001-AA/TC, seguido por Lucio Valentín Rosado Adanaqué con Es-salud (mediante la cual se ha tutelado la libertad de conciencia y de religión en la relación laboral); la sentencia emitida el 10 de Agosto del 2004 con ocasión del Expediente N° 1058-2004-AA/TC, seguido por Rafael Francisco García Mendoza con SERPOST (mediante la cual se consagra el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad de las comunicaciones privadas) y la sentencia emitida el 10 de Julio del 2002 con ocasión del

[79] 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.

[80] STC del 11 de Julio del 2002. {Expediente número 1124-2001-AA/TC}. Fundamento Séptimo.

Expediente Número 0866-2000-AA/TC, en el caso seguido por Marco Hernán Machaca Mestas con la Dirección Subregional de Salud de Moquegua y otros (referido a la libertad de información y expresión)[81].

El fundamento jurídico expuesto, es compartido por parte de la doctrina nacional; así tenemos lo argumentado por del Río, quien sobre el caso particular del trabajador de dirección y de confianza afirma -creemos esta vez con acierto- que este puede ser víctima de un despido nulo si es violatorio de derechos constitucionales o discriminatorios según las causales previstas en el artículo 29° de la LPCL, cuya consecuencia lógica jurídica es su reincorporación a su puesto habitual de trabajo, salvo que en ejecución de sentencia el trabajador opte por una indemnización[82]. La doctrina comparada no podría resultar ajena a la presente controversia y en este caso recurrimos a la española, quienes analizando su legislación -especializada al respecto como veremos más adelante- si admiten la configuración de un despido nulo para este tipo de trabajadores, indicando que aquel se ocasiona cuando se discrimina o se vulnera un derecho constitucional del trabajador reconocidos por la Constitución española, piénsese por ejemplo en un desistimiento motivado exclusivamente en razón de la orientación sexual del alto directivo o adoptado como reacción frente a una anterior reclamación judicial del trabajador, comprometiendo su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; en cuyo caso (por remisión expresa al artículo 55° del Estatuto de los Trabajadores) los efectos serán de “readmisión” del despedido; cabiendo la posibilidad que -de la misma forma que en nuestra legislación- las partes puedan dirimir sobre una readmisión en estricto o en su defecto el abono de

[81] TOLEDO TORIBIO, Omar. “El despido nulo y la taxatividad de sus causales”, en *Dialogo con la Jurisprudencia*. Año 15, Tomo 136, Enero 2010, pp. 266-271.

[82] Cfr. DEL RIO TIMANÁ, Dalia. *Op. Cit*., pp. 331-345.

una indemnización equivalente a la otorgada en el caso del despido improcedente[83].

Cabe destacar, el comentario hecho por Montoya, quien rápidamente repara en la controversia doctrinaria que tal posesión origina; así argumenta -coincidiendo de esta forma con De Val Tena- que una eventual readmisión obligatoria del trabajador de alta dirección no encajaría bien en el molde de esta relación laboral especial, sostenida sobre la base de la "recíproca confianza" entre las partes. Nuestra opinión no obstante difiere con aquella ponencia, y, omitiendo referirnos a la "ruptura de la recíproca confianza" como causal de despido por el momento; preferimos compartir lo expuesto por los autores Mario Fernández López y M. Rodríguez Piñero, citados esta vez por Montoya Medina, en cuanto sugieren que debe primar la readmisión en el empleo pues en estos casos la confianza debe ceder ante valores superiores (los constitucionales)[84].

En segundo plano confrontaremos una especie de fundamento fáctico de la postura asumida. Me resulta inevitable tratar de ejemplificar algunos supuestos en que tal despido se podría configurar, pues desde ya para un trabajador "ordinario" es complicado poder demostrar la contravención del derecho constitucional conculcado, la labor se complica aún más tratándose de trabajadores del "régimen especial de dirección y confianza", pues la sola atribución del "retiro de confianza" pretendería sustentar aquel despido.

Creemos sin embargo que un ejemplo práctico de comprender y no tan difícil de admitir es el referido a la trabajadora gestante, despedida so pretexto del retiro de la confianza por parte de su empleador. Así, es sabido que la condición de trabajadora gestante limita el ejercicio de poder de dirección del

[83] Cfr. MONTOYA MEDINA, David. *La extinción del contrato de trabajo del alto directivo*. 1ra. Edición. Pamplona. Aranzadi. 2008, pp. 25-28.

[84] IBID, p. 28.

empleador, encontrándonos ante un límite externo al ejercicio de poder directriz; por lo que de advertirse la contravención flagrante de aquel límite por parte del empleador, al despedir a una trabajadora por razón de su embarazo, estaríamos ante una muestra de un trato manifiestamente discriminatorio, basado directamente en el sexo y proscrito por el inc. 2 del artículo 2° de la Ley Fundamental, motivo por el cual la reincorporación de dicha trabajadora a su puesto habitual de trabajo estaría garantizada. Así, previniendo que el artículo 29 -inc. c- de la LPCL no hace exclusión alguna sobre la calidad o situación en la que desempeña sus labores la mujer gestante, creemos que una trabajadora de dirección o confianza despedida durante su gestación o durante los treinta días posteriores al parto, podrá ser repuesta vía proceso de amparo o vía proceso ordinario laboral (nulidad de despido) al puesto de trabajo que venía ocupando; un supuesto que queda plenamente revalidado con la presunción contenida en el referido artículo 29° -inc. c- de la LPCL, en tanto señala que para la configuración de un despido de esta naturaleza se debe "tener por comprado que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir"[85], lo cual en el hipotético caso planteado, ciertamente no podrá ocurrir dado que, como analizaremos seguidamente, el retiro de confianza no puede ser entendido como una causa justa de despido.

Con ello damos respuesta al epígrafe esgrimido en un inicio, pues la posibilidad de admitir que la consumación de un despido nulo conlleve a que el trabajador de dirección y confianza pueda ser objeto de una medida restitutoria (componente de la estabilidad laboral absoluta), no hace más que ratificar la similitud con el régimen ordinario, en tanto ambos gozaría de una estabilidad laboral mixta.

[85] PUNTRIANO ROSAS, César. "El despido de la mujer gestante en el Perú. Comentarios a pronunciamientos de la Corte Suprema y Tribunal Constitucional"; en *Dialogo con la Jurisprudencia*. Año 15, Tomo 133; Octubre 2009. 23-32.

Pero como a lo largo del proyecto, la especialidad del régimen 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 configurar un despido nulo; puesto que a diferencia del trabajador 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 tratado en disímil al del resto de trabajadores.

Con todo, aquella tendencia nos conduce a reprochar la -a nuestro entender equivocada- postura asumida hace algún tiempo atrás por la Corte Suprema de Justicia de la República (como ejemplo citamos la Cas. N° 2037-2000-Piura[86]), la misma que al parecer se ha mantenido vigente hasta la actualidad, y que incluso se ha visto ampliada por auspicio del mismo TC (hacemos referencia a la sentencia del 09 de Julio del 2009 emitida con ocasión del Expediente N° 1042-2007-PA/TC)[87], lo que genera se abra una brecha de absoluta significancia sobre el particular: el retiro de la confianza como causal de despido, lo cual precisamente será materia de observación en el último apartado del presente capítulo.

---

[86] En el extremo que indica que el trabajador de confianza cuenta con una estabilidad relativa y que ante un despido solamente puede accionar el pago de una indemnización.

[87] El Fundamento *Tercero* de este pronunciamiento señala textualmente: *"La designación en un cargo de confianza es una acción administrativa por lo cual una persona asume cargos de responsabilidad directa o de confianza con carácter temporal que no conlleva la estabilidad laboral".*

2.4.2 El despido del trabajador de dirección y confianza en mérito al retiro de la confianza.

2.2.2.1 El "retiro de la confianza" peruano y el "desistimiento empresarial español"- semejanzas y diferencias:

Como dato introductorio, me resulta interesante trascribir la apreciación de Amaro, quien en una práctica composición alude a la situación contractual del personal de dirección y confianza, señalando que por la naturaleza de su labor, supervisora del cumplimiento de los objetivos de su institución y directa con relación a las órdenes de los empleadores, 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 los objetivos de la empresa,[88]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, ha venido siendo revalidado 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)[89], 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 (la cual, conjuntamente con la relación laboral del personal al servicio del hogar familiar, son las únicas receptoras de

[88] Cfr. AMARO RUBINA, Jorge Enrique. "El despido en los trabajadores de confianza…". *Op. Cit.*, p. 288.

[89] MONTOYA MEDINA, David. *Op. Cit.,* p. 23.

dicha característica) y que por tanto puede desaparecer, desvaneciéndose con ella el vínculo laboral del alto directivo[90].

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 sólo 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 Caso BCR, 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".*[91]

Ahora bien, adentrándonos en el tema de fondo, no pretende ponerse en tela de juicio el criterio esgrimido por el Tribunal en el extremo de indicar que, pese a no ser considerada una falta grave[92]-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 colegiado supremo[93], 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

---

[90] Cfr. ALEMANY ZARAGOZA, Eduardo. *Op. Cit.*, pp. 108-109.

[91] Véase Fundamento Décimo Primero, apartado f) primera parte.

[92] Sobre esta aseveración resulta contundente la STC del 27 de Marzo del 2002 {Expediente N° 0360-2000-AA/TC}. Fundamento Segundo.

[93] STC del 13 de Noviembre del 2007. {Expediente N° 08257-2006-PA/TC}. Fundamento Décimo.

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".[94]

Pero a estas alturas, conviene realizar ya un deslinde de ambas figuras jurídicas extintivas. Pese a que el TC no lo menciona expresamente, el "retiro de confianza" puede llegar a ser considerado como una especie de despido dado el efecto extintivo del vínculo laboral que provoca, ello se desprende tanto de las causales previstas en el artículo 16° de la LPCL como de la definición hecha en el apartado anterior. 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. Como ya tuvimos ocasión de mencionar, en España este régimen particular de trabajadores se encuentra regulado por el Real Decreto 1382/1985 del 01 de Agosto del 1985. Así, este innovador cuerpo normativo reseña toda 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 referidos a su aplicación y por supuesto las causas de extinción del vínculo laboral[95].

---

[94] MONTOYA MEDINA, David. *Op. Cit.*, p. 32.

[95] 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, sólo 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", si 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; esta característica, aunada a la predilección por la autonomía de la voluntad en desmedro del intervencionismo estatal normativo; la ha llevado a ser considerada por algunos como una norma "semi laboral".

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"[96]: a) Por voluntad del alto directivo (denominado dimisión; lo que equivaldría a una renuncian en nuestro ordenamiento jurídico); b) Por despido disciplinario (contrariamente a lo establecido en la norma, viene siendo una práctica cotidiana subsumir los incumplimientos de los directivos en alguna de las causales contempladas en el art. 52.2 del Estatuto de los Trabajadores, especialmente en el apartado d) trasgresión 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 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 -según coinciden la doctrina y la jurisprudencia- 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; lo más importante sin duda es su regulación normativa especialísima en España, lo que en el caso del Perú no sucede, habiéndose configurado tal figura a través de la jurisprudencia, con carácter interpretativo del artículo 43° y 44° de la LPCL. Como una arraigada diferencia se tiene también el hecho de la diferencia de su regulación supletoria, pues en el caso del país ibérico rigen

[96] 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.

las reglas del Derecho Civil y Mercantil, reguladoras del contrato de mandato (remitiéndose a la libre recisión contractual a instancia del mandante civil o del poderdante mercantil)[97], mientras que en caso peruano la norma aplicable es por excelencia laboral. Como colofón encontramos uno de las más significativos diferencias, los efectos que su configuración ocasionará en el interior de la relación de trabajo, descartado de plano el consecuente extintivo del vínculo laboral (un aspecto como ya se indicó resulta adyacente), 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 y 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- también a favor del trabajador- referido al pago de una indemnización- cuando el empleador decida dar por concluida la relación laboral de alta dirección sobe la base de este dispositivo; un aspecto que venía siendo admitido de manera uniforme por la jurisprudencia nacional, pero que ha sido desautorizado recientemente por el propio TC.

a) Sobre la reanudación de la relación laboral previa al despido fundado en el "retiro de la confianza":

Reiterando lo anotado en el capítulo anterior, sobre las dos formas de acceder a un cargo de dirección y de confianza, resulta evidente concluir que en el supuesto de producirse una reanudación del vínculo laboral ordinario -por así llamarlo- tras el "retiro de la confianza" al empleado directriz, ello únicamente podrá ocurrir en caso de que aquel haya sido

[97] Artículo 1732° del Código Civil y 290° y 291°del Código de Comercio.

promovido a dicho cargo, motivo por el cual tras su cese, resulta aceptable que se siga desarrollando en el puesto de trabajo primigenio.

Sobre el particular, su par español también admite esta posibilidad, la cual sucede cuando el trabajador -contratado inicialmente para un puesto ordinario- es promovido a un cargo de dirección; así durante la vigencia del contrato de trabajo suscrito con dicho propósito la relación laboral ordinaria se mantiene suspendida admitiéndose su reactivación tras la conclusión de la relación especial por "desistimiento del empresario".

Pues bien, como se dijo, este criterio ha venido siendo admitido por la jurisprudencia nacional. Significativa resulta la opinión del TC, quien en reiteradas oportunidades ha dejado sentada su posición al respecto. Así, podemos citar las sentencias emitidas con ocasión del Expediente N° 756-2007-PA/TC del 13 de Noviembre del 2007, mediante el cual se ratifica la posición vertida en el Caso BCR, indicando que: *"Habiéndose corroborado, entonces, que el demandante ha sido un trabajador común que fue promovido a un cargo de confianza, y no habiéndose acreditado la existencia de comisión de falta grave que legitime la terminación de la relación laboral, se debe estimar la demanda";* ordenándose la reincorporación del demandante en el puesto inmediatamente anterior al cargo de Gerente General que venía ocupando y que estuvo sujeto al mencionado retiro de la confianza. Se entendería entonces, que este precedente deja establecida la concordancia del TC con el argumento esgrimido en el párrafo precedente; sin embargo ello no es del todo cierto.

No obstante, su posición fue mucho más radical cuando en un caso harto similar, sucedido con ocasión del Expediente N° 08257-2006-PA/TC, remarcó que: *"la admisión del retiro de confianza en tal supuesto como causal válida de ruptura del vínculo laboral supondría admitir una forma de despido arbitrario dado que representaría una forma indirecta de despido*

incausado" (Fundamento Noveno). Con todo, es verificable que aquel parecer ha sido refrendado una y otra vez por el TC, pudiéndose citar el fallo recientemente emitido de fecha 17 de Mayo del 2010 con ocasión del Expediente N° 03043-2009-PA/TC, de similar contenido.

Cabe destacar que este argumento sufrió una variante -la cual creemos, pecando de optimistas, se produjo en mérito a un descuido- con la emisión del fallo correspondiente al caso N° 1042-2997-PA/TC del 09 de Junio del 2009. El referido pronunciamiento resuelve la controversia originada a raíz de la demanda interpuesta por Ordilón Bernabé Jananmpa Janampa contra el Proyecto Especial Río Cachi. Los fundamentos de la demanda son bastante claros: el demandante requiere que le reponga al puesto que venía ocupando antes de ser nombrado como Gerente General de dicho proyecto (este último un cargo al que evidentemente le asiste la categoría de dirección). El TC, sin analizar de manera concreta el fondo del tema; concluye someramente que: *"El recurrente tenía pleno conocimiento que el cargo al que fue designado mediante Resolución N° 018-2006-GRA/PRES de fecha 18 de enero de 2006, que corre a fojas 29, era de confianza; en consecuencia no ha existido despido arbitrario sino conclusión de la designación" (Fundamento Tercero).*

El aludido descuido radica en el hecho de que el TC, habría advertido -más no anotado- que el cargo anterior al que pretendía ser repuesto el actor, era de confianza (Área de Subgerencia de Operaciones y mantenimientos), por lo que -a decir del colegiado- continuar con la relación laboral se tornaría inviable. De ser así, compartimos tal criterio; el tema controversial pasa sin embargo por lo aseverado entre líneas por el TC en el mismo fallo: *"siendo el trabajador conocedor de su situación, la de haber sido contratado directamente y desde un inicio para un ocupar un cargo de confianza…su despido no vulnera derecho constitucional alguno, dado que no resulta arbitrario pues únicamente representa la conclusión de la referida designación"*.

Finalmente, y retornando al tema bajo comento, un detalle importante de anotar en el tantas veces citado Caso BCR, es que su fundamento jurídico no resulta ser precisamente que el retiro de confianza no puede representar una causa justa de despido, sino que de no admitirse la reposición en el cargo ordinario precedente se estaría convalidando un "abuso de derecho" no permitido por la Constitución Política; lo que naturalmente se sucederá siempre y cuando se admita con un grado de certeza que en estos casos el empleador siempre actuará de mala fe, promoviendo al trabajador ordinario a un cargo de dirección o confianza para posteriormente, en mérito al retiro de la aludida confianza, despedirlo. Lo que el TC ha pretendido con dicha afirmación, es sin lugar a dudas, proteger al trabajador -parte más débil de la relación- de una decisión naturalmente abusiva del empleador, dejando incólume el carácter tuitivo del derecho del trabajo. Un fundamento que por supuesto da para el debate y que no hace más hacernos reflexionar sobre: ¿Cuál es la protección que se le brinda al trabajador contratado directamente para asumir un cargo de dirección o es que ellos no pueden ser titulares de la protección otorgada por las normas laborales? ¿Cuál resultaría ser entonces el fundamento del criterio asumido tanto en este como en aquel fallo? Esta interrogante pretende ser absuelta seguidamente.

b) Sobre la adecuada protección del trabajador de dirección y confianza despedido en mérito al "retiro de la confianza":

Desde hace bastante tiempo atrás, ha sido una constante en nuestra jurisprudencia el aseverar que todo trabajador, integrante del rubro especial de empleados denominados de "dirección y confianza", que fuera objeto de un despido arbitrario sólo podría estar sujeto a una tutela resarcitoria, más no restitutoria. En ese orden de ideas, y ratificando nuestra teoría al respecto de que en estos casos si sería posible una reposición, siempre y cuando se trasgreda alguno de los derechos

fundamentales del trabajador citados taxativamente en el artículo 29° de la LPCL a título de "causales de despido nulo"[98]; lo lógico sería colegir que el unánime criterio jurisprudencial al que hacíamos alusión en un inicio, versa sobre la consumación de un despido arbitrario, siendo el más común de ellos el originado en mérito al "retiro de la confianza" por parte del empleador.

Citamos a continuación algunos pronunciamientos -emitidos a inicios de década por la Corte Suprema de Justicia de la República- que han ratificado aquella posición: así encontramos la Casación N° 2037-200-PIURA del 22-02-01, la cual precisaba en uno de sus considerandos que*: "El trabajador de confianza sólo goza de estabilidad relativa, mas no de estabilidad absoluta derecho a reposición, por cuanto si en razón de esa confianza se contrata a este tipo de trabajadores, no tendría sentido que sea repuesto por la vía judicial si el empleador ya perdió la confianza en este para mantener un vínculo laboral"[99];* también está la Casación N° 820-2002-LAMBAYEQUE del 23-07-03, que en su sexto considerando señala: *"…que el retiro de confianza de un trabajador de dirección constituye un despido…lo cual tiene como efecto el pago de una indemnización"[100];* siendo mucho más exacta la Casación Número 1489-200-LIMA del 01-12-00, en el extremo que señala: *"Los trabajadores de confianza de empresas que se rigen por las normas de la actividad privada se encuentran igualmente protegidos contra el despido arbitrario, por lo que al haber sido*

[98]Sobre la taxatividad normativa de las causales del despido nulo, resulta bastante ilustrativa la Casación Número 3034-3009-HUAURA del 26-08-09 emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República.

[99] CAMPOS TORRES, Sara Rosa. *"¿Conoce usted cual es el tratamiento laboral de los trabajadores de dirección y de confianza?* 2006. [ubicado el 02.06.2010]. Obtenido en http://www.contadoresyempresas.com.pe/boletines_revistas/marzo_2006/laboral_15.pdf

[100] SN, Análisis Laboral. *Trabajadores de Dirección y Confianza ¿Tienen los mismos derechos que cualquier trabajado?*, Volumen XXXIV, N° 392. Febrero 2010. Editorial AELE. 18-22.

despedido sin expresión de causa le corresponde el pago de una indemnización por despido arbitrario".[101]

El TC también se ha sido promotor de dicha postura, prueba de ello resulta ser el fallo emitido con ocasión del Expediente 746-2003-AA/TC del 19 de Abril del 2004, mediante el cual el supremo tribunal hace un claro deslinde sobre las consecuencias de un despido que tenga como sustento esta argumentación, precisando que todo depende de la calificación del puesto de trabajo que ostente el empleado, pues si no ocupaba un cargo de dirección o confianza lo adecuado sería la reposición del operario despedido, más por el contrario si se verifica que si desempeñaba funciones enmarcadas dentro de ese contexto, el despido sólo podría ser resarcido mediante una indemnización[102]. La propia jurisprudencia constitucional no ha dejado lugar a dudas sobre la posible estabilidad relativa de los trabajadores de dirección y confianza, al respecto resulta contundente el caso de los trabajadores que han accedido a un puesto de trabajo mediante concurso público, situación que -en opinión del TC- resulta irrelevante, manteniendo una postura unánime sobre la evaluación de la labor desempeñada por aquellos y admitiendo así su reposición; nos remitimos de forma expresa por ejemplo al Expediente N° 3349-2007-PA/TC del 09 de Enero del 2008[103]; y, a pesar de no ser tan directa, pues involucra el análisis de un elemento adyacente como es el de la

[101] AREVALO VELA, Javier y YNAMI GARCIA, Suhei Larisa. "La protección de los trabajadores de confianza frente el despido arbitrario"; *Diálogo con la Jurisprudencia*. Tomo 112, Año XX, Enero 2008, 31-42.
[102] STC del 19 de Abril del 2004. {Expediente número 746-2003-AA/TC} Véase Fundamento Tercero.

[103] El Fundamento DECIMO señala a la letra que: "Conforme a lo anterior, habiéndose descartado que las labores del recurrente hayan sido de dirección o confianza, es pertinente establecer que respecto al segundo punto, habiendo sido cesado el demandante como consecuencia de una decisión unilateral del empleador, sin expresar causa, mediante Resolución Administrativa de la Presidencia del Poder Judicial N.º 044-2007-P/PJ –por la que se le comunica el retiro de confianza para que desempeñe el cargo de Jefe de la Oficina de Administración Distrital de la Corte Superior de Justicia de La Libertad-, se acredita la vulneración de los derechos fundamentales invocados, razón por la cual la demanda debe ser estimada"
.

desnaturalización del contrato para servicio especifico, al Expediente N° 02594-2007-PA/TC del 13 de Noviembre del 2007[104].

No ajeno a esta realidad, parece estar la doctrina extranjera, al señalar que si un trabajador ordinario (indebidamente calificado como de dirección y confianza) es despedido alegando un simple retiro de confianza, daría lugar a un despido incausado, el cual trae como consecuencia inmediata la reposición en su puesto habitual de labores[105].

2.2.2.2 La arbitrariedad del despido en mérito al "retiro de la confianza":

Según la doctrina especializada, ha sido el caso BCR el encargado de contribuir significativamente con la "desafortunada desviación" del -hace poco- uniforme criterio vertido por el TC al respecto; siendo así resulta indispensable realizar una exhaustiva evaluación de su contenido y fundamentación, ello a efecto de abordar de la mejor manera posible el tema de fondo del proyecto.

Como antecedente debemos rescatar que el fallo bajo comento contiene un profundo análisis de parte del TC tanto de aspectos legislativos elementales propios del "trabajador de dirección y de confianza", como de su tratamiento en el ordenamiento peruano e inclusive marcos conceptuales y características especiales de los trabajadores de este sector, en suma un tratamiento depurado, lo cual significaba para el TC abordar por vez primera dicha institución. Pero aquel despliegue de puntualidad, se condice

[104] Fundamento CINCO -*in fine*- : *"Se concluye entonces que las labores realizada por el trabajador como contador no pueden considerarse como de dirección y de confianza"*; y, SEIS: *"Una vez descartada y comprobada que las labores del recurrente no han sido de dirección o confianza, es pertinente establecer si el contrato de trabajo para servicio específico suscrito por el demandante con la emplazada se ha desnaturalizado, para efectos de ser considerado como de duración indeterminada, y en atención a ello, establecer si el demandante solo podría ser despedido por causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral"*.

[105] Cfr. MONTOYA MEDINA, David. *Op. Cit.*, pp. 52-53.

con el pobre argumento presentado al respecto de evaluar la “calidad del despido” promovido por el empleador, ello a efecto de corroborar si, en efecto, estamos ante un despido arbitrario o no. El colegiado, al abordar el caso en concreto, tiende a comprobar que al demandante si le asistía la condición de empleado de dirección, ello con el objeto de concluir -de manera automática- que: *“…al determinarse que el recurrente se encontraba en calidad de personal de dirección, de acuerdo a los fundamentos expuestos, el cese en su labores no vulnera derecho constitucional alguno”;* lo que a la luz de los fundamentos fácticos que se exponen no hace más que “legalizar” -en estricto- aquel despido, sustentándolo además en el “retiro de confianza”; dando así un giro drástico al criterio asumido hasta entonces y descartando por primera vez su corte arbitrario.

Vayamos por partes. En primer lugar y respecto de determinar si aquella situación (hablamos del caso BCR en concreto) se configura o no como un despido; es menester fijar el criterio esgrimido por el propio TC quien califica aquella como un causa válida de la ruptura del vínculo laboral, incidiendo sin embargo en que los efectos extintivos se producen debido a *“una situación especial de naturaleza subjetiva”*, a diferencia de los despidos por causa grave que son objetivos, nótese que bajo ese argumento el TC deja entrever que el retiro de la confianza no sería un despido, más si una causa de extinción del contrato de trabajo, la cual se añadiría a las causales previstas en el artículo 16° de la LCPL.

A nuestro entender el criterio esgrimido por el TC en ese sentido deviene en incorrecto; pues tanto aquel como la doctrina nacional y extranjera han precisado que toda extinción del vinculo laboral basada en la decisión unilateral del empleador es propiamente un despido, máxime si se analiza desde el sentido amplio del término.

Por su parte, y en el supuesto que legislador optara en su oportunidad por considerarlo como causa válida para extinguir el contrato laboral, aquella sólo podría operar tras mediar ciertos requisitos o recurriendo -de manera análoga- a lo dispuesto con ocasión del despido: *"en la forma establecida por ley";* algo que evidentemente no se sucede y que pasa inadvertido para el máximo intérprete de la Constitución.

Por tanto, comprobado que en el caso bajo análisis estamos ante un despido, conviene dar el segundo paso y precisar si este resulta arbitrario o no.

Conforme se advirtió precedentemente y respetando los fines de la investigación, debemos recordar que el despido extingue por completo el vínculo laboral, adquiriendo lo ribetes de "válido" o "legal" únicamente cuando se basa en una causa justa contemplada por ley y debidamente comprobada, según lo señalado por el artículo 22° de la LPCL, precepto normativo que añade que la causa justa que se impute sólo puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador.

Así, si el objeto de estudio fuese tan solo desacreditar aquella postura, bastaría con recurrir al principio de legalidad[106], el cual previene que las infracciones y sanciones impuestas deben ser las reguladas por ley. Por tanto, advirtiendo que el artículo 24° de la LPCL no previene el retiro de confianza como causa justa de despido (al no ser considerada como falta grave), no se podría hablar de un despido legal y por lo tanto la extinción del vínculo laboral no sería válida, ello de conformidad con el artículo 16 -

[106] Sobre el particular resulta ilustrativo el fallo contenido en el Exp. 2192-2004-AA/TC (Fundamento QUINTO): *"… no debe identificarse el principio de legalidad con el principio de tipicidad. El primero, garantizado por el ordinal "d" del inciso 24) del artículo 2° de la Constitución, se satisface cuando se cumple con la previsión de las infracciones y sanciones en la ley. El segundo, en cambio, constituye la precisa definición de la conducta que la ley considera como falta..."*

inc. g- de la LPCL es: *"El despido, en los casos y formas permitidos por la ley".*

Pero como anotáramos anteriormente, el TC no incide en la calidad del despido, simplemente se ocupa de calificar el puesto asignado al demandante; lo cual creemos fue un grave error, pues más allá de que la pretensión del actor así lo proponía[107] resultaba una obligación del TC cumplir con dicha labor.

Con ello, la conclusión sería obvia: el despido promovido se configura como un despido arbitrario; así, ya sea por incausado (al efectuarse sin causa legal prevista)[108] o fraudulento (por sustentarse en una falta no prevista legalmente); lo cierto es que, al advertir el estatus especialísimo del empleado arbitrariamente despedido, la correcta aplicación del artículo 27° de la Ley Fundamental supondría el pago de una indemnización por parte del empleador, puesto que en este caso en particular de ninguna manera podría ser repuesto.

Yendo más allá y adentrándonos en el fundamento constitucional de tal aseveración, bien podríamos argüir que el despido resulta arbitrario porque según el propio TC, ningún acto del empleador puede desconocer un derecho constitucional del trabajador. En efecto, desde hace mucho tiempo atrás ha existido la dicotomía doctrinaria al respecto de que el despido puede convalidarse y ello sería posible en mérito al ejercicio de las facultades directrices del empleador (componente del derecho a la libertad de empresa), sin embargo y como ya tuvimos ocasión de mencionar, el

---

[107] La pretensión principal del demandante era ser repuesto en el cargo que vía ocupando.

[108] *"El despido incausado se produce cuando el trabajador es despedido de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin que su empleador le haya expresado causa alguna derivada de su conducta o su labor que justifique su despido".* Emitido con ocasión del Expediente N° 2252-2003-AA/TC el 21-01-04. Tribunal Constitucional. 2004. [ubicado el 08-10-2010] Obtenido en http://gaceta.tc.gob.pe/jurisprudencia-sentencias.shtml?x=920.

propio TC se ha encargado de puntualizar, a través de un fallo que marcó un antes y un después en la jurisprudencia nacional, que ello no sería posible pues como señalamos anteriormente: *"pese a que el empleador dispone de potestades empresariales de dirección y organización, y constituye además propiedad privada, aquellas deben ejercerse con irrestricto respeto de los derechos constitucionales del empleado o trabajador"*.

Con todo, suponer lo contrario representaría para el TC desconocer su propio criterio. En primer lugar porque admitiría que el despido motivado en esta causal no es arbitrario, cuando en anteriores oportunidades ha establecido que sí lo es y que merece ser resarcido vía indemnización. Desde el punto de vista constitucional representaría desconocer además que el denominado núcleo mínimo e irreductible de este derecho constitucional (al que se refirió explicita y reiteradamente el mismo TC en el caso Telefónica) pierda su esencia cuando se aborde el caso de un trabajador de dirección y confianza en particular, algo a todas luces incorrecto. Ello es ilustrado por el jurista Luis Castillo Córdova quien precisa que este argumento jurisprudencial representa el denominado "contenido esencial de todo derecho fundamental" el cual -agrega- debe ser vinculante en su totalidad y por lo tanto respetado de una misma forma e intensidad; no sólo una parte o una parte más que otra, puesto que el admitir que existe un "contenido esencial" de un derecho fundamental no presupone la existencia de su contraparte un "contenido no esencial", el cual puede ser "no respetado" por el legislador en su labor de regular el ejercicio de los derechos fundamentales, puesto que existe un "único contenido" en cada derecho fundamental y ese resulta ser el "contenido sin más"[109].

[109] CASTILLO CORDOVA, Luis. *Elementos de una teoría general de los Derechos Constitucionales.* Lima. ARA Editores. 2003, pp. 138-146.

Analizando la vertiente sustantiva del problema, se debería incidir en que la premisa adoptada por el TC devendría de manera análoga en incorrecta, pues con ella se estaría discriminando a un "minúsculo grupo de trabajadores". Siendo el caso que aún cuando pueda hablarse de un trato desigualitario basado en un aspecto aparentemente "objetivo y razonable" al ser dos situaciones que no presentan igualdad de condiciones, en aplicación del Test de Igualdad (Razonabilidad o Proporcionalidad), instaurado por el mismo TC, aquel trato desigual devendría en discriminatorio, pues se estaría refrendando que dentro de un mismo grupo de trabajadores aquellos que realizaron labores ordinarias en un inicio y fueron promovidos posteriormente -puedan ver tutelado su derecho de manera absoluta (a través de la reincorporación al puesto de trabajo ordinario) algo ciertamente valedero; mientras que aquellos que fueron contratados de manera directa para ocupar un cargo específico, no solo no puedan ser readmitidos sino que también no puedan ni deban estar sujetos a ningún tipo de protección[110].

Una reflexión final a tomar en cuenta es la siguiente: Desde la perspectiva formal de la sentencia, si la intención del TC fue desde un inicio concluir que el despido bajo comento no resultó arbitrario y por lo tanto no era pasible de indemnización, bien pudieron admitirse los argumentos esgrimidos taxativamente por la emplazada en el sentido de que el despido no se produjo en estricto por un "retiro de confianza" (pese a que así lo señala), sino que se debió a una "falta disciplinaria grave" cometida por el despedido, pues la ley no lo impide; ahondando por ejemplo en que el despido se originó en realidad por la inobservancia del Reglamento interno, lo que a luz de su cargo representaba un incumplimiento manifiesto de las

[110] Expediente N° 00027-2006-PI de fecha 21 de Noviembre del 2007 (Fundamento *SETENTA Y TRES*): "….El *test* de razonabilidad o proporcionalidad (...) es una guía metodológica para determinar si un trato desigual es o no discriminatorio y, por tanto, violatorio del *derecho-principio* a la igualdad. Dicho *test* se realiza a través de tres sub principios: 1. Sub principio de idoneidad o de adecuación; 2. Sub principio de necesidad; y 3. Sub principio de proporcionalidad *stricto sensu*. Criterios que en su momento fueran utilizados por este Colegiado en las sentencias 0016-2002-AI y 0008-2003-AI (...)"

obligaciones de trabajo que -claro está- supondrían un quebrantamiento inexorable de la buena fe laboral. Lo curioso es que el TC, si hace alusión expresa a dicho argumento, pero simplemente para concluir que el derecho constitucional no ha sido afectado dado el cargo que ocupaba el actor.

Con todo, es de advertir que el TC cometió un craso error al momento de dilucidar la presente *litis*; omitiendo advertir la regla anotada por el profesor Arce, en cuanto precisa que: "El despido arbitrario es ilegítimo, y siempre lo será, aun cuando el ordenamiento le reconozca efectos extintivos"[111]. En todo caso y a efecto de proteger su reputación el colegiado bien pudo añadir a su fallo una frase acuñada por el mismo en un precedente jurisprudencial: *"En consecuencia, y con relación a los trabajadores de confianza, tal como lo ha establecido este Tribunal en la Sentencia N.° 0746-2003-AA/TC, a quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición,* ***sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de accionar en la vía correspondiente"***[112] [el subrayado es nuestro], con lo cual el derecho a una indemnización y el consecuente respecto por el derecho constitucional al trabajo hubiera quedado -al menos- expectante.

El arraigo que tal error ha contraído en sede jurisprudencial local, será materia de escrutinio en el tercer y último capítulo de la presente investigación.

---

[111] ARCE ORTIZ, Elmer. Op. Cit., p. 63.

[112] STC del 17 de Febrero del 2005 {Expediente N° 4492-2004-AA/TC}. Fundamento TERCERO. En aquella oportunidad, al igual que en el caso materia de controversia, el demandante alegaba que el retiro de confianza no era una causal de despido, peticionando su reincorporación inmediata a su puesto de trabajo. Así, pese a que el colegiado advirtió que por la naturaleza del cargo no era posible su reincorporación, dejó a salvo su derecho para actuar en la "vía correspondiente", lo que entendemos como que le dejó a salvo el derecho a peticionar la indemnización correspondiente.

CAPÍTULO 3:

EL DESPIDO DEL TRABAJADOR DE DIRECCIÓN Y CONFIANZA EN LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE LAMBAYEQUE.

3.2 Clasificación por materia y análisis de los fallos emitidos en sus diferentes instancias:

3.2.1 Proceso constitucional de amparo:

3.2.1.1 Base normativa:

A. Constitución Política del Perú (artículo 22°): *"El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona".*

B. Constitución Política del Perú (artículo 27°): *"La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario"*.

C. Código Procesal Constitucional (artículo 37°): *"El amparo procede en defensa de los siguientes derechos: ….. 10) Al trabajo"-*

3.2.1.2 Sentencias y concepto principal:

Sentencia N° 01

"La naturaleza de la función desempeñada es la que determina la condición de trabajador de confianza"

A) DATOS RELEVANTES:

Expediente : 05521-2009-0-1706-JR-CI-2
Demandante : Francis Jaime Alfaro Becerra
Demandado : Agribrands Purina Perú SA
Juzgado : Segundo Juzgado Especializado Civil de Chiclayo

B) ALCANCES DE LOS PRONUNCIAMIENTOS:

1era. Instancia
Fecha de Sentencia : 23 de Octubre del 2009
Juez : Dr. Juan Alberto Terán Arrunátegui
Fallo : *"Declarando FUNDADA la demanda de amparo de folios sesentiséis a setentisiete interpuesta por Francis Jaime Alfaro Becerra contra Agribrands Purina Perú SA….ordeno que la demandada reincorpore al demandante en el cargo que desempeñaba como supervisor de mantenimiento…"*

2da. Instancia (Sala Especializada en Derecho Constitucional de Chiclayo).
Fecha : 21 de Enero del 2010.
Vocal Ponente : Dr. Daniel Carrillo Mendoza.

Fallo : *"Por las consideraciones expuestas….CONFIRMA la sentencia contenida en la resolución número tres de veintitrés de octubre de dos mil nueve que declara fundada la demanda de amparo interpuesta por Francis Jaime Alfaro Becerra contra Agribrands Purina Perú S.A; en consecuencia ordena que la demandada reincorpore al actor en el cargo que desempeñaba como Supervisor de Mantenimiento…"*

C) EXTRACTOS DE LOS FALLOS EN SUS DIFERENTES INSTANCIAS:

- Delimitación del petitorio: El demandante pretende su reposición en el cargo de Supervisor de Mantenimiento, el cual ha venido ocupando desde su ingreso hasta la disolución de su vínculo laboral, pues al basarse el despido en un presunto "retiro de confianza" y al no ocupar un cargo de tal naturaleza, dicho despido deviene en incausado.

- Contestación de la demanda: La demandada precisa que el cargo que venía ocupando el demandante fue categorizado como "cargo de confianza" desde un inicio y que por lo tanto no corresponde reposición alguna. Sin perjuicio de ello, señala que en todo caso la delimitación del cargo requiere de actividad probatoria por lo que el amparo no resulta ser la vía idónea, deviniendo la demanda en improcedente.

- Extractos relevantes:

"La calidad de cargo de confianza no viene dada por la formalidad sino por la naturaleza del cargo que desempeña, por lo que si bien es cierto mediante carta de fecha veintitrés de mayo del dos mil seis, de folio ciento cinco, la emplazada le comunicó al amparista que el cargo que desempeñaba era tenía la calidad de cargo de confianza, apareciendo en la parte inferior del documento la constancia de recepción del trabajador, además de que en este proceso no ha negado haber recibido esta comunicación, sin embargo, este

hecho de por si no califica como de confianza el cargo de supervisor de mantenimiento, pues el hecho de que el trabajador no haya cuestionado esta calificación no puede asumirse como una renuncia de derechos, ya que los derechos laborales son irrenunciables, además de que no se ha presentado documento alguno en donde aparezca en la estructura organizacional de la demandada esta calificación" (Fundamento 11 de la sentencia de primera instancia).

"En este sentido, la demandada ha presentado en folios noventa a noventidos, una descripción del cargo de supervisor de mantenimiento, siendo que de acuerdo a las características y requerimiento del puesto, puede concluirse que el demandante desempeñaba un cargo de importancia dentro de la empresa, sin embargo, no se señala que se trate de un cargo de confianza, ni tampoco que haya tenido suficiente autonomía al adoptarse las decisiones de la empresa, si se toma en cuenta que de acuerdo al perfil de este puesto de trabajo constantemente tenía que reportar al gerente de planta, sólo supervisaba a una persona y el despido del que ha sido víctima ha sido realizado por la supervisora de recursos humanos, lo que revela que su ubicación dentro del nivel jerárquico de la empresa no era el que la demandada le atribuye" (Fundamento 12 de la sentencia de primera instancia).

"En base a lo expuesto en los considerandos precedentes puede concluirse que el cargo de supervisor de mantenimiento que desempeñaba el demandante antes del despido no era un cargo de confianza…." (Fundamento 14 de la sentencia de primera instancia).

"En el presente caso, no existe medio probatorio que permita al operado jurídico establecer de manera concreta las características de las funciones del Supervisor de Mantenimiento de la empresa emplazada, para, de esa forma poder determinar que las desempeñadas por el demandante correspondieron o corresponden a un cargo de confianza". (Fundamento 11 de la sentencia de la ejecutoria superior).

"En conclusión ni los correos electrónicos ni las afirmaciones de la demanda en relación a la "descripción de puesto", anidan una fortaleza tal que, sin otro medio probatorio que las corroboren resulten suficientes como para acoger la contradicción del demandado de rechazar la pretensión incoada". (Fundamento 11 de la sentencia de la ejecutoria superior).

"Además, cabe señalar que conforme a las boletas de pago anexadas a la demanda, el monto de las remuneraciones percibidas por el actor con anterioridad a la remisión de la carta de veintitrés de mayo de dos mil seis, no varía con la nueva categoría atribuida, lo que permite determinar así mismo que tal suma no guarda correspondencia con un cargo de esa envergadura". (Fundamento 14 de la sentencia de la ejecutoria superior).

"Las razones acotadas permiten establecer que la decisión unilateral de la emplazada de cesar al actor ***sin causa justa amparada en ley que la justifique*** *y sin los trámites previos al despido resulta inconstitucional al contravenir los derechos fundamentales al trabajo y al debido proceso del trabajador demandante"* [el subrayado es nuestro]. (Fundamento 15 de la sentencia de la ejecutoria superior).

***D) ANÁLISIS Y COMENTARIOS*:**

Tanto la sentencia de primera como de segunda instancia cumplen con respetar el criterio vertido por el TC. En efecto, en más de una oportunidad el colegiado supremo ha dejado establecido que el cargo de dirección y/o confianza no puede ni debe ser determinado en mérito a la persona que ocupa dicho cargo ni al rótulo del mismo; tampoco puede estar sujeto a un formalismo absoluto que implique el cumplimiento *sine quanon* de los requisitos previstos en el artículo 59° del RLFE. Por el contrario, advirtiendo lo dispuesto en el artículo 60° del mismo cuerpo normativo y en una perfecta aplicación del Principio de Primacía de la Realidad, se señala que la categoría de un trabajador de dirección y/o confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas por el trabajador; vale decir que será lo que aconteció en el terreno de los hechos y no lo documentariamente probado, lo que finalmente prevalecerá en caso de controversia sobre el particular.

Así, en lo que a este apartado se refiere, ambos pronunciamientos resultan inmejorables; resultando más que interesante -por no decir apropiado- que evalúen de manera precisa y particular las características que presentaba en este caso en particular el cargo de Supervisor de Mantenimiento de la entidad emplazada. Ello aunado a una exhaustiva valoración probatoria conlleva a que hablemos de unos fallos inmejorablemente logrados, máxime si el colegiado constitucional hace gala de un criterio razonable y proporcional al abordar en el considerando Décimo Cuarto de su pronunciamiento el “factor remunerativo” el mismo que según los medios probatorios aportado no varió pese a la supuesta promoción efectuada, concluyendo así que el “formalismo” empleado por la demandada al cursar una carta en donde se precisaba que el cargo que ocuparía sería de confianza no resulta ser un elemento probatorio contundente para demostrar la condición de trabajador de confianza del actor.

Reiterando lo expuesto en el capítulo primero del proyecto, se debe precisar que este criterio es refrendado también por la doctrina especializada y por la jurisprudencia comparada. Así, podemos invocar lo precisado por Molero, a título de "criterio jurisprudencial de los cargos de alta dirección" como es la *"irrelevancia del nomen iuris".* En efecto, el autor ibérico señala que resulta irrelevante 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 apliquen; agregando una frase esgrimida por la propia Sala de Madrid: *"……no es la forma o nombre del contrato lo que determina su verdadera naturaleza sino su contenido real"*[113].

Finalmente no puede dejarse de abordar un aspecto sustancial, en la que ambos fallos parecen estar de acuerdo de manera tácita y es que al determinar que el cargo ocupado por el demandante no era un cargo de de confianza y al ser despedido sobre la base de un somero "retiro de confianza" se habría configurado un despido incausado, ello *"al habérsele privado de realizar sus labores sin que exista razón alguna que lo justifique"*[114], ratificando así nuestra postura al respecto de que el retiro de confianza no puede representar -bajo ningún supuesto- una causal de despido.

Sentencia N° 02

"Si el trabajador realizó con anterioridad labores comunes y es promocionado, luego al retirársele la confianza depositada, retomaría

[113] MOLERO MANGLANO, Carlos. *Op. Cit*., pp. 621-624.

[114] Fundamento Décimo Cuarto de la Sentencia de primera instancia.

a realizar las labores anteriores, salvo que se determine que cometió una falta grave que implique su separación de la institución".

A) DATOS RELEVANTES:

Expediente : 9723-2006-0-1701-J-CI-4
Demandante : Luis Eloy Vallejos Andaluz
Demandado : Ministerio de Agricultura/ PETT-Lambayeque
Juzgado : Cuarto Juzgado Especializado Civil de Chiclayo

B) ALCANCES DE LOS PRONUNCIAMIENTOS:

1era. Instancia
Fecha de Sentencia : 23 de Mayo del 2007
Juez : Dr. Héctor Conteña Vizcarra
Fallo : *"DECLARANDO INFUNDADA LA DEMANDA interpuesta por LUIS ELOY VALLEJOS ANDALUZ, contra el PROYECTO ESPECIAL DE TITULACION DE TIERRAS-PETT y el MINISTERIO DE AGRICULTURA…"*

2da. Instancia (Sala Especializada en Derecho Constitucional de Chiclayo)
Fecha : 17 de Enero del 2008
Vocal Ponente : Dr. Edwin Figueroa Gutarra.
Fallo : *"Por estas consideraciones y normas citadas REVOCARON la sentencia de fecha veintitrés de mayo de dos mil siete, de folios ciento diez a ciento doce, expedida por el Cuarto Juzgado Civil de Chiclayo, la cual DECLARA INFUNDADA la demanda…REFORMÁNDOLA, DECLARARON IMPROCEDENTE la demanda…."*

Instancia suprema (Tribunal Constitucional)
Expediente : 0083-2008-PA/TC
Fecha : 01 de Junio del 2010.
Sala : Segunda Sala del Tribunal Constitucional
Fallo : *"1. Declarar FUNDADA la demanda de amparo al haberse acreditado la vulneración del derecho al trabajo; en consecuencia Nulo el despido arbitrario. 2. Ordenar que la Oficina PETT de Ejecución Regional de la Dirección Regional Agraria PETT Lambayeque, reponga a don Luis Eloy Vallejos Andaluz en el cargo que desempeñaba antes que se le promoviera al cargo de confianza o en otro de similar categoría de la entidad demandada..."*

C. EXTRACTOS DE LOS FALLOS EN SUS DIFERENTES INSTANCIAS:

- Delimitación del petitorio: El demandante pretende que se declare nula, inaplicable y sin efecto legal la Resolución Ministerial N° 1207-2006-AG de fecha 22 de septiembre de 2006, mediante la cual se da por concluida a partir de la fecha la designación del recurrente en el cargo de Jefe de la Oficina PETT y que en consecuencia se ordene su reposición en el cargo que venía desempeñando con anterioridad a la designación de Jefe de Oficina PETT (Asesor Legal), pues en mérito al Principio de Primacía de la Realidad el contrato de locación de servicios suscrito con la entidad emplazada se había desnaturalizado habiendo adquirido la calidad de trabajador permanente.

- Contestación de la demanda: El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Agricultura contesta la demanda alegando que el actor contaba con un puesto de confianza, desempeñándose al momento de su cese como Jefe de la Oficina PETT de Ejecución Regional de Lambayeque cargo en el que no se

tiene derecho a reposición sino sólo a una indemnización, no habiendo tenido el actor una relación de dependencia con el PETT con anterioridad a su designación como Jefe de tal entidad; existiendo en todo caso una vía igualmente satisfactoria para ventilar el asunto litigioso.

- Extractos relevantes:

"Si bien los trabajadores de la entidad pública demandada están sujetos al régimen laboral de la actividad privada (artículos 3° y 32° del Decreto Supremo 064-2000-AG) resulta sin embargo aplicable las normas sobre acciones de personal establecidos en los artículo 74° y siguientes del D.S. 005-90-PCM" (Fundamento 3 de la Resolución de primera instancia).

"Lo señalado en los anteriores considerandos lleva a concluir que la pretensión del demandante de que se le reincorpore en el cargo que desempeñaba antes de producirse su cese no resulta amparable, dado que al ser la designación una acción personal de carácter temporal, no es procedente que se pretenda adquirir estabilidad laboral en dicho puesto" (Fundamento 4 de la Resolución de primera instancia).

"Señala el actor que en la Resolución Ministerial 1207-200-AG, al dejar sin efecto su designación, debió en todo caso disponer que él continúe en el puesto anterior a su designación como Jefe del PETT, por cuanto antes de su designación ya tenía un derecho laboral adquirido; en relación a ello, se aprecia a fojas diecinueve a veinticinco que el actor celebra con fecha uno de Julio del dos mil tres contrato de prestación de servicios de consultoría por el lapso de seis meses (uno de Julio al 31 de Diciembre del dos mil tres) servicio de consultoría que sería prestado en la oficina del PETT de ejecución Regional de Lambayeque o en provincias; se aprecia de ello que tal labor de consultoría de ninguna manera puede asimilarse ni derivar en una relación de tipo laboral; ello por cuanto por su propia naturaleza y por las cualidades del contratado, no puede pretenderse que al término del contrato de consultoría se pretenda alcanzar estabilidad laboral en la empresa contratante". (Fundamento 7 de la Resolución de primera instancia).

"Entrando al análisis del caso propuesto se tiene que aún cuando la demanda se trata de una entidad estatal; de acuerdo con el artículo treinta y dos del Reglamento de Organización y Funciones del Proyecto Especial de Titulación de tierras y Catastro Rural PETT; aprobado por Decreto Supremo N° 064-200-AG, el régimen laboral de su personal es el de la actividad privada, por lo que a los trabajadores de la emplazada es aplicable el Texto Único Ordenado de la Ley N° 003-97-TR y no la

Ley Base de la Carrera Pública N° 276 y su Reglamento aprobado por Decreto Supremo N° 005-90-PCM; por consiguiente la designación como acción personal con arreglo a lo dispuesto por el artículo 77 de este último texto normativo al ser propio de los servidores de la Administración Pública no rige para el demandante como sugiere la recurrida en su considerando tercero" (Fundamento 4 del Voto en discordia emitido por el Sr. Vocal de la Sala de Derecho Constitucional Dr. Daniel Carrillo Mendoza).
"En tal sentido nos encontramos ante un trabajador de la actividad privada frente en un cargo de confianza del que ha sido despedido" (Fundamento 5 del Voto en discordia emitido por el Sr. Vocal de la Sala de Derecho Constitucional Dr. Daniel Carrillo Mendoza).

"En este contexto el TC al interpretar el artículo cincuenta y nueve y sesenta del Reglamento del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-96-TR, en la STC N° 746-2003-AA/TC y N° 4482-2004-AA/TC ha establecido que: "(…) a quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición…." Sino sólo la acción indemnizatoria" (Fundamento 7 del Voto en discordia emitido por el Sr. Vocal de la Sala de Derecho Constitucional Dr. Daniel Carrillo Mendoza).

"En el presente caso, las partes están de acuerdo que el demandante durante los últimos tres años ha venido desempeñando un cargo de confianza; por lo que teniendo en cuenta que la contratación de este tipo de trabajadores tiene su fundamento en la confianza personal de los funciones del gobierno de turno; es lógico que al desaparecer el elemento base de su contratación (la confianza) el cese de actor se encuentra plenamente justificado, no correspondiendo por consiguiente en este caso reposición alguna ni en el cargo del que fuera licenciado ni en el que ejerció antes de su promoción. La conclusión arribada no es óbice para eventualmente, de ser el caso, el actor pudiera reclamar algún derecho de carácter indemnizatorio en la vía ordinaria pertinente" (Fundamento 8 del Voto en discordia emitido por el Sr. Vocal de la Sala de Derecho Constitucional Dr. Daniel Carrillo Mendoza).

"En tal sentido, la cuestión controvertida consiste en determinar: (i) si los contratos de servicios no personales suscritos por el actor fueron desnaturalizados en contratos de trabajo indeterminados, en aplicación del principio de primacía de la realidad; y (ii) si existió una relación laboral de confianza entre el demandante y la emplazada debido a que el actor en su demanda ha manifestado que ingresó a laborar con el cargo de Asesor Legal, y luego fue designado como Jefe de la Oficina PETT de Ejecución Regional de Lambayeque" (Fundamento 3 de la Ejecutoria Suprema emitida por el TC).

"Por otro lado, respecto al segundo período laboral se tiene que mediante Resolución Ministerial N° 0806-2003-AG el demandante es nombrado Jefe de la Oficina PETT de Ejecución Regional-Lambayeque a partir del 6 de noviembre de 2003 hasta el 23 de setiembre del 2006, fecha en que es cesado mediante Resolución Ministerial N° 1207-2006-AG. ***Estas funciones se entienden de***

confianza por la naturaleza de las funciones realizadas y del cargo directivo que ostenta*. (STC 8146-2005-AA)"* [el subrayado es nuestro]. (Fundamento 8 de la Ejecutoria Suprema emitida por el TC).

"Entonces, este colegiado concluye que el recurrente teniendo una relación laboral ordinaria de Asesor Legal fue promovido a un cargo de confianza, Jefe de la Oficina PETT de Ejecución Regional-Lambayeque, y que, al retiro de la confianza de este cargo directivo, fue cesado en sus funciones". (Fundamento 9 de la Ejecutoria Suprema emitida por el TC).

"Por tanto, habiéndose acreditado que el demandante ha sido un trabajador común que fue promovido a un cargo de confianza, y no habiéndose acreditado la existencia de comisión de falta grave que legitime la terminación de la relación laboral, se debe estimar la demanda. En consecuencia, deberá disponerse la reincorporación del demandante en el cargo de Asesor Legal de la Oficina del PETT de Ejecución Regional Agraria PETT-Lambayeque del Ministerio de Agricultura o en otros similar de la entidad demandada". (Fundamento 11 de la Ejecutoria Suprema emitida por el TC).

D. ANÁLISIS Y COMENTARIOS:

A diferencia del fallo anterior, encontramos en el presente un déficit acentuado, el cual no sólo repercute en el marco conceptual del tema bajo comento sino que se extiende a un foro adicional como resulta ser la no aplicación del Principio de Primacía de la Realidad. El discernimiento utilizado por el A quo es ratificado por la Sala de Derecho Constitucional de nuestra ciudad, quien absolviendo el grado de apelación ratifica que los trabajadores de dirección y/o confianza no pueden ser pasibles de una estabilidad absoluta y por lo tanto no pueden ser repuestos en el cargo que venían ocupando en el momento del despido, así como tampoco en el cargo que ocupaba con anterioridad a su promoción (voto en discordia), este último criterio resulta errado por donde se le mire.

El Cuarto Juzgado Especializado en lo Civil de Chiclayo, comete un primer y grosero error, al calificar el régimen legal en el que se enmarca la labor del actor. En efecto, pese a que llega precisar que la función desempeñada

por el demandante se regula por el régimen normativo de la actividad privada (LPCL), agrega que también se rige por la Ley de Bases de la Carrera Administrativa, lo cual desestima su pretensión pues su designación viene a ser -en palabra del Juzgador- *"una acción personal de carácter temporal y no puede ser objeto de estabilidad laboral"*. Sobre el particular no se puede dejar de advertir la similitud con el fallo del TC de fecha 09 de Julio del 2009 emitido con ocasión del Expediente N° 1042-2007-PA/TC (Fundamento Tercero).

Pero el A quo tuvo la oportunidad de subsanar tal error al momento de abordar el tema de fondo. Y es que como bien señala, la pretensión del actor era: "ser repuesto al cargo inmediatamente anterior al que accedió por promoción" (este último categorizado como cargo de confianza). No obstante, incide en un nuevo error al analizar la función anterior desempeñada por el demandante (Asesor Legal de la entidad emplazada), incidiendo en la naturaleza de su contrato, uno de locación de servicios por consultoría; promoviendo una motivación sobre la base de un formalismo nato y privilegiando inexplicablemente la cuestión documentaria. Lo descrito en el Fundamento Sétimo de la sentencia de primera instancia es un claro ejemplo de lo fatídico que resulta emplear una "analogía implacable" y no analizar el caso en particular, así como sus implicancias y características propias.

Por otro lado, la sentencia del Ad quem no resulta trascendente en lo absoluto para los fines del presente estudio. Distinto sin embargo, resulta ser el argumento expuesto por uno de los Magistrados integrantes de la Sala al momento de emitir su voto en discordia. Se subsana inicialmente el primer error del A quo -comentado precedentemente- definiéndose de manera acertada el aspecto controvertido, pues efectivamente *"nos encontramos ante un trabajador de la actividad privada frente a un cargo de confianza del que ha sido despedido"* (Fundamento Quinto -in fine- del

voto en discordia). No obstante, el fundamento octavo también resulta ambivalente.

El criterio esgrimido por el Magistrado se ajusta a pronunciamientos de inicios de década, cuando en la Casación N° 820-2002-Lambayeque[115] se dejaba establecido que: *"El retiro de la confianza de un trabajador de dirección constituye despido, pese a que se trata de un derecho del empleador previsto en el artículo 9° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, este afecta la estabilidad relativa que tienen los trabajadores de esta categoría, lo cual tiene como efecto el pago de la indemnización correspondiente [y la consecuente extinción definitiva del vínculo laboral]"*, distando mucho del criterio actual asumido por el TC, el cual ha previsto que: "(...) si el trabajador realizó con anterioridad labores comunes y luego es promocionado, luego al retirársele la confianza depositada, retornaría a realizar las labores anteriores y no perder el empleo, salvo que se determine que cometió una falta grave que implique su separación de la institución" (Fallos del TC de fecha 17 de Mayo del 2010 y 13 de Noviembre del 2007, emitidos con ocasión de los Expedientes N° 03043-2009-PA/TC y N° 756-2007-PA/TC, respectivamente). Si bien estas ejecutorias supremas son posteriores a la dación de la sentencia de vista, no se debe dejar de mencionar que aquellas han sido emitidas sobre la base de un caso anterior, el tantas veces mencionado Caso BCR, emitido antes de que la Sala Constitucional de nuestra ciudad fallara en tal sentido; lo cual deja abierta la brecha al respecto de su "no idónea" motivación.

Con todo, la posición asumida posteriormente por el TC al dirimir el recurso de agravio constitucional interpuesto por el demandante, deja claro que los errores anotados fueron en efecto subsanados. No obstante, es menester señalar que, en el presente caso, nuestros Magistrados (de ambas

[115] Publicada en el Diario Oficial "El Peruano" el 01 de Marzo del 2004.

instancias) no aplicaron correctamente el criterio jurisprudencial vertido por el TC.

Sentencia N° 03

"El ingreso mediante concurso público de un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada no genera una estabilidad laboral absoluta, si se comprueba que el cargo al que accedió tiene la calidad de cargo de confianza".

A) DATOS RELEVANTES:

Expediente	: 5626-2003-0-1701-J-CI-7
Demandante	: Carlos Humberto Vásquez Samamé
Demandado	: Zona Registral II - Sede Chiclayo
Juzgado	: Séptimo Juzgado Especializado Civil de Chiclayo

B) ALCANCES DE LOS PRONUNCIAMIENTOS:

1era. Instancia

Fecha de Sentencia	: 16 de Enero del 2004
Juez	: Dr. César Eduardo Burga Díaz
Fallo	: *"Declarando INFUNDADA la excepción de falta de agotamiento de las vías previas e INFUNDADA la demanda de acción de amparo interpuesta por don Carlos Humberto Vásquez Samamé contra el Ministerio del Interior…"*

2da. Instancia	(Segunda Sala Civil de Lambayeque)
Fecha	: 17 de Septiembre del 2004
Vocal Ponente	: Dr. Carlos Silva Muñoz

Fallo : *"CONFIRMAR la sentencia número siete, su fecha dieciséis de enero del año en curso…que declara INFUNDADA la demanda de acción de amparo..."*

Instancia suprema (Tribunal Constitucional)
Expediente : 4516-2004-AA/TC
Fecha : 04 de Marzo del 2005
Sala : Segunda Sala del Tribunal Constitucional
Fallo : *"Declarar INFUNDADA la acción de amparo".*

C) EXTRACTOS DE LOS FALLOS EN SUS DIFERENTES INSTANCIAS:

- Delimitación del petitorio: El demandante pretende que se declare nula e ineficaz la Resolución Jefatural N° 569-2003/Z.R.N° II-JEF de fecha 14 de Agosto del 2003, la misma que da por concluida la designación del demandante como Gerente de Administración y Finanzas de la Zona Registral II-Sede Chiclayo y se ordene su reposición en dicho cargo.

- Contestación de la demanda: El representante de la entidad emplazada solicita que la demanda se declare improcedente, pues el demandante desempeñó un cargo de confianza. El Procurador Adjunto Ad Hoc a cargo de asuntos judiciales del Ministerio de Justicia propone excepción de falta de agotamiento de la vía administrativa y solicita la demanda se declare improcedente o infundada pues la emplazada estaba facultada para retirar la confianza al demandante cuando lo estime conveniente, al ser el suyo un cargo de confianza.

- Extractos relevantes:

"Que, a fojas cinco, corre copia de la Resolución Jefatural N° 189-2002/ORNOM-JEF de fecha veintisiete de mayo del dos mil dos, por la cual se designa al actor, a partir de esa fecha, Gerente de Administración y Finanzas de la Oficina Registral Nor Oriente del Marañón, cargo que -se precisa expresamente- es de confianza. Así consta también en la Resolución Jefatural N° 142-2002/ORNOM de fecha quince de abril del mismo año, mediante la cual se convocó al Concurso Público para cubrir, entre otras la mencionada Gerencia de Administración y Finanzas; en cuyo artículo primero se indica: "aprobar el reglamento del Concurso Público de Méritos N° 001-2002/ORNOM para cubrir los puestos de confianza de Gerente de Administración y Finanza; lo cual acredita que el, puesto al que postuló y luego obtuvo el demandante era uno de confianza" (Fundamento 3 de la Resolución de primera instancia).

"En consecuencia, el actor fue consciente desde un primer momento de la naturaleza de confianza del puesto al que postulaba, no pudiendo alegar que desconocía este hecho o que la demandada lo haya ocultado" (Fundamento 4 de la Resolución de primera instancia).

"…. Y como expresamente lo reconoce el demandante, su cargo dependía directamente de la Jefatura de la Oficina, que es personal de dirección; sus funciones eran -entre otras- la de asesorar a la Jefatura…dictaminando y opinando sobre aspectos de su competencia; abrir cuentas bancarias y colocar los recursos financieros de la Oficina, formular balances y estados financieros…todo lo cual implica el uso de información reservada. Queda pues, en consideración de este Juzgado, plenamente acreditada la naturaleza de confianza de la función desempeñada por el demandante" (Fundamento 5 de la Resolución de primera instancia).

"Que, el hecho de que en la liquidación de beneficios sociales que demandada ha elaborado ***se haya incluido el pago de una indemnización por despido arbitrario*** *no implica un reconocimiento de la ausencia de confianza en la relación laboral"* [el subrayado es nuestro] (Fundamento 8 de la Resolución de primera instancia).

"Que el demandante no puede alegar válidamente que su cargo no era de confianza, pues su misma resolución de nombramiento, copia de la cual ha sido presentada por su parte en el folio cinco, expresamente señala que se le designa en el cargo de confianza de Gerente de Administración y Finanzas, y que en tal condición ha venido laborando sin que haya sido cuestionada por su parte la forma de su designación" (Fundamento 2 de la Resolución de segunda instancia).

"La cuestión controvertida se circunscribe a dilucidar si el cese del recurrente en el cargo de Gerente de Administración y Finanzas de la Zona Registral N° II- Sede Chiclayo, constituye un despido injustificado, como este afirma, o si se trató de retiro de confianza, como mantiene la emplazada" (Fundamento 1 de de la Ejecutoria Suprema emitida por el TC).

"En consecuencia está acreditado en autos que el cargo que ocupaba el demandante era de confianza, razón por la cual su cese no ha supuesto la vulneración de los derechos constitucionales invocados" (Fundamento 3 de la Ejecutoria Suprema emitida por el TC).

D) ANÁLISIS Y COMENTARIOS:

La jurisprudencia bajo comento resulta muy interesante ya que aborda dos temas trascendentales y componentes del engranaje jurisprudencial del tema materia de estudio: a) El despido de un trabajador que ha accedido de manera directa y desde un inicio de la relación laboral a un cargo de confianza; y b) Las implicancias legales de haber accedido a dicho puesto vía concurso público de méritos.

Pero cabe destacar inicialmente una labor bastante saludable desplegada por el A quo, el cual se encarga de delimitar el puesto del demandante pero no sobre una base documentaria en exclusiva (nos referimos a la Resolución Jefatural que convoca a concurso público para acceder al puesto de Gerente de Administración y Finanzas y a la Resolución Jefatural de nombramiento en el cargo; documentos que contemplaban a dicho cargo como uno de confianza en estricto), sino sobre la base de lo sucedido en la realidad de los hechos, lo cual lo lleva a concluir que en efecto se estaba ante un cargo de confianza.

En lo que respecta a lo anotado anteriormente se debe incidir en que tanto la sentencia de primera como de segunda instancia admiten que el puesto que venía ocupando el demandante era uno “de confianza” y por lo tanto resulta imposible contemplar su reposición, máxime si el demandante tenía perfecto conocimiento -desde el inicio de la relación laboral- el estatus de su cargo. Con ello se ratifica la posición vertida por el TC en el Caso BCR que al respecto precisa: *“Por lo que si un trabajador desde el inicio de sus labores conoce de su calidad de personal de confianza o dirección, o por el hecho de realizar labores que implique tal calificación, estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en su empleo, de lo contrario solo cabría la indemnización o el retiro de la confianza depositada en él, tal como*

viene resolviendo este Colegiado" (Fundamento Décimo Sexto)*;* además de lo señalado -bajo el mismo contexto- en el Expediente N° 4492-2004-AA/TC de fecha 17 de Febrero del 2005, cuando señala que: *"…..y con relación a los trabajadores de confianza, tal como lo ha establecido este Tribunal en la Sentencia N.° 0746-2003-AA/TC, a quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de accionar en la vía correspondiente"* (Fundamento Segundo)

Por otro lado, con respecto a las implicancias legales de acceder a un cargo de confianza vía concurso público de méritos, habría de destacar que el criterio asumido por ambas instancias se ajusta también al vertido por el TC, quien de manera reiterada ha precisado que resulta irrelevante que el accionante invoque que ha accedido al puesto de trabajo mediante concurso público de méritos, ello porque la cuestión controvertida debe circunscribirse a la naturaleza de la función desempeñada, tal y conforme lo ha reiterado el colegiado supremo en las sentencias emitidas con ocasión del Expediente N° 08146-2005-PA/TC del 23 de Noviembre del 2005, que señala: *"El recurrente afirma que el cargo de Gerente de Captaciones y Finanzas, que desempeñaba, no era de confianza debido a que él fue el ganador del concurso público convocado para desempeñar dicho cargo. Sobre el particular, debemos señalar que en autos no obra prueba alguna que demuestre que la Caja emplazada haya convocado a concurso público para el desempeño de dicho cargo; además, en caso de que haya concurso público para seleccionar un cargo, ello no implica que no sea de confianza, ya que la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas, como es el caso del Gerente de Captaciones y Finanzas de la Caja Municipal de Tacna S.A."* (Fundamento Sexto). En ese orden de ideas, se postulan los siguientes fallos: a) El emitido con ocasión del Expediente N° 3349-

2007-PA/TC el cual señala: *"Cabe aclarar que en el texto de los avisos de convocatoria aludidos no se especifica expresamente que se trate de un cargo de confianza, indicándose únicamente que el objeto del concurso es cubrir la plaza vacante de Jefe de la Oficina de Administración de La Libertad"* (Fundamento Sexto)*;* b) El emitido con ocasión del Expediente N° 746-2003-AA/TC que señala: *"…..afirma que el cargo que desempeñaba no tiene la calificación de cargo de confianza debido a que fue nombrada por concurso público ….En ese sentido, en autos no se ha acreditado fehacientemente la calificación del cargo de la demandante a fin de determinar si le corresponde su reposición o, por haber ejercido un puesto de confianza, sólo la acción indemnizatoria…"* (Fundamento Segundo y Tercero); y, c) El emitido con ocasión del Expediente N° 02594-2007-PA/TC, que precisa: *"…..De lo obrante en autos, se observa lo siguiente: A fojas 3 y 4: el acta de selección de personal para el cargo de contador, observándose que el recurrente ingresó mediante concurso público y no por cargo de confianza….Se concluye, entonces, que las labores realizadas por el trabajador como contador no puede considerarse como de dirección o confianza".* (Fundamento Quinto).

Finalmente, un tema para destacar resulta ser el somero pronunciamiento emitido por el TC al respecto de la calidad del despido (un aspecto reincidente si tomamos en cuenta lo expuesto en el capítulo anterior). En efecto, pese a que a nuestro entender, el colegiado se pronuncia acertadamente sobre la categoría del trabajador, se precipita al consignar que en el caso abordado o *"se trata de un despido injustificado o de un retiro de confianza"*, delimitando un no tan claro precedente, máxime si concluye que al comprobarse que el cargo que ostentaba el demandante era uno de confianza, la disolución del vínculo -por retiro de confianza- no ha supuesto afectación alguna. Lo anecdótico del caso, es que ninguna instancia se pronuncia de lleno

sobre la indemnización por despido arbitrario otorgada por la entidad emplazada al demandante, justamente tras despedirlo por el "retiro de la confianza"; un aspecto que ratificaría nuestra posición al respecto del despido de estos trabajadores en particular y que se irá poniendo de manifiesto en líneas subsiguientes.

Sentencia N° 04

"Si bien el demandante ingresó a laborar vía contrato de trabajo sujeto a modalidad, se debe prevenir que el mismo se habría desnaturalizado, convirtiéndose en uno de duración indeterminada; por lo que al habérsele retirado la confianza en el cargo al que fuera promocionado posteriormente, tendría que regresar a realizar labores comunes u ordinarias del puesto primigenio"

A) DATOS RELEVANTES:

Expediente : 6662-2006-0-1701-J-CI-3°
Demandante : Ricardo Antonio Cabrera Samamé
Demandado : Es-Salud/ Seguro Social de Salud
Juzgado : Tercer Juzgado Especializado Civil de Chiclayo

B) ALCANCES DE LOS PRONUNCIAMIENTOS:

1era. Instancia
Fecha de Sentencia : 27 de Noviembre del 2006
Juez : Dr. Cástulo Rojas Díaz
Fallo : *"Declarando INFUNDADA la demanda de folios cuarenta y cuatro a cincuenta y dos sobre acción de amparo.*

Infundada la excepción de incompetencia, deducida por el Procurador Público, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo"

2da. Instancia (Sala Especializada en Derecho Constitucional de Chiclayo)
Fecha : 24 de Mayo del 2007
Vocal Ponente : Dr. Franklin Rodríguez Castañeda
Fallo : *"Confirmaron la sentencia apelada de fecha veintisiete noviembre del año dos mil seis….; DEJARON a salvo el derecho del demandante para que haga valer sus derechos a que se contrae el último considerando pertinente"*

Instancia suprema (Tribunal Constitucional)
Expediente : 03494-2007-PA/TC
Fecha : 13 de Noviembre del 2008
Sala : Primera Sala del Tribunal Constitucional
Fallo : *"1. Declarar FUNDADA la demanda 2. Ordenar la reincorporación de don Ricardo Antonio Cabrera Samamé en el cargo de Médico Cirujano u otro de similar categoría de la entidad demandada.*

C. EXTRACTOS DE LOS FALLOS EN SUS DIFERENTES INSTANCIAS:

- Delimitación del petitorio: El demandante pretende que se declare inaplicable y sin efecto legal la resolución de Presidencia Ejecutiva N° 224-ESSALUD-2006, en consecuencia se declare nula la conclusión del contrato de trabajo, debiéndose incorporarlo al cargo que desempeñaba antes de producirse la violación al derecho constitucional al trabajo.

- Contestación de la demanda: El Procurador Público a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, deduce excepción de incompetencia y contesta la demanda solicitando se declare improcedente o infundada. La demandada Es-Salud contesta la demanda indicando que se procedió al retiro de la confianza dada la calidad de Director del Centro Médico de Cayalti.

- Extractos relevantes:

"La excepción propuesta debe desestimarse, en principio, porque la relación laboral entre las partes en conflicto se sujeta a las reglas previstas en el Decreto Supremo 003-97-TR…." (Fundamento 3 de la Resolución de primera instancia),

"Que, acorde a lo antes expuesto, la pretensión para que se ordene la reposición en el puesto que venía desempeñando, médico cirujano del Centro de Cayalti, es infundado, al no haberse acreditado tal actividad, suerte igual que debe seguirse en lo que respecta a la nulidad de la Resolución de Presidencia Ejecutiva 224-PE-ESSALUD-2006, pues teniendo el demandante un cargo de confianza, por la propia naturaleza de éste, no es posible su reposición al mismo, en todo caso, el actor tendrá derecho a la indemnización…." (Fundamento 8 de la Resolución de primera instancia).

"Que, si bien el demandante ha tenido una actividad laboral sin solución de continuidad para un mismo empleador, ESSALUD, desde el 02 de febrero de 1997 al 30 de marzo del 2006, conforme aparece, además de sus boletas de pago de folios catorce a quince, sin embargo, las actividades desplegadas han sido distintas, en un inicio como médico cirujano (once meses) y luego como Director (cargo de confianza), por más de ocho años, sin embargo al no haber acreditado que su ingreso a la demandada fuese por concurso, o que a la fecha del cese (marzo del 2006) se desempeñaba, adicionalmente, como médico cirujano, o en su caso, que la primigenia designación (enero del 2008) haya sido con retención de cargo, es decir, que al término de la designación ordene su reincorporación a la plaza que tenía, por lo que siendo así la demanda es infundada" (Fundamento 9 de la Resolución de primera instancia).

"Si bien es verdad, de autos está probado que el demandante trabajó como médico cirujano hasta el mes de febrero de mil novecientos noventa y ocho; sin embargo al existir el contrato y resolución de designación en el cargo de confianza de director del Centro de Salud de Cutervo con retroactividad al primero de enero de mil novecientos noventa y ocho que corren a folios diez a once, se determina que el

actor consintió tal designación con dicha retroactividad por no haberlo cuestionado". (Fundamento 9 de la Resolución de segunda instancia).

"Que, es de precisar….estipulan al personal de dirección y de confianza dentro del régimen de la actividad privada, sin considerar la promoción del trabajador al cargo de confianza con retención de su cargo ordinario, en tal sentido, el trabajador de dirección o cargo de confianza, no puede ser restituido a su cargo o puesto originario al eliminarse el elemento esencial –la confianza- que inspiró la promoción del trabajador contratado que fuera promocionado, tal como así lo ha determinado el Tribunal Constitucional en su sentencia derivada del Expediente número 4492-2004-AA/TC" (Fundamento 10 de la Resolución de segunda instancia).

"Conforme a lo señalado en los fundamentos precedente, se advierte que el demandante ingresó a laborar en la entidad demandada realizando labores comunes u ordinarias, siendo posteriormente designado en el cargo de confianza, para desempeñar labores como Director del Centro Médico de Cutervo, razón por la que a la conclusión de dicha designación debió reincoporporarse en el cargo de Médico cirujano de la institución demandanda, lo cual no ha ocurrido en autos; siendo así y no habiéndose acreditado la existencia de comisión de falta grave que legitime la terminación de la relación laboral, se debe estimar la demanda" (Fundamento 7 de la Ejecutoria Suprema emitida por el TC).

D. ANÁLISIS Y COMENTARIOS:

La jurisprudencia bajo comento reincide en un error sistemático al momento de abordar el tema del proyecto. Así, pese a que la tesis inaugural que se esgrime es válida, pues se afirma que por la condición de trabajador de confianza la reposición resulta inaplicable, siendo admitida únicamente una indemnización por el despido arbitrario que sufrió; el fundamento complementario resulta antijurídico. A saber porque.

El A quo se cuestiona sobre el período laborado por el actor, precisando -con veracidad- que este ha laborado por un plazo superior a los ochos años. Sin embargo y pese a especificar que el demandante ocupó durante dicho período dos cargos (uno ordinario inicialmente y uno de confianza con posterioridad), plantea un fundamento incongruente. En efecto, ninguno de los argumentos expuestos en la parte considerativa se ajusta al criterio jurisprudencial vertido por el TC para estos casos; pues ni el ingreso por concurso, ni que al momento del cese haya probado que

realizaba otra labor y mucho menos que la designación en el puesto de confianza haya sido con retención del cargo, se ajusta a dicho criterio.

En lo que al superior jerárquico compete, su fundamento sigue la suerte del esgrimido por el Juez de primera instancia, siendo preocupante que se pronuncie sobre la *"retroactividad de la fecha del contrato y la resolución en el cargo de confianza"* (Fundamento Noveno); que representa afirmar que la Sala Superior, pese a advertir que el demandante a laborado durante un período en un puesto distinto al fijado en su contrato (un cargo de confianza además), el hecho de que el actor haya suscrito su nuevo contrato con fecha anterior involucra que *"habría consentido la designación con dicha retroactividad"*; lo cual en buenos términos representaría una renuncia a un derecho laboral (la estabilidad laboral al haberse desnaturalizado el contrato de trabajo sujeto a modalidad que suscribió), un derecho que por mandato constitucional es irrenunciable.
Con todo el Ad quem también deja de ajustarse al criterio vertido por el TC, el cual es claro en señalar que, como en el caso de autos, al comprobarse la existencia de una relación laboral ordinaria y antecedente al desempeño de cargo de confianza, corresponde su retorno a ese puesto originario. Lo que la Sala hace es aplicar con absoluto desacierto el criterio contemplado en una sola jurisprudencia la cual evidentemente no guarda relación con el caso *sub litis* (nos referimos al Exp. N° 4492-2004-AA/TC), dejando de aplicar, como si correspondía y como lo hace en sede suprema el TC, el tantas veces citado Principio de Primacía de la Realidad.

Sin embargo, como atenuante es menester señalar que a la fecha de emisión, tanto de la resolución de primera como de segunda instancia, el precedente del TC al respecto aún no había sido publicado.

Sentencia N° 05

"El último cargo desempeñado por el demandante es el de Supervisor Zonal, por lo que las funciones realizadas por este tienen el carácter de permanente y no de temporal; además y a diferencia de un Gerente de Administración y Finanza, aquel puesto no resulta ser uno de confianza…."

A) DATOS RELEVANTES:

Expediente	: 1780-2007-0-1701-J-CI-4
Demandante	: José Wilfredo Hernández Jiménez
Demandado	: Entidad Prestadora de Servicios de Saneamiento de Lambayeque SA (EPSEL SA)
Juzgado	: Cuarto Juzgado Especializado Civil de Chiclayo

B) ALCANCES DE LOS PRONUNCIAMIENTOS:

1era. Instancia

Fecha de Sentencia	: 13 de Junio del 2007
Juez	: Dr. Héctor Conteña Vizcarra
Fallo	: *"FALLA: DECLARANDO FUNDADA la demanda interpuesta …..en consecuencia NULO Y SIN EFECTO LEGAL el despido de hecho del que fue objeto, al darse por concluida la relación laboral existente entre las partes, ORDENO que la entidad demandada REINCORPORE al accionante, en el PLAZO DE DOS DIAS, en el mismo puesto que venía ocupando hasta antes de la vulneración de su derecho constitucional, o en uno de similar categoría".*

2da. Instancia (Sala Especializada en Derecho Constitucional de Chiclayo
Fecha : 15 de Abril del 2008
Vocal Ponente : Dr. Manuel Huangal Naveda
Fallo : *"REVOCARON la sentencia de fecha trece de junio del dos mil siete…que declara Fundada la demanda de amparo…y REFORMÁNDOLA declararon INFUNDADA en todos sus extremos…"*

Instancia suprema (Tribunal Constitucional)
Expediente : 02463-2008-AA/TC
Fecha : 31 de Mayo del 2010
Sala : Segunda Sala del Tribunal Constitucional
Fallo : *"Declarar FUNDADA la demanda"*

C) EXTRACTOS DE LOS FALLOS EN SUS DIFERENTES INSTANCIAS:

- Delimitación del petitorio: El demandante pretende que se deje sin efecto su despido injustificado y en consecuencia, se ordene su reposición en el cargo que venía desempeñando como Supervisor Zonal, señala que tenía un contrato de naturaleza indeterminada por desnaturalización de su contrato.
- Contestación de la demanda: La emplazada señala que el amparo no es la vía idónea para resolver la pretensión toda vez que existen hechos controvertidos que requieren de actuación probatoria. Así mismo precisa que el demandante no acredita la violación del derecho constitucional al trabajo, pues tenía pleno conocimiento que la conclusión del vínculo laboral se debía a la no renovación de su último contrato por servicio específico que tenía con la empresa.

- Extractos relevantes:

"Con fecha diez de Enero del dos mil cinco el actor suscribe contrato de trabajo, en la modalidad de servicio específico de duración determinada, con vigencia hasta el ocho de abril del dos mil cinco, para que se desempeñe como supervisor zonal; contrato que es renovado hasta el treintiuno de diciembre del dos mil cinco (fojas ocho a diez); y, con fecha uno de enero hasta el 31 de diciembre del dos mil seis, el actor es contratado en la misma modalidad laboral, para que se desempeñe como gerente de administración y finanzas - fojas once". (Fundamento 3 de la Resolución de primera Instancia).

"Estando a ello, no es correcto que la contratación de un gerente administrativo y financiero sea calificado como de servicio específico, carácter específico este que como lo define el artículo 63° del Decreto Supremo 003-97-TR, tiene por objeto la ejecución de prestaciones de carácter temporal, con una meta temporalmente delimitada; lo cual no es coherente que se pregone de la labor que desempeña un gerente administrativo y financiero en una empresa de duración indefinida; lo que evidencia la existencia de fraude en la celebración de los contratos bajo modalidad de prestación de servicio específico". (Fundamento 7 de la Resolución de primera Instancia).

"Lo mismo cabe decir respecto de la labor de supervisor de zonales; ya que como se señaló en el sexto considerando, la empresa demandada tiene un ámbito de influencia en varias provincias, lo que obviamente requiere de supervisores en cada una de las dependencias con que cuenta la empresa prestadora de servicios, lo que tampoco justifica que se contrate a un supervisor de zonales para la prestación de un servicio específico". (Fundamento 8 de la Resolución de primera instancia).

"El Tribunal Constitucional tiene establecido que en controversias como la que se presenta en estos actuados, debe dilucidarse si el contrato para servicio específico ha sido desnaturalizado, para lo cual ha de ser analizado el elemento justificante para la celebración de una contratación personal". (Fundamento 7 de la Resolución de segunda instancia).

"Su contratación fue para prestar servicio específico, como supervisor de Zonales, Sub Gerencia de Medición, Facturación y cobranzas primero, y posteriormente como Gerente de Administración y Finanzas; la misma que realizó durante su permanencia en la empresa, debiendo advertirse que en el contrato correspondiente al año dos mil seis se especifica que el cargo de Gerente de Administración y Finanzas era uno de confianza". (Fundamento 8 de la Resolución de segunda instancia).

"Si bien se contrata al actor para realizar servicio específico, del "Memorandum N.º 938-2005-EPSEL S.A.-GA/O.R.H." de fecha 11 de agosto de 2005, se constata que se le designa provisionalmente Gerente de Administración y Finanzas (F. 12); del Memo N.º 145-2006-EPSEL S.A./GG, de fecha 15 de febrero de 2006, se le rota al cargo de Jefe del Departamento de Medición de la Subgerencia de Medición, Facturación y Cobranza (F. 13); del Memo N.º 366-2006-EPSEL S.A./GG7ORR.HH, de fecha 16 de marzo de 2006, se le encarga la "gestión de la Administración de Servicios de la Localidad de Pósope Alto (F. 14); del Memo N.º 547-2006-EPSEL S.A-GG/ORH, de fecha 5 de mayo de 2006, se dispone que "retorne a sus labores habituales como Jefe Dpto. Medición-Subgerencia Medición, Facturación y Cobranzas, a órdenes del CPC. Enrique Céspedes Cumpa." (F.

15); finalmente en el Memo de fecha 17 de mayo de 2006, se le rota al cargo de Supervisor de Zonales (F. 16)". (Fundamento 7 de la Ejecutoria Suprema emitida por el TC)

"A mayor abundamiento, a fojas 229 se tiene el Manual de Organizaciones y Funciones - MOF, donde se especifica el cargo desempeñado por el demandante, que es de Supervisor Zonal, por lo que las funciones realizadas por el demandante tienen el carácter de permanente, y no temporal, además que no constituye cargo de confianza". (Fundamento 8 de la Ejecutoria Suprema emitida por el TC)

D) ANÁLISIS Y COMENTARIOS:

Se debe incidir en que los fallos materia de análisis y comentarios tienen un trasfondo diferente al tema del proyecto, sin embargo resulta interesante abordar algunos de sus aislados fundamentos sobre el particular, pues nos ayudarán a sacar a la palestra aspectos no tan comunes -aún- para nuestra jurisprudencia nacional, pero que a la fecha si han venido siendo desarrollados por la jurisprudencia extranjera.

En efecto, el aspecto central de estos pronunciamientos resulta ser la "desnaturalización de un contrato sujeto a modalidad" en este caso en particular un contrato de "servicio específico". En tal sentido, se bien las tres instancias abordan explícitamente dicho aspecto e implícitamente la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad; dejando al margen la supuesta calidad de trabajador de confianza que asistía al actor (a tal punto que en la sentencia de primera instancia no se hace alusión alguna a dicha situación), no es menos cierto que de tal contexto se pueden rescatar varios aportes.

En primer término, resulta más que interesante las dos conclusiones predominantes a las que arriba el A quo. Este señala que un cargo como el de Gerente de Administración y Finanzas, categorizado como un cargo de confianza (así lo precisa el propio contrato), no puede estar

sujeto a una contratación modal, es decir que una relación -laboral- de tal naturaleza no podría ser calificado como un servicio de carácter específico, ello debido que el artículo 63° de la LCPL señala que este contrato tiene por la objeto la ejecución de prestaciones de carácter temporal, no siendo “coherente” que un cargo de tal envergadura sea de naturaleza temporal, sobre todo en una empresa de la magnitud de la empresa emplazada. Agrega que un cargo como el de Supervisor de Zonales, uno de menor jerarquía claro está, tampoco podría estar sujeto a aquella condicionalidad, pues al igual que en el supuesto anterior, la dimensión y la actividad que ejerce la empleadora no lo permitiría.

Con ese somero análisis nos arriesgamos a lanzar dos conclusiones: 1) Que si bien es cierto la sentencia de primera instancia no lo describe textualmente, es un hecho que puestos “gerenciales” (Gerente de Recursos Humanos, Gerente Comercial, Gerente de Producción, Gerente de Administración Y Finanzas, entre otros) son considerados como puestos de confianza, no habiendo inconveniente para que puedan inclusive ser categorizados como puestos de dirección (en el supuesto de que hablemos de una empresa de proporciones respetables). 2) Que, si para la jurisprudencia resulta erróneo suponer que un Gerente tenga un vínculo contractual sujeto a modalidad, resultaría realmente insólito pensar que avalen que uno de ellos pueda ser contratado por locación de servicios. Traemos a colación este aspecto, pues la Resolución N° 00507-1-2005, emitida por el Tribunal Fiscal con ocasión del Expediente N° 3602-2003 el 25 de Enero del 2005 (mencionada en el capítulo 1) hablaba de la posibilidad de que existiera una relación contractual de naturaleza civil en estos casos. Lo que de alguna manera queremos expresar, es que un cargo gerencial, por antonomasia un cargo de confianza, siempre debe ejercerse sobre la base de un vínculo laboral de naturaleza indeterminada.

Por otro lado, la instancia suprema hace una alusión, indirectamente por cierto, a la diferencia que existe entre un cargo de Gerente de Administración y Finanzas y uno de Supervisor de Zonales (nótese instantáneamente que el vínculo o en su caso la comparación entre ambos se sucedió desde la sentencia de primera instancia). En tal orden de ideas, el TC señala que el cargo de Supervisor de Zonales (el último que ocupara el demandante), tiene efectivamente un carácter permanente y no temporal, pero que -a pesar de la responsabilidad que implica su ejercicio- no constituye un cargo de confianza, como lo prevenía la emplazada, fundamentando así su decisión de reponer al actor en el último puesto que ocupara antes del despido.

Tal argumento, genera que rescatemos la tendencia de la jurisprudencia española al respecto de lo que denominan: "interpretación restrictiva" (estandarizado como un "criterio jurisprudencial de los cargos de alta dirección"), la cual instituye que: *"el alto cargo es la excepción y la regla general la de la relación laboral pura, no quedando excluida ésta más que en los supuestos en que así se deduzca claramente del conjunto de atribuciones que el interesado tenga asignadas"*[116]. El arraigo de aquella tendencia jurisprudencial queda demostrado al hablarse tanto en la doctrina como en la jurisprudencia española de la aplicación de un posible *"in dubio pro ordinario"* (un aspecto citado en el primer capítulo del proyecto), pero que sin embargo no ha sido atendido hasta ahora por nuestra jurisprudencia, pudiendo citar el criterio utilizado por el TC en esta ocasión como un primigenio y muy general pronunciamiento.

[116] MOLERO MANGLANO, Carlos. *Op. Cit*., pp. 621-624.

Sentencia N° 06

"…es lógico que, al desaparecer el elemento base de la contratación (la confianza) la culminación del vínculo laboral dispuesta por el empleador se encuentre plenamente justificado, no correspondiendo por consiguiente su reposición. Ello no es óbice para que eventualmente, de ser el caso, el actor pueda reclamar algún derecho de carácter indemnizatorio en la vía ordinaria."

A) DATOS RELEVANTES:

Expediente : 3580-2008-0-1701-J-CI-10
Demandante : Asenjo Carhuatanta Meneses
Demandado : Empresa Agroindustrial Tumán SAA
Juzgado : Décimo Juzgado Especializado Civil de Chiclayo

B) ALCANCES DE LOS PRONUNCIAMIENTOS:

1era. Instancia
Fecha de Sentencia : 24 de Octubre del 2008
Juez : Dra. Carmen Ravines Zapatel
Fallo : *"Declarando IMPROCEDENTE la tacha interpuesta por la parte emplazada; INFUNDADA la demanda de amparo…."*

2da. Instancia (Sala Especializada en Derecho Constitucional de Chiclayo
Fecha : 03 de Marzo del 2009
Vocal Ponente : Dr. Daniel Carrillo Mendoza

Fallo : *"CONFIRMARON la sentencia contenida en la resolución número siete, del veinticuatro de octubre del dos mil ocho…que declara Infundada la demanda de amparo…"*

Instancia suprema (Tribunal Constitucional)
Expediente : 02504-2009-PA/TC
Fecha : 18 de Agosto del 2010
Sala : Primera Sala del Tribunal Constitucional
Fallo : *"Declarar INFUNDADA la demanda de amparo…"*

C) EXTRACTOS DE LOS FALLOS EN SUS DIFERENTES INSTANCIAS:

- Delimitación del petitorio: El demandante pretende que se declare nulo e inaplicable el despido arbitrario del que afirma fue víctima y por tanto se disponga su inmediata reposición a su puesto de trabajo de Gerente de Recursos Humanos o puesto de igual categoría o remuneración.

- Contestación de la demanda: La empresa emplazada contesta la demanda y solicita que se declare improcedente por cuanto el cargo que ha desempeñado el actor es un cargo de dirección, habiéndose tomado la decisión de dar por concluido el vínculo laboral ya que el Directorio ordenó reorganizar el área de Recursos Humanos, todo lo cual fue comunicado por escrito al actor.

- Extractos relevantes:

  "Que, en el caso de autos ambas partes coinciden en el extremo que el cargo que venía desempeñando el demandante era uno de dirección (quinto fundamento del escrito de demanda), debiendo centrarse el análisis de la cuestión controvertida si es el despido del actor fue como consecuencia de un acto arbitrario del empleador o del retiro de la confianza dada su categoría de dirección." (Fundamento 6 de la Resolución de primera instancia).

"Habiéndose determinado que el actor se encontraba laborando en calidad de personal de dirección -cuya estabilidad no es absoluta- hasta el 8 de abril de 2008, y no hasta el 9 de mayo como postula; infiriéndose su cargo como de confianza, la pérdida de ésta (confianza) es una situación especial que extingue el contrato de trabajo, comportando la pérdida de su trabajo que ejerció desde que se inició la relación laboral; cuyo cese, por la naturaleza del cargo, no vulnera los derechos constitucionales que sustentan su demanda; siendo así, no podría conllevar a una reincorporación sino a las acciones indemnizatorias que pudieren haber lugar; por lo que demanda es infundada." (Fundamento 13 de la Resolución de primera instancia).

"Atendiendo que la recurrida ha desestimado la incoada, entre otras razones, porque el actor al haber desempeñado cargo de confianza carecería de estabilidad laboral, posición que es contradicha por el recurrente vía apelación, es del caso determinar si realmente el cargo de Gerente de Recursos Humanos de la empresa emplazada es cargo de dirección o de confianza, para luego determinar si la rescisión del vínculo laboral sin causa relacionada con la conducta o capacidad del trabajador deviene en arbitrario o es que la decisión del empleador se encuentra ajustada a ley." (Fundamento 4 de la Resolución de segunda instancia).

"Al respecto de los términos y condiciones del contrato cuya copia obra a folios tres a cuatro y addenda de folios cinco con el que el accionante sustenta su reclamo se verifica lo siguiente: …..ii) el contratado tiene por obligación brindar apoyo técnico a la Gerencia General de la empresa para el cumplimiento de las funciones gerenciales, siendo responsable de todas las tareas y funciones que le encomiende el Directorio de la empresa. iii) ambas partes convienen en declarar que el cargo objeto del presente contrato es un puesto de dirección y confianza de la empresa, (…) (cláusula sétima); iv) el plazo de duración del contrato se convierte en indefinido (addenda a la cláusula cuarta). En consecuencia por las características de la función asignada y las condiciones del contrato de trabajo que los justiciables suscribieran se llega a la conclusión que el recurrente ha desempeñado cargo de Dirección y Confianza". (Fundamento 5 de la Resolución de segunda instancia).

"En este contexto al Tribunal Constitucional al interpretar el artículo 59 y 60 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-96-TR, en la STC N° 746-2003-AA/TC y N° 4482-2004-AA/TC ha establecido que: "(….) quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición…sino sólo la acción indemnizatoria". (Fundamento 8 de la Resolución de segunda instancia).

"Por tanto, considerando que la Gerencia de Recursos Humanos corresponde a un cargo de dirección y confianza de la Empresa Agroindustrial Tumán SAA, por la naturaleza del cargo y las funciones realizadas, el puesto del demandante estaba sujeto a la confianza del empleador; por consiguiente, no se ha configurado un despido incausado, por lo que debe desestimarse la demanda". (Fundamento 4 de la Resolución del TC).

D) ANÁLISIS Y COMENTARIOS:

La sola lectura de los párrafos trascritos anteriormente, nos lleva a concluir que estamos ante los pronunciamientos jurisdiccionales más sensatos y mejor estructurados, ello si partimos de una referencia jurisprudencial a cargo del TC.

En efecto, las sentencias en su conjunto, sobre todo las emitidas por los órganos jurisdiccionales de nuestro departamento, no dejan lugar a dudas y aplican de inmejorable manera el criterio esgrimido por el TC para estos casos.

Sin ánimo de restarles mérito, conviene recalcar que el hecho materia de controversia no genera mayores inconvenientes. En resumen, se trata de un trabajador que asume un cargo de dirección (o confianza según la sentencia) por acceso directo, en cuyo caso la reposición -vía proceso constitucional de amparo- no resulta asequible.

Pero si de polémica se trata no podemos dejar de analizar lo esgrimido por el colegiado supremo, el cual, luego de refrendar el fundamento expuesto por las dos instancias anteriores, concluye que en el caso de autos *"no se ha configurado un despido incausado"*, omitiendo pronunciarse sobre un aspecto que a nuestro entender resulta un componente trascendental de los fallos locales: la facultad otorgada al demandante para pretender la correspondiente indemnización en la vía ordinaria laboral.

En efecto, a diferencia de lo acotado en el capítulo anterior, en el presente caso el TC si realiza un deslinde sobre la calidad del despido, descartando que se trate de un despido incausado, permitiendo inferir que avala una posible "legitimación del despido basado en el retiro de la

confianza". Así, conforme lo anotáramos también en el capítulo precedente, ya sea que se trate de un despido incausado (descartado de forma expresa por el TC en esta oportunidad) o de un despido fraudulento, estamos ante la consumación de un despido arbitrario, el cual dado el estatus del trabajador despedido únicamente es pasible de protección de carácter resarcitoria. Es en mérito a ello que creemos que lo que el colegiado omite, las instancias primigenias -aunque de manera inconclusa- si lo llegan a contemplar.

Recordemos, que cuando el mismo TC, en el Caso Llanos Huasco, hacía alusión a las maneras de protección contra el despido arbitrario, precisaba con acierto que: "al lado del sistema contemplado por la norma laboral ordinaria, bien podría establecerse un sistema o régimen de protección jurisdiccional con alcances diferentes. Es decir, que en vez de prever una eficacia resarcitoria, pueda establecerse una vía procesal de eficacia restitutoria…". Ello -agrega el colegiado- "…es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional…pues en el ámbito del amparo, en efecto, ese estado anterior al cual debe reponerse las cosas no supone el pago de una indemnización; sino la restitución del trabajador a su centro de trabajo, del cual fue precisamente despedido arbitrariamente" (Fundamento Décimo Tercero - b.2).

Pero en el caso materia de sub litis, como en la mayoría de los analizados en el presente capítulo, aquel ámbito de protección de "eficacia restitutoria", resulta inoperante, ello debido a la condición, al nivel o el estatus que asistiera al trabajador despedido (trabajador de dirección y confianza); lo cual no significa que se encuentre privado de protección contra un despido arbitrario sino que justamente por aquella condición es que la protección otorgada sólo puede estar dotada de "eficacia resarcitoria", de allí que tanto el A quo como el Ad quem

contemplen la posibilidad de una indemnización en la vía laboral ordinaria; ello por cuanto ha sido el propio TC el que ha puesto de manifiesto que la indemnización también representa un modelo de protección. Al respecto de tal enunciado cabe destacar el siguiente fallo: *"en la STC 0976-2001-AA/TC, este Tribunal ha expresado que (...) el artículo 34° del Decreto Legislativo N.° 728, en concordancia con lo establecido en el inciso d) del artículo 7º del Protocolo de San Salvador -vigente en el Perú desde el 7 de mayo de 1995- ha previsto la indemnización como uno de los modos mediante los cuales el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente y, por ello, no es inconstitucional"*.[117]

Sentencia N° 07

"….se verifica que el demandante efectuó el cobro de sus beneficios sociales, incluyendo la suma de la indemnización…"

A) DATOS RELEVANTES:

Expediente	: 4295-2009-0-1701-J-CI-2
Demandante	: Ytalo Benjamín Biancato Magni
Demandado	: Servicios Postales del Perú-SERPOST SA
Juzgado	: Noveno Juzgado Especializado Civil de Chiclayo

B) ALCANCES DE LOS PRONUNCIAMIENTOS:

1era. Instancia

Fecha de Sentencia	: 10 de Marzo del 2010
Juez	: Dra. Lita Paola Alvarado Tapia

[117] STC del 29 de Agosto del 2006. {Expediente número 9272-2005-PA/TC}. Véase Fundamento Tercero.

Fallo : *"FALLO: Declarando IMPROCEDENTE la demanda de amparo, de folios nueve a quince, interpuesta por Ytalo Benjamín Biancato Magni, contra Servicios Postales del Perú-SERPOST SA…"*

2da. Instancia (Sala Especializada en Derecho Constitucional de Chiclayo)
Fecha : 01 de Setiembre del 2010.
Vocal Ponente : Dr. Enrique Rodas Ramírez
Fallo : *"DECLARA NULA la sentencia contenida en la resolución número diez de fecha diez de marzo del dos mil diez…y en RENOVACIÓN del acto procesal, DISPUSIERO que el Juez emita nueva sentencia teniendo en cuenta la parte considerativa".*

C) EXTRACTOS DE LOS FALLOS EN SUS DIFERENTES INSTANCIAS:

- Delimitación del petitorio: El demandante pretende que se ordene la reincorporación a su centro de labores, por consiguiente se deje sin efecto la Resolución Gerencial N° 084-G/2009, que ordena dar por concluido el vínculo laboral con la entidad demandada, así como la Carta Notarial N° 655G/09, en la cual se le comunica su despido.

- Contestación de la demanda: La representante de la entidad emplazada solicita que la demanda sea declarada improcedente, debido a que el actor se desempeñaba en un puesto considerado de confianza y consintió la conclusión del vínculo laboral con la demandada, al recabar su liquidación por beneficios sociales.

- Extractos relevantes:

"En efecto, a folios dos, obra la Resolución de Gerencia N° 187-G/2002, de fecha 05 de septiembre de 2002, de la que se aprecia, que la entidad demandada resuelve contratarlo a partir del 29 de agosto de 2002, en el cargo de administrador postal, categoría IV, Nivel 2, en la Administración Postal Chiclayo –Sub Gerencia de Administraciones Postales-Gerencia Postal; así mismo, a folios cuatro, obra la Carta N° 655-G/2009, de fecha 05 de junio de 2009, expedida por el Gerente General de Serpost, en la que se comunica al demandante la culminación del vínculo laboral, y en consecuencia a entregar el cargo a la persona que lo reemplazaría". (Fundamento 5 de la Resolución de primera instancia).

"Por su parte, la entidad demandada alega por medio de su apoderada judicial, que, no procede la reposición del demandante en el presente caso, puesto que él consintió la conclusión del vínculo laboral con la emplazada, al recabar su liquidación de beneficios sociales ante el Tercer Juzgado Laboral de Chiclayo, para lo cual adjuntó los siguientes medios probatorios: a) Copia de liquidación de beneficios sociales (folios treinticuatro a treintiséis), de la que se entrevé que la liquidación del actor ascendió a la suma de S/. 38, 292.21 Nuevos Soles, incluyendo la suma indemnizatoria….c) Copia del depósito judicial/administrativo N° 2009005900876 (de folios treintiocho), del que se verifica que el demandante, efectuó el cobro de sus beneficios sociales, ***incluyendo la suma de la indemnización por la suma de S/. 38, 292.21 Nuevos Soles****, con fecha 26 de Junio de 2009".* [el subrayado es nuestro] (Fundamento 6 de la Resolución de primera instancia).

"De lo que se concluye que la empresa demandada ha cumplido con efectuar el pago de los beneficios sociales e indemnización especial por despido inmotivado de cada uno de los demandantes, inclusive la Corte Suprema de Justicia de la República en la Casación número 05-2004-HUANUCO-PASCO, ha señalado que, estando en curso un proceso laboral de nulidad de despido, si el trabajador recibe de su empleador el monto de indemnización por despido arbitrario o de sus beneficios sociales, ello demuestra que el trabajador ha cesado definitivamente del centro de trabajo" (Fundamento 8 de la Resolución de primera instancia).

"Respecto, al extremo alegado por la parte demandada, referente al cargo de confianza que desempeñaba el demandante dentro de la empresa, como administrador postal, categoría IV, Nivel 2, en la Administración Postal Chiclayo como dentro de la empresa, la Juzgadora se releva del análisis respectivo, al haberse producido la sustracción de la materia al amparo del artículo 5°. 5 del Código Procesal Constitucional". (Fundamento 10 de la Resolución de primera instancia).

"El catorce de julio de dos mil diez, el Tribunal Constitucional en el Expediente N° 03052-2009-PA/TC, caso Yolanda Lara Garay-Gobierno Regional de Lambayeque, sentencia que constituye precedente vinculante, variando el criterio que el cobro de compensación por tiempo de servicios, no será considerado como consentimiento del despido o causa de improcedencia del amparo, estando al último párrafo del punto tres de la parte resolutiva, de aplicación inmediata, por tanto con el fin de no lesionar la garantía constitucional de la doble instancia que tienen las partes, la recurrida debe ser declarada nula, con el fin de que se expida nueva sentencia, teniendo en cuenta lo expuesto". (Fundamento 1 de la Resolución de segunda instancia).

"De otro lado, el colegiado está en la obligación de reservar su pronunciamiento, no obstante tener a la vista la sentencia vinculante, si es que no hay debate en primera instancia en la sentencia, sobre si al caso resulta ser aplicable, ***asimismo se encuentra***

pendiente de pronunciamiento el extremo relacionado haber ocupado o no cargo de confianza el demandante*"* [el subrayado es nuestro]. (Fundamento 2 de la Resolución de segunda instancia).

D) ANÁLISIS Y COMENTARIOS:

Al igual que la sentencia número cinco, el fallo bajo comento aborda un tema sustancialmente distinto al que es materia de estudio, sin embargo y también de forma coincidente conviene destacar algunos aspectos.

En efecto, el fallo de primera instancia parece pronunciarse en estricto sobre "el cobro de los beneficios sociales como causal de improcedencia de la demanda constitucional de amparo", no incursionando -al menos no de manera directa- en el tratamiento del despido de un trabajador de confianza, lo que a la luz del fundamento fáctico expuesto en la demanda y en su contestación fue lo que en efecto sucedió en este caso. Al respecto es necesario resaltar el acertado pronunciamiento de la Sala Constitucional de nuestra localidad, quien aplicando el novísimo criterio vertido por el TC[118], declara NULA la sentencia de primera instancia, incidiendo justamente en que el cobro de los beneficios sociales por parte del trabajador despedido no es más una causal de improcedencia de la demanda de amparo y añadiendo, textualmente, que el A quo ha omitido pronunciarse sobre la presunta condición de trabajador de confianza que asistiría al demandante.

Habría que destacar además que, no obstante su pronunciamiento relegado y hasta cierto punto inadvertido; el hacer alusión a la calidad

[118] Nos referimos a la sentencia emitida por el colegiado supremo con fecha 14 de Julio del 2010, con ocasión del expediente N° 03052-2009-PA/TC; la misma que tiene carácter vinculante, pronunciamiento que ha producido sus efectos tras su publicación en la página web del TC el día 23 de Agosto del presente año.

de trabajador de confianza del demandante resulta de trascendental importancia, pues la sentencia de primera instancia revela -de manera reiterada por cierto- que la entidad demandada ha consignado, a la par de un pago de beneficios sociales debidamente liquidados, un pago por *"indemnización"*. Si bien la sentencia emitida por el A quo no precisa el concepto de dicho pago indemnizatorio, resulta evidente que se trata de una indemnización por despido arbitrario, ello si tomamos en cuenta que las fallos jurisprudenciales que cita la Juzgadora en su resolución hacen alusión expresa a la indemnización establecida en el artículo 38° de la LPCL.

Así, si bien el A quo se releva del análisis de este tema en particular, es menester concluir, al menos de manera subjetiva, que el despido de un trabajador de confianza -basado precisamente en el retiro de la confianza- no admite una posible reposición, ello obviamente por la naturaleza del cargo que venía desempeñando; no obstante advertir -lamentablemente de manera indirecta- que el ex trabajador despedido estaría llano al pago de la indemnización correspondiente, ello debido a que despido resulta arbitrario; al menos así lo entendió la emplazada.

Ante ello resultaría prudente inferir que no la sentencia, pero si los actuados denotan una aplicación del criterio constitucional, vertido hace poco de manera uniforme por el TC, siendo un claro ejemplo de ello las siguientes ejecutorias: a) La sentencia de fecha 27 de marzo de 2002 emitida con ocasión del Expediente N° 360-2000-AA/TC; b) la sentencia de fecha 19 de abril del 2004 emitida con ocasión del Expediente N° 746-2003-AA/TC y c) la sentencia del 17 de febrero del 2005 emitida con ocasión del Expediente N° 4492-2004-AA/TC; todos ellos referidos al derecho -que asiste al trabajador despedido- al pago de una indemnización.

3.2.2 Proceso laboral de cese de actos de hostilidad:

3.2.2.1 Base normativa:

A. Constitución Política del Perú (artículo 23°): *"Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador".*

B. Ley de Productividad y Competitividad Laboral (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 o idioma;
   g) Los actos contra la moral, el hostigamiento sexual y todos aquellos que constituyan actitudes deshonestas que afecten la dignidad del trabajador.

   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".

C. Ley de Productividad y Competitividad Laboral (artículo 35°): ***"****El trabajador que se considere hostilizado por cualquiera de las causales a que se refiere el Artículo 30º de la presente Ley, podrá optar excluyentemente por:*

a) Accionar para que cese la hostilidad. Si la demanda fuese declarada fundada se resolverá por el cese de la hostilidad, imponiéndose al empleador la multa que corresponda a la gravedad de la falta; o,

b) La terminación del contrato de trabajo en cuyo caso demandará el pago de la indemnización a que se refiere el Artículo 38º de esta Ley, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle".

3.2.2.2 <u>Sentencias y concepto principal</u>:

<u>Sentencia N° 08</u>

<u>"…los trabajadores que ocupan puestos calificados como de dirección o de confianza no son trabajadores con derechos disminuidos o excluidos de protección, ya que la calificación únicamente produce los efectos establecidos por ley".</u>

A) DATOS RELEVANTES:

Expediente : 288-2004-SJT-CHIC
Demandante : Miguel Ángel Zamora Capelli
Demandado : Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento de Lambayeque SA (EPSEL SA)

Juzgado : Segundo Juzgado Laboral de Chiclayo

B) ALCANCES DE LOS PRONUNCIAMIENTOS:

1era. Instancia

Fecha de Sentencia : 14 de Noviembre del 2005

Juez : Dr. Juan Ismael Rodríguez Riojas

Fallo : *"DECLARANDO: FUNDADA LA DEMANDA de fojas veintiséis a treintidos, interpuesta por don Miguel Ángel Zamora Capelli contra EPSEL SA, sobre Cese de Acto de Hostilidad, en consecuencia ORDENO que la demanda CESE LA HOSTILIDAD en contra del accionante y dentro del tercer día de notificada RESTITUYA al actor la categoría de Jefe de Oficina en la Oficina de Cooperación Técnica Internacional y Estudios de Pre Inversión o Jefe Zonal, así como RESTITUYA la remuneración mensual de Tres Mil Quinientos Noventa y Seis Nuevos Soles (S/. 3,596.00) a partir del mes de octubre del dos mi cuatro….."*

2da. Instancia (Sala Especializada en Derecho Laboral)

Fecha : 26 de Enero del 2006

Vocal Ponente : Dr. Marco Antonio Pérez Ramírez

Fallo : "CONFIRMARON la sentencia N° 263-2005-SJEL-CHIC, de fecha catorce de noviembre del dos mil cinco, de folios doscientos ochenta y siete a trescientos, que declara fundada la demanda……"

Instancia suprema (Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República)

Expediente : 1073-2006

Fecha : 17 de Enero del 2007

Fallo : “Declararon IMPROCEDENTE el recurso de casación interpuesto a fojas trescientos cuarenta y uno por EPSEL SA contra la sentencia de vista…”

C) EXTRACTOS DE LOS FALLOS EN SUS DIFERENTES INSTANCIAS:

- Delimitación del petitorio: El demandante pretende el cese de hostilización de la que ha sido víctima por parte de su empleadora, representada por: a) Reducción de la categoría, y b) Reducción indebida de su remuneración. Solicita por tanto se deje sin efecto el Memorando N° 833-2004-EPSEL-G.G del 28-09-04, mediante el cual ha sido removido del cargo de Jefe de Oficina para pasar a ocupar el cargo de Proyectista en la Sub Gerencia de Estudios y Proyectos, siendo que con tal decisión se ha reducido su remuneración de Tres Mil Quinientos Noventa y Seis Nuevos Soles (S/. 3,596.00) a Dos Mil Setecientos Veinte Nuevos Soles (S/. 2,720.00).

- Contestación de la demanda: La emplazada por su parte, señala que todos los cargos desempeñados por el demandante desde el primero de enero de mil novecientos noventa y siete (data en que suscribió contrato a plazo indeterminado) han sido y son cargos de dirección o de confianza; por lo que mediante acuerdo de directorio se ha decidido retirarle la confianza en el cargo de dirección de Gerente Comercial y se le encargaron funciones de Jefe de Oficina, un cargo de confianza, siendo que, posteriormente, ha sido asignado a un nuevo cargo como Profesional 1-Ingeniero Proyectista de la Sub Gerencia de Estudios y Proyectos, que es el máximo nivel ocupacional dentro de la categoría de profesionales. Agrega que es imposible obligar al empleador a seguir laborando con un trabajador que ocupa un cargo de confianza o de dirección cuando precisamente este ha perdido la confianza y que en el peor de los caos el actor debió optar por solicitar la resolución del

vínculo laboral y demandar el pago de la indemnización correspondiente.

- Extractos relevantes:

"Que realizándose el contrato de trabajo bajo subordinación, de ella deriva que la labor del trabajador se encuentre sujeta a la facultad de dirección del empleador y esta facultad comprende las potestades de dirigir, fiscalizar y sancionar al trabajador. El Ius Variandi aparece como corolario del poder de dirección del empleador y consiste, esencialmente, en realizar ciertas modificaciones a la forma de prestación del trabajo pero cumpliendo dos requisitos: a) Que el cambio tenga su origen en la voluntad del empleador, pues es unilateral ya que el empleador tiene la potestad de modificar elementos del contrato de trabajo basado en su poder de dirección; b) Que no varíe las condiciones esenciales del contrato y que no se ocasione un perjuicio al trabajador con su ejercicio; el empleador sólo puede realizar modificaciones en los elementos no esenciales del contrato" (Fundamento 4 de la Resolución de primera instancia).

"Que de los documentos glosados conteniendo contratos y adendas celebrados entre las partes, se establece que es a partir del contrato de trabajo N° 448-96-EPSEL SA de fecha treinta y uno de diciembre de mil novecientos noventa y seis, celebrado a tiempo indeterminado, que la categoría que alcanza el actor es la de Jefe de Oficina Zonal y a partir de tal status es que el empleador empieza a asignar al accionante a puestos de mayor nivel jerárquico y funcional, como se advierte de la designación para desempeñar el cargo de Gerente Comercial" (Fundamento 6 de la Resolución de primera instancia).

"Que todo ello pone de manifiesto que al disponerse la rotación del actor se ha producido rebaja directa de categoría que se aparta del respeto de la dignidad, de la protección de la formación profesional y experiencia acumulada por el demandante". (Fundamento 6 de la Resolución de primera instancia).

"Que analizados los argumentos de la demandada, respecto a que los cargos desempeñados por el accionante a partir del primero de enero de mil novecientos noventa y siete fueron cargos de dirección y que por ello podía retirar la confianza sin constituir hostilización; de su evaluación y contrastación con el desarrollo de la relación, se puede concluir que tales alegaciones no pueden ser amparadas pues los trabajadores que ocupan puestos calificados como de dirección o de confianza no son trabajadores con derechos disminuidos o excluidos de protección, ya que la calificación únicamente produce los efectos establecidos por ley" (Fundamento 6 de la Resolución de primera instancia).

"Ello sólo pone de expreso manifiesto que la demandada implementó una serie de actos destinados a hostilizar al actor con la finalidad de crear el terreno propicio para posteriormente "invitarlo" a extinguir el vínculo laboral, siendo del caso anotar que los designios del empleador estuvieron planeados y determinados con antelación y fueron materia de un acuerdo del Directorio…y a partir de allí, se desencadenaron los hechos que se han relatado, tales como rotar al actor a laborar como Proyectista (el veintiocho de septiembre del dos mil cuatro) y ante el emplazamiento del trabajador demandante imputando la hostilidad (siete de octubre del dos mil cuatro), la demandada lo "invita" a extinguir la relación laboral (veinte de octubre del dos mil cuatro)" (Fundamento 6 de la Resolución de primera instancia).

"Que, lo anteriormente pone de manifiesto que al disponerse la rotación del actor se ha producido una rebaja directa de categoría, contrario a lo que indica el escrito de apelación, produciendo una falta de respeto a la dignidad del trabajador, de la protección de la formación profesional y experiencia acumulada por el mismo". (Fundamento 5 de la Resolución de segunda instancia).

"La inaplicación del artículo cuarenta y tres del Decreto Supremo número cero cero tres – noventa y siete-TR….Que, al fundamentar la causa contemplada en el acápite d) alega que, durante toda la secuela del proceso EPSEL Sociedad Anónima ha demostrado y acreditado que los cargos desempeñados por el actor han sido unos de dirección y otro de confianza, siendo de confianza el último cargo desempeñado; al retirársele al actor la confianza depositada por el Directorio de la empresa no se ha vulnerado ni violado derecho alguno del actor y menos se ha cometido actor o hechos que puedan calificarse como de hostilidad dentro de los alcance normativos del inciso b) del artículo treinta del Decreto Supremo número cero cero tres-noventa y siete-TR. Que, si bien es cierto ha quedado determinado que el cargo del actor fue de dirección y confianza, ello en nada enervaría lo establecido por los juzgadores al señalar que la conducta de la demandada fue un acto hostilizatorio en perjuicio del trabajador, por lo tanto la norma invocada no modificaría lo resuelto por las instancia de mérito, lo que no permite concluir que su denuncia también resulta inviable" (Fundamento 9 y 10 de la instancia casatoria).

D) ANÁLISIS Y COMENTARIOS:

Como parte integrante del presente capítulo he creído conveniente insertar sendos fallos jurisprudenciales, los cuales a pesar de ser divergentes con los pronunciamientos anteriores, en razón de su competencia funcional principalmente, tienen adherido a ellos la esencia del tema central del proyecto. Su análisis resulta apropiado, en primer lugar porque -como hemos dicho- reflejan el tratado especial "del régimen del trabajador de dirección y de confianza". En segundo lugar, porque el tema conexo de éstas dos sentencias, resulta ser -de igual forma- parte intrínseca de la investigación: "el despido" o en su defecto, siendo más concretos, la extinción del vínculo laboral especial.

A efecto de no confundir ni confundirnos es menester ir por partes. Primero, como se podrá advertir se trata de dictámenes emitidos con ocasión de procesos de índole laboral ordinario, iniciados con ocasión de actos de hostilidad y tramitados por tanto con arreglo a la norma laboral

sustantiva (LPCL), por lo que mal haríamos en hablar de un despido en estricto. No obstante, conviene echar mano del concepto que la legislación laboral otorga a esta figura, ello a efecto construir la relación que invocamos.

Los actos de hostilidad están directa e inoponiblemente vinculados con el *ius variandi,* contemplado como la facultad que posee el empleador de cambiar inconsulta y unilateralmente, pero dentro de ciertos límites, algunas condiciones del contrato de trabajo. A nivel legislativo, el *ius variandi* se encuentra regulado en el artículo 9° de la LPCL, mediante el cual se permite que el empleador pueda hacer uso de aquella facultad directriz, siempre y cuando tales medidas sean razonables y obedezcan a las necesidades de la empresa. Cuando tales límites no son respetados nos encontramos ante un ejercicio abusivo y desnaturalizado del *ius variandi*, lo cual incide directamente en los derechos de los trabajadores; configurándose con ello un acto de hostilidad.

En efecto, el artículo 30° de la LPCL establece una relación taxativa de actos cometidos por el empleador, los cuales son calificados como “actos de hostilidad” al trabajador y que faculta al afectado a proceder indistintamente, en defensa de sus derechos laborales, los cuales adquieren en este caso un nivel superlativo, consagrándose como derechos cuasi personales. En ese contexto, de originarse un acto de hostilidad, el trabajador puede solicitar: bien el cese de aquellas hostilidades (lo cual representa que el vínculo laboral no sufra mayor conversión, salvo los que internamente se sucedan tras la aceptación o no por parte del empleador reprochado); o bien optar por dar término a la relación contractual (lo cual involucra poner fin al vínculo laboral) y consecuentemente solicitar el pago de la indemnización correspondiente, ello de conformidad con el artículo 35° de la LPCL.

Este último supuesto da origen a lo que la doctrina denomina: “despido indirecto”. Si bien queda claro que la materialización de un acto de hostilidad en el seno de una relación laboral no representa *per se* la configuración de un despido -literalmente hablando- pues correspondería al trabajador decidir si emplea o no este mecanismo resolutivo, no es menos cierto que más allá de la alternativa latente, es la propia norma la que le otorga la categoría de un “acto equiparable al despido”, por lo que debería asistirle un trato por decir lo menos similar.

Las sentencias bajo comento sin embargo no parecen entenderlo así, omitiendo además cuestionarse sobre el estrecho vínculo existente entre aquella institución y el estatus de trabajador de dirección y confianza que le asiste al demandante, desnaturalizando por completo aquella institución y su tratamiento legal.

En segundo término se debe subrayar que un trabajador de este “nivel” no podrá ser objeto de una estabilidad laboral absoluta (reposición), salvo los supuestos de despido nulo previstos a título de *numerus clausus* en el artículo 29° de la LPCL. Sin embargo, aquella tesis parece desvanecerse cuando se postula un proceso laboral de cese de actos de hostilidad, sobre la base de una causal específica, como lo es la prevista en el inciso b) -*in fine*- del artículo 30° de la LPCL: *“la reducción inmotivada de categoría”*.

Esta situación en su conjunto es justamente la que se pone de manifiesto en la sentencia bajo comento. Como se podrá advertir, de lo que se trata es de sendos actos de hostilidad en contra del demandante, pues se le reduce inmotivadamente de categoría, de Jefe Zonal (categoría estándar adquirida tras su contratación a plazo indeterminado) a Proyectista, lo que involucró además la reducción de su remuneración.

Ahora bien, ante tales actos de hostilidad el trabajador afectado opta por la alternativa prevista en el inc. a) del artículo 35° de la LPCL, vale decir *"accionar para que cese la hostilidad".* Tras declararse fundada la demanda se ordena el cese del acto de hostilidad, lo que en el presente caso representaba restituir al trabajador hostilizado la categoría que le asistía hasta antes de que se configurara el acto hostil; dejando sin efecto la decisión del empleador de separar al accionante del cargo de Jefe de la Oficina de Cooperación Técnica Internacional y Estudios de Preinversión. Con ello quedaba demostrado que, en efecto la decisión en comento representaba una reducción inmotivada de categoría, correspondiendo reincorporar al actor a su antiguo puesto de labores, hasta allí todo bien.

Sin embargo, lo que -aparentemente- pasa inadvertido para el A quo es que el demandante ostentaba la categoría de trabajador de dirección y de confianza (se señala de forma expresa que su récord laborar incluye única y exclusivamente puestos de trabajo de tal envergadura), lo que en este caso involucraba **que su REPOSICIÓN se realice en el puesto del trabajo del cual ha sido retirado justamente en mérito al "*retiro de la confianza por parte del empleador*",** un supuesto que, como quiera, no se enmarca dentro del criterio jurisprudencial vertido por el TC para estos casos.

El sustento que propone el A quo es aparentemente sencillo: que la ley, en los casos del trabajador de dirección y confianza, se pronuncia única y exclusivamente con respecto al despido y otras cuestiones en concreto (entiéndase con respecto a los derechos "particulares" que les asisten dada su condición, los mismos que fueran mencionados de manera explícita en la parte final del primer capítulo, entre los que encontramos la no remuneración de horas extras, el no pago por indemnización vacacional, la imposibilidad de afiliación sindical, con las excepciones precisadas para cada caso en concreto); más no respecto de los actos de

hostilidad, siendo por lo tanto perfectamente pasibles de tal supuesto jurídico y alcanzándoles el marco de protección previsto para estos casos. Es 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”.

Pero ¿Se ajusta la teoría que emplea el A quo, la cual además es reproducida textualmente por el Ad quem, al criterio usado por el TC en éstos casos? Creemos que no.

Repasemos nuestra posición. Debemos subrayar primero que el supuesto de hecho bajo análisis resulta ser a todas luces un caso *sui generis* el cual sobrevendrá tras un “acto de hostilidad” de parte del empleador, siempre y cuando este se base en una “rebaja de categoría”, teniendo como coadyuvante que la víctima sea en este caso un trabajador de dirección o confianza. Por si esto fuera poco, se tendría que agregar dos requisitos adicionales, los cuales deberán estar a cargo de ambas partes componentes de la relación laboral: a) Que el empleador, pese a retirarle la confianza al trabajador de manera expresa, decida no despedirlo, sino asignarle un nuevo puesto de trabajo, obviamente de un rango inferior; y b) Que el trabajador por su parte, opte por actuar en mérito al inciso a) del artículo 35° de la LPCL, vale decir que requiera el cese del acto hostil y no dé por terminado el vínculo contractual (inc. b del mismo artículo).

Precisados aquellos presupuestos, conviene incidir en nuestra postura. Los fallos en cuestión se concentran en advertir la naturaleza y los alcances del acto de hostilidad, dejando de lado una interpretación sistemática de la norma y de la jurisprudencia, pues siendo precisos la pretensión del actor, expuesta a título de “cese del acto de hostilidad” se circunscribió a “ser repuesto en su cargo anterior”, el cual quedó delimitado como un cargo de confianza y del que fuera separado por acuerdo de directorio tras el “retiro

de la confianza". En ese orden de ideas, si bien el criterio fijado por el TC sobre el particular, es meridianamente claro al precisar que la imposibilidad de que un trabajador de esta categoría sea repuesto en el cargo del que se le apartó por "retiro de la confianza" se concreta cuando se habla de un despido propiamente dicho, no se debe olvidar que en el presente caso estamos ante un supuesto de "despido indirecto" de allí que la propia norma le otorgue la condición de "acto equiparable al despido". De otro lado y siendo menos taxativos, se debería ahondar en que la doctrina dominante ha postulado que uno de los ejes centrales de esta relación es justamente la "temporalidad"; a tal punto que, como tiene a bien señalar Iglesias, no resultaría aventurado afirmar que la normativa especial de esta relación laboral tiene como núcleo central la permanencia o, mejor dicho, la "interinidad" del alto directivo en el cargo asignado[119].

Aquello es justamente lo que explicaba Montoya, al que hacíamos alusión en el capítulo anterior, cuando etiquetaba a tal situación como un factor altamente subjetivo, derivado -valga de redundancia- de la recíproca confianza existente entre las partes, la cual dejando de existir hace que el vínculo laboral se extinga. Es tal la magnitud de este componente esencial que el Preámbulo del Real Decreto 1382/1985 refiere que se ha tenido en cuenta: "fundamentalmente para fijar su contenido, el que la relación establecida entre el alto directivo y la empresa contratante se caracteriza por la recíproca confianza que debe existir entre ambas partes, derivada de la singular posición que el directivo asume en el ámbito de la empresa en cuanto a facultades y poderes"[120].

Pero el propio TC se ha encargado de enmendarle la plena al autor ibérico, replicando que el vínculo laboral, basado en tal suceso, no siempre se

[119] IGLESIAS CABERO, Manuel. Relación Laboral de Carácter Especial del Personal de Alta Dirección. 2da. Edición. Madrid. CIVITAS. 1994, p. 137.

[120] CARRO IGELMO, Alberto José. *Curso de Derecho del Trabajo*. Barcelona. BOSCH. 1991, p 567.

extingue; sino que por el contrario puede continuar, siempre y cuando ese trabajador de dirección o confianza haya ocupado un puesto ordinario precedentemente, correspondiendo que se le destaque al puesto primigenio, uno evidentemente "inferior", añadiendo que de no contemplarse tal supuesto se estaría avalando un abuso del derecho. Ahora bien, ello es lo que más o menos ha ocurrido en este caso; es decir, se le ha retirado la confianza a un trabajador del régimen especial y se le ha destacado a un puesto inferior, pero el Juzgado y la Sala Laboral infieren que ello no es correcto. Bien se podría hablar de "rebaja de categoría" en ambos casos, sin embargo en un caso está permitido y exigido además y en el otro se prohíbe su aplicación. Debería entenderse entonces y ya entrando a los por menores del caso, que este es un acto de hostilidad porque el trabajador fue destacado a un puesto inferior el cual no podía ocupar ya que jamás ocupó un cargo "ordinario" en la empresa con anticipación al cargo de confianza. Señalar ello devendría en un contrasentido, pues no se estaría más que reprimiendo la decisión del empleador por no despedir a dicho trabajador sino reubicarlo. No sería descabellado hablar de un "abuso del derecho" pero por parte de cualquiera menos del empleador.

Finalmente, y como a lo largo de todo el proyecto, conviene echar mano de la doctrina especializada española. Al respecto, Montoya, haciendo alusión a las formas de extinción del contrato del trabajo del alto directivo, comenta la contenida en el artículo 10.3 del Real Decreto 1382/1985, que a la letra señala: *"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.*** [el resaltado es nuestro].
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"*. (el subrayado es nuestro).

Esta extinción indemnizada se compara al denominado "cese de actos de hostilidad" de nuestro país. Las diferencias sin embargo saltan a la vista. Ello no sólo se debe a la especialidad de la norma bajo comento, sino también a que ésta no contempla la posibilidad de continuar con el vínculo laboral, sino faculta al alto directivo a instar únicamente la extinción indemnizada del mismo. Siguiendo con el caso español, cuando al abordar la evidente similitud que esta norma especial guarda con la norma general (artículo 50° del Estatuto de los Trabajadores), el autor en mención advierte: "**Con notable inercia interpretativa**, se ha restado importancia al tenor literal del artículo 10.3 RDPAD y se ha postulado que el procedimiento que el alto directivo debe observar para la resolución del contrato de trabajo es el mismo que el que rige para las relaciones laborales ordinarias"[121] [el resaltado es nuestro].

[121] Cfr. MONTOYA MEDINA, David. *Op. Cit.*, p. 115.

Sentencia N° 09

"....la rotación de Gerente General, cargo ejercido como encargatura, a Especialista Administrativo Comercial, no constituye una rotación con criterio razonable….lo razonable hubiera sido que el actor ocupara el cargo de Gerente de la Gerencia Comercial, cargo desempeñado hasta antes de ocupar el cargo de Gerente General, cargo de dirección.."

A) DATOS RELEVANTES:

Expediente	: 211-2006
Demandante	: Juan Alfredo Fon Bernal
Demandado	: Empresa Prestadora de Servicios de Saneamiento de Lambayeque SA (EPSEL SA)
Juzgado	: Cuarto Juzgado Laboral de Chiclayo

B) ALCANCES DE LOS PRONUNCIAMIENTOS:

1era. Instancia

Fecha de Sentencia	: 10 de Diciembre del 2007
Juez	: Dra. Blanca Cervera Dávila
Fallo	: *"Declarando FUNDADA la demanda interpuesta por don Juan Alfredo Fon Bernal, contra EPSEL SA, sobre CESE DE ACTOS DE HOSTILIDAD, restituyendo al demandante en el cargo de Gerente de la Gerencia Comercial o un cargo equivalente, y le abone la remuneración que corresponda a dicho cargo…."*

2da. Instancia	(Sala Especializada en Derecho Laboral)
Fecha	: 23 de Octubre del 2009
Vocal Ponente	: Dr. Rafael Chávez Martos

Fallo : *"CONFIRMARON la sentencia número 004-2009-4JET-CHI de folios cuatrocientos ochenta a cuatrocientos noventa y cuatro, que declara fundada la demanda y ordena que la demandada cese los actos de hostilidad…ORDENO 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 que lo ejerza de manera efectiva; REVOCARON la propia sentencia en el extremo que dispone se le reintegre al actor los conceptos vacacionales, gratificaciones y compensación por tiempo de servicios; MODIFICANDOLA declararon IMPROCEDENTE dicho extremo….CONFIRMARON lo demás que contiene….."*

Instancia suprema (Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República)
Expediente : 000210-2010
Fecha : Sin fecha de vista de la causa programada[122].

C) EXTRACTOS DE LOS FALLOS EN SUS DIFERENTES INSTANCIAS:

- Delimitación del petitorio: El demandante peticiona que cesen los actos de hostilidad de los que viene siendo víctima por parte de su empleadora, como son la rebaja de categoría y remuneración y por lo tanto se le restituya a su cargo anterior de Gerente Comercial o su equivalente de Jefe de la Oficina de Planteamiento y percibir la remuneración correspondiente a dichos cargos.

- Contestación de la demanda: La apoderada de la emplazada contesta la demanda, deduciendo excepción de caducidad y precisando que la demanda deviene en infundada por cuanto el

[122] PODER JUDICIAL DEL PERÚ. *Consulta de Expedientes Judiciales*. 2010. [Ubicado el 22.10.2010]. Obtenido en http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/SalasSupremas/SCSP/s_expedientes.asp?criterio=3

cargo para el cual fue contratado el actor es un cargo de dirección, todos los cargos desempeñados por el demandante desde 1997 son de confianza a excepción del último…además como se ha acreditado la reducción de la remuneración y de la categoría tienen un sustento legal esto es la facultad del empleador, al haber rotado a un trabajador en un cargo de dirección o de confianza a otro el de mayor nivel dentro del grupo ocupacional que es el profesional 1.

- Extractos relevantes:

"El demandante desde su ingreso al centro de trabajo ha venido ejerciendo cargos de dirección en el nivel de funcionario, como son los de Sub-Gerente Financiero, Gerente de Planteamiento, Sub Gerente de Desarrollo Empresarial, Evaluación y Control, Sub Gerente de Mediación, Facturación y Cobranza, Sub Gerente de Comercialización, Jefe de la Oficina de Planeamiento, Gerente Comercial y finalmente Gerente General. Que de la Carta Notarial legalizada..cursada por el actor al Gerente General de la demanda con fecha 13 de Julio de 2006, se advierte que entre el 03 de mayo de 2006 fecha en el que se le remueve del cargo de Gerente hasta la fecha en que cursa dicha carta, no se le asigna cargo a desempeñar, hecho que es corroborado con el informe revisorio cuando se informa que entre el 29 de abril al 03 de septiembre del 2006 el actor estuvo "sin cargo"…recién el 17 de julio del 2006, se le designa en el cargo de Jefe Zonal en la localidad de Lambayeque, cargo que por encontrarse de descanso vacacional no lo llegó a ejercer y por último con Memorando N° 1134-2006-EPSEL-GG/ORH de fecha 04 de septiembre de 2006 se le designa al actor de Especialista Administrativo Comercial, dejando sin efecto la designación como Jefe Zonal de la localidad de Lambayeque, es decir después de ejercer el cargo de Gerente General, puesto de dirección y de confianza se le cambia al cargo de Especialista Administrativo, puesto que no es de dirección." (Fundamento 4 de la Resolución de primera instancia).

"Que, como segundo punto controvertido fijado en la audiencia única, está determinar si el cargo de Gerente General está calificado como cargo de carrera o de confianza. Que, conforme al Manual de Organización y Funciones (MOF), el cargo de Gerente General, es un cargo de Dirección y/o Confianza, cargo que lo ha ejercido el actor como encargado, y que de acuerdo a la demanda, el actor no está solicitando se le restituya dicho cargo si no, al cargo anterior de Gerente Comercial o su equivalente Jefe de la Oficina de Planeamiento." (Fundamento 6 de la Resolución de primera instancia).

"Que, como cuarto punto controvertido fijado en la audiencia única, que obra a folios doscientos está referido a determinar si el cargo de especialista administrativo comercial que viene ocupando el demandante es un cargo de confianza. Que estando a los considerandos precedentes se ha establecido que el cargo de especialista administrativo comercial, no es un cargo de confianza, toda vez que de acuerdo a las funciones especificadas en el Memorando N° 209-2006-EPSEL SA.GO. de folios setenta y uno, las funciones de Especialista Administrativo Comercial, son de coordinación, supervisión y

control de actividades administrativas, comerciales y financieras, pero no de representación de la empresa demandada." (Fundamento 8 de la Resolución de primera instancia).

"Que, revisada la resolución recurrida, los recursos de apelación y demás actuados, es de advertirse que, en cuanto a la apelación del actor la controversia está en determinar si al haberse amparado la pretensión del actor corresponde ordenar a la empleadora demandada restituya al actor en el cargo de Gerente Comercial o Jefe de la Oficina de Planteamiento, como peticiona, por haber sido éste el cargo inmediato al último cargo de dirección que tuvo en el año dos mil cuatro y anterior al de Gerente General; en cuanto a la apelación de la entidad demandada la controversia estriba en determinar si el acta de compromiso formal celebrado con el actor, le facultó que la continuación de la relación laboral sería a su elección, es decir, si continuaba asignándole un cargo de carácter funcional y por consiguiente de dirección y confianza o designarlo en un cargo de jerarquía profesional y, en virtud de ello, correspondía otorgarle el Cargo de Especialista Administrativo Comercial." (Fundamento 4 de la Resolución de segunda instancia).

"Que, el artículo 30° literal "b" del Decreto Supremo Número 003-97-TR señala como acto de hostilidad equiparable a un despido, la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría; lo que implica sostener en sentido contrario que dichos actos no serán considerados como actos hostiles cuando exista motivación por parte del empleador y todo por cuanto el empleador tiene -entre otros- el poder de dirección, que lo faculta para poder efectuar cambios en las condiciones y modalidades de trabajo, pero todo ello, debidamente sustentado, es decir que debe proceder con criterio de razonabilidad, objetividad y proporcionalidad, ***de tal manera que el trabajador pueda percibir que el acto practicado por su empleador obedece a un estado de necesidad y no a criterios subjetivos que afectan seriamente sus derechos laborales****."* [el subrayado es nuestro] (Fundamento 7 de la Resolución de segunda instancia).

"Que, en autos ha quedado plenamente demostrado que el actor desde el inicio del vínculo laboral para con la entidad demandada ha ejercido diversos cargos de nivel funcionario, conforme es de verse en el Informe Número 176-07-DRL/PJ…es decir que la entidad demandada ha practicado actos de movilidad con el actor, los que como es de verse del informe referido, ha desempeñado los cargos de……lo que conlleva a determinar que la movilidad del actor ha sido siempre a nivel de funcionario y de forma vertical y ascendente, que se desprende del hecho de haber desempeñado dentro del citado nivel el más alto como resulta ser el de Gerente General, que es el cargo propiamente dicho de confianza y dirección." (Fundamento 9 de la Resolución de segunda instancia).

"Que, sin embargo al haber sido removido del cargo de Gerente General, la demandada mediante Memorando número 1134-2006-EPSEL SA. GG/ORH dispuso que el actor desempeñara la función de Especialista Administrativo Comercial…sustenta tal acto en el hecho de haberle retirado la confianza y además en el acta de compromiso celebrada con el actor. Que conforme se tiene dicho para que un acto de la naturaleza como el practicado por la demandada no se equipare a un acto hostil y contrario al derecho del trabajador, en el se debe advertir criterios de razonabilidad, objetividad y proporcionalidad, los cuales no se encuentran satisfechos en forma alguna con el simple dicho de la demandada como resulta el "habérsele retirado la confianza", menos con el acta de compromiso referida." (Fundamento 10 de la Resolución de segunda instancia).

"Que es evidente que con el acto practicado por la entidad demandada como resulta ser, el haber designado al actor como Especialista Administrativo Comercial, ha variado sustancialmente las condiciones establecidas en el contrato de trabajo del actor de manera unilateral, lo que implica un exceso en el ejercicio del Ius Variandi, ya que se ven afectado seriamente los derechos laborales del actor, toda vez que se advierte la rebaja de categoría y remuneración, sin criterios de racionalidad y que afecta sus derechos irrenunciables y reconocidos por la Constitución en su artículo 26 inciso 2; ***ya que el actor por el hecho de ejercer cargos calificados de dirección o de confianza, no es un trabajador con menos derechos o excluidos de protección****.* [el subrayado es nuestro]. (Fundamento 11 de la Resolución de segunda instancia).

"Que, aún más la demandada viola sus propias normas internas en el tratamiento que otorga al actor cuando ha ordenado que la rotación del actor del nivel de funcionamiento de Gerente General al de Especialista Administrativo Comercial, ya que conforme al Reglamento Interno de Trabajo a fojas ciento treinta y cuatro a ciento cuarenta y nueve, en su artículo 85 prescribe que cuando la empresa disponga el cambio de colocación del trabajador en forma eventual o permanente, tal acto no representará la rebaja de categoría ni de remuneración; que es evidente que conforme a norma interna de la demandada correspondía designarlo al actor en el cargo de Gerente Comercial a tenor de lo dispuesto en el artículo 84 del RIT, ya que es evidente que éste había superado el período de prueba que se señala en dicho artículo, toda vez que el referido cargo lo había desempeñado por más de un año conforme es de verse del Informe Número 176-07-DRL/PJ…" (Fundamento 12 de la Resolución de segunda instancia).

D) ANÁLISIS Y COMENTARIOS:

El fallo bajo comento resulta tanto o más inusual que el anterior. En efecto, si en el caso precedente se departió sobre un "estándar definido de puestos de trabajo", enmarcados todos dentro de la categoría de dirección y de confianza y fue a partir de aquel estatus que se evaluó la *"rebaja de categoría"* demandada, **en el presente caso se señala de manera taxativa que el demandante ha venido ejerciendo desde el inicio de la relación laboral cargos de dirección, detallando adicionalmente cada uno de ellos y el periodo ejercido**. Igualmente taxativa resulta su posición final al respecto de que se ha cambiado al actor de un cargo de dirección por excelencia (como lo es el de Gerente General) a uno que no es de dirección (Especialista Administrativo). Este enunciado, el cual pasa flagrantemente inadvertido para el

Juzgador posteriormente, es el que da inicio a la parte considerativa del fallo de primera instancia.

Ahora bien, si en el caso anterior nos encontrábamos ante la aparente restitución de un trabajador a un cargo de confianza (utilizamos el término aparente por la ya comentada "categoría estándar" del demandante, refiriéndose a su condición de Jefe de Oficina Zonal); en el presente caso estaríamos hablando de la reposición de un trabajador -destacado a un puesto ordinario (condición ratificada también en el fallo)- a un puesto ratificado por la doctrina y la jurisprudencia como un puesto de dirección[123]. El A quo sustenta su posición en que la rotación de un trabajador de Gerente General a Especialista Administrativo Comercial sí resulta ser un acto de hostilidad (ratificando así la rebaja de categoría). Sin embargo, pese a dictaminar que dicho acto de hostilidad cese, ordena -en concordancia con lo expresamente solicitado por el demandante- se restituya al actor al cargo inmediatamente anterior al que ocupara últimamente, vale decir al cargo de Gerente Comercial, un puesto no sólo de confianza sino también de dirección. Por otro lado, el criterio del Ad quem, si bien resulta coincidente en cuanto a la parte decisoria; se fundamenta en el Reglamento Interno de Trabajo y en el período de prueba, convirtiéndose en un argumento contundentemente ambiguo, pues no llega a explicar (como tampoco lo hace su antecesora) el porqué del criterio de que este ex Gerente General sea admitido o readmitido en todo caso, en el puesto antecedente (Gerente Comercial).

Si bien no hemos podido comprobar cual sería el sustento lógico jurídico empleado por el demandante para solicitar que el acto de

[123] Más allá de la distinta nomenclatura otorgada por las empresas, según sus características peculiares, a los cargos de dirección; resulta certero el hecho de que una gerencia (en el caso de autos Gerencia Comercial) resulta ser un cargo de dirección *per se.*

hostilidad cese de esta inusual forma; si podemos “analizar” el fundamento esgrimido por el Juzgador y es que su postura se resume en que el cambio operado por la empleadora “no resulta razonable”. El tratamiento normativo sobre el trabajador de dirección o confianza, o el referido a la facultad directriz del empleador, pasa a un segundo plano, dando paso a la aplicación un criterio de razonabilidad, algo que no compartimos y en que en todo caso deja abierta innumerables brechas en el tratamiento de esta coyuntura. No dejamos de inquietarnos sobre cual debió ser el propósito del A quo al cuestionarse primero sobre el binomio “puesto de dirección-puesto ordinario”. El superior en grado por su parte reitera el argumento analizado con ocasión del fallo anterior, en el extremo que infiere que el hecho de ostentar el estatus de trabajador de dirección o confianza, no origina que sus derechos (no explica cual o cuales) se vean disminuidos o que se encuentren excluidos de protección.

Razonable o no, lo cierto es que la presente jurisprudencia permite y ordena además, que un trabajador de dirección, ***“separado”*** del cargo por *“retiro de la confianza”*, es decir sobre la base de un criterio eminentemente subjetivo y no objetivo y razonable (algo autorizado el propio TC al referirse al despido en estricto), retorne a un puesto de dirección ocupado anteriormente, permitiéndose la continuidad del vínculo laboral, una postura que se condice con la asumida por el colegiado supremo, máxime si se advierte que este empleado jamás realizó labores ordinarias.

Para finalizar se debe revalidar lo argumentado entre líneas, al respecto de que este resulta ser un supuesto que de ninguna manera se habría podido suceder si es que la entidad emplazada decidía despedir al trabajador. Sin embargo, y como tuvimos oportunidad de anotar en el análisis del caso anterior, no sería justo calificar de escéptica la labor de

aquellos que diferencian entre “separación del cargo” y “despido”[124], situación que de todas formas nos reconduce a la esencia del tema abordado. No obstante, lo cierto es que en medio de tal disyuntiva se encuentra un concepto hasta ahora minúsculamente tratado: “actos de hostilidad”, tema que ameritaría un tratamiento mucho más extenso y especializado.

[124] Un aporte bastante significativo y que incrementa notablemente el índice controversial del tema, resulta ser el pronunciamiento recogido en el Laudo Arbitral N° 040-2007-CCRD-FPF-B, emitido con ocasión del Expediente N° 082-06-B-CCRD-FPF el 16 de Febrero del 2007, el cual señala: *“Noveno.- Que, en efecto, la simple inacción del empleador al no impartir órdenes de trabajo… o la mera separación de un jugador de determinado entrenamiento, no constituyen en sí mismos actos que evidencien o menos aún generen un despido sino, en estricto, actos que pueden, llegado el caso, denotar prácticas hostilizatorias. Décimo.- Que para el caso de las prácticas hostilizatorias la normativa establece un procedimiento de emplazamiento previo, que el trabajador debe cumplir antes de darse por despedido, y que EL JUGADOR no ha llevado a cabo”*. En Revista Diálogo con la Jurisprudencia. Volumen 12. Número 104. Suplemento Cuadernos Especiales N° 71: “Actos de Hostilización-Diferencia con el Despido”. Mayo 2007. Lima-Perú. 56-60.

CONCLUSIONES

1. El tratamiento del trabajador de dirección y de confianza en el Perú resulta ser, en líneas generales, bastante similar al modelo español. Así, a pesar de la diferente nomenclatura se evidencia una marcada influencia de la corriente ibérica en nuestro país sobre el particular, tanto a nivel doctrinario como jurídico. La gran diferencia, sin embargo, se sucede al respecto del componente legislativo, esto debido a que en España el régimen bajo comento es regulado a través de un Real Decreto, el cual por cierto data de más veinticinco años atrás e incluye todos los aspectos jurídicos vinculados a este particular precepto (con abierta predominancia de aspectos contractuales). Ello no se sucede en el Perú, en donde pese que se ha venido reconociendo lo excepcional de este régimen ello no se ha visto reflejado a nivel normativo, manteniéndose inmerso en la vorágine de la regulación laboral de carácter general. No obstante, el legislativo parece haber advertido aquel déficit promoviendo, a través del Anteproyecto de la Ley General de Trabajo, cambios sustanciales al respecto, principalmente los referidos a la abolición de la dicotomía consagrada como trabajador de dirección / trabajador de confianza; y a la complexión de un conjunto normativo que involucra tanto aspectos generales como precisiones relacionadas con el cese de su vínculo laboral. Con la regulación de este último aspecto el legislador nacional no hace más que remitirse, una vez más y de forma expresa, al modelo español, incluyendo con ello la injerencia del esquema convencional (contractual) muy bien definido en España.

2. Tras iniciarse la era de “flexibilización” de la regulación laboral en el Perú, se produjo la transición de un régimen de protección absoluta (patrocinada por la Carta Magna de 1979), hacia un régimen de protección mixto (difundido en la última década por el TC). El trabajador de dirección y de confianza no se encuentra apartado de esta realidad, estando inmerso en aquel marco de protección. No obstante e incidiendo nuevamente en la particularidad del régimen bajo comento, en su caso aquella tendencia se relativiza. Así, el trabajador de dirección y de confianza únicamente podrá ser repuesto en su cargo cuando se verifique la consumación de un despido *“nulo”* contemplado a nivel normativo en el artículo 29° de la LPCL; más por el contrario el pretender una reposición invocando un despido *“incausado”* o *“fraudulento”* comúnmente vinculado al *“retiro de la confianza”* por parte de su empleador, deviene en un imposible jurídico, pues a diferencia de un trabajador ordinario la correcta protección que la ley le brinda contra el despido arbitrario resulta ser de carácter indemnizatorio, debido a múltiples factores vinculados, repito, a la especialidad que reviste aquella relación laboral.

3. En lo que al marco jurisprudencial se refiere, el tratamiento del régimen del trabajador de dirección y de confianza ha conllevado a la irrestricta adopción y consecuente aplicación de un principio del Derecho Laboral: “El Principio de Primacía de la Realidad”, el cual ha servido en más de una oportunidad para definir el sentido de los fallos. Así, a pesar de que muchas veces se ha abjurado de la ausencia de prototipos legislativos de este trascendental principio, el artículo 60° del RLFE parece representar un mayúsculo ejemplo del mismo; siendo que para el caso del trabajador de dirección y de confianza su aplicación resulta vital para dilucidar la configuración o no de un puesto de tal naturaleza, lo que a razón del análisis realizado emerge como un componente habitual de las controversias originadas al respecto. En ese sentido y estando a lo expuesto en el primer apartado de este acápite, aquella tendencia resulta análoga a la difundida en España justamente a título de criterio jurisprudencial: “la irrelevancia del *nomen iuris*”, el cual privilegia la

realidad de las circunstancias en que se desarrolla la relación laboral de carácter especial a los términos irrogados por las partes al contrato o a los aspectos consustanciales del mismo.

4. Siguiendo con la tendencia jurisprudencial, se debe enfatizar que ha sido el TC el encargado de suscribir una manifiesta contradicción referida en este caso al “retiro de la confianza”, señalando que tal situación no se constituye como una causa de despido sino como una causa de extinción del vínculo laboral, algo que deviene en incorrecto pues al partir de una decisión unilateral e inconsulta del empleador estaríamos frente a un despido propiamente dicho, máxime si tomamos en cuenta el sentido amplio del término (unánimemente aceptado por la doctrina dominante). Con todo, de admitirse esta teoría se concluiría que el despido basado en el retiro de la confianza deviene en arbitrario por cuanto no resulta ser una causa justa, requisito *sine quanon* para su procedencia. 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 a nuestro entender el “retiro de la confianza” resulta ser en realidad un ente disuasivo del vínculo laboral especial, más no un despido en estricto; ya que aunado a la falta de “causalidad” de aquel enunciado, encontramos que sólo 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 inadmisible al consumarse un despido por falta grave. Sin embargo, aquel “ente disuasivo” 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).

5. En lo referido a postura jurisprudencial adoptada por la Corte Superior de Justicia de Lambayeque respecto del despido de trabajador de dirección y de confianza, es menester concluir que en su gran mayoría los Magistrados integrantes de la Corte Superior de Justicia de Lambayeque aplican correctamente los criterios esgrimidos por el TC, principalmente -y tal como hemos tenido oportunidad de advertir- el referido a la aplicación del Principio de Primacía de la Realidad. Es tal la magnitud de aquel precepto, que los escasos pronunciamientos errados al respecto, se deben precisamente a la inaplicación o incorrecta aplicación de aquel principio. Adicionalmente se debe rescatar que los pronunciamientos jurisdiccionales en cuestión se fundamentan en otros aspectos medulares rescatados por el TC para estos casos como son: a) El retorno al puesto ordinario en caso de promoción del trabajador a un cargo directriz; b) El carácter residual que ostentan los cargos de dirección y de confianza; c) La imposibilidad de la restitución del trabajador directriz tras ser víctima de un despido “arbitrario”, ello si ha accedido de forma directa al cargo; d) El consecuente pago indemnizatorio tras el retiro de la confianza por parte del empleador.

6. Finalmente, de la revisión de la jurisprudencia local glosada, surge una innovadora disyuntiva, generada a raíz de la configuración de una institución aparentemente divergente, pero que en esencia resulta ser homogénea a la analizada: “el cese de acto de hostilidad por reducción inmotivada de categoría del trabajador de dirección y de confianza”. En efecto, la similitud salta a la vista pues nos encontramos frente a la “extinción de la relación laboral especial sobre la base de un retiro de la confianza por parte del empleador”; no obstante los Magistrados de los Juzgados Especializados en lo Laboral de nuestro departamento e inclusive los de instancia suprema, le otorgan un tratamiento indistinto, permitiendo la restitución del trabajador

retirado del puesto directriz. Creemos que los fallos en tal sentido son contraproducentes, pues pecan de legalistas, omitiendo advertir la naturaleza del cargo, lo que genera una aplicación sesgada del ordenamiento jurídico. Con todo, en este caso en particular se denota un inusual apartamiento con respecto al tratamiento legislativo español, en donde si bien no se puede hablar de una “reducción de categoría” si se contempla una única alternativa al respecto de las modificaciones sustanciales en las condiciones de trabajo y esta resulta ser la extinción del vínculo laboral especial, lo que demuestra que no resulta idóneo -por así llamarlo- aplicar sin más los mismos lineamientos del régimen laboral ordinario para estos casos.

RECOMENDACIONES

1. Para una uniforme y adecuada regulación del régimen especial en el que se encuentra inmerso el trabajador de dirección y de confianza, resulta indispensable la creación de un conjunto legislativo propio, similar al arquetipo español, el cual contemple todas las aristas que estas instituciones en su conjunto puedan presentar; siendo tan indispensable como apremiante una regulación expresa al respecto de la extinción del vínculo laboral de este trabajador en particular. Si bien el anteproyecto 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 TC 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 contra el despido arbitrario -sustentado en el retiro de la confianza- resultaría ser la indemnización, lo cual, al igual que su par español podría ser admitido y convenido por las partes con anticipación.

2. Existe un vacío legal en la norma laboral ordinaria en lo que a la “reducción de la categoría del trabajador de dirección y de confianza motivada en el retiro de la confianza” compete; motivo por el cual se propone modificar el artículo 35° de la LPCL, señalando que, en el caso particular de los trabajadores de dirección y de confianza tras la reducción de la categoría motivada en el retiro de la confianza de parte del empleador, sólo procedería aplicar la alternativa prevista en el inc. b) del mencionado artículo, vale decir la *“terminación del*

contrato de trabajo y el consecuente pago de la indemnización por despido arbitrario".

En tal sentido dicho dispositivo quedaría redactado de la siguiente manera:

Artículo 35°.- Actos de Hostilidad: Acciones Legales

"El trabajador que se considere hostilizado por cualquiera de las causales a que se refiere el artículo 30° de la presente ley, podrá optar excluyentemente por:

….b) La terminación del contrato de trabajo en cuyo caso demandará el pago de una indemnización a que se refiere el artículo 38° de esta ley, independientemente de la multa y de los beneficios sociales que puedan corresponderle.

En el caso particular de los trabajadores de dirección y de confianza, la reducción de categoría motivada en el retiro de la confianza de parte del empleador, generaría únicamente la consecuencia prevista en el párrafo anterior. En tal sentido, el emplazamiento previo y por escrito previsto en el artículo 30° de la ley, deberá estar referido al pago del monto indemnizatorio".

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Libros:

1. ALEMANY ZARAGOZA, Eduardo. *La relación laboral del directivo. Contratación y extinción. El contrato blindado*, Pamplona, ARANZANDI Editorial, 1994.
2. ALONSO OLEA, Manuel, *Derecho del Trabajo,* Madrid, Editorial Civitas, 1998.
3. ARCE ORTIZ, Elmer, *La nulidad de despido lesivo de derechos constitucionales,* 2da. Edición, Lima, ARA Editores, 2006.
4. BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago, *El contrato de trabajo,* México DF., Editorial Porrúa, 1992.
5. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *El despido en el derecho laboral peruano,* 1ra. Edición, Lima, ARA Editores, 2002.
6. BERNALES BALLESTEROS, Enrique, *La Constitución de 1993-Análisis comparado,* 5ta. Edición, Editora RAO, Lima, 1999.
7. CABANELLAS DE TORRES, Guillermo y PEREZ BOTIJA, Eugenio, *Derecho Constitucional Laboral,* Madrid, Editorial TECNOS, 1958.
8. CARRO IGELMO, Alberto José, *Curso de Derecho del Trabajo,* Barcelona, Bosch Casa Editorial SA, 1991.
9. CASTILLO CORDOVA, Luis, *Elementos de una teoría general de los Derechos Constitucionales,* Lima, ARA Editores, 2003.
10. CHIAVENATO, Idalberto, *Gestión de Talento Humano,* Editora McGraw-Hill Interamericana SA., Bogotá, 2002.
11. DE LA CUEVA, Mario, *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. *Tomo I,* México DF, Editorial Porrúa, 1993.
12. DE BUEN LOZANO, Néstor, *Derechos del Trabajador de Confianza,* 1ra. Edición, México DF., Instituto de Investigaciones Jurídicas. Universidad Autónoma de México, 2000.
13. DE VAL TENA, Ángel Luis, *El Trabajador de Alta Dirección. Caracteres y Régimen Jurídico,* 1ra. Edición, Madrid, Editorial CIVITAS, 2002.
14. DE VAL TENA, Ángel Luis, *Los trabajadores directivos de la Empresa*. Pamplona, Editorial Aranzadi, 1999.
15. GÓMEZ MUÑOZ, José Manuel, *Las Jornadas Especiales de Trabajo.* Pamplona, Editorial Aranzadi, 1999.
16. GORELLI HERNANDEZ, Juan, *Los supuestos de readmisión en el despido*, Madrid, Editorial TECNOS, 1996.
17. IGLESIAS CABERO, Manuel, *Relación Laboral de Carácter Especial del Personal de Alta Dirección,* 2da. Edición, Madrid, Editorial CIVITAS, 1994.

18. MARTIN VALVERDE, Antonio; GARCÍA MURCIA, Joaquín y RODRIGUEZ-SANDUÑO GUTIERRES, Fermín, *Derecho del Trabajo*, Madrid, Editorial TECNOS, 1990.
19. MONTOYA MEDINA, David, *La extinción del contrato de trabajo del alto directivo*, 1ra. Edición, Pamplona, Editorial Aranzadi, 2008.
20. MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo,* 24va. Edición, Madrid, Editorial TECNOS, 2003.
21. NEVES MUJICA, Javier, *Introducción al Derecho Laboral,* Lima, Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2000.
22. PLA RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del derecho del trabajo,* 3ra. Edición, Buenos Aires. Editorial DE PALMA. 1998.
23. RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO-FERRER, Miguel, *Presente y futuro de la regulación del despido,* Pamplona, Editorial ARANZADI, 1997.
24. SAGARDOY, José Antonio, *Prontuario de derecho del trabajo,* Madrid, Editorial CIVITAS, 1991.
25. ZAVALETA CRUZADO, Roger, *Temas selectos de Derecho Laboral,* 1ra. Edición. Lima, MAISOL Perú Editores. SA., 2000.

Libros Traducidos:

1. KAHN-FREUD, Otto, *Trabajo y derecho,* traducido por Jesús Galeano Moreno, 3ra. Edición. Murcia, Colección de Estudios. 1987.

Libros Editados y Diccionarios:

1. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *"El derecho al trabajo y el despido arbitrario, a propósito de la sentencia del Tribunal Constitucional,* en *Ius et Veritas. Año XIII, N° 25,* Revista editada por los estudiantes de la PUCP, Lima, 2002, 268-280.
2. BUSTAMANTE ALARCON, Reynaldo, *"Una aproximación a la vigencia del debido proceso en los despidos laborales. A propósito de una jurisprudencia del Tribunal Constitucional"*, en *Ius et Veritas,* Año X, N° 21, Revista editada por los estudiantes de la PUCP, Lima, 2000, 301-310.
3. HUAMÁN ORDOÑEZ, L. Alberto, *"La protección constitucional del trabajador estatal de confianza adscrito al régimen privado frente a la arbitrariedad de despido"*; en *Boletín electrónico de Información Laboral Nº 11*, editado por la Sociedad Peruana del Trabajo y de la Seguridad Social, Lima, 2005, 15-22.

Artículos publicados en obras colectivas o enciclopedias:

1. DOLORIER TORRES, Javier. "*Protección contra el despido arbitrario"* en *La Constitución comentada. Análisis artículo por artículo*. 1ra. Edición. Lima, ARA Editores, 2005, 559-565.

Artículos de Revista:

1. ANÁLISIS LABORAL, "Trabajadores de Dirección y Confianza ¿Tienen los mismos derechos que cualquier trabajado?", Volumen XXXIV, N° 392, Febrero 2010, Editorial AELE, 18-22.
2. 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.
3. ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. "La reposición de los trabajadores de dirección y de confianza", *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Año 8. Número 63. Mayo 2009.
4. AREVALO VELA, Javier y YNAMI GARCIA, Suhei Larisa. "La protección de los trabajadores de confianza frente el despido arbitrario", *Diálogo con la Jurisprudencia*. Número 112, Año XX, Enero 2008, 29-33.
5. 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, 589-600.
6. 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.
7. 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.
8. DEL RIO TIMANÁ, Dalia. "La reposición de los trabajadores de confianza del régimen laboral privado en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano", *Revista de Derecho de la Universidad de Piura*. Volumen 9. 2008. 309-322.
9. DOLORIER TORRES, Javier Ricardo y ZUÑIGA VILLEGAS, Walter, "El retiro de la confianza a un trabajador que fue promovido a un cargo de confianza. A propósito de una sentencia del Tribunal Constitucional", *Diálogo con la Jurisprudencia*. Vol. 13, Número 112, Enero 2008. 23-28.
10. 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.
11. GARCIA TOMA, Víctor, "La estabilidad laboral. Caso de docentes universitarios", *Dialogo con la jurisprudencia*. Tomo 15. Diciembre 2009, 51-64.

12. HERNANDEZ GARCÍA, Cristina, “El contrato laboral de alta dirección”. *Boletín Económico de ICE,* N° 2805, Mayo 2004, III-VIII.
13. LÓYZAGA DE LA CUEVA, Octavio, “Los trabajadores de confianza, su régimen y sus limitaciones” *Revista Jurídica ALEGATOS*, Número 63, Mayo-Agosto 2006. 385-394.
14. MOLERO MANGLANO, Carlos, “Criterios jurisprudenciales de aplicación del concepto de alta dirección”, *Actualidad Laboral,* Número 06, 2008, 621-624.
15. PUNTRIANO ROSAS, César, “El despido de la mujer gestante en el Perú. Comentarios a pronunciamientos de la Corte Suprema y Tribunal Constitucional”, *Dialogo con la Jurisprudencia*, Año 15, Tomo 133, Octubre 2009, 23-32.
16. TOLEDO TORIBIO, Omar, “El despido nulo y la taxatividad de sus causales”, *Dialogo con la Jurisprudencia*. Año 15, Tomo 136, Enero 2010, 266-271.
17. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge, “La ampliación de los supuestos de reposición tras la sentencia del Tribunal Constitucional en el caso Telefónica”, *Dialogo con la jurisprudencia*, Tomo 49. Octubre 2002, 61-78.
18. YNAMI GARCÍA, Subei Larisa. “Los trabajadores de dirección de de confianza”, *Revista Actualidad Jurídica,* N° 175, Junio 2008, 293-294.

Recursos Electrónicos:

1. ANÁLISIS LABORAL. *Aspectos Socio económicos y jurídicos.* 2006. [ubicado el 28.10.09]. Obtenido en http://www.aele.com/img_upload/d47e3411833fe9ac4875a4a28c842a56/06.12_AL.pdf.
2. CAMPOS TORRES, Sara Rosa. *¿Conoce usted cual es el tratamiento laboral de los trabajadores de dirección y de confianza?.* 2006. [ubicado el 02.06.2010]. Obtenido en http://www.contadoresyempresas.com.pe/boletines_revistas/marzo_2006/laboral_15.pdf.
3. EGOS PEÑA, Jorge. *El trabajador de confianza*. 1991. [ubicado el 04.11.2009]. Obtenido en http://www.revistajuridicaonline.com/images/stories/revistas/1991/04/4_El_Trabajador_De_Confianza.pdf.
4. MENDOZA LA ROSA, Carlos. *El Personal de Confianza*. 2006. [ubicado el 16.04.09]. Obtenido en http://www.iij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/documentacion/inv%20otras%20entidades/CLAD/CLAD%20XI/documentos/mendolar.pdf.
5. REAL ACADEMEDIA DE LA LENGUA. *Definición de empresa*. 2001. [ubicado el 17.06.10]. Obtenido en http://buscon.rae.es/draeI/SrvltConsulta?TIPO_BUS=3&LEMA=empresa.

Referencia Jurisprudencial:

1. STC del 28 de Noviembre del 2005. {Expediente número 0206-2005-AA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
2. STC del 11 de Julio del 2002. {Expediente número 1124-2004-AA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
3. STC del 13 de Marzo del 2003. {Expediente número 976-2001-AA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
4. STC del 15 de Marzo del 2007. {Expediente número 03501-2006-PA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
5. STC del 26 de Abril del 2004. {Expediente número 0018-2003-AI/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
6. STC del 19 de Septiembre del 2006. {Expediente número 00003-2006-PI/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
7. STC del 21 de Noviembre del 2007. {Expediente número 00027-2006-PI/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
8. STC del 11 de Julio del 2005. {Expediente número 3330-2004-AA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
9. STC del 13 de Noviembre del 2007. {Expediente número 08257-2006-PA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
10. STC del 19 de Diciembre del 2010 {Expediente número 1874-2002-AA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
11. STC del 31 de Marzo del 2000 {Expediente número 794-1999-AA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
12. STC del 27 de Marzo del 2002 {Expediente número 0360-2000-AA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
13. STC del 13 de Noviembre del 2007. {Expediente número 08257-2006-PA/TC}. . Obtenido en www.tc.gob.pe
14. STC del 19 de Abril del 2004. {Expediente número 746-2003-AA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
15. STC del 17 de Febrero del 2005 {Expediente número 4492-2004-AA/TC} Obtenido en www.tc.gob.pe
16. STC del 19 de Abril del 2005 {Expediente número 1651-2005-AA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
17. STC del 12 de Mayo del 2005 {Expediente número 2358-2005-PA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
18. STC del 09 de Enero del 2008 {Expediente número 3349-2007-PA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
19. STC del 09 de Junio del 2009 {Expediente número 1042-2007-PA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
20. STC del 13 de Noviembre del 2007 {Expediente número 756-2007-PA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
21. STC del 13 de Noviembre del 2007 {Expediente número 02594-2007-AA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
22. STC del 21de Enero del 2004 {Expediente número 2252-2003-AA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe

23. STC del 23 de Noviembre del 2005 {Expediente número 08146-2005-PA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe
24. STC del 11 de Junio del 2010 {Expediente número 01581-2008-PA/TC} Obtenido en www.tc.gob.pe
25. STC del 17 de Mayo del 2010 {Expediente número 03043-2009-PA/TC}. Obtenido en www.tc.gob.pe

ANEXO JURISPRUDENCIAL