

UNIVERSIDAD CATÓLICA SANTO TORIBIO DE MOGROVEJO



FACULTAD DE DERECHO

**LA EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO DE LOS
TRABAJADORES DE CONFIANZA A PROPÓSITO DE LA CASACIÓN
LABORAL N° 18450-2015**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO DE ABOGADO

Diana Marilis Zapata Tapia

Chiclayo, 08 de junio del 2018

**LA EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO DE
LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA A PROPÓSITO DE LA
CASACIÓN LABORAL N° 18450-2015**

PRESENTADO POR:

ZAPATA TAPIA DIANA MARILIS

Presentar a la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de
Mogrovejo para optar por el título de

Abogado

APROBADO POR:

Abog. Guillermo Enrique Chira Rivero
Presidente del Jurado

Abog. Igor Eduardo Zapata Velez
Secretario del Jurado

Mtro. Javier Hildebrando Espinoza Escobar
Vocal del Jurado

CHICLAYO, 2018

DEDICATORIA

A mi padre Belizario.

Por su ejemplo de entereza y buen humor al afrontar los retos que se le presentan; por la increíble serenidad que trasmite y sobre todo por su apoyo incondicional en cada una de las etapas que he recorrido hasta llegar a este momento.

A mi madre Karina.

Por haberme apoyado en cada uno de los proyectos que emprendí hasta hoy, por su amor incondicional solo innato de una madre, por cada uno de sus consejos, por su ejemplo de constancia, perseverancia y amor.

A mi hermana menor Raíza

Porque me has regalado la dicha de contar contigo, has sido mi apoyo y mi consuelo. Tú me acompañaste en mi infancia y ahora que ha pasado el tiempo sigues allí. Te admiro por ser una de las personas más audaces que conozco. Espero poder ser un buen ejemplo para ti.

AGRADECIMIENTO

A Dios, por darme la oportunidad de vivir y por estar conmigo en cada paso que doy, por fortalecer mi corazón e iluminar mi mente y por haber puesto en mi camino a aquellas personas que han sido mi soporte y compañía durante todo el periodo de estudio.

A Rodrigo, a quién conocí en este camino del Derecho, pues ha sabido apoyarme para continuar y nunca rendirme, por su cariño incondicional y su particular forma de ver la vida, que hace de las situaciones difíciles, momentos inolvidables.

Al Dr. Javier Espinoza Escobar, por su especial comprensión y apoyo académico en la realización de esta investigación.

Gracias a todas las personas que contribuyeron directa e indirectamente en la realización de este proyecto.

Diana Marilis Zapata Tapia

RESUMEN

La estabilidad laboral constituye el principio de permanencia en el empleo que tiene por objeto otorgar a los trabajadores haciéndolos merecedores de la protección y garantía contra la inestabilidad, con la finalidad de proporcionarles seguridad de sus ingresos, la satisfacción de sus necesidades, su subsistencia y permanencia. En la actualidad cuestionados fallos judiciales en nuestro País respecto a la protección contra el despido de los trabajadores de confianza como la Casación Laboral. N° 18450 -2015, niegan el derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza, en cuanto no amparan el derecho de estos, para acceder al pago de una indemnización por concepto de despido arbitrario.

Sin embargo, el no reconocer el derecho a la indemnización por despido arbitrario hacia un trabajador de confianza, implicaría retroceder en el desarrollo y avance del Derecho del Trabajo, que se basa en principios como el de continuidad, causalidad e igualdad, los cuales deben respetarse de inicio a fin en la relación laboral, teniendo como premisa que el trabajador en cuanto persona, posee sin excepción dignidad humana

Palabras Claves: Estabilidad Laboral, Trabajador de confianza, Protección frente al despido, Indemnización por despido arbitrario

ABSTRACT

Occupational safety is the principle of permanence in employment that aims to grant workers making them worthy of protection and guarantee against instability, for security purposes and protection of their income, the satisfaction of their needs, their subsistence and permanence. At present questioned judicial decisions in our country regarding protection against dismissal of workers of confidence

like Casación Laboral. No. 18450-2015, deny the right to job security for workers of trust, as long as they do not protect their right to access the payment of compensation for arbitrary dismissal.

However, failure to recognize the right to compensation for arbitrary dismissal of a worker of trust, would imply backing the development and advancement of Labor Law, which is based on principles such as continuity, causation and equality, which must be respected from beginning to end in the labor relationship, having as a premise that the worker as a person, without exception has human dignity

Keywords: Labor Stability, Trusted Worker, Protection against dismissal, Compensation for arbitrary dismissal

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL: DERECHO CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO EN EL PERÚ.....11

- 1.1 .- Fundamentos ontológicos de la protección del empleo 12
- 1.2 .- Fundamentos constitucionales de la estabilidad laboral 19
- 1.3 .-Regulación de la estabilidad laboral en las normas internacionales 25
- 1.4 .- Evolución de la regulación laboral peruana en materia de estabilidad.....28
- 1.5 .- Principio de continuidad y causalidad en la legislación laboral peruana...31

CAPÍTULO II

TRABAJADOR DE CONFIANZA Y SU RÉGIMEN ESPECIAL.....35

- 2.1.- Sobre el régimen especial del trabajador de confianza.....36
 - a) La confianza como elemento característico..... 2
- 2.2.- El personal de dirección y el personal de confianza en el ordenamiento peruano..... 37
 - 2.2.1.- Definición de trabajador de confianza..... 40
 - 2.2.2.- Procedimiento para la calificación de un trabajador de confianza...
..... 43
 - 2.2.3.-Consecuencias de la calificación de un trabajador como confianza.
..... 50
 - 2.2.4.- Despido de un trabajador de
confianza.....51
 - a) ¿indemnización o reposición? 51
- 2.3.- Tratamiento de los trabajadores de confianza en la legislación comparada.....64
 - 2.3.1.- México.....64
 - 2.3.2.- Costa Rica.....68
 - 2.3.3.- Chile.....71

2.3.4.- Italia.....	74
2.3.5.-España.....	75

CAPÍTULO III

EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO ARBITRARIO DE LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA.....	80
--	----

3.1. Jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional.....	63
3.2. Pronunciamientos de la Corte Suprema respecto a la indemnización por despido arbitrario a favor de trabajadores de confianza.....	94
3.3 Reducción de remuneraciones de trabajador de confianza.....	103
3.4. Primer Pleno Jurisdiccional Distrital en materia Laboral de Lima (NLPT) 2017.....	111

CONCLUSIONES.....	119
-------------------	-----

BIBLIOGRAFÍA.....	120
-------------------	-----

ANEXOS	129
--------------	-----

ANEXO 1	130
ANEXO 2	134
ANEXO 3	137
ANEXO 4	141
ANEXO 5	153
ANEXO 6	157
ANEXO 7	172
ANEXO 8	186
ANEXO 9	196
ANEXO 10	210

INTRODUCCIÓN

La competitividad en el plano económico, implica y exige de las empresas mayor especialización en la actividad que realiza, con la finalidad de mantener su posición dentro del mercado económico y laboral. En la persecución de este objetivo, al interior de estas unidades productivas, se requiere de personal que reúna ciertas características especiales que permitan al empleador tomar decisiones desde una óptica técnica, teniendo vital importancia para el rumbo de la empresa es en este contexto donde adquiere trascendencia una categoría especial de empleados: los trabajadores de confianza.

La Casación Laboral. N° 1850 -2015 se aparta de aquello dado por sentado, señalando que no considera cierto que la regla, tratándose de trabajadores de confianza, sea que su cese, fuere el motivo que sea, incluyendo el mero retiro de confianza, de lugar siempre al pago de una indemnización por despido arbitrario. Para el Colegiado, tal creación jurisprudencial tendría como consecuencia que el acto de celebración del contrato de trabajo para ejercer cargos de confianza contenga tácitamente una “cláusula por despido arbitrario”, toda vez que siempre que cese el trabajador, sea cual fuere la causa, incluso el retiro de confianza, tendría que ser indemnizado por ser arbitrario dicho cese, lo cual resulta absurdo para esta Sala.

El fallo judicial antes mencionado rompe los paradigmas constitucionales respecto a la terminación de la relación contractual de los trabajadores de confianza; plantea que la regla tratándose de los trabajadores de confianza debería ser en sentido inverso, es decir, si el vínculo contractual se extingue por retiro de confianza no habrá derecho a indemnización por despido arbitrario. Este criterio jurisprudencial

desconoce los lineamientos establecidos casi por unanimidad por la comunidad jurídica por poco más de 15 años, en nuevo enfoque replantea la posición de los trabajadores de confianza dentro de la relación laboral, en concreto en lo que respecta a la protección de estos frente al despido.

La presente investigación es una investigación cualitativa, método de investigación mediante el cual se buscará identificar la naturaleza del problema a tratar. Es de tipo básica ya que por medio de esta, se establecerá las relaciones teórico-doctrinales del objeto de investigación; y descriptiva debido a que se expondrá con fidelidad las características más sobresalientes de la realidad materia de estudio.

Por ello y ante este nuevo contexto jurisprudencial, surge la siguiente problemática: ¿De qué manera los criterios jurisprudenciales sobre protección frente al despido arbitrario de los trabajadores de confianza garantizan su derecho a la estabilidad laboral? , en respuesta a esta interrogante se baraja la siguiente hipótesis: Si los jueces aplicaran los criterios establecidos en la Casación Laboral. N° 18450 -2016, entonces se desampararían al trabajador de confianza despedido, afectando su derecho de estabilidad laboral.

Por ello través de esta investigación se propone cuáles deben ser los criterios para la protección de los trabajadores de confianza frente al despido arbitrario, por ello en el primer capítulo se analizará la constitucionalidad de la protección frente al despido arbitrario de los trabajadores de confianza; en el segundo capítulo se determinarán las características que configuran la labor al interior de la relación laboral de los trabajadores de confianza; para finalmente en el tercer capítulo a través de la evolución jurisprudencial , argumentar y criticar los criterios adoptados por la jurisprudencia nacional sobre la protección frente al despido arbitrario de los trabajadores de confianza a la luz del derecho de estabilidad laboral.

La autora

CAPÍTULO I:
DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL: DERECHO
CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO EN EL PERÚ

CAPITULO I:
DERECHO A LA ESTABILIDAD LABORAL: DERECHO
CONSTITUCIONALMENTE PROTEGIDO EN EL PERÚ

En el presente capítulo se abordará lo concerniente al derecho de la estabilidad laboral del trabajador en general, esgrimiendo diversos argumentos que permiten aseverar la fundamentalidad de dicho derecho, puesto que irradia de manera trascendente a diversos principios informadores del Derecho Laboral como el principio de continuidad y de causalidad. Se finaliza este apartado con una revisión sucinta de su tratamiento en el ámbito nacional e internacional

1.1 Fundamentos ontológicos de la protección al empleo

El Derecho Laboral entiende al trabajo como la actividad en donde la persona se desarrolla y actúa de manera que obtendrá los medios materiales o bienes económicos para subsistir. Todos trabajamos día con día con el fin de obtener algo a cambio por la actividad que ejecutamos. La finalidad de tener un trabajo es desarrollarse y ejercer profesionalmente, y al mismo tiempo, obtener un salario justo.

La centralidad del trabajo en la vida humana y su directa relación con la dignidad y el desarrollo de la personalidad inspiran los diferentes ordenamientos laborales. Y “al ser la empresa, no solo una organización dirigida a la producción de bienes sino una célula social en la que se integra el hombre para su plena realización mediante su trabajo, privilegio, deber y vocación de la persona, el derecho del trabajo ha regulado las relaciones de convivencia que se originan por la ejecución del contrato de trabajo”¹, lo que denota la innegable importancia del trabajo en condiciones adecuadas y dignas para el desarrollo de la vida humana y la sociedad.

En los últimos años, el respeto a la dignidad humana se ha extendido con más fuerza en todas las ramas del ordenamiento. El Derecho del Trabajo no se ha mantenido al margen de este proceso: “la conciencia de ser titular de los derechos fundamentales, reconocidos en la Constitución, ha desarrollado una amplia doctrina académica y jurisdiccional sobre los límites a los poderes empresariales y de la subordinación debida por el trabajador. El ejercicio de los derechos fundamentales en la relación laboral, manifestación indispensable del respeto a su dignidad, es hoy en día una cuestión central en el Derecho al Trabajo”², esto en congruencia con una toma de conciencia a nivel social y empresarial, donde la persona no puede bajo ningún supuesto, ser cosificada en aras de intereses económicos.

El trabajo es un bien de todos, que debe estar disponible para todos aquellos capaces de él. La plena ocupación es, por tanto, un objetivo obligado para todo ordenamiento económico orientado a la justicia y al bien común. Una sociedad donde el derecho al trabajo sea anulado o sistemáticamente negado y donde las medidas de política económica no permitan a los trabajadores alcanzar niveles satisfactorios de ocupación, no puede conseguir su legitimación ni la paz social.

¹ Cfr. PACHECO ZERGA, Luz, La dignidad humana en el derecho del trabajo, Pamplona, Aranzadi, 2007, pp. 29-43.

² Ibidem p. 29.

A este respecto, “la dignidad de la persona trabajadora hace referencia a un *status* que cumple una doble función. Por un lado, consiente en un determinado desarrollo libre del individuo; por otro, perfila y llena de contenido los valores de la sociedad donde la persona interactúa a través de su participación en los asuntos públicos”³, como el desarrollo económico, tecnológico, etc. de un estado, que derivan de una actividad económica responsable.

Anteriormente, “en un sistema liberal, a causa de las desigualdades económico-sociales, los contratantes débiles en el plano económico-social gozan de una libertad solo formal, porque en sustancia su libertad es aplastada de hecho por el superior poder contractual de los contratantes fuertes. Puede pensarse en algún remedio en el plano de la autonomía privada, a través de la auto-organización de los contratantes débiles y el consiguiente ejercicio de la autonomía colectiva. Pero en Estado Social se afirma la idea de que corresponde también al poder público intervenir. Se considera que, en efecto, es tarea del poder público asegurar a los ciudadanos libertad e igualdad no solo en el sentido formal sino también en el sentido sustancial”⁴.

El reconocimiento de derechos fundamentales sociales, “el constitucionalismo social”, se vincula, en el plano político, a la “transformación del Estado Liberal en Estado Social de Derecho, proceso en el cual la formulación de los derechos sociales e, incluso, la reformulación en clave social de algunos derechos clásicos, constituye un ingrediente esencial para entender ese fenómeno”⁵. Así, el deber del Estado no consiste tanto en asegurar directamente el derecho al trabajo de todos los ciudadanos, constriñendo toda la vida económica y sofocando la libre iniciativa de las personas, sino en secundar la actividad de las empresas, creando

³RAMIREZ, Luis Enrique y otros. *Derecho del trabajo: Hacia una carta Sociolaboral Latinoamericana*, Buenos Aires, Editorial BdeF, 2011, p. 70.

⁴ROPPO, Vincenzo, *El contrato*, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2009, p.94.

⁵BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *La cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, Lima, Fondo Editorial, 2011, p. 20.

condiciones que aseguren oportunidades de trabajo, estimulándola donde sea insuficiente o sosteniéndola en momentos de crisis.

Es así que la normativa laboral debe velar ineludiblemente por el respeto de la dignidad humana; “(...) la dignidad humana es la expresión del estatuto privilegiado del ser humano, que lleva aparejado un título de respeto *erga omnes* y, a la vez, una obligación de respeto, también *erga omnes*, en virtud de la igual dignidad. Este respeto, en el ámbito laboral, se materializa en dos obligaciones básicas, una positiva y otra, negativa. La positiva se identifica con el deber de actuar de buena fe, esto es, con veracidad y lealtad. La negativa, con la proscripción de la violencia, el engaño y la arbitrariedad”⁶ y esta debe manifestarse en todos los momentos de la relación laboral, de inicio a fin.

De tal modo que no se debe olvidar que, “el trabajo es parte de la vida diaria de todos y el factor determinante para alcanzar la dignidad humana, el bienestar y el desarrollo como seres humanos. El desarrollo económico debe incluir la creación de empleo y unas condiciones de trabajo adecuadas para que las personas puedan trabajar con libertad y en condiciones de seguridad y dignidad”⁷. En resumen, el desarrollo económico no es un fin en sí mismo sino que su finalidad debe ser mejorar la vida de las personas.

Por todo ello; desde una visión global, “debemos entender por estabilidad laboral todas aquellas normas que tienen como objetivo evitar o restringir la extinción injustificada del contrato de trabajo en cualquiera de sus modalidades. Así la estabilidad representa en términos generales un freno a la extinción el contrato de trabajo. La relación de trabajo debe durar lo máximo posible. Los ordenamientos laborales han sido fieles a esta idea al menos una vez que se superaron los dogmas

⁶ PACHECO ZERGA, Luz. *Op. Cit.* p. 317.

⁷ OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Las reglas de juego: Una breve introducción de las normas internacionales del trabajo*, 3ª ed., OIT, Ginebra, 2014, p. 25 [ubicado el 06 XI 2016] Obtenido en http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2014/114B09_175_span.pdf.

liberales⁸. Por lo que, las legislaciones laborales, se adecuan a los criterios orientados a la defensa del trabajador.

El contrato de trabajo, como relación jurídica de duración se extiende lo más posible en el tiempo y el ordenamiento entero se interpreta a favor de la continuidad del vínculo, consiguiéndose con ello el mantenimiento del puesto de trabajo y por tanto, el sostenimiento de los ingresos del trabajador, lo que constituye, un valor digno de protección jurídica.

Es así que, “la estabilidad representa un valor inherente a la conformación y la vida de la relación trabajador – empleador; sería también es una manera de garantizar una situación permanente al trabajador respecto de su empleador”⁹. A través del régimen de estabilidad “se pretende limitar la libertad incondicional del empleador evitando despidos arbitrarios que sumen en caos e inseguridad al trabajador, y por ende a quienes dependen económicamente de él, cuya única fuente de ingresos es su trabajo, conllevando a la insatisfacción de necesidades y un estado de angustia de su familia”¹⁰. Así las cosas, la estabilidad laboral se constituye como una garantía en pro del vínculo laboral y del sustento del trabajador que tiene a su vez, efectos en la misma empresa como unidad productiva que ve en el trabajo la fuente de sus resultados

La estabilidad en el empleo “debe concebirse como el derecho a conservarlo, no necesariamente de forma indefinida, sino por tiempo en que la naturaleza de la relación lo exija: si esta es indefinida, no se podrá separar al trabajador, salvo que existiera causa para ello, si es por tiempo o por obras determinados”¹¹. Como precisamente se encuentra consagrado en el ordenamiento jurídico peruano

⁸ RAMIREZ, Luis Enrique y otros. Op. Cit. p. 61.

⁹ MACÍAS VÁSQUEZ, María Carmen. *Estabilidad en el empleo: Estudio comparado de México y España*. Instituto de investigaciones jurídica UNAM. 2006 [Ubicado el 01 XI 2016] Obtenido en <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/4/1968/24.pdf>, p.15.

¹⁰ Cfr. REYNOSO CASTILLO, Carlos, *Permanencia de las relaciones de trabajo*, México, UAM, 1997, pp. 27-32.

¹¹ BUEN, Néstor de. *Derecho del trabajo*, 6ª ed. México, Porrúa, 1986, p. 573.

La estabilidad laboral posee dos expresiones: la estabilidad de entrada y la de salida, que a pesar de que se encuentren en el comienzo y al final de la relación laboral tienen un grado de comunicación muy intenso, como se verá a continuación:

La estabilidad laboral de entrada se centra en el momento inicial de la relación laboral y vincula la duración del contrato con la naturaleza de las labores. En tal sentido, “implica una relación causal entre la naturaleza permanente o temporal de las labores para las que se contrata con duración indefinida o a plazo fijo del contrato que se debe suscribir para llevarlas a cabo”¹². De manera que, “la autorización para la contratación temporal debe darse solo en casos en que se cubran labores de tal naturaleza, pues el contrato de trabajo posee vocación de permanencia, siendo su duración proporcional a la causa que motivó”¹³. Sin embargo en la actualidad este lógico razonamiento se ha invertido causando un grave perjuicio para los trabajadores y sus familias; y caos en el mercado laboral

La estabilidad de entrada es la garantía jurídica por la cual desde el inicio del contrato de trabajo, el trabajador tiene protección en la terminación del contrato. En los contratos de trabajo hay estabilidad laboral de entrada una vez superando el periodo de prueba (como regla de tres meses, salvo en los casos de trabajadores de confianza y de dirección donde puede incrementarse hasta seis y doce meses, respectivamente).

Así, “la estabilidad laboral de entrada erige una primera barrera de protección destinada a la conservación del empleo con base a la preferencia por la contratación a plazo indefinido, mientras que la contratación temporal será regulada en vía de

¹²VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo, “El derecho al trabajo: tránsito del despido libre al derecho constitucionalmente garantizado” en *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*. N° 21, 2013, p. 318.

¹³PASCO COSMÓPOLIS, Mario, “Contrato de Trabajo Típico y Contratos Atípicos, en *Balance de la Reforma Laboral Peruana*, Lima, Editorial Industrial, 200, p. 127.

excepción y limitada a supuestos demostrables objetivamente”¹⁴. Una segunda protección consistirá en la determinación del período adquisitivo del derecho a la estabilidad laboral a través de la regulación tanto del plazo del período de prueba como de los casos de exoneración del mismo.

Por otro lado “la estabilidad laboral de salida, se ubica en el momento final de la relación laboral, implica la permanencia del vínculo laboral salvo que se produzca causa justa que permita terminarlo, de allí que tenga como consecuencia la prohibición de despido arbitrario o injustificado, como exige nuestro Tribunal Constitucional”¹⁵. La estabilidad laboral de salida es la protección frente al término de la relación laboral y esta solamente puede darse por causales taxativas. Sin embargo “es necesario reconocer los dos tipos de estabilidad referidas a la estabilidad de salida: absoluta, que conlleva la reposición; o relativa, que importa protecciones distintas como la indemnización, remuneraciones devengadas, etc. Esta última manifestación puede ser propia o impropia.

Será propia cuando se declara la nulidad del despido sin reposición efectiva. “El trabajador demanda la nulidad del despido y el juez otorga la indemnización por el tiempo de duración del proceso y las remuneraciones devengadas más intereses. Sin embargo, no existe obligación del empleador de reponer al trabajador en su puesto. Habiendo entonces, reposición ficta pero no efectiva. Por su parte, será impropia cuando la protección es la indemnización”¹⁶. El referido planteamiento es completamente lógico, teniendo en cuenta que nuestro ordenamiento consagra como derecho la libertad de contratar de los particulares, sería impensable obligar al empleador a continuar una relación laboral en la que se han perdido ciertos elementos esenciales que permiten su normal desarrollo.

¹⁴ Cfr. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Estabilidad en el empleo y contratación precaria”. En *Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*, Puebla: noviembre de 1987, pp. 37-76.

¹⁵ STC 0005-2008-PA/TC de fecha 04 setiembre del 2009, fundamento 48

¹⁶ERMIDA URIARTE, Óscar. *La estabilidad del trabajador en las empresas ¿Protección real o ficticia?*, Montevideo, Editorial Acali, 1983, p.56.

La estabilidad laboral constituye el principio de permanencia en el empleo que tiene por objeto otorgar a los trabajadores que reúnen los requisitos y que por su trabajo se hacen merecedores a la protección y garantía contra la inestabilidad para la seguridad de sus ingresos, consecuentemente por su trascendencia en la solidez del núcleo familiar, equilibrio y firmeza en la satisfacción de sus necesidades, subsistencia y permanencia. “La realización de la estabilidad laboral no impide en forma absoluta la posibilidad de que el empleador pueda terminar la relación laboral, de trata de que ello se produzca, solo en los casos absolutamente necesarios es decir, que medie causa justa. La estabilidad no es una imposición contra el principio, sino la factibilidad de compatibilización de intereses de ambos sujetos de la relación jurídico-laboral y de la sociedad”¹⁷. Sin estabilidad, los trabajadores vivirían con la inseguridad y la psicosis del presente y del mañana.

La estabilidad laboral se funda indubitablemente en la dignidad de la persona humana, en tanto el trabajo constituye para esta un medio a través del cual puede cubrir sus necesidades y las de su familia, logrando un estándar de vida que le permita su propio perfeccionamiento en sendos ámbitos de su personalidad y teniendo repercusiones directas en el desempeño del mismo, lo cual se traduce además en términos de eficiencia y productividad que favorecen a la empresa donde labora.

1.2. Fundamentos constitucionales de la estabilidad laboral

Uno de los cambios que se aprecia, respecto a la Constitución anterior a la vigente, consiste en la ubicación de los derechos laborales, los cuales se encuentran ubicados dentro del Capítulo II “De los Derechos sociales y económicos” del Título I “De la Persona y de la Sociedad. De acuerdo a la Constitución de 1993, solo los

¹⁷DÍAZ AROCO, Teófila T. y BENAVIDES DÍAZ, César M. *Derecho individual del trabajo . Nuevas tendencias en el Proceso de Globalización de la Economía*. 1° Ed., Lima, Ed. Grijley, 2013, p.411.

derechos enunciados en el Capítulo I del Título I son considerados como “Derechos fundamentales de la persona”. Ergo, el derecho de estabilidad laboral ya no sería catalogado como un derecho fundamental, sino como un derecho social – económico.

Sin embargo, existen razones de peso, que permiten afirmar que el derecho a la estabilidad laboral sigue siendo un derecho fundamental:

Primero, la relación de derechos que aparece en el Capítulo I no es taxativa. En efecto: el artículo 3 del propio Capítulo I de la Constitución señala respecto a los derechos fundamentales que “la enunciación de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza (...)”¹⁸. De esta manera el derecho de estabilidad laboral, al estar inserto en la Constitución, es un derecho fundamental de acuerdo con las disposiciones contenidas en esta.

Sumado a ello, no debe olvidarse que el criterio de “fundamentalidad” de los derechos no reside en la “etiqueta” o denominación que le asignen los Estados o el nivel de protección institucional o procesal existente en un ordenamiento. El verdadero fundamento está en la relación de un derecho cuestionado, determinado ideológica, teórica e históricamente con la dignidad y la libertad de la persona humana”¹⁹.

Ahora bien, en esta misma línea, Ferrajoli señala que, “la extendida creencia de que el contenido de derecho fundamental comprende las garantías judiciales que el ordenamiento jurídico depara ante su vulneración, no solo resulta imprecisa, sino que impide el reconocimiento de los verdaderos alcances de un determinado derecho, así como la construcción de nuevos esquemas de optimización, maximización, ponderación y tutela(...)Por ello si un derecho está consagrado en un ordenamiento , pero no ha sido objeto

¹⁸TOYAMA MIGAYUSUKU, Jorge. *Los contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral*, Lima, Gaceta Jurídica, 2008, p. 33.

¹⁹SOLAZABAL, Juan. “Algunas consideraciones básicas de la teoría de los derechos fundamentales” en: *Revista de Estudios Políticos*, N° 71, Madrid, 1991, p.92.

de garantía específica ello no determina la inexistencia del derecho sino la carencia de la garantía. Respecto de esta habría una laguna que el derecho deberá colmar estableciendo formas o mecanismos que permitan la adecuada implementación del derecho reconocido, precisamente por reconocer su existencia”²⁰.

La diferenciación que propone Ferrajoli, permite advertir la autonomía del contenido del derecho fundamental al trabajo, respecto de los mecanismos de tutela que el ordenamiento pueda consagrar para el despido sin justa causa. Siendo dos cosas distintas derecho y garantía.

El principio de estabilidad en el empleo constituirá así “una emanación del valor de seguridad material caracterizador del constitucionalismo social, e incluso empezara a ser considerado en términos de derecho subjetivo”²¹. La estabilidad en el empleo es un factor que protege a la parte menos poderosa en una relación laboral, busca preservar la dignidad del trabajador, en tanto impone al empleador la obligación de adecuar su conducta a la protección de la persona humana.

Naturalmente que la estabilidad en el empleo se pone al servicio del mantenimiento del puesto de trabajo y pretende procurar al trabajador, mediante técnicas diversas, la seguridad de poder planificar así su vida y la de su familia. Pero “estabilidad va más allá de procurar la seguridad del ingreso vital: se inserta en una perspectiva política y democratizadora de las relaciones de trabajo desde que se impulsa con fuerza y determinación la ciudadanía de la empresa”²². Su consagración en el Derecho del Trabajo obedece a la especial naturaleza de la relación laboral. Una relación caracterizada por la desigualdad jurídica existente entre las partes, es necesario valerse de mecanismos tendientes a limitar la libre disposición del empleador, como modo de preservar la dignidad del trabajador.

²⁰FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2007, p.55.

²¹ RAMIREZ, Luis Enrique y otros, *Op. Cit.*, p. 60.

²²Ibídem, p. 62.

En este sentido, la estabilidad en el empleo no solo mantiene el vínculo laboral sino que no se produce ningún elemento impeditivo digno de ser aceptado; también se convierte en la condición para el ejercicio pleno del conjunto de derechos laborales, desde la libertad sindical a la huelga, desde la libertad de expresión al derecho a la intimidad. En otros términos, la estabilidad en el empleo es una garantía irrenunciable para asegurar el estatus de ciudadanía del trabajador en la empresa.

De ahí que “la estabilidad haya dejado de ser un mero precipitado de principios de interpretación contractual y se haya erigido como integrante del contenido esencial de uno de los derechos estrella del constitucionalismo social: el derecho al trabajo, que ha tenido quizá su desarrollo más fructífero en el principio de estabilidad en el empleo”²³. Este reconocimiento del derecho al trabajo no es gratuito, radica en su importancia trascendental para la vida y subsistencia del ser humano, bien jurídico protegido en la totalidad de los ordenamientos jurídicos en el mundo.

De conformidad con lo que dispone el artículo 23 de la constitución, el Estado asume las siguientes responsabilidades con relación al trabajo²⁴:

- Promover condiciones para el progreso social y económico. Para tal efecto, tiene la obligación de establecer políticas de fomento del empleo productivo y educación para el trabajo.
- Asegurar que ninguna relación laboral limite el ejercicio de derechos constitucionales ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador.
- Asegurar que a ningún trabajador se le obligue a prestar servicios sin retribución compensatoria o sin su libre consentimiento.

Algunos tratadistas como Juan Rivero Lamas la llama “principio de continuidad”, quien al referirse a la estabilidad laboral nos dice que “es uno de los objetivos esenciales del derecho del trabajo y en cuanto al principio afirma que se fundamenta en el carácter de tracto sucesivo del contrato de trabajo, cuya finalidad es garantizar

²³Ibídem p. 92.

²⁴ LANDA ARROYO, César. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2010, p. 20.

la estabilidad en el empleo para el trabajador”²⁵, asegurándole seguridad económica así como el lograr una adecuada incorporación del trabajador a la empresa.

El principio de estabilidad laboral le confiere – al trabajador- cierto grado de seguridad económica, le asegura tranquilidad psicológica, ya que sabe que tiene una ocupación fija, lo cual le evita problemas propios del desempleo con la consiguiente frustración, al tiempo que le permite el desarrollo de su personalidad mediante la incorporación a la empresa y las relaciones con los demás miembros del grupo laboral.

El principio de estabilidad laboral es importante por cuanto garantiza el respeto a la continuidad de la relación jurídica laboral, continuidad que debe imponerse frente al fraude, la variación, a la infracción, a la arbitrariedad, la interrupción, a la sustitución, es decir frente al despido injustificado, incausado, fraudulento desterrando toda situación desventajosa para el trabajador, lo que implica por el contrario, la necesidad de normas que lo protejan y lo garanticen, así mismo, en los casos de absorción o fusión de empresas, constituyendo con la cedente una sola unidad económica o afinidad o vinculación en el desenvolvimiento de los negocios, integrando un conjunto económico.

Sin embargo es también importante advertir que la estabilidad laboral, no implica solo el plazo que determine la ley, sino también la eficiencia del trabajador en el rendimiento de su trabajo; es decir, el trabajador debe constituirse y demostrar ser un trabajador competitivo y por supuesto observar una conducta intachable, de apoyo y que contribuya a la meta de unidad y paz social que debe alcanzar el centro de trabajo en bien de mejorar el proceso de producción y la productividad, que necesariamente trascienden en el desarrollo de la comunidad nacional e internacional.

En la evolución histórico-jurídica del despido, se puede distinguir dos etapas o momentos: a) aquella en que el despido se configuraba como la expresión del poder absoluto, la cual corresponde a la época previa a la formación del derecho al trabajo,

²⁵ DÍAZ AROCO, Teófila T. & BENAVIDES DÍAZ, César, *Op. Cit.*, p. 18.

cuando las relaciones de trabajo caían bajo el dominio de los códigos civiles y comerciales y el empleador gozaba de una facultad “*ad nutum*” para despedir., no sujeta a ninguna clase de exigencia de fondo, de forma, ni menos aún, a reparaciones económicas; b) aquella, ya bajo las normas iniciales del Derecho laboral”, en clase de exigencias de fondo.

En contraposición a la estabilidad, “la temporalidad dreña la conciencia sindical, fragmenta la colectividad de los trabajadores, mutila las acciones sindicales y debilita el sindicato, vista la cuestión desde otro ángulo, fortalece el control empresarial no solo en la concreta organización productiva, sino además en más amplio espacio de las relaciones de poder”²⁶. Como vemos, los derechos laborales colectivos también se ven mermados con la vulneración de la estabilidad laboral del trabajador, de modo que este atentado tiene graves efectos en diferentes esferas de los derechos laborales.

Al respecto el artículo 22 de la Constitución peruana enuncia que el trabajo es un deber y un derecho, el cual es base del bienestar social y un medio de realización de la persona. Así mismo debemos precisar que a través de la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Carta Magna, el contenido de los Tratados y Acuerdos Internacionales en materia de Derechos Humanos, forman parte del derecho nacional. Por lo que el ordenamiento peruano acoge lo señalado en el artículo 7 del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos sociales y culturales, también conocido como “Protocolo de San Salvador”, precisa que “luego de haber sido enunciado en el artículo precedente (artículo 6), supone que la persona goce del mismo – haciendo referencia al trabajo- en condiciones justas”²⁷. Debe hacerse especial énfasis en cuanto este documento internacional aborda lo que denomina “condiciones justas”, las cuales adquieren relevancia debido a la existencia en la actualidad de sendos

²⁶CASAS BAAMONDE, M. E. & VALDEZ DAL RÉ, F, “Diversidad y precariedad en la contratación laboral en España” en *Relaciones laborales*, N° 7/8, 1989, p. 78.

²⁷ARCE ORTIZ, Elmer G. *Derecho individual del trabajo en el Perú: Desafíos y deficiencias*, Lima, Palestra Editores, 2013, p.500.

trabajos que lesionan la dignidad humana, haciendo que los trabajadores se encuentren propensos a innumerables atropellos tales como la discriminación en cuanto a las labores a efectuar, convirtiéndose en víctimas de violencia, acoso, verse afectados por accidentes en el trabajo que podrían evitarse al tomar las medidas pertinentes, entre otras cuestiones que menoscaban la naturaleza humana que el trabajador posee por la sola razón de ser persona.

La Constitución se aboca a desarrollar los lineamientos genéricos, buscando contener solamente disposiciones generales que aspiran a ser permanentes (estabilidad de salida) y, de otro lado, se permite que la ley regule materias que pueden variar en el tiempo de acuerdo a las circunstancias (estabilidad de entrada)”²⁸. La estabilidad laboral debe estar presente en todas las etapas de la relación laboral desde su origen a su culminación en los términos establecidos en la ley par salvaguarda de los derechos del empleador.

Sin la estabilidad laboral abordada desde la óptica constitucional, serían mínimas o nulas las posibilidades del ejercicio de los derechos individuales o colectivos y los mecanismos para la tutela de los mismos no tendrían suficiente “exigibilidad” frente al empleador

1.3. Regulación de la estabilidad laboral en las normas internacionales

Un marco jurídico internacional sobre las normas sociales garantiza el establecimiento de condiciones de igualdad en la economía global. Ayuda a los gobiernos y a los empleadores a no caer en la tentación de reducir las normas del trabajo creyendo que ello podría darles una mayor ventaja comparativa en el comercio internacional. A la larga, la utilización de estas prácticas no benefician a nadie, por el contrario: la reducción de las normas del trabajo puede incentivar la generalización de salarios bajos, una formación deficiente y mucha rotación de personal en las industrias, impidiéndose, de este modo, que un país genere empleos más estables y calificados.

²⁸ TOYAMA MIGAYUSUKU, Jorge, *Op. Cit.* p. 33.

Al mismo tiempo, tales prácticas dificultan que los socios comerciales desarrollen sus economías. Debido a que las normas internacionales del trabajo son normas mínimas adoptadas por los gobiernos y los interlocutores sociales, deberá ser interés de todos que esas normas se apliquen de manera general, para que aquellos que no lo hicieran no socaven los esfuerzos de los que sí lo hacen.

La protección del empleo puede conducir a que los trabajadores, al sentirse seguros, asuman riesgos y sean más innovadores. La protección social que brindan, por ejemplo, los regímenes de desempleo y las políticas activas de mercado de trabajo, pueden facilitar la flexibilidad del mercado de trabajo, puesto que hacen que la liberalización y las privatizaciones sean sostenibles y más aceptables para la gente. La libertad sindical y la negociación colectiva pueden conducir a mejores consultas y a una mayor colaboración en la gestión del trabajo, reduciéndose así el número de conflictos laborales costosos y obteniéndose una mayor estabilidad social.

En el caso europeo, el artículo 1 literal a) del Protocolo Adicional de la Carta Social Europea compromete a los Estados Partes a reconocer el derecho a la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y profesión, sin ningún tipo de discriminaciones, por lo que deben tomarse medidas para garantizar o promover su aplicación en los siguientes campos: “Acceso al empleo, protección contra el despido y reinserción profesional”²⁹. La protección del derecho al trabajo debe ejercerse en todos los momentos de la relación laboral: el inicio, en el devenir de la misma buscando su continuidad y aún cuando esta concluye, con la finalidad de salvaguardar los intereses de ambas partes y evitando se vulneren derechos fundamentales.

Ya en este punto, merece la pena precisar que en nuestro ordenamiento jurídico constitucional se ha previsto la figura del bloque de constitucionalidad. El bloque de constitucionalidad se encuentra compuesto por todas aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del Texto Constitucional, son

²⁹SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Derecho constitucional del trabajo”, Relaciones de trabajo en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2007, p.95.

utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia Constitución; es por ello que debe hacerse mención al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas, específicamente a lo señalado en el artículo 7 literal d) del Protocolo de San Salvador el que consagra: “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 los casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o, a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”³⁰. Nuestro País por fortuna se adscribe al razonamiento que tiene preponderancia a nivel mundial, pues la estabilidad en el empleo, solo puede verse truncada por razones justas y objetivas y no por situaciones lesivas y arbitrarias.

Cabe mencionar además, al Convenio Internacional de Trabajo N° 158 de la Organización Internacional de Trabajo, el que si bien tiene eficacia de una recomendación -toda vez que no está ratificado por el Estado Peruano- precisa aspectos importantes como “la posibilidad de que la legislación de los países, pueda reconocer la estabilidad de salida absoluta o relativa”³¹. De esta forma, el Convenio OIT 158 establece claros lineamientos para la protección contra el despido estableciendo la tutela restitutoria (reposición) como la opción preferente destinada a la cautela del derecho al trabajo, mientras que la tutela resarcitoria (indemnización) operará en defecto de la anterior conforme haya sido regulada por la legislación nacional. Así, y aun cuando se otorgue preferencia a la readmisión en el empleo, “el artículo 10 del Convenio OIT 158 preserva la posibilidad de que el ordenamiento establezca distintos tipos de reparación frente al despido, entre los

³⁰OEA. *Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales*. El Salvador, 17 de noviembre de 1988. [Ubicado el 2 del XI de 2016] en <https://www.cidh.oas.org/basicos/Basicos4.htm>.

³¹TOVALINO CASTRO, Fiorella *El despido: análisis con base en criterios jurisprudenciales*, Lima, Gaceta Jurídica, 2014, p. 10.

que se incluye la tutela resarcitoria³². Como se observa, si bien la primera opción ante un despido es la restitución en el empleo, en los casos donde no sea posible aplicarla, es completamente plausible el hecho de otorgar un resarcimiento indemnizatorio.

Ya en este punto debe hacerse una importante precisión: la estabilidad no implica la imposibilidad de despedir al trabajador, sino una cierta resistencia. Esta resistencia no tendría que tener un contenido económico necesariamente, como se aprecia en la Recomendación 166 de la OIT, al señalar que la terminación de la relación laboral de manera unilateral; ello en razón a que las normas de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo, se proponen encontrar un equilibrio entre el mantenimiento del derecho de los empleadores de despedir a los trabajadores por causas justificadas y la garantía de que esos despidos sean justos, se utilicen como último recurso, así como procurar que estos no importen un impacto negativo y desproporcionado en los trabajadores.

Las normas internacionales respaldan la figura de estabilidad en el empleo, ello debido a que las relaciones entre países y las economías de todo el mundo tienen como causa eficiente el trabajo humano, una actividad digna de protección en toda su duración la cual debe estar orientada a la continuidad como se verá en los apartados que prosiguen.

1.4. Evolución de la regulación laboral peruana en materia de estabilidad laboral

La legislación peruana recogió durante varios años un modelo de estabilidad laboral absoluta, que llegó a su cenit con su consagración en la Constitución de 1979. Empero, durante la década de 1990 presenciamos una transición hacia un modelo de mínima protección frente al despido arbitrario, que se ha visto consolidada en la Constitución de 1993 y la posterior Ley de Productividad y Competitividad Laboral, norma que nos rige en la actualidad y que consagra el despido libre indemnizado.

³²FERRO, Víctor, La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en Derecho PUCP, N° 68, 2012, p.68 [Ubicado el 06 XI 2016] Obtenido en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/2843/2772>.

Esta última situación se ha visto radicalmente reformulada por la actuación jurisprudencial del Tribunal Constitucional³³, como veremos en adelante.

La Ley N° 4916 del año 1924 es la primera norma laboral que se ocupa de la protección frente al despido, estableciendo una indemnización en casos de cesación de empleo, modificando el artículo 296 del entonces Código de Comercio.

Posteriormente y luego de casi 50 años de vigencia, en el año 1970 se promulgó el Decreto Ley N° 18471, que estableció “un régimen de estabilidad absoluta para los trabajadores, pues solo permitía el despido en casos de reducción o despedida total de personal, autorizada por resolución de la autoridad de trabajo debido a causas económicas o técnicas y caso fortuito o fuerza mayor, o una vez superado el periodo de prueba por falta grave, que debía ser probada por el empleador. En caso contrario, el trabajador estaba facultado para solicitar: a) la reposición, o b) el pago del equivalente a tres meses de la relación de trabajo, además de una suma por las remuneraciones dejadas de percibir hasta la fecha de la resolución que pone término a la reclamación”³⁴. Este periodo histórico se caracterizó por la arraigada protección a favor del trabajador en el contexto mundial de la Revolución Industrial.

En 1978 se promulgó el Decreto Ley N° 22126, el que en su artículo 3 reafirmaba la estabilidad laboral como regla en el ordenamiento jurídico; empero, en supuestos de trabajadores que no superaran los tres años al servicio de su empleado, podían ser despedidos sin causa justificada, con un previo aviso de noventa días y con una indemnización especial equivalente a noventa días de remuneración. Un año después de la entrada en vigencia del decreto antes mencionado se aprueba la Constitución de 1979, la que consagra un régimen de estabilidad absoluta. En su artículo 48 establece El estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo. El trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada. En este marco constitucional, a la luz de las disposiciones del convenio 158 de la Organización Internacional del trabajo (OIT) se promulgo en 1986 la Ley 24514 eliminando el periodo de adquisición de tres años

³³ VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo, *Op. Cit.*, p. 311.

³⁴ *Ibidem* p. 316.

del derecho de estabilidad laboral y retornando al esquema de estabilidad laboral absoluta.

A diferencia de la anterior norma, se enumeró las causas justas de despido, plasmando una concepción en un sentido amplio de este: comenzaron a considerarse como falta grave las situaciones excepcionales de la empresa como casusas económicas, técnicas, caso fortuito y fuerza mayor para seguir con las derivadas de la conducta del empleador. Así mismo se introdujo un procedimiento previo al despido. Sumado a ello, la ley unificó las acciones contra el despido estableciendo una única vía judicial; además, comprendió por primera vez el derecho a la estabilidad laboral a los trabajadores de confianza, entre otros aspectos. “Luego de cinco años de vigencia, el Poder Ejecutivo emitió el Decreto Legislativo 728, norma que delimita la noción de despido reduciéndola al despido individual”³⁵. Después de los periodos históricos descritos, la legislación laboral adoptó una óptica individual procediéndose a la unificación de la tramitación de los procesos laborales en una vía judicial independiente.

De todo lo expresado podemos señalar, que la Doctrina distingue entre *estabilidad absoluta* y *estabilidad relativa*. “La estabilidad absoluta se configura cuando la violación del derecho a conservar el empleo ocasiona la ineficacia del despido y se garantiza la reincorporación efectiva del trabajador; la estabilidad relativa, en cambio, se configura en los restantes casos en que exista protección contra el despido, pero ella no llega a asegurar la reincorporación”³⁶ en todos los casos.

Cierta parte de la doctrina señala que, desde la perspectiva del análisis económico del derecho, la recepción del modelo de protección absoluta, traería consecuencias negativas en la creación del empleo, debido a que los empleadores estarían reticente a generar puestos de trabajo, si midiesen las consecuencias de la estabilidad absoluta, al no permitírsele la desvinculación de trabajadores, “(...) porque en la medida en que se vulnere la capacidad discrecional del empleador, y

³⁵ VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *Op. Cit.*, p.280.

³⁶ PLÁ RODRIGUEZ, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, Buenos Aires, Editorial de Palma, 1988, p. 240.

que se le quite o se le reste un cierto margen, razonable y enmarcado dentro de la legalidad para la toma de decisiones en su empresa, sentirá que el ordenamiento jurídico lo obliga a mantener a alguien en su puesto de trabajo aún contra de su sentir y parecer respecto del manejo de la misma.

Desde el punto de vista jurídico, “la estabilidad en el empleo es la consagración de unas determinadas normas que, en primer lugar, protegen al trabajador de un despido que no obedezca a causas justas, y en segundo lugar, que desestimulen a los empleadores a utilizar el despido como mecanismo violatorio de los derechos del trabajador”³⁷. Como facultad derivada del poder de dirección del empleador, debe ser ejercida con carácter funcional, atendiendo a los fines de la empresa y exigencias de la producción pero cuidando el respeto debido a la dignidad del trabajador y sus derechos patrimoniales, y excluyendo toda forma de abuso del derecho, de donde se desprende que su ejercicio sólo será válido si respeta tales límites.

El modelo legislativo y jurisdiccional respecto a la estabilidad laboral en nuestro país ha ido evolucionando hasta convertirse en el que se encuentra actualmente vigente, sin embargo aún deben mejorarse algunas cuestiones en las que debe primar el respeto de los derechos fundamentales – el trabajo- sobre los aspectos normativos.

1.5. Principio de continuidad y principio de causalidad en la legislación laboral peruana

Uno de los principales principios del Derecho del Trabajo es el de la continuidad en el empleo, por medio del cual se propugna la posibilidad y seguridad que tengan todos los trabajadores de conservar su empleo.

El derecho a la estabilidad laboral tiene sus raíces en el principio de continuidad de la relación laboral que consagra el “derecho del trabajador a permanecer en el empleo. De allí que se puede afirmar que el derecho a la estabilidad laboral consiste

³⁷PAREDES ESPINOZA, Brucy y otros. *El despido laboral: despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento*, Lima, Gaceta Jurídica, 2014, p. 96.

en una garantía jurídica para la conservación del empleo, pudiendo variar el modo o la forma con la que se protege este derecho y, por ende, su eficacia”³⁸. Por lo que, la ley tiene el deber de consagrar principios inamovibles, en este caso teniendo en cuenta la vocación de permanencia de las relaciones laborales.

Se debe indicar que, “la continuidad en el empleo no implica la negación de la autonomía del empleador, pero tampoco debe entenderse en la posición contraria, que nos ubica frente a la real posibilidad de que el empleador, en algunos casos abuse de sus derechos, o que sus decisiones obedezcan más a una errónea interpretación y aplicación de la facultad legal que le ha otorgado el legislador, que una real necesidad empresarial” afectando derechos inherentes al trabajador”³⁹. El empleador posee la prerrogativa que le permite actuar de manera completamente autónoma en lo que respecta a elegir el personal que formara parte de su empresa o negocio, sin embargo es necesario recordar que esta potestad debe ejercerse dentro también de marco constitucional, el que proscribió en toda relación laboral el cese del vínculo de manera arbitraria.

El “principio de continuidad, expresa la “tendencia actual del Derecho del trabajo de atribuir la más larga duración a la relación laboral”⁴⁰, desde todos los puntos de vista y desde todos los aspectos.

El principio de continuidad de la relación laboral, aplicado al supuesto del despido, se ha de traducir en otro principio específico: el principio de causalidad, entendiendo por tal, la exigencia de una “causa justa como factor determinante para la validez jurídica del despido, exigencia que descarta la voluntad subjetiva del empleador como elemento jurídicamente suficiente para determinar la legitimidad del acto extintivo de la relación laboral.

³⁸DE LA FUENTE, Horacio. Principios jurídicos del derecho a la estabilidad. Buenos Aires: Víctor López de Zavala, 1976, p. 19.

³⁹PAREDES ESPINOZA, Brucy y otros. *Op. Cit*, p. 144.

⁴⁰SOCIEDAD PERUANA DE TRABAJO DEL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “El principio de continuidad y el despido individual” en *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al Profesor Ámerico Plá Rodríguez*, Lima, Grijley, 2009, pp. 315-317.

De este modo que tanto el principio de continuidad como el de causalidad inciden sobre la conceptualización del despido ya como un “ derecho” o facultad, que el empleador puede ejercer con plena libertad, de forma discrecional, o como una potestad reglada, esto es subordinada, en cuanto a su validez.

Precisamente, Plá distingue entre las limitaciones laborales impropias y la estabilidad. Las primeras consisten en medidas legalmente establecidas, que gravan o dificultan el despido, imponiendo al empleador el cumplimiento de formalidades o el pago de sumas de dinero. Su eficacia, depende, básicamente de su onerosidad- es decir el costo que genera el despido- siendo, por ello más efectivas si las sumas a pagar al trabajador en caso de despido son elevadas y menos si estas son reducidas o mínimas, consistiendo en frenos económicos y no jurídicos al despido. La estabilidad en cambio, parte del supuesto contrario, o sea de que el empleador no tiene derecho a despedir sino cuando hay causa justificada.

Como puede apreciarse el elemento diferenciador entre un concepto y el otro, reside en la intervención o no del principio de causalidad, pues cuando no sea exigible, el despido se configura como un derecho discrecional del empleador, cuyo ejercicio únicamente puede dificultarse mediante requisitos de forma o gravámenes económicos, mientras que cuando dicho principio se encuentra reconocido, la facultad del empleador para despedírsele se habilita cuando emerge una causa justa.

Por todo ello, debemos concluir que “(...) la estabilidad laboral debería ser entendida como la responsabilidad compartida que posee tanto el patrono como el empleado o candidato de asegurar su participación efectiva en el ambiente laboral mientras ambas partes garanticen la adición de valor a los procesos, productos o servicios que ofrezcan o generen”⁴¹. De tal manera que la corresponsabilidad, producto de los consensos y el diálogo social, puede garantizar el ingreso hacia esquemas de flexiseguridad que recoloquen la estabilidad laboral, generando a su vez,

⁴¹ RODRÍGUEZ, María. “La flexibilización interna y externa en Venezuela. Simultaneidad e impactos” en *Observatorio Laboral Revista Venezolana*, Vol. 2, N° 4, julio, 2009, pp.111-132.

alternativas diversas a los actores que permitan responder a las necesarias adaptaciones que exige el entorno globalizado a todos los países de la región latinoamericana.

El derecho y la ley pueden adecuarse al contexto en el que se encuentran inmersos, sin embargo aquellos principios que informan el ordenamiento, deben permanecer inmutables en aras de mantener el equilibrio y la justicia en las relaciones humanas de diferentes ídoles, en este caso la relación laboral.

Al concluir este capítulo debe tenerse en claro que la estabilidad en el trabajo es un principio que otorga carácter permanente a la relación laboral – teniendo como fundamento a la dignidad de la persona - proporcionando tranquilidad, sentimiento de pertenencia, experiencia laboral y seguridad jurídica, que difícilmente pueden ser desarraigados del pensamiento del hombre trabajador. La estabilidad en el empleo es, además, una traba para el despido abusivo o injustificado, pues la ruptura de la relación laboral bajo esta ilegal forma, produce efectos como la reinstalación en el puesto de trabajo y de no ser posible la misma, corresponde otorgar una indemnización; evitando de este modo el despido libre como se desarrollará en los capítulos subsecuentes.

CAPÍTULO II:

TRABAJADOR DE CONFIANZA Y SU RÉGIMEN ESPECIAL

CAPÍTULO II:

TRABAJADOR DE CONFIANZA Y SU RÉGIMEN ESPECIAL

En el presente capítulo, se abordarán las cuestiones generales y características particulares de esta categoría de trabajadores, asimismo se explicará cómo se efectúa el proceso de calificación para considerar a un trabajador de confianza, la situación en la que se encuentran frente al despido y el derecho de reposición o derechos indemnizatorios derivados de este, además de observar la regulación laboral en algunos países respecto a esta categoría especial de trabajadores.

2.1.- Sobre el régimen especial del trabajador de confianza

a) La confianza como elemento característico

La confianza es entendida por la RAE como la esperanza firme que se tiene de alguien o algo, constituye la condición fundamental o el rasgo esencial para convertir la relación laboral con estos trabajadores en una relación laboral especial, en razón de las funciones que desempeñan dentro de la empresa, con unos efectos jurídicos propios y distintos a los que se generan con los trabajadores ordinarios y con una exigencia cualificada de la obligación de actuar de buena fe pues a ellos se exigirá más que al común de los trabajadores⁴². La confianza se erige como aquel elemento característico en esta relación laboral.

⁴²Cfr. DE BUEN, Néstor. *Derecho del trabajador de confianza*. 58ª ed., México, Legislatura – Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 14 [Ubicado el 02 .VI . 2017].

En ese mismo orden de ideas, la actividad desarrollada por este tipo de trabajadores se encuentra estrechamente vinculada con el éxito o fracaso en las empresas, abordando aspectos que, muchas veces, no es posible compartir con el común de los empleados.

Por lo expuesto, “el trabajador de confianza está inmerso necesariamente en 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 sería imposible la contratación y la asignación de tareas natural al interior de la empresa), debido a que este particular empleado alcanza una mayor y más directa vinculación con el empleador, gozando de su máxima confianza y sujeto a una muy limitada subordinación”⁴³. La naturaleza misma de la función es la que determina la condición laboral del trabajador de confianza. Esto quiere decir que no son las características personales o la forma de ser del trabajador, aquello que determina dicha condición. En realidad la esencia de las labores que realiza es lo que determina dicha condición; esto es aquellas labores o funciones objetivas que se derivan de la posición o puesto, las que determinarán la condición de trabajador de confianza.

2.2.- El personal de dirección y el personal de confianza en el ordenamiento peruano

El primer paso para poder arribar a la definición de trabajador de confianza, implica realizar la diferenciación con otras categorías laborales como el denominado trabajador de dirección.

Para tal fin corresponde en primera instancia efectuar un repaso histórico. En nuestro país el tema de los trabajadores de confianza al servicio de un empleador particular originariamente estuvo restringido al caso de los gerentes a que se refería la Ley de Sociedades Mercantiles N° 16123, sustituida posteriormente por el Texto

Obtenido en <https://www.joseacontreras.net/ServProfCarrGobFed/documentos/leyes/dchotrconf.pdf>

⁴³ ROSAS ALCÁNTARA, Joel, *El derecho laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, p. 124.

Único Ordenado de la Ley General de Sociedades aprobado por Decreto Supremo N°003-85-JUS⁴⁴, mostrado que en la época este tipo de trabajadores tenían importancia sólo en proporción a los objetivos de la sociedad de capitales a la que pertenecían.

Recién por Ley N° 24514, artículo 15, se regula lo referente a los trabajadores de confianza en el ámbito privado, estableciendo que sólo podrán ser desempeñados dichos cargos por empleados. A partir de la dación del Decreto Legislativo N° 728, “Ley de Fomento del Empleo” en 1991, se introdujo en nuestra legislación laboral dos categorías especiales dentro de las divisiones que se hacían entre los trabajadores, según el cargo que desempeñan o la labor que realizan: Los trabajadores de dirección y los trabajadores de confianza. “Anteriormente, nuestra legislación laboral sólo distinguía a los trabajadores entre empleados y obreros, siendo el elemento diferenciador entre ellos el tipo de labor, pues cuando prevalecía la labor manual, se trataba de obreros, y cuando prevalecía la labor intelectual, entonces, se trataba de empleados, una relativamente sencilla distinción”⁴⁵. Sin embargo, con el paso del tiempo y las nuevas características del mercado donde se exige mayor calificación y especialización en las tareas al interior de las unidades productivas, se requirió de personal técnico de apoyo a las altas esferas de la empresa, surgiendo estas dos nuevas categorías de trabajadores.

Como vemos, ya sea por su cercanía con el empleador, por las funciones que ejecutan o por el efecto de sus opiniones, algunos trabajadores han recibido un tratamiento especial por parte del ordenamiento jurídico.

De modo general, podemos afirmar que “el personal de dirección y de confianza tiene un *status* distinto al de cualquier trabajador ordinario que lo hace más cercano al empleador sea personificándolo o asumiendo labores propias del poder de dirección y cuyas decisiones son trascendentales para los fines de la empresa

⁴⁴ AREVALO VELA, Javier y YNAMI GARCIA, Suhel. *Dialogo con la jurisprudencia* N° 112, Gaceta Jurídica, Lima, 2012, p.29.

⁴⁵ ULLOA MILLARES, Daniel, “El despido libre de los trabajadores de confianza: a propósito de una curiosa tendencia del tribunal constitucional”, *Ius Et Veritas*, N°43, noviembre 2011, p. 196.

(trabajador de dirección); o trabajando directamente con los representantes del empleador y coadyuvando a la toma de decisiones empresariales (trabajador de confianza). De esta forma el personal de dirección o de confianza, dada la responsabilidad y representatividad asumida se encuentra directamente relacionado con el destino de la empresa”⁴⁶. Por ello es preciso incidir en la creciente necesidad en el contexto del comercio actual caracterizado por la globalización, de la incorporación y reforzamiento de las categorías laborales indicadas, dada su gran importancia en el éxito de una empresa.

El artículo 43 del Decreto Legislativo N° 728 define a esta categoría de trabajadores de la siguiente forma: el trabajador de dirección es “aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquél las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad de la empresa o institución. En cambio, según la misma norma, son trabajadores de confianza aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales, y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, son trabajadores de confianza aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

Según el Tribunal Constitucional, “por su naturaleza la categoría de trabajador de dirección lleva implícita la calificación de confianza, pero un trabajador de confianza no necesariamente es un trabajador de dirección, en la medida en que en tiene poder de dirección, en la medida en que no tienen poder de dirección”⁴⁷. Cabe señalar que el concepto de personal de dirección es más amplio que el de personal de confianza: todo alto funcionario es, en efecto, personal de

⁴⁶CASTILLO GÚZMAN, Jorge y otros, *Compendio de derecho laboral peruano*, 5ª ed., Lima, Thomson Reuters, 2013, p. 87

⁴⁷MOGOLLÓN ATOCHE, Alex E., “Tratamiento diferenciado de personal de dirección y de confianza. “Especial referencia al ejercicio del derecho de huelga”, *Revista Jurídica del Perú*, noviembre 2012, p. 3.

dirección y de confianza. En cambio, no todo trabajador de confianza es directivo

Los trabajadores de confianza difieren de los altos empleados, porque – usualmente – ocupan puestos menos elevados jerárquicamente (lo cual puede variar, de acuerdo a la autonomía estructural de cada empresa) y ejercen pocas atribuciones de dirección; y de los empleados particulares, debido a que desempeñar tareas donde la lealtad y honradez personal son imprescindibles; y su inobservancia puedan causar graves perjuicios al empleador en diversos ámbitos de la actividad empresarial.

2.2.1.- Definición de trabajador de confianza

Los trabajadores de confianza son aquellos cuya posición les confiere una especial responsabilidad, asumiendo delicadas tareas o haciéndose énfasis en el respaldo del empleador sobre sus funciones, pues “estos trabajadores cuentan con fe y apoyo especial por parte del empresario, así como de la dirección de la empresa”⁴⁸. Los trabajadores de confianza, a diferencia de los trabajadores ordinarios, por la función que desempeñan, tienen un mayor grado de responsabilidad y están sujetos a un menor nivel de subordinación frente al empleador

En ese sentido, la doctrina señala que: “El trabajo de confianza no es un trabajo especial sino una relación especial entre el patrón y el trabajador, en razón de las funciones que éste desempeña. (...) En rigor, los trabajadores de confianza son trabajadores con un mayor grado de responsabilidad en atención a la tarea y de alguna manera hacen presente el interés del patrón (...)”⁴⁹. El trabajador de confianza adquiere una posición importante- en términos de producción, efectividad, eficacia – en la empresa, por lo que debe optarse por un marco jurídico de protección igualitario para las categorías laborales especiales como son ellos.

⁴⁸TOYAMA MIYAGUSUKI, Jorge & MERZTHAL SHIGYO, Marilú. “Reflexiones sobre el tratamiento jurisprudencial del personal de dirección y de confianza” en *Themis*, N°65, julio 2014, p. 85.

⁴⁹ DE BUEN, Néstor. *Op. Cit.* p. 47

Según el Supremo Intérprete, un trabajador de confianza presenta, además, peculiaridades que lo diferencian de los trabajadores comunes: “la confianza depositada en él por el empleador; representatividad y responsabilidad en el desempeño de funciones; dirección y dependencia; condición de trabajador de confianza determinada por la naturaleza de la función y no por la persona; entre otras características”⁵⁰. El Tribunal Constitucional precisa las características especiales que posee el trabajador de confianza, haciendo hincapié que aquello que determina tal calificación, son las funciones ejecutadas por el trabajador en la empresa o entidad en que labora.

En principio, los trabajadores de confianza gozan de los mismos derechos y beneficios que los demás trabajadores, pero “debido a su especial vinculación con el empleador, pues participan del manejo y administración de la empresa, ciertos beneficios suelen estar limitados, sin embargo algunos suelen percibir remuneraciones más elevadas, así como una serie de beneficios adicionales que el común de los trabajadores no gozan como los gastos de viáticos, asignación de vehículos, teléfonos, vivienda, viajes, etc.”⁵¹, sin embargo, este no es un elemento estrictamente necesario para denominar la función desempeñada como de confianza, como se explicó con antelación.

Si bien esta investigación se desarrolla, en el ámbito del derecho privado, conviene efectuar una breve descripción de la regulación en el ámbito público de esta clase particular de trabajadores; apreciándose ciertos rasgos diferenciadores que se justifican en los fines de la función pública.

La Ley Marco del Empleo Público clasifica a los servidores como: (i) funcionario público, quien desarrolla funciones de preeminencia política, desarrolla políticas de Estado y/o dirige organismos o entidades públicas; (ii) empleado de confianza, cargo de confianza técnico o político, distinto al de funcionario público y (iii) servidor

⁵⁰ STC. Exp. N.º 03501-2006- PA/TC, del 15 de marzo de 2007, fundamento jurídico 12.

⁵¹ OBREGON SEVILLA, Tulio. “Los trabajadores de dirección y de confianza”, *Actualidad Empresarial*, N.º 178, V. 1, marzo del 2009, p. 39.

público.⁵² En el sector público el empleado de confianza se caracteriza por el carácter técnico y especializado de sus funciones o por la naturaleza de aquellos cargos que ameritan especial atención en el ámbito político por lo trascendente de los asuntos en los que se es competente.

Los trabajadores de confianza difieren de los trabajadores comunes, por lo que puede afirmarse que estos, de acceder a un puesto de trabajo en el sector público, gozan del derecho de estabilidad en su trabajo y no pueden ser despedidos arbitrariamente, mientras que los que asumen un cargo de confianza están supeditados a que esta se mantenga en su relación con el empleador. En este caso, el retiro de la confianza es invocada por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos.

Los intereses y metas de las entidades públicas, el ámbito en el que esta se desenvuelve, sumado a los resultados esperados por los ciudadanos, cumplen un rol importante en el tratamiento de esta categoría de trabajadores en el sector público, “ello explicaría también el hecho de que se niegue rotundamente la reposición del personal de confianza, pues en las entidades públicas – estos trabajadores - representan una minoría del 5%. Esta situación es muy distinta a la presente en las entidades privadas, donde el personal de confianza puede representar a una buena parte de los trabajadores”⁵³. Como vemos la ley adopta una óptica distinta respecto de los trabajadores en el sector público.

En el mismo orden de ideas, al revisar el artículo 40 de nuestra Constitución se aprecia que alude a los trabajadores de confianza del sector público y no a los del sector privado, señalando que para ser servidor público es necesario el ingreso mediante concurso público, mientras que para acceder a un cargo de confianza basta con ser designado por el jefe del área, y que se requiera una persona de confianza en una institución; teniendo en cuenta además, que el cargo de confianza

⁵² AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, SERVIR, *El servicio civil peruano*, [Ubicado el 22. V 2017]. Obtenido en <http://storage.servir.gob.pe/biblioteca/SERVIR%20-%20El%20servicio%20civil%20peruano%20-%20Cap2.PDF>.

⁵³ TOYAMA MIYAGUSUKI, Jorge y MERZTHAL SHIGYO, Marilú. *Op. Cit.* p. 93.

se encuentre previsto en el Cuadro de Asignación de Personal (CAP) de la entidad. En la misma línea, el artículo 42 de la Constitución establece que “los trabajadores de confianza no pueden sindicalizarse, pues estos ostentan un estatus especial dentro de la institución pública, lo cual, los obliga a tener un compromiso mayor que los trabajadores ordinarios”⁵⁴. Sin embargo es necesario destacar que según el inciso b) del artículo 12° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR-TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece que los trabajadores de dirección y de confianza no puedan ser miembros de un sindicato, salvo que en forma expresa el estatuto de la organización sindical lo permita.

Además de lo expresado en el párrafo precedente respecto al tratamiento de estos trabajadores en el régimen SERVIR, es importante mencionar también que el régimen CAS – Contratación Administrativa de Servicios-, igual que las modalidades PNUD y FAG, operan bajo la misma lógica respecto a los cargos de confianza, por lo que debemos concluir que en el sector público la permanencia del personal de confianza depende de la estabilidad de los superiores⁵⁵. Podemos apreciar de manera clara el tratamiento de estos trabajadores en el sector público, sin embargo no se debe olvidar las características de estos regímenes de contratación laboral que si bien nutren a las entidades públicas de personal, estos concluyen en muy cortos periodos de tiempo, eliminando totalmente la posibilidad del empleado de conocer y desempeñarse de manera plena en su puesto de trabajo.

2.2.2.- Procedimiento para la calificación de un trabajador de confianza

La calificación de un determinado trabajador como de confianza es una formalidad, no obstante, su inobservancia no enerva su condición, si ésta logra ser debidamente acredita de la prueba actuada al interior de un proceso laboral. Es decir, es

⁵⁴ GERENCIA DE POLITICAS DE GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS DE LA AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, Informe Técnico N° 642-2014-SERVIR/GPGSC del 03 de octubre del 2014 respecto a la Contratación de funcionarios de confianza pertenecientes al régimen del Decreto Legislativo N° 276 bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 1057.

⁵⁵ AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, SERVIR, *El servicio civil peruano*, [Ubicado el 22. V 2017]. Obtenido en <http://storage.servir.gob.pe/biblioteca/SERVIR%20-%20El%20servicio%20civil%20peruano%20-%20Cap2.PDF>.

importante realizar la calificación de un trabajador de confianza a través de los mecanismos que la ley señala, pero si el empleador omitió efectuarla, ello no importa que el cargo no tenga tal calidad, pues si el empleador califica a un trabajador como de confianza, pero éste en el desempeño de sus funciones no ejerce ni posee las características de tal categoría, la calificación puede considerarse inválida.

Ciertamente, “el principio de primacía de la realidad se aplica únicamente en los casos donde se aprecie una disconformidad entre la práctica (hechos) y el contrato (formalidad) suscrito”⁵⁶. Asimismo, se precisa que “el artículo I del Título Preliminar de la Ley Procesal del Trabajo ha recogido el Principio de Veracidad que no es sino el correlato del Principio de la Primacía de la Realidad”⁵⁷. Asimismo, este Principio ha sido contemplado en el artículo 2 de la Ley N. ° 28806 Ley General de Inspección del Trabajo publicado en el Diario Oficial “El Peruano” el 19 de julio de 2006 y en el artículo 40 de la Ley General del Sistema Concursal Ley N. ° 27809.

Como quiera que sea denominado, el principio de la búsqueda de la verdad real, frente a lo que se podría denominar la verdad formal derivada de documentos, informes y de las formalidades, vela por que en el proceso se alcance la verdad que se ajusta a lo que efectivamente es, que se llegue desentrañar lo que ocurrió en la realidad más allá de las formas.

Para Pasco⁵⁸, este principio que denomina de veracidad, es el primero de los principios del derecho procesal laboral y consiste en la necesidad de que en el proceso laboral prevalezca el fondo sobre la forma, que se dé primacía absoluta a la verdad real sobre la verdad aparente o formal.

⁵⁶ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Instituciones del Derecho Laboral”, *Gaceta Jurídica*, 2ª ed., 2005, pp. 121 – 123.

⁵⁷ UGARTE GONZALES, Yenny, “El principio de primacía de la realidad”, *Actualidad Empresaria*, N.º 182, mayo 2009.p. V-3.

⁵⁸ Cfr. PASCO COSMÓPOLIS, M., “Los principios del derecho procesal del trabajo”, exposición efectuada en la reunión plenaria de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrada en la Ciudad de México en octubre de 1990, cit. por PLÁ RODRÍGUEZ, A., “Visión crítica...”, Ob. Cit., p. 577.

Así entendido, el principio de la búsqueda de la verdad real no solo se convierte en el objetivo final del proceso laboral, sino que permite revelar el verdadero alcance del principio de desigualdad compensatoria en materia procesal: el objetivo del tratamiento desigual de las partes en el proceso laboral, no es favorecer al trabajador para que la sentencia en definitiva lo favorezca, sino para llegar a la verdad.

Una vez alcanzada la verdad, “el juez estará en condiciones de aplicar el derecho sustantivo y esa decisión así concebida no solo brindará las mayores garantías a las partes, sino que –su fallo o decisión- será intrínsecamente justa”⁵⁹. Por ello, se debe enfatizar la importancia del principio de primacía de la realidad, el cual como se explicó precedentemente, establece que al margen de las formalidades, siempre deben prevalecer los hechos fácticos o reales. Es decir, si se calificase un puesto como de confianza para evitar el pago de horas extras, o para que no tenga derecho a reposición, etc., pero en la realidad la labor no obedeciera a la definición de cargo de dirección o de confianza, la calificación no tendrá efecto alguno. En otras palabras, la calificación es un acto declarativo y no constitutivo.

En este sentido, el Tribunal Constitucional, es contundente en referencia a la calificación en tanto señala que “(...) la calificación de los puestos de confianza “es una formalidad que debe observar el empleador”; sin embargo, “su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada ésta se acredita”. Así por ejemplo el TC ha manifestado en la sentencia recaída en el expediente 746-2003- AA/TC, respecto de una trabajadora del sector público:

“La demandante afirma que el cargo que desempeñaba no tiene la calificación de cargo de confianza debido a que fue nombrada por concurso público y que en su boleta se consigna que tiene la condición de trabajador permanente. Sin embargo, si concordamos dicha afirmación con lo dispuesto por la legislación sobre la materia, expuesta en el fundamento

⁵⁹ GAUTHIER, Gustavo - Meritum, “Los principios del proceso laboral y los principios que rigen los nuevos procesos laborales en Uruguay”, *Direito da Universidad de FUMEC*, 2013, p.18.

precedente, se advierte que, si el emplazado hubiera omitido consignar en la boleta de la accionante la calificación de trabajadora de confianza, ello no enervaría dicha condición, si se llegara a acreditar con las pruebas pertinentes⁶⁰. Naturalmente, el TC no hizo un análisis de fondo en esta controversia, en tanto el amparo no es la vía idónea, que permite la debida actuación probatoria que merita desvirtuar una calificación de confianza errada⁶¹

De regreso en el ámbito del sector privado, el artículo 44^o de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y los artículos 59^o, 60^o y 61^o del Reglamento de Ley de Fomento al Empleo, regulan aspectos relacionado con el procedimiento de calificación del trabajador de confianza expresado en los siguientes términos:

3.2. Todos los trabajadores que directamente o por promoción, acceden a puestos de dirección o de confianza se encuentran comprendidos dentro de los alcances descritos, sin embargo, en la designación o promoción del trabajador, la Ley no ampara el abuso del derecho ni la simulación. Significa, pues, que si el cargo de un trabajador es calificado como de dirección o de confianza, pero en realidad la labor que desempeña no corresponde a las características ni a la definición como tal, la designación no tiene validez.

3.3. Para la calificación de los puestos de dirección y de confianza, el empleador aplicará el siguiente procedimiento:

- a. Identificará y determinará los puestos de dirección y de confianza de la empresa de acuerdo con la definición dada,
- b. Comunicará por escrito a los trabajadores que ocupen 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.

⁶⁰STC. Exp. N° 746-2003- AA/TC, del 19 de abril de 2004 fundamento jurídico 15.

⁶¹ Cfr. DE LAMA LAURA, Manuel G., *Reposición del trabajador por las vías ordinaria y amparo*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014, p. 60.

3.4. Los trabajadores cuyos cargos sean indebidamente calificados, podrán recurrir ante la Autoridad Judicial, para que deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando la demanda se presente dentro de los treinta días naturales posteriores a la comunicación respectiva.

Ahora bien, debemos recordar que el sistema laboral nacional cuenta con un ente encargado de supervisar el cumplimiento del ordenamiento jurídico sociolaboral. Por ello, “el 15 de enero del 2013 se promulgó la Ley N°29981, que crea la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral (SUNAFIL), mediante la cual se establece su rol como ente rector del Sistema de Inspecciones de Trabajo, y se otorga la facultad de establecer las normas y el procedimiento para asegurar el cumplimiento de las políticas públicas en materia de su competencia”⁶². Así, la SUNAFIL constituye un órgano especializado, adscrito al Ministerio de Trabajo y Promoción al empleo, cuya responsabilidad es promover, supervisar y fiscalizar el cumplimiento de las normas en materia laboral y el de seguridad y salud en el trabajo.

También cabe señalar que, al interior de este organismo existen lógicamente diversos estamentos, siendo el más elevado el Tribunal de Fiscalización Laboral (TFL), “un órgano resolutivo con independencia técnica para resolver en las materias de su competencia. Por lo tanto, el Tribunal de Fiscalización Laboral resuelve, con carácter excepcional y con competencia sobre todo el territorio nacional, los procedimientos sancionadores en los que se interponga recurso de revisión. Las causales para su admisión se establecerán en el reglamento. El pronunciamiento en segunda instancia del Tribunal de Fiscalización Laboral agota con su pronunciamiento la vía administrativa”⁶³. En ese sentido, el Tribunal Fiscal Laboral constituye la última instancia administrativa en los casos que son sometidos a su conocimiento, mediante la interposición de precedentes de observancia

⁶² JIMENEZ CORONADO, Ludmin, *SUNAFIL, Actualidad Empresarial* - Instituto Pacífico, 1ª ed., abril 2015, p. 19.

⁶³ *Op. cit.*, p. 22.

obligatoria que interpretan de modo expreso y con carácter general el sentido de la legislación desde su competencia.

Como vemos, existe un organismo que permite la evaluación de la calificación de confianza, previo a la vía judicial, el cual a través de las diligencias pertinentes dentro de su competencia puede determinar a través del acto administrativo de su propósito, si la calificación efectuada se encuentra acorde a los hechos que suceden en la realidad o si por el contrario no corresponden a las labores que efectúa el trabajador, lo cual constituirá además en prueba importante ante un eventual proceso judicial.

Asimismo, la ley faculta al trabajador a recurrir ante la Autoridad Judicial, para que deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando la demanda se presente dentro de los treinta días naturales posteriores a la comunicación respectiva. Si bien la ley otorga esta salida al trabajador que ve vulnerados sus derechos, con esta calificación discordante con la realidad de los hechos, para que pueda rechazar esta situación; este mecanismo de impugnación ha sido también materia de cuestionamiento, por lo que el Tribunal Constitucional ha efectuado las precisiones necesarias fundamentando la constitucionalidad del plazo de 30 días para cuestionar la calificación como empleado de confianza.

Sin embargo, una postura distinta es la que recoge la sentencia recaída en el expediente N.º 631-2009-JM-CI-01, en la que “la Sala inaplica para el caso en concreto, mediante control difuso el mecanismo legal que permite la impugnación de calificación errada de confianza. Respecto a la inaplicación por control difuso del artículo 61 del Reglamento de Ley de Fomento del Empleo no es acertado, lo cual surge a raíz de que no podría dejarse de lado un precepto que le permite al trabajador designado como de confianza, cuestionar judicialmente esta elección por el solo hecho de haber laborado para la empresa por cierto tiempo. La previsión de este mecanismo de impugnación no resulta vacía ni vana, dado que le permite al trabajador, que considera que esta designación se realizó abusiva o indebidamente,

dejarla sin efecto si así se decida finalmente a nivel judicial”⁶⁴, ello a efecto de salvaguardar sus derechos.

Por otra parte, no puede desconocerse que esta acción judicial tiene un plazo para ser interpuesta en virtud de la seguridad jurídica que debe imperar en todo Estado de Derecho. No sin razón, el Tribunal Constitucional considerando que “(...) los derechos laborales como cualquier otro derecho, requieren de cierta diligencia por parte de su titular para garantizar su ejercicio. Es por esto que el Estado, a través de las reglas procesales, ha establecido plazos en los cuales estos pueden hacerse valer a modo de preservar un sistema de protección que no sea incierto en el tiempo y que permita, temporales de sus obligaciones y derechos. El desconocimiento de estos plazos por parte de los tribunales solo generaría incertidumbre en los operadores del derecho y, a la postre, restaría legitimidad al propio modelo de tutela de los derechos que la Constitución garantiza.

Estas apreciaciones a su vez no deben atentar contra el principio de irrenunciabilidad de derechos, reconocido en el artículo 26 de la Constitución, tal como lo aduce la Sala en el referido proceso, básicamente por dos razones: La primera de ellas es porque en el caso descrito, no se afecta dicha pauta en tanto el trabajador en ningún momento está disponiendo de un derecho otorgado por la constitución o la ley con ese carácter. Solo sucede que su contrato se convirtió en uno de duración determinada sin que haya habido algún tipo de disposición de derechos por parte de la demandante. El hecho que hay adquirido su condición de trabajador a plazo indefinido no significa que el artículo 61 del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo contravenga el principio de irrenunciabilidad dado que aquella norma solo dispone la posibilidad que tiene el trabajador para impugnar su designación como empleado de confianza.

Asumir que el plazo dispuesto en la ley, impedirá que el trabajador contradiga la confianza conferida implica desconocer el principio de irrenunciabilidad, resulta impertinente y errado en la medida en que, como lo argumenta el Tribunal

⁶⁴DE LAMA LAURA, Manuel, Op. Cit. p. 65.

Constitucional “(...) una cosa es la irrenunciabilidad de derechos, esto es , su naturaleza inalienable en su condición de bienes fuera de disposición, incluso llegado el caso que sus propios titulares; y otra cosa distinta es la ‘sanción’ legal que se impone al titular de un derecho que , tras su agresión, no ejercita el medio de defensa en un lapso previsto normalmente por la ley⁶⁵, como se ha implementado en nuestro país.

En cuanto al procedimiento para la calificación de los puestos de confianza, tenemos que en el sector privado, los empleadores pueden establecer libremente cuantos puestos de confianza sean necesarios en su empresa para satisfacer sus necesidades económicas, siempre que dicho personal cumpla con las características establecidas en el artículo 43 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. A diferencia de ello, en el sector público, no existe tal libertad para crear puestos de trabajo en general y de confianza en particular; sino que éstos están predeterminados por las normas administrativas de gestión y organización de personal en las que se definen los cargos de cada entidad pública⁶⁶. Ello en congruencia a las políticas públicas instauradas acorde con el objetivo de cada institución

En efecto, como es sabido, en la Administración Pública, los cargos de confianza son ocupados en base a un criterio básicamente político, de modo que los trabajadores de confianza se encuentran sujetos a un constante cambio y reemplazo que no se da con la misma intensidad y frecuencia en el sector privado.

2.2.3. Consecuencias de la calificación de un trabajador como confianza

Las consecuencias de ser calificado como trabajador de confianza se observan también, en la regulación referida al período de prueba. El art. 10 de la LPCL señala que el período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. Las partes pueden pactar un

⁶⁵ STC Exp. N.º 04272-2006-AA/TC, del 12 de noviembre de 2007. Fundamento Jurídico 5

⁶⁶ FARFÁN SOUSA, Ronnie, “Sobre la diferencia del concepto de cargo de confianza en el sector privado y en el sector público: apuntes respecto de la procedencia de indemnización por cese o despido”, *IUS VERITAS*, 42ª ed. 2011, p. 315.

término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza.

En lo que respecta a la jornada de trabajo, se encuentran excluidos de la jornada máxima legal (es decir pueden trabajar más o menos horas de las máximas establecidas por Ley) los trabajadores de confianza sin horario, los trabajadores no sujetos a fiscalización inmediata (aquellos trabajadores que realizan sus labores o parte de ellas sin supervisión inmediata del empleador, o que lo hacen parcial o totalmente fuera del centro de trabajo, acudiendo a él para dar cuenta de su trabajo y realizar las coordinaciones pertinentes).

Así mismo, esta particular situación del trabajador, tiene implicancias en sus derechos colectivos tales como la sindicalización, negociación colectiva y huelga, pues si bien estos mecanismos se encuentran regulados incluso en la Constitución, su ejercicio resulta poco preciso en el caso de estos trabajadores, pues desde un ámbito práctico es difícil que los demás trabajadores puedan apoyarlos en cuanto a toma de decisiones que tendrán incidencia en los trabajadores comunes, asumiendo que estos no reflejan los intereses de la mayoría. Sin embargo estas limitaciones, si bien han sido abordadas de manera somera por la jurisprudencia, no tiene base legal en nuestro país, a diferencia de otros países como México, Chile, entre otros países, lo cual será materia de análisis en posteriores apartados.

2.2.4.- Despido de un trabajador de confianza

Se entiende que el despido es aquel acto jurídico que nace de la voluntad exclusiva del empleador, con el objeto de resolver el contrato de trabajo. El despido es un acto unilateral y recepticio que contiene la voluntad extintiva del empleador. El despido, según la norma peruana, es un acto extintivo de aplicación individual y que debe ser comunicado por escrito. El ordenamiento nacional precisa además que “el acto de despido requiere causa justa y seguir un procedimiento basado en la ley se debe anotar que el ordenamiento reconoce al

despido efectos inmediatos, con lo cual se presume la validez del acto extintivo del empleador”⁶⁷. En otras palabras, la demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido (*control ex post*) en congruencia con el artículo 22 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Cabe destacar que el despido, “es un acto constitutivo, por cuanto el empresario no se limita a proponer el despido, sino que él lo realiza directamente; un acto recepticio, en cuanto su eficacia depende de que la voluntad extintiva de empleador sea conocida por el trabajador, a quien está destinada y finalmente un acto que produce la extinción del vínculo contractual, en cuanto cesan *ad futurum* los efectos del contrato”⁶⁸. El despido de un trabajador constituye una facultad del empleador, sin embargo el ordenamiento impone límites a esta, con la finalidad de que se evite una agresión a derechos del trabajador que puedan menoscabar su situación de modo directo y también el referido a la esfera de personas que dependen de su remuneración y beneficios laborales cuando este se encuentra en actividad.

Procurar una definición exacta y completa del despido requiere no solo comprender que se trata de una facultad del empleador de extinguir por su sola voluntad la relación laboral con los trabajadores a despedir. En efecto, hablar del despido implica que ajustemos su definición a ciertas exigencias que justifiquen su ejercicio. “La definición del despido se completa con exigir una justificación o causa al empresario para que pueda ejercer tal atribución y que provea de sustento o fundamento jurídico a la voluntad resolutoria del empresario, evitando que el despido consista en el mero arbitrio del empresario”⁶⁹. Un concepto tan amplio y de tal trascendencia como el despido merece total atención de la normativa y la jurisprudencia.

⁶⁷ ARCE ORTIZ, Elmer, *Derecho individual del trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias*, Lima, Palestra editores, 2013, p. 18.

⁶⁸ SANCHEZ ZAPATA, Ronni D. “Indemnización laboral por despido arbitrario”, *Contadores y Empresas*, N.º259, agosto 2015, p. 24.

⁶⁹ ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María E., *Derecho del trabajo*, 19ª ed., Madrid, Civitas, 2001, p. 420.

En este sentido, se aprecia que el legislador peruano ha optado por tipificar las circunstancias merecedoras del calificativo de causas justas de despido a manera de *numerus clausus*; “descartando, a partir de esta postura legislativa, cualquier técnica genérica que permita al empleador determinar a su arbitrio, que conductas pueden configurar un motivo justificante de despido”⁷⁰. Esta modalidad en la redacción de la ley resulta pertinente y lógica, en cuanto permite otorgar mayor seguridad al trabajador ello debido a que este se configura como la parte que ejerce menos poder, en relación a las prerrogativas del empleador.

De este modo, la causalidad y tipicidad legal de los motivos merecedores del despido, entre otros aspectos, son criterios fundamentales y, por lo tanto, deben ser entendidos por el empleador a fin de que su práctica resolutoria sea válida. Así mismo, “tenemos que tal órgano – el Tribunal Constitucional- ha concluido que la vulneración o inobservancia de los cánones casuísticos del despido, implicaría una práctica inconstitucional en tanto la misma noción de derecho al trabajo, consagrado en el artículo 22 de la Constitución, refleja la causalidad en el ejercicio del despido”⁷¹. Los fallos efectuados por el Supremo Interprete, van configurando los lineamientos respecto del despido y su aplicación para el término de una relación laboral.

Aproximadamente en los últimos veinte años, la figura del despido ilegal ya no ha sido abordada solamente en función a la Ley de Productividad y Competitividad (LPCL), sino además se ha analizado en función de los fallos del Tribunal Constitucional y más recientemente en función del Primer Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, que ha modificado completamente la clasificación de los despidos ilegales en general, y sobre todo la sanción por parte del Estado a los empleados que actúen en contra de la Ley. Así tenemos: el despido justificado, nulo, arbitrario e indirecto o actos de hostilidad.

⁷⁰ GONZALES HUNT, César. *Los errores empresariales en el despido*, *Actualidad Jurídica*, T. 137, 2005, p.18.

⁷¹ STC. Exp. N° 1124-2001, del 11 de julio de 2002. Fundamento Jurídico número 12.

El despido justificado, es aquel efectuado cuando el empleador se encuentra facultado para dejar sin efecto el vínculo o la relación laboral basado en la capacidad o rendimiento del trabajador o en su conducta o comportamiento siendo la situación más recurrente la denominada falta grave, en este caso el trabajador solo tiene derecho al pago de sus correspondientes beneficios sociales o económicos por el tiempo laborado perdiendo el derecho a cualquier indemnización ello en razón de haber sido el causante de la ruptura del vínculo laboral. De modo que, “el despido justificado presenta mayor frecuencia y las controversias que regularmente origina entre el empleador y el trabajador son diversas, toda vez que el fundamento es la falta disciplinaria del trabajador.

Dentro de esta clasificación tenemos dos causas: a) relativas a la capacidad del trabajador: detrimento de facultades o ineptitud sobrevenida, rendimiento deficiente, la negativa injustificada del trabajo a someterse al examen médico; b) relativas a la conducta del trabajador”⁷²o también denominado despido disciplinario en virtud de haber vulnerado alguna de las causales referidas en el artículo 23 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral; “este despido puede ser discutido en sede judicial, será declarado válido por el juez en tanto supone la convalidación de la extinción del contrato de trabajo que se entiende producida desde la fecha que se

⁷² Las causales de despido relativas a la conducta del trabajador se encuentran reguladas en el artículo 23 de la LPCL, son las siguientes: 1) Condena firme por comisión de delito doloso, 2) Quebrantamiento de la buena fe laboral, 3) La reiterada resistencia a las órdenes del empleador, 4) La inobservancia del reglamento interno de trabajo, 5) La inobservancia del reglamento de seguridad e higiene, 6) La apropiación consumada o fraudulenta de bienes o servicios del empleador o que se encuentren bajo su custodia, así como la retención o utilización indebidas de los mismos, en beneficio propio o de terceros, con prescindencia de su valor, 7) La entrega de información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja, 8) La concurrencia reiterada en estado de embriaguez o bajo influencia de sustancias estupefaciente y cuando aunque no sea reiterada cuando por la naturaleza de la función o del trabajo revista particularidad gravedad. 9) Los actos de violencia, grave indisciplina, injuria y faltamiento de palabra verbal o escrita en agravio del empleador, sus representantes, del personal jerárquico o de otros trabajadores, cometidos en el centro de trabajo o fuera de este cuando los hechos deriven de la relación laboral. 10) El daño intencional a los edificios, instalaciones, obras, maquinarias, instrumentos y demás bienes de propiedad de la empresa o en posesión de esta; y 11) El abandono injustificado de trabajo hasta por tres días consecutivos, las ausencias injustificadas por más de cinco días en un periodo de treinta días calendario o más de 15 días en un periodo de 180 días calendario, hayan sido o no sancionadas disciplinariamente en cada caso.

produce el despido, no dando lugar a indemnización alguna”⁷³. Ello debido a que efectivamente se ha llevado a cabo teniendo en cuenta la ley y el procedimiento establecido para el mismo.

El despido nulo, es el que se produce como consecuencia de la vulneración de un derecho fundamental tal como por ejemplo la afectación del derecho a la libertad sindical o del derecho a la no discriminación laboral inmerso en el despido de una trabajadora gestante o de un trabajador portador del VIH sida, el efecto de este despido es restitutorio ya que el trabajador es repuesto o readmitido en su puesto de trabajo.

El despido indirecto, que es aquel que se produce como consecuencia de la persistencia de un acto de hostilidad del empleador que motiva que el trabajador se aparte del vínculo laboral y proceda a solicitar en la vía judicial una indemnización similar a la peticionada en el despido arbitrario. Por otro lado, el despido arbitrario, es cuando el trabajador es despedido sin haberse expresado la causa que lo motiva o no haberse podido demostrar la causa imputada en juicio, el efecto de este despido es resarcitorio consistente en el pago de una indemnización por despido arbitrario.

Debe entenderse que la conclusión del vínculo laboral con un trabajador de confianza del sector privado debe sujetarse a las normas y procedimientos generales establecidos para los trabajadores ordinarios. En tal sentido, para extinguir válidamente, y sin incurrir en responsabilidad alguna, el vínculo laboral de un trabajador de confianza a través de un despido, éste deberá basarse en alguna causa justa, calificada como tal por la ley. Ello ha sido reconocido expresamente en el artículo 22 de la LPCL, el mismo que establece que: “(...) para el despido de un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada”. Tal causa, agrega la norma,

⁷³ Cfr. ALVA CANALES, Armando, *Despido Laboral: Nuevos criterios jurisprudenciales*, *Gaceta Jurídica*, 1ª ed., 2016, pp. 10-13.

“(…) puede estar relacionada a la capacidad o la conducta del trabajador”⁷⁴. Por ello el solo hecho de declarar la ruptura de la confianza en la relación laboral especial materia de análisis, no es motivo suficiente según la ley, para negar al trabajador la posibilidad de ejercer las acciones que considere pertinentes a efectos de lograr satisfacer los derechos que le corresponden por el quebrantamiento del vínculo laboral sin expresión de causa.

Por ello, “para alegar la existencia de un despido arreglado a ley, el empleador debe no sólo sustentar el mismo en alguna de las causales señaladas en los artículos antes mencionados, sino que además debe emplazar al trabajador con una carta de preaviso en la que indique los motivos de su decisión, otorgándole, como mínimo, seis (6) días naturales para que realice sus descargos o treinta (30) días para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia (artículo 31 de la LPCL). Así, de acuerdo a la norma referida, se configura un despido arbitrario cuando no se comunique al trabajador la causa del despido (para lo cual debe seguirse el trámite antes citado) o la misma no se pueda demostrar en un proceso judicial”⁷⁵. Dada la trascendencia del despido – en tanto significa el término definitivo del vínculo – la ley ha establecido procedimientos avocados a darle la formalidad que amerita, en tanto al ser una facultad del empleador, el trabajador debe tener la oportunidad de conocer dicha decisión, a través de mecanismos que le permitan rebatir la causa de su despido o que funciones como canal de comunicación para que tome las previsiones pertinentes ante una inminente conclusión del vínculo, por ejemplo tratar de encontrar otro centro laboral para que su subsistencia y la de sus dependientes no se vea afectada sobremanera.

Dada la naturaleza del cargo que radica en la confianza del empleado, “no se podría obligar a este a que ‘vuelva a confiar’ en el trabajador, pues es una posición que no solo nace de la voluntad del empleador; motivo por el cual es inviable pensar que a través de un proceso constitucional de amparo se pueda lograr reponer al trabajador de confianza en el puesto que venía ejerciendo. Bajo la

⁷⁴ ARCE ORTIZ, Elmer, *Op.Cit.* p. 522.

⁷⁵ FARFÁN SOUSA, Ronnie, *Op. cit.*, p. 306.

existencia de este supuesto, en el que no se le reconoce al trabajador de confianza”⁷⁶. El ordenamiento legal busca ordenar la conducta humana, sin embargo tampoco puede servir para imponer o avalar situaciones carentes de toda lógica y sentido, como la imposición de continuar las labores con personas que no cumplirán de manera esperada las expectativas del empleador

Frente al despido de un trabajador de confianza, cabe hacer un análisis de doble nivel. Primero, se debe evaluar si el despido no tiene causa o, si teniéndola, esta resulta lesiva de derechos constitucionales. En ambos casos, se estará frente a un despido inconstitucional, cuyo efecto no puede ser otro que el de la declaración de nulidad del mismo. Segundo, una vez admitida la inconstitucionalidad del despido, se debe evaluar si es posible reponer las cosas al estado anterior en la violación, pues ordenar la reposición del trabajador de confianza o de dirección supone desconocer la propia esencia de esta particular relación. Precisamente trabajador y empleador entablan tal vínculo tan interno de confianza recíproca, mayor aún que el deber de fidelidad y confianza que el exige de un trabajador común.

Así el TC, en la sentencia recaída en el Expediente No. 78-2006-PA/TC, con fecha 13 de abril de 2007, en la cual resuelve como infundado el reclamo del jefe del área académica y *trainer* de una empresa privada señalando que “en las sentencias recaídas en los Expedientes N° 0746-2003-AA/TC, 4492-2004-AA/TC y 1651- 2005-A hemos precisado que quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición, sino la indemnización”. El razonamiento es el siguiente: si el cese de un trabajador de confianza no lesiona derecho constitucional alguno ¿por qué procedería la indemnización legal?, Sin embargo este razonamiento también permite arribar a una conclusión: todo empleador tendría derecho a despedir a su personal de dirección o a sus trabajadores de confianza cuando les pierda la confianza, y como dicho cese no lesiona derecho alguno, entonces el trabajador no podría reclamar compensación. Evidentemente esto último no resulta coherente,

⁷⁶SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, “Tendencias jurisprudenciales sobre la protección contra el despido de los trabajadores de confianza” en *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 1° ed., Lima, 2015, p. 24.

menos aún si lo establece quien debe velar por el respeto de los derechos constitucionales del trabajador.

Por ello, resulta errado afirmar que este es un riesgo aplicable solamente a trabajadores cualificados pues los “ordinarios” siempre tienen la protección constitucional. Pero lo cierto es que el derecho al trabajo, en su acepción de permanencia en el empleo, es de todos y no solamente de los trabajadores ordinarios o comunes.

Habiendo precisado, en qué sentido el despido de un trabajador de confianza constituye un supuesto de despido arbitrario por falta de expresión de causa, cabe precisar que el Ministerio de Trabajo puede realizar verificaciones orientadas a determinar la existencia y configuración de un despido arbitrario. A estos efectos, el empleador se encuentra obligado a brindar la siguiente información: Los datos del empleador y la ubicación geográfica de la empresa, datos del trabajador y domicilio actual, el lapso en el cual habría desempeñado labores el trabajador denunciante, con precisión de la fecha de ingreso y fecha de cese, el último día de labores, el cargo u ocupación del trabajador, su jornada y horarios de trabajo, la última remuneración percibida así como la periodicidad de pago, las circunstancias específicas que habrían producido el despido arbitrario, a través de manifestaciones y aportes de pruebas tanto del trabajador, del empleador, y de terceros de ser el caso.

Ante la apertura de la inspección, “el empleador no podrá impedir el ingreso del inspector de trabajo al centro de labores, de negarle el acceso el empleador será sancionado por obstrucción a la labor inspectiva, sin perjuicio de continuar con las acciones de verificación. Cuando el empleador no se encuentre presente al momento de la inspección y tampoco existiera persona alguna para atender al inspector, será notificado con una segunda y última visita de verificación. En caso de ausencia o negativa a esta segunda inspección, el empleador será sancionado por obstrucción a la labor inspectiva. La presencia del trabajador en las diligencias de inspección es importante, tal es así que en caso se produzca la ausencia del trabajador hasta en dos oportunidades, se ordenará el cierre del expediente.

Concluida la verificación, el inspector deberá entregar copias a cada una de las partes intervinientes, bajo responsabilidad”⁷⁷.Mediante esta inspección es posible detectar y constatar errónea calificación como trabajador de confianza, dado que ante un eventual proceso judicial, el acta producto de la misma servirá como medio probatorio a favor del trabajador/demandante.

Sería un ideal que se pueda probar que esta ruptura del vínculo por pérdida de confianza derive de un hecho que conculque las expectativas acerca de una conducta diligente y acorde con los deberes propios del personal de confianza, frustrado a raíz de uno o más sucesos que llevan a la convicción de que el trabajador ya no es confiable, pues cabe esperar la reiteración de conductas similares. Para que se consolide la pérdida de confianza se requieren hechos en base a la conducta reprochable y la prueba aportada por el empleador.

El despido pone fin a la relación laboral en ejercicio del poder de dirección del empleador, sin embargo cuando este se efectúa de manera arbitraria esto es sin expresión de causa justa establecida por la ley, el ordenamiento peruano ha habilitado dos formas en las que el trabajador despedido pueda lograr que se protejan sus derechos. En el siguiente apartado desarrollaremos estas dos opciones, generados por el despido y se argumentará respecto de cual se erige como la más adecuada en el caso de los trabajadores de confianza.

a) ¿indemnización o reposición?

Nuestra legislación, desde hace décadas atrás, ha reconocido la particular situación del empleado de confianza y –en atención a su cercanía con el empleador– no admitía su reposición en ningún caso. Luego de un proceso de despido y su

⁷⁷ DIRECTIVA N° 006-2008-MTPE/2/11.4 emitida el 07.11.2008, Directiva Nacional en el procedimiento a aplicar sobre verificación de despido arbitrario, de acuerdo a lo establecido en el artículo 45 del Decreto Supremo N°001-96-TR- Reglamento del TUO de la Ley de Fomento del Empleo. “Inspección del Trabajo Directivas y Lineamientos” en: *Análisis Laboral*, Vol. XXXII Noviembre 2008 N°377 p. 38 [Ubicado el 04 VI 2017]. Obtenido en http://www.aele.com/system/files/archivos/analab/08.11_AL.pdf

subsiguiente impugnación, se consideraba que la relación personal había quedado irremediablemente afectada, procediendo la indemnización como única reparación.

Cada ordenamiento jurídico determina las consecuencias derivadas del despido; de manera que es totalmente legítimo, que se permita al trabajador optar por la protección indemnizatoria, negarle este derecho y obligarlo a ingresar nuevamente al centro de labores del cual fue separado de manera ilegal, implicaría la violación de su libertad de trabajo reconocida constitucionalmente, en congruencia con el artículo 2 inciso 15 de la Constitución. Pues bien, solo de él podría, depender tal decisión; atribuir esta opción al empleador significaría en muchas oportunidades, obviar toda la lógica que en torno a un despido lesivo de derechos constitucionales se ha elaborado, ya que finalmente, a pesar de todos los esfuerzos realizados con el fin de proscribir toda practica injustificada del despido y de castigarlo con invalidez, estos caerían en “saco roto” si finalmente se le delega tal posibilidad – decisión de indemnizar o reponer- al empleador infractor.

La doctrina plantea la posibilidad de que un trabajador despedido de forma incausada, fraudulentamente o en contravención de alguno de sus derechos constitucionales, que demanda su reposición vía proceso abreviado laboral, podrá válidamente, al declararse fundamentada su pretensión, optar por el pago de una Indemnización por Despido Arbitrario – IDA – en remplazo de aquella protección. Si se opta en la etapa de ejecución de sentencia por la IDA en lugar de la reposición, no tendría por qué afectarse la mencionada protección accesoria, dado que la salvaguarda económica elegida solo viene a ocupar el espacio de la reposición.

En algunos supuestos también debe tenerse en cuenta que pese al pedido de reposición, pueden suscitarse circunstancias particulares que impidan hacer posible la misma; estas circunstancias pueden ser de diversa índole como aquellas que originan una imposibilidad material, como cuando la empresa a la cual pertenecía ya no existe, entre otros muchos supuestos.

Ahora bien, centrandó nuevamente nuestro análisis en los trabajadores de confianza, es necesario mencionar que la ley es clara al considerar que la calificación de confianza no ampara el abuso del derecho. Por otro lado, considerar

que la pérdida de la confianza como motivo del despido no trae como correlato el pago de una indemnización, significa –en buena cuenta– crear una nueva causa justa de terminación de la relación laboral que la ley no ha previsto.

En cuanto a la reposición del trabajador de confianza, se sabe que este tipo de trabajadores, tienen una especial relación fiduciaria con el empleador, por lo que siempre se ha discutido si resulta adecuado que tengan derecho a que se les reincorpore en su puesto de labores; inclusive se ha analizado si tienen derecho a la indemnización por despido arbitrario.

Ha sido la jurisprudencia constitucional la que ha venido a darle un tratamiento a este espinoso asunto, decantado por una postura “ecléctica”, por denominarla de algún modo. En efecto, prácticamente, el Tribunal Constitucional ha señalado que no todo tipo de trabajador de confianza o de dirección tiene negada la reposición en el empleo, pero tampoco se ha expresado que aquel siempre debe tener derecho a esta reparación.

Sabemos que la pérdida de confianza no está prevista como una causa justa meritoria de despido y su ausencia básicamente responde al hecho de que este motivo es ciertamente subjetivo a diferencia de las reguladas entre el artículo 23 al 25 de la LPCL que, por el contrario, son de corte objetivo.

Es por ello que, “la simple alegación de la pérdida de confianza para dar por terminada la relación laboral no es sino una forma de extinguir arbitrariamente el vínculo de trabajo”⁷⁸. De esto no cabe la menor duda y así lo ha reconocido el mismo TC en reiterada jurisprudencia.

No se debe perder de vista que los empleados de confianza se caracterizan por la responsabilidad que poseen, las delicadas tareas que desempeñan o la honradez que para sus funciones se exige, cuenta con fe y apoyo especiales por parte del empresario o dirección de la empresa. Los empleados de confianza son trabajadores y su relación de trabajo es laboral debe entenderse en igualdad con

⁷⁸ DE LAMA LAURA, Manuel G. *Op cit.* p. 67.

esa peculiaridad en cuanto a su término: que sin aquella confianza o fe en ellos puesta por el empleador, el vínculo contractual no puede subsistir.

En los casos de despido arbitrario, el legislador ha establecido en el artículo 38 de la LPCL, como único resarcimiento, el pago de una indemnización “(...) equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce remuneraciones. Para el caso de los contratos temporales o modales la forma de cálculo está señalada en el artículo 76 de la precitada norma.

Si bien el legislador ha optado solo por otorgar una indemnización tarifaria como consecuencia del despido arbitrario, existe jurisprudencia que adicional a ello otorga una indemnización por daño moral. Esto está reservado casi de modo exclusivo para aquellos casos en los cuales se hace evidente la presencia de un daño adicional que no puede ser cubierto con la indemnización por despido arbitrario⁷⁹. La reposición en el empleo, sería- en un primer momento- la mejor solución que repare de forma más coherente, el daño causado por el despido, consistente en el desarraigo del centro de labores.

Así mismo, debe indicarse que “el pago de una indemnización, como medida reparadora, era una alternativa que, podría elegir el trabajador, al impugnar judicialmente el despido o en ejecución de sentencia, una vez declarada la invalidez de aquel”⁸⁰. Según algunos autores, se ha retrocedido a una legislación laboral peruana que mantiene el “despido pagado” es decir, aquella situación en que corresponde al empleador un poder limitado para despedir, solo condicionado por gravámenes pecuniario, sin que este constituya una facultad excepcional que solo se adquiere cuando el trabajador ha incurrido en una causa justa prevista por la ley. Sin embargo en algunas situaciones – como se ha indicado precedentemente- la figura de la reposición resulta inviable por lo que la indemnización aparece como un

⁷⁹ ALVA CANALES, Armando, “Despido Laboral: Nuevos criterios jurisprudenciales”, *Gaceta Jurídica*, 10ª ed, 2016, p. 16.

⁸⁰ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *El despido en el Derecho Laboral peruano*, 10ª ed., Lima, Jurista editores, 2013, p. 170.

medio a través del cual se cubren los daños causados por el hecho de haber sido objeto de un despido arbitrario.

Ahora bien, por mucho tiempo en la jurisprudencia se ha mantenido vigente el siguiente criterio: si bien es cierto la confianza es un elemento indispensable para que la relación fluya y genere un buen clima laboral, la pérdida de la misma no ha sido reconocida por la ley como justa causa de terminación del contrato, y por tanto, el despido que se sustente en la pérdida de la confianza no exonera al empleador del deber de pagarle al trabajador la correspondiente indemnización.

Al no existir en la legislación laboral, norma expresa que señale un trato diferenciado para el trabajador de confianza que es despedido arbitraria o inconstitucionalmente, los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional resultan relevantes, el mismo que en relación a la estabilidad laboral de trabajadores comunes, señala que la protección regulada en el artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral es incompatible con la Constitución Política, debido a que “la primera señala que frente al despido arbitrario la única reparación es la indemnización, permitiendo así despidos incausados o arbitrarios, vaciando el contenido del derecho constitucional al trabajo, señalando además que la protección ante el despido no puede ser sino retrotraer el estado de las cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo”⁸¹. Un despido nulo, como acto jurídico que es, no puede generar efectos al haberse realizado al margen de la ley, y por tanto debe tenerse como inexistente, retrotrayendo el estado de las cosas, a la situación previa a la dación del referido acto, reposición del empleado en su centro de labores.

Resulta pertinente señalar lo dispuesto en el artículo 22° de la Constitución Política del Perú cuyo contenido esencial implica dos aspectos: el de acceder a un puesto de trabajo y a no ser despedido sino por causa justa, respecto a este último, el artículo 27° de la referida norma constitucional prevé que: “La ley otorga protección

⁸¹ CONCHA VALENCIA, Carlos R., *Análisis de la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza según el tribunal constitucional*, 7ª ed., Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014, p. 35.

adecuada contra el despido arbitrario”; es decir, que el trabajador cuando sea objeto de un despido que carece de causa o motivo, la ley le otorgará una “adecuada protección”, debiendo de entenderse que este derecho es de configuración legal, lo que significa que el legislador se encargará de proveer criterios mínimos de proporcionalidad para su aplicación . Además de lo señalado, debe agregarse lo dispuesto en el artículo 23° de la Constitución Política del Perú, el cual señala que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, lo que implica abordar cualquier controversia surgida entre trabajador y empleador al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral.

Ya en este punto, y habiendo argumentado porque el despido de un trabajador de confianza pueda ser calificado como un despido arbitrario; y además habiendo explicado de qué manera puede efectuarse la reparación del mismo : la cual puede consistir en la reposición del trabajador o en la indemnización, y habiendo llegado a la conclusión que en algunos supuestos- como en el caso de los trabajadores de confianza- resulta un contrasentido la reincorporación de estos en su centro de labores en donde se enfrentará a un clima laboral en una resquebrajada relación con el empleador, la indemnización se erige como aquel medio que permita reparar en algo, el hecho sufrido: despido arbitrario.

2.3.- Tratamiento de los trabajadores de confianza en la legislación comparada

En este apartado se procederá a analizar los aspectos más relevantes de los ordenamientos legales laborales en países latinoamericanos e hispanos, los cuales guardan similitudes y también diferencias en cuanto a la regulación de nuestro país, en tanto incluyen figuras que constituyen novedades no contempladas de manera taxativa en nuestro ordenamiento nacional.

2.3.1.- México

Respecto del trabajador de confianza en este país, el artículo 09 de la Ley Federal del Trabajo de México señala que “la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas y no de la designación que se dé

al puesto. Son funciones de confianza las de dirección, inspección, vigilancia y fiscalización, cuando tengan carácter general, y las que se relacionen con trabajos personales de patrón dentro de la empresa o establecimiento”⁸².

La jurisprudencia número I.1o.T. J/60 publicada en el Semanario Judicial de la Federación – Mexicana- y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXIX, de febrero de 2009 se pronuncia en el siguiente sentido:

“Si el actor se dice despedido injustificadamente y reclama el cumplimiento de su contrato de trabajo, o sea la reinstalación en el puesto que desempeñaba en el momento de ser despedido, y por su parte el patrón se excepciona manifestando que por ser trabajador de confianza fue despedido y pone a su disposición las prestaciones a que se refiere el artículo 49 de la Ley Federal del Trabajo [los famosos 20 días por año], corresponde al demandado la carga de la prueba para demostrar que las labores desarrolladas por el actor tienen las características de las funciones consideradas como de confianza (...)”⁸³

En la legislación mexicana, además se procede al pago de los salarios caídos, los cuales son aquellas cantidades de dinero que el trabajador hubiera percibido en caso de que no hubiera sido despedido injustificadamente por el patrón. Al respecto, la jurisprudencia obligatoria número 2a./J. 132/2006 ha establecido:

“La determinación del periodo que debe comprender el cálculo del importe relativo a los salarios caídos tratándose del cumplimiento de un laudo condenatorio, cuando se eximió al patrón de la reinstalación respecto de un trabajador de confianza, ha sido establecida... al disponer que... el patrón debe pagar las indemnizaciones legalmente previstas, así como los salarios vencidos desde la fecha del despido hasta que se paguen las indemnizaciones, lo que constituye un criterio expreso y claro, derivado de la lógica y especial naturaleza de las relaciones laborales en el caso de trabajadores de

⁸²CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, *Ley federal de trabajo de México última reforma DOF 12-06-2015*, [ubicado el 04 VI 2017]. Obtenido en <https://cogallardoedicionesm/wp-content/uploads/preview-ley-trabajo-interpretada.pdf>.

⁸³ TRABAJADORES DE CONFIANZA. CARGA DE LA PRUEBA DE ESE CARACTER CUANDO SE OPONE COMO EXCEPCION. Cuarta Sala. Séptima Época. Semanario Judicial de la Federación. Volumen 127-132, Quinta Parte, [ubicado el 10 VI 2017]. Pág. 77. Obtenido el <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/243/243236.pdf>

confianza, cuya reinstalación no es obligatoria para la parte patronal(...)a partir de esa fórmula legislativa el patrón debe cumplir lo más pronto posible con el laudo respectivo otorgando directamente o poniendo oportunamente a disposición del trabajador la indemnización legal para la satisfacción de sus necesidades”⁸⁴.

Ahora bien, cabe mencionar que en 2012 se efectuó una reforma a la Ley Federal del Trabajo en México, pues mediante su artículo 48, limitó expresamente los salarios caídos a 12 meses y ya no indefinidamente como anteriormente lo establecía la misma ley. Además la nueva ley laboral establece que si al término del plazo de 12 meses señalado no ha concluido el juicio laboral o no se ha dado cumplimiento al laudo que condene al patrón, se pagarán también al trabajador los intereses que se generen sobre el importe de 15 meses de salario, a razón del 2% mensual, capitalizable al momento del pago⁸⁵. En nuestro país, ante el incumplimiento de un mandato judicial, corresponde al obligado cubrir el pago de los intereses que se generen hasta el cumplimiento íntegro de la obligación laboral que se le ha impuesto en el marco de un proceso judicial a través de una sentencia.

Por su parte, la tesis número XIX.1o.28 L estipula:

“El artículo 947 de la Ley Federal del Trabajo prevé (...) que si el patrón se negare a someter sus diferencias al arbitraje o a aceptar el laudo pronunciado, y no se trata de las acciones contenidas en el numeral 123, apartado A, fracción XXII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la Junta dará por terminada la relación de trabajo, procediendo a condenar al pago de las indemnizaciones, consistentes en el importe de tres meses de salario y la que debe efectuarse de conformidad con el artículo 50, fracciones I y II, de la citada legislación; así como al pago de los salarios caídos y de la prima de antigüedad, en los términos del precepto 162 de la ley laboral. (...)se concluye que los salarios caídos y la antigüedad no se generan al mismo tiempo, pues los primeros se actualizan hasta en tanto no se cubran las indemnizaciones a que alude el artículo 50 del referido ordenamiento legal (...) si el patrón es condenado

⁸⁴ 174173. 2a./J. 132/2006. Segunda Sala. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXIV, Septiembre de 2006, Pág. 309 Ubicado el 4. XI. 2017]. Obtenido en <http://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Documentos/Tesis/174/174173.pdf>

⁸⁵ DE LA GARZA, Eduardo [Ubicado el 10. XI. 2017]. Obtenido en <https://abogadolaboralmonterrey.com/2013/12/05/que-es-un-trabajador-de-confianza-y-que-derechos-tiene-parte-3/>

a reinstalar al trabajador y a reconocer la antigüedad generada durante el tiempo que duró la separación del trabajo (por causas imputables a él), pero manifiesta su negativa a acatar el laudo mediante el pago de las indemnizaciones correspondientes, también está obligado a reconocer la antigüedad que se siga generando hasta que la Junta declare terminado el vínculo laboral”⁸⁶.

Por su parte, el artículo 50 de la Ley Federal del Trabajo establece que las indemnizaciones legales serán:(a) si la relación de trabajo fuere por tiempo determinado menor de un año, en una cantidad igual al importe de los salarios de la mitad del tiempo de servicios prestados; si excediera de un año, en una cantidad igual al importe de los salarios de seis meses por el primer año y de veinte días por cada uno de los años siguientes en que hubiese prestado sus servicios y(b) si la relación de trabajo fuere por tiempo indeterminado, la indemnización consistirá en veinte días de salario por cada uno de los años de servicios prestados”⁸⁷.

Por otro lado, la tesis: I.6o.T.352 L manifiesta que:

“Si la Junta de Conciliación y Arbitraje concluye que el patrón no demostró la causa de la rescisión laboral y que no procedía condenar a la reinstalación por haberse rehusado aquél a ella por tratarse de un trabajador de confianza... debe condenarse al patrón, no sólo al pago de las prestaciones relativas al despido injustificado, sino también al de veinte días de salario por cada año de servicios prestados (...)”⁸⁸.

⁸⁶SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.170131. XIX.1o.28 L. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVII, Marzo de 2008, Pág. 1731. [Ubicado el 10. XI. 2017]. Obtenido en <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/170/170131.pdf>

⁸⁷ CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Ley Federal del Trabajo, Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1o de abril de 1970 Última Reforma DOF 17-01-2006 [Ubicado el 10. XI. 2017]. Obtenido en <https://mexico.justia.com/federales/leyes/ley-federal-del-trabajo/titulo-segundo/capitulo-iv/>

⁸⁸SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO. Novena Época Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVI, Octubre de 2007. [Ubicado el 13 VI 2017]. Obtenido en [http://200.38.163.178/sjsist/\(F5dNDcC0oMytMU-sSj29gyrcjWbWMcqc1Z_gSWfoYqUWrTHZoaSYLI8_tC5MvotqOSc9ziDI6ur5ia3UFsMdlI3h8dq9j221F4_TC-cDnwLdYgJGcU6suX8lweL7BTFci6rg89tZmXfh_jUNa9haiOuo5ms98-ASi-RAU2E3TA81\)\)/Paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=171161&Tipo=1](http://200.38.163.178/sjsist/(F5dNDcC0oMytMU-sSj29gyrcjWbWMcqc1Z_gSWfoYqUWrTHZoaSYLI8_tC5MvotqOSc9ziDI6ur5ia3UFsMdlI3h8dq9j221F4_TC-cDnwLdYgJGcU6suX8lweL7BTFci6rg89tZmXfh_jUNa9haiOuo5ms98-ASi-RAU2E3TA81))/Paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=171161&Tipo=1)

En cuanto la jurisprudencia mexicana, se abordan también temas relacionados a los derechos colectivos de los empleados de confianza; por ejemplo en el caso de la Ejecutoria núm. 2a./J. 118/2016 de la Suprema Corte de Justicia emitida el Octubre de 2016 se plantea una limitación a la facultad de acción de los sindicatos de trabajadores de confianza, pues en el supuesto caso de que se ofreciere como prueba el recuento en el procedimiento de huelga, no se computarían los votos de sus integrantes para conocer si están a favor o en contra del movimiento, porque si la ley los restringe de ese derecho, tampoco pueden acudir a huelga. “(...) Si bien el espíritu teleológico del artículo 183 de la Ley Federal del Trabajo tiene inmersa una prohibición, también lo es que la misma sólo encuentra su límite en el contexto de la congruencia entre los intereses de los trabajadores de confianza frente a los de base, de ahí que impida la participación en un mismo sindicato a los trabajadores de confianza y los de base, pues implicaría un contrasentido que la defensa de los intereses de los segundos estuviera sujeta a la opinión y voto de los primeros, quienes tienen como encomienda velar por los intereses del patrón”⁸⁹. En lo que respecta a los derechos colectivos, el Perú sigue la misma línea que la ley y jurisprudencia mexicana, en tanto restringe el derecho a la huelga, a la sindicalización y negociación colectiva a los trabajadores de confianza.

2.3.2.- Costa Rica

Un trabajador de confianza – en Costa Rica –, es “aquella persona que tiene un alto grado de independencia funcional, técnica, y administrativa, así como aquel que tiene flexibilidad de horarios en su trabajo y no se encuentra sujeto a fiscalización o supervisión en su labor. Para ser trabajador de confianza, o laborar en las condiciones indicadas en el artículo 143 del Código de Trabajo costarricense, es necesario que el patrono por escrito se lo haya manifestado, pues no es suficiente que el trabajador así lo considere. En ese caso, la relación laboral queda sujeta a lo

⁸⁹Ejecutoria num. 2a./J. 118/2016 (10a.) de Suprema Corte de Justicia, Segunda Sala 31 de Octubre de 2016 Décima Época. Segunda Sala. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 35, Octubre de 2016, Tomo I, página 817. [ubicado el 04 VI 2017]. Obtenido en https://suprema-corte.vlex.com.mx/vid/653886453?_ga=2.45208100.1813369237.1493958421-1692819837.1493958373.

dispuesto en el referido artículo 143. La estructura de la empresa es establecida por el patrono, de manera que es el mismo patrono el que dispone cuales puestos son establecidos como puestos de confianza, a quienes se les aplicaría lo dispuesto por el artículo 143, pero para que se le apliquen los derechos y obligaciones que se señalan para éstos, los trabajadores que los ocupen deben ser previamente informados de su condición”⁹⁰. En caso de que las personas, no sean trabajadores de confianza en las condiciones ya descritas, sus jornadas deberán ajustarse a lo indicado en los artículos 136, 137 y 138 del Código de Trabajo.

El Código de Trabajo de Costa Rica, consagra en su artículo 143 que “quedarán excluidos de la limitación de la jornada de trabajo los gerentes, administradores, apoderados y todos aquellos empleados que trabajan sin fiscalización superior inmediata; los trabajadores que ocupan puestos de confianza; los agentes comisionistas y empleados similares que no cumplan su cometido en el local del establecimiento; los que desempeñan funciones discontinuas o que requieran su sola presencia; y las personas que realizan labores que por su indudable naturaleza no están sometidas a jornada de trabajo. Sin embargo, estas personas no estarán obligadas a permanecer más de doce horas diarias en su trabajo y tendrán derecho, dentro de esa jornada, a un descanso mínimo de una hora y media”⁹¹, características que no distan de manera drástica de lo estipulado en la legislación nacional

Los Tribunales Laborales de este país han analizado la situación de estos trabajadores, respecto de la tesis que plantea que “la estabilidad en el empleo solo es posible en el caso del funcionario público de conformidad con el artículo 192 de la Constitución Política de Costa Rica y por lo tanto, toda estabilidad en el sector

⁹⁰MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Compendio de Criterios Jurídico Laborales 1999-2014 [Ubicado el 8. XI. 2017]. Obtenido en <http://www.mtss.go.cr/elministerio/estructura/direccion-asuntos-juridicos/Compendio%20de%20Criterios%20Juridicos%20Laborales.pdf>

⁹¹ MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Código De Trabajo de Costa Rica, promulgado el 15 de septiembre de 1943 por el Congreso Constitucional, [Ubicado el 11. XI. 2017] Obtenido en <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/44102/65002/s95cri02.htm>

privado es Inconstitucional”⁹², con ello han pretendido anular Convenios, Arreglos Directos, y otros instrumentos de Negociación Colectiva que le han dado una relativa estabilidad a los trabajadores dentro de la empresa privada; sin embargo ya la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia – de Costa Rica- ha tenido la oportunidad de referirse a esta tesis, por demás improcedente, argumentando la Sala de lo laboral lo siguiente:

“No se comparte la tesis expuesta, en el recurso interpuesto por la demandada, en el sentido de que constitucionalmente es inaceptable un régimen legal de estabilidad en Costa Rica, pues esa parte entiende que debe tenerse como imperante uno de libertad de despido, siempre. Según el artículo 63 Constitucional, mencionado por esa parte, los trabajadores despedidos sin justa causa tendrán derecho a una indemnización cuando no se encuentren cubiertos por un seguro de indemnización. Esa norma no puede interpretarse, como lo pretende hacer la recurrente, en el sentido de que sólo está autorizado el régimen de libre despido y que el de estabilidad es contrario a esa disposición, a no ser en el sector público y en los términos del artículo 192 de la Constitución. Lo único que garantiza esa disposición, es el derecho indemnizatorio ante el despido injustificado, lo que es posible en un régimen de libre destitución. Pero la Carta Magna no erige ese sistema en derecho fundamental para los empleadores; de modo que, las disposiciones de rango inferior que establezcan otra cosa, sean contrarias a ella. En realidad, el régimen de derechos y de garantías sociales, contenido en esa Carta y desarrollado en el Código de Trabajo, constituye un mínimo, de carácter irrenunciable (artículos 74 de la Constitución y 11 del Código de Trabajo). Téngase presente que, de acuerdo con el artículo 62 Constitucional, las reglas de las convenciones colectivas tienen fuerza de ley y, como tales, las partes deben respetarlas,

⁹² SANCHO LÓPEZ, Roy Gerardo. Estabilidad en el empleo y despido nulo en Costa Rica (Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial sobre los más significativos fallos de Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de la década de los años 90 al año 2007. [Ubicado el 8. XI. 2017]. Obtenido en https://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/images/documentos/revistas/revista7/arti_01_07.pdf

en cuanto no contraríen aquel mínimo; que son, como se dijo, derechos irrenunciables. En consecuencia, la estabilidad en el empleo que, según lo expuesto, es constitucionalmente un derecho fundamental para ciertos servidores del sector público, bien puede extenderse, a través de las convenciones colectivas, a otras áreas del sector laboral, como mejoras de la situación de los trabajadores, en armonía con los principios proteccionistas que inspiran el respectivo Título constitucional. Los artículos 28 y 29 del Código de Trabajo contienen disposiciones sobre el régimen indemnizatorio tarifado, para el supuesto de despidos sin causa justificativa y, su existencia, obedece al sistema mismo de libre despido que regula ese Código, el cual es obligatorio, mientras alguna disposición de mejora no establezca lo contrario”⁹³

La legislación costarricense, no tiene diferencias muy marcadas con el ordenamiento peruano, sin embargo es necesario destacar que a diferencia del Perú las normas de índole laboral se encuentran debidamente codificadas lo cual permite una mayor congruencia en los fallos y en el propio texto de las normas, pues existe una visión integral de cada uno de los derechos que le asisten a los trabajadores.

2.3.3.- Chile

Desde sus inicios el Derecho del Trabajo en Chile ha regulado la terminación del contrato de trabajo. El antiguo modelo normativo del Código del Trabajo de 1931 estableció un sistema causado de terminación del contrato de trabajo, sin embargo en él procedía el desahucio dado por el empleador; a la vez, diversas categorías de trabajadores tuvieron derecho a indemnizaciones por término de contrato, pero éstas no se vinculaban necesariamente al desahucio empresarial. Las primeras normas que limitaron el despido colectivo en dicho país fueron las consagradas por

⁹³ Cf. Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica. No 193 de las 15:30 horas del 26 de Junio de 1996: en igual sentido Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, No 2002-00247 de las 09:40 horas del 24 de Mayo del 2002 [Ubicado el 15 IX 2017] Obtenido en <https://vlex.co.cr/vid/-499648186>

la Ley N° 7.747 de 1943, las que rigieron mientras se mantuvo vigente el antiguo modelo normativo del Código de Trabajo de 1931.

Un sistema de estabilidad laboral y de protección ante el despido arbitrario sólo se configuró con la Ley N° 16.455 de 1966 -conocida precisamente como "Ley de estabilidad relativa en el empleo"-, al excluir el desahucio dado por el empleador como causa de terminación del contrato de trabajo y disponer la reincorporación del trabajador a la empresa en el supuesto de que el empleador no lograra acreditar la causa alegada previa impugnación judicial. Sólo en el caso de no aceptar la reincorporación, el empleador debía pagar las remuneraciones de tramitación -es decir, las remuneraciones correspondientes al período de separación- y la indemnización por término de contrato, que era fijada en definitiva por el Juez que conocía de la causa y cuyo monto mínimo era equivalente a un mes de remuneración por año trabajado y fracción superior a seis meses. Ciertamente, esta indemnización constituye una sanción al empleador. Conjuntamente, la Ley N° 16.455 mantuvo el régimen jurídico sobre despido colectivo y amplió la cobertura de la protección a través del fuero laboral a categorías de trabajadores en situación de mayor vulnerabilidad frente al despido.

Sin embargo, el sistema de estabilidad relativa en el empleo tuvo un breve período de vigencia. "Ya en los inicios de la dictadura militar chilena se modificaron sus normas, reemplazándose todo el sistema hacia fines de la década del setenta a través del Plan Laboral, particularmente el D.L. 2.200, de 1978, y la Ley N° 18.018, de 1981. Con esta nueva normativa se reincorpora el desahucio empresarial como causa de terminación y la indemnización por término de contrato sólo se establece respecto de dicha causa, aunque se disminuye drásticamente el monto de la misma -a un mes de remuneración por año trabajado con un límite máximo de 150 días de remuneración- e, inclusive, en un período esta norma pasa a ser de carácter dispositivo. Además se suprimen las normas sobre despidos colectivos y se limita el fuero laboral. En todo caso, se mantiene la posibilidad de impugnación judicial,

pero la acción sólo puede pretender el reconocimiento de un desahucio empresarial y la procedencia de las indemnizaciones indicadas”⁹⁴.

Las sucesivas reformas laborales efectuadas en Chile en el marco del nuevo sistema democrático han incorporado específicas modificaciones sobre la terminación del contrato de trabajo. Primero, la exclusión de la aplicación general de la causa de desahucio empresarial, manteniéndola sólo respecto de específicas categorías de trabajadores -cuyas relaciones de trabajo plantean un alto nivel de confianza con el empleador. Además se ha incorporado la causa económica de necesidades de la empresa. Segundo, el reconocimiento y definición del respectivo régimen jurídico de dos nuevas categorías del despido que son: el despido injustificado, indebido o improcedente -que se sintetiza como despido injustificado, para todos los efectos, y el despido con lesión a derechos fundamentales. La particularidad es que la consecuencia que se les otorga es la procedencia de indemnizaciones por término de contrato, con la excepción de específicos supuestos de despido con lesión a derechos fundamentales en los que se plantea la nulidad del despido.

Como se aprecia la legislación laboral en Chile ha evolucionado de manera paulatina, atravesando a lo largo de su historia y de los diferentes regímenes políticos, por etapas marcadas por la corriente pro-trabajador y otras donde se priorizaban sendas cuestiones menos la estabilidad en el empleo, la legislación laboral peruana, de igual manera que en Chile, muta y varía en razón al contexto; sin embargo en el momento en el que nos encontramos donde se ha entendido la importancia del trabajo y la vital relación que este tiene con la dignidad de la persona humana, todos los estamentos del Estado deberían adoptar una óptica constitucional que busca que el ordenamiento jurídico actué en congruencia precisamente de salvaguardar el fin de la sociedad y del Estado.

⁹⁴ ROJAS MIÑO, Irene. La indemnización por término de contrato de trabajo: instrumento de protección ante el despido [ubicado el 08 XI 2017]. Obtenido en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122014000100005

Luego de este recorrido por la legislación laboral de algunos países de Latinoamérica, corresponde echar un vistazo al tratamiento de este tema en dos países europeos, específicamente Italia y España, ello con la finalidad de observar si dichos ordenamientos consideran también la existencia de la categoría especial de trabajadores de confianza y el tratamiento que reciben dichos empleados en estos dos estados.

2.3.4.- Italia

Al respecto el autor Cocuera, precisa que “los altos directivos italianos integran una categoría de trabajadores altamente calificados y fuertemente sindicalizados; esta categoría de trabajadores se encuentra excluida de una serie de disposiciones legales generales pero encuadrados bajo el sistema de convenio colectivo alternativo y referencial”⁹⁵. Existe entre empresario y el alto directivo una relación la que la confianza es el elemento casi indispensable asumido por el trabajador la responsabilidad de sus labores y además sistematiza las funciones de los trabajadores dentro de una compañía.

La legislación italiana marca la diferencia entre el dirigente de alto nivel y los demás directivos. El *top management* es el único que establece con el empresario una especial relación de confianza. De ahí que sean estos, los que representan los intereses del empresario ante los trabajadores y terceros.

La fundamental diferencia existente entre la legislación italiana y las demás que hemos estudiado hasta el momento incluida la peruana, radica en que esta si permite y promueve la sindicalización de los trabajadores de confianza – en un sindicato integrado exclusivamente por trabajadores con esta calificación. Este

⁹⁵ CORCUERA GARCIA, J. *Naturaleza del Trabajo directivo (Una visión moderna de los temas clásicos) y su repercusión de los programas de formación de dirección de empresas*. Pamplona, Universidad de Navarra, 2001, p.46

tratamiento es muy distinto al de los ordenamientos que hemos abordado anteriormente, incluso en contraposición a lo que plantea la legislación nacional donde el derecho de sindicalización se encuentra reservado para los trabajadores denominados “comunes”.

2.3.4.- España

Se empezará realizando una observación muy importante: El Ordenamiento Español no hace la diferencia entre trabajador de confianza y el de dirección, regulándose la categoría única de personal de alta dirección. El personal de alta dirección es aquel “próximo al empresario o a quienes conforman la voluntad de las empresas que reviste la forma societaria y justamente por debajo de ellos, se sitúa el personal de alta dirección, ocupando una posición que les concede capacidad para influir en los altos directivos coordinan y dirigen la acción de otros trabajadores investidos de mando, si bien siempre limitados en su actividad a concretas áreas de la organización, carentes de un poder jurídico capaz de condicionar a la verdadera y última dirección”⁹⁶. De esta forma, el personal de alta dirección queda comprendido entre dos grandes grupos de trabajadores: por arriba, y excluidos del ordenamiento laboral, se encuentran ciertos consejeros y administradores de las empresas societarias; por debajo, sometidos a una relación de trabajo ordinaria, quedan los empleados directivos.

En este país son tres los requisitos que deben concurrir y que conforman la definición legal de alto directivo:

- 1) *El criterio funcional*, esto es el ejercicio de los poderes empresariales. Para que un trabajador directivo sea calificado como personal de alta dirección es preciso que ejercite poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa. El trabajador alto cargo directivo participa en la dirección y gestión de la empresa entera, a la que compromete frente a terceros con su actividad de dirección; sin embargo, delimitar las funciones concretas que debe actuar en

⁹⁶ ORTEGA LOZANO, Pompeyo Gabriel. Extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección por voluntad del empresario [Ubicado el 01 X 2017] Obtenido en <http://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/extincion-del-contrato-de-trabajo-del-personal-de-alta-direccion-por-voluntad-del-empresario/>

el ejercicio de los poderes propios del titular empresarial es tarea complicada, eminentemente casuística.

2) *El criterio objetivo*: ejercicio de poderes relativo a los objetivos generales de la empresa, negándose la condición de trabajador de alta dirección a quien actúa en un ámbito sector determinado o reducido y no en la totalidad de la organización

3) *El criterio jerárquico: autonomía y plena responsabilidad*. El personal de alta dirección debe desarrollar sus funciones con autonomía y plena responsabilidad solo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad. Junto a la autonomía, también sitúa la plena responsabilidad del alto directivo. Consecuencia obligada es admitir la responsabilidad de quien actúa en ejercicio de sus funciones con autonomía decisoria, no meramente técnica, al trabajador de alta dirección se le podrán imputar cuantas consecuencias jurídicas se deriven de los actos o decisiones dañosas que deriven de decisiones adoptadas con ocasión de administración o gestión de la empresa en tanto resulten perjudiciales o dañosas para la empresa o para terceros⁹⁷.

Tal es así que, “la reciproca confianza refuerza el carácter intuitu *personae* de esta relación especial de trabajo. Una vez depositada a confianza un *altodirecti*, esta ha de perdurar a lo largo de la vigencia del contrato de trabajo ya que si decae, se pierde el fundamento de esta relación y desaparece un elemento esencial del contrato, por lo que podrá extinguirse la relación contractual sin necesidad de alegar incumplimiento alguno”⁹⁸. La principal característica de la relación laboral especial de alta dirección es la reciproca confianza entre trabajador y empresario, confianza derivada de a singular posición que el alto directivo asume en el organigrama de la empresa, mediante el desempeño de amplias funciones de dirección, con facultades de disposición del patrimonio de la empresa.

Llama la atención la marginación que sufre la negociación colectiva como fuente de derechos y obligaciones en esta relación laboral especial puesto que ninguna referencia se hace a los pactos o convenios en el diseño de fuentes españolas.

⁹⁷DE VAL TENA Ángel Luis, ALCAZAR ORTIZ, Saa y ORTIZ DE SOLORZANO AURSA, Camino: “Relación especial del personal de alta dirección” en *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, Navarra, Aranzadi, 2011, p.276.

⁹⁸ VIDAL GARUNA, G. “El alto directivo y su relación laboral”, AA.VV, Madrid, en *El cambio laboral en la década de los 90*. Madrid, Espasa-Calpe, 1990, p. 157.

Probablemente la ausencia se debe a la exclusión de estos trabajadores de los mecanismos de representación unitaria en la empresa dada la propia naturaleza del trabajo de alta dirección, así como debido a la posición de mayor equilibrio e igualdad entre las partes de esta relación especial de trabajo.

Con respecto al periodo de prueba el artículo 5 del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto de 1985, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección se consagra que en el contrato de trabajo para el personal de alta dirección, “podrá concertarse un período de prueba que en ningún caso podrá exceder de nueve meses, si su duración es indefinida. Transcurrido el período de prueba sin que se haya producido desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador de alta dirección de la Empresa”⁹⁹. De tal manera que superar el periodo de prueba establecido por la ley le otorga al trabajador de alta dirección la posibilidad de adquirir mayor estabilidad en el empleo, sin embargo en España no se trata de una estabilidad absoluta, sobre todo en el caso de estos empleados.

El artículo 11º del referido Real Decreto, señala los efectos de la extinción del contrato por voluntad del empresario. “El contrato de trabajo podrá extinguirse por desistimiento del empresario, comunicado por escrito, debiendo mediar un preaviso en los términos fijados en el artículo 10.1. El alto directivo tendrá derecho en estos casos a las indemnizaciones pactadas en el contrato; a falta de pacto la indemnización será equivalente a siete días del salario en metálico por año de servicio con el límite de seis mensualidades. En los supuestos de incumplimiento total o parcial del preaviso, el alto directivo tendrá derecho a una indemnización equivalente a los salarios correspondientes a la duración del período incumplido.

El contrato podrá extinguirse por decisión del empresario mediante despido basado en el incumplimiento grave y culpable del alto directivo, en la forma y con los efectos

⁹⁹ MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE ESPAÑA, Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección. Publicado en: «BOE» núm. 192, de 12/08/1985. Entrada en vigor: 01/01/1986 Departamento: [Ubicado el 01 X 2017] Obtenido en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-17006>

establecidos en el artículo 55 del Estatuto de los Trabajadores; respecto a las indemnizaciones, en el supuesto de despido declarado improcedente se estará a las cuantías que se hubiesen pactado en el contrato, siendo en su defecto de veinte días de salario en metálico por año de servicio y hasta un máximo de doce mensualidades. Una vez que el empleador tiene conocimiento del incumplimiento y culpable del alto directivo, dispone del plazo para ejercer su derecho a extinguir el contrato, las faltas cualquiera que sea su naturaleza perciben a los doce meses desde la comisión o desde que el empresario tiene conocimiento de ellas.

En este país, cuando el despido sea declarado improcedente o nulo, el empresario y el alto directivo acordarán si se produce la readmisión o el abono de las indemnizaciones económicas previstas en el párrafo dos de este artículo, entendiéndose, en caso de desacuerdo, que se opta por el abono de las percepciones económicas. Si el despido se reintegrarse al empleo anterior en la Empresa, se estará a lo dispuesto en el artículo 9.3 de este Real Decreto¹⁰⁰.

Haciendo un recuento de las diferencia entre la legislación Española y peruana podemos decir en primera instancia que; a diferencia de legislación ibérica, el ordenamiento jurídico peruano no regula en una norma específica al personal de dirección o de confianza sino que son diversas las normas que regulan algún aspecto de la relación laboral especial del personal de dirección y de confianza, tales como el TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre tiempo (LJT) aprobada por el D.S. 007-2002-TR; el TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT), aprobado por D.S. 010-2003-TR; la Ley de Descansos Remunerados (LDR) aprobada por Decreto Legislativo N° 713; y la propia LPCL; otra de las diferencias sustanciales radica en que, dicha legislación no

¹⁰⁰ “En caso de simple suspensión de la relación laboral común anterior, al extinguirse la relación laboral especial, el trabajador tendrá la opción de reanudar la relación laboral de origen, sin perjuicio de las indemnizaciones a que pueda tener derecho a resultas de dicha extinción. Se exceptúa de esta regla el supuesto de la extinción del contrato especial de alta dirección por despido disciplinario declarado procedente”. MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección [Ubicado el 01 XI 2017] Obtenido en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/rd1382-1985.html#a9

hace la distinción entre las dos categorías especiales – de dirección y de confianza- de trabajadores como sí se efectúa en el ordenamiento nacional; finalmente, respecto a la indemnización por despido arbitrario respecto de trabajadores de alta dirección, en España se cierran las puertas a amparar dicha pretensión, sin embargo los argumentos esgrimidos líneas arriba cuando se abordó dicho tema, no aparecen totalmente consistentes en tanto no tienen sustento en fundamento constitucionales, los cuales creemos se ubican sobre cualquier normativa de inferior rango.

Habiendo abordado todas las cuestiones referentes a la calificación de un trabajador como de confianza no solo en el ámbito nacional sino también internacional, es posible efectuar una evaluación objetiva de los criterios adoptados por la jurisprudencia nacional respecto de la protección frente al despido en relación a esta especial categoría de trabajadores.

CAPITULO III

**EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO
ARBITRARIO DE LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA**

CAPÍTULO III

EVOLUCIÓN DE LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO ARBITRARIO DE LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA

Después de estudiar en los capítulos precedentes de qué manera las instituciones del Derecho Laboral se ocupan de la especial categoría de los trabajadores de confianza, en el presente capítulo se realizará un recuento de los principales pronunciamientos jurisprudenciales relativos al despido de este tipo de trabajadores y la protección que les ofrece el ordenamiento jurídico frente al cese de su vínculo laboral de forma unilateral por parte del empleador.

Como se ha explicado anteriormente, un despido arbitrario no puede ser avalado por un ordenamiento jurídico que tiene como fundamento el respeto de los derechos humanos en todos los estamentos, la ley debe establecer sanciones ante el acaecimiento de este tipo de atentados. En nuestro país, actualmente existen dos modos de resarcimiento: la reposición y la indemnización.

A nivel doctrinario, la tutela que ofrece la Ley de Productividad y Competitividad Laboral respecto del despido arbitrario sigue siendo discutida. Según Quispe Lovatón¹⁰¹ la única verdadera y adecuada protección frente al despido arbitrario es la reposición, mientras que, para el profesor Toyama “La Ley de Productividad y Competitividad Laboral (...) no transgrede la Constitución en la medida que prevé, como regla general, el pago de una indemnización ante un despido arbitrario. La LPCL cumpliendo así lo dispuesto en la Constitución, regula un tipo de protección a los trabajadores despedidos arbitrariamente”¹⁰². Es esta también la postura de la autora, en tanto que el daño producido por la ruptura abrupta y carente de sustento del vínculo laboral de un trabajador sin expresión de causa, amerita que la legislación vigente sancione al empleador por su actuar, teniendo en cuenta la naturaleza de la relación que se ha truncado, en el caso de los trabajadores de confianza mediante el pago de la indemnización por despido arbitrario.

Cabe precisar que resarcir económicamente al trabajador que ha sido despedido de forma arbitraria, se ha convertido en la tendencia de tutela actual, reservando la reposición solo para algunos casos, en lo que se configure como único medio que permita la reparación que acarrea el importante agravio en este tipo de despido.

Lo mencionado se encuentra reforzado con lo prescrito en el artículo 10° del Convenio N°158 de la OIT respecto a la terminación de la relación de trabajo, el cual señala que, “(...) los organismos mencionados en el artículo 8 del presente convenio llevan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador; tendrá la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se

¹⁰¹ QUISPE LOVATON, W.: “El despido injustificado: análisis sobre los límites que genera su clasificación en la interpretación judicial”, en *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la seguridad social*, SPDTSS, Lima, 2016, pp. 581-582.

¹⁰² TOYAMA MIYAGUSUKI, Jorge & MERZTHAL SHIGYO, Marilú. “Reflexiones sobre el tratamiento jurisprudencial del personal de dirección y de confianza” en *Themis*, N°65, julio 2014, p. 93

considere apropiada”¹⁰³. Como vemos, la Organización Internacional de Trabajo, reconoce la posibilidad del pago de una indemnización como medio de resarcimiento en caso de un despido arbitrario, sumada a la clásica sanción – para el empleador- de la reposición del trabajador despedido sin causa.

Asimismo, el artículo 7° del Protocolo de San Salvador ha reconocido que en casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o la readmisión en el empleo o cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional. De esta manera, el pago de la indemnización por despido arbitrario es un concepto reconocido a los trabajadores por diversos instrumentos internacionales, por lo que a lo largo de este apartado se ofrecerán los argumentos necesarios que permitirán concluir que es un derecho que también asiste a los trabajadores de confianza.

La normativa de índole internacional concibe a la indemnización por despido arbitrario como un mecanismo eficaz de resarcimiento al trabajador por haber sido víctima de una situación provocada en un desmedido ejercicio del poder de dirección del empleador.

Ahora, abordaremos cuales son los criterios sobre despido del personal de confianza adoptados por los diversos órganos jurisdiccionales en materia laboral en el país, entre ellos el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia.

3.1. Jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional ha sido el principal referente de la reestructuración del Derecho del Trabajo en nuestro país. Desde inicios de la década pasada, este órgano supremo ha creado un régimen legal paralelo al regulado en la legislación

¹⁰³ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Instrumentos sobre despido. Documento de referencia para la reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158). Ginebra, 18-21 de abril de 2011, p. 92 [Ubicado el 04 XI 2017]. Obtenido en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/meetingdocument/wcms_153218.pdf

laboral ordinaria teniendo gran influencia sobre la jurisprudencia en otras instancias jurisdiccionales.

El tratamiento jurisprudencial que el Tribunal Constitucional le ha venido dando al retiro de confianza como causa de despido se ha ido transformando con el transcurso de los años, tal es así que en el año 2004, precisaba lo siguiente: “si bien es cierto, el retiro de confianza no es una causa justa de despido, si es una causa de extinción de la relación laboral; la cual (al margen de ser legítima o no) brinda el derecho a una indemnización”¹⁰⁴. Es decir, es posible que, en aquellos supuestos, el empleador no tenga que expresar el motivo para finalizar una relación laboral, siempre y cuando cumpla con otorgar la respectiva indemnización tarifada legal, ya que, en la práctica, el retiro de confianza, es en sí, un despido arbitrario.

Por lo expuesto, se puede arribar a la siguiente conclusión: la pérdida de confianza sí constituye una causal de conclusión del contrato; pues en el caso de los trabajadores de confianza, esta especial relación es un elemento trascendental sobre el cual se funda la relación de trabajo, sin ello sería insostenible el vínculo contractual, por lo que según la jurisprudencia del Supremo Interprete, el trabajador de confianza no podría ejercitar vía judicial la reposición en su cargo; pues esta situación, conllevaría a una imposición al empleador de mantener en su empresa o institución a un trabajador. Sin embargo, esto no es impedimento para permitir que los trabajadores de confianza puedan optar por el efecto resarcitorio, pues al margen de que su contrato se haya extinguido, tal extinción no responde a una causa justa de despido establecida por la ley.

A continuación abordaremos a través de algunos pronunciamientos jurisprudenciales, de qué manera el Alto Tribunal, aplica la ley laboral a esta especial categoría de trabajadores:

¹⁰⁴ Al respecto, la Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00746-2003-AA STC 19 de abril del 2004. fundamento 10

a) Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 0746-2003-AA/TC 19 de abril del 2004¹⁰⁵

Se trata de la interposición de una acción de amparo contra la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, a fin de que se ordene la reposición a su centro de trabajo de una trabajadora como Jefe de la Oficina de Administración de la citada entidad judicial, así como el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir.

La accionante manifiesta haber ingresado en mérito del concurso público convocado por la comisión de evaluación y selección de la Gerencia General del Poder Judicial Ayacucho, siendo designada para desempeñar el cargo de Jefe de la Oficina de Administración mediante una Resolución Administrativa de Gerencia General del Poder Judicial, que no menciona la fecha de vencimiento del cargo que asumía.

Posteriormente, la entidad, mediante oficio - de forma arbitraria y sin expresar causa alguna- da por concluida su designación como jefe de la Oficina de Administración de la Corte Superior de Ayacucho, con efectividad al 30 de junio del citado año, quedando extinguido su vínculo laboral con dicha entidad, hecho que según alega ha vulnerado su derecho de defensa y a un debido proceso por cuanto se ha dejado sin efecto una resolución administrativa –la de su designación– con un simple oficio, suscrito por una autoridad sin competencia, como es el presidente de la mencionada Corte Superior, lo cual no permite interponer en la vía administrativa recurso alguno a efecto de agotar las vías previas.

Sostiene que mediante la Ley N° 26586 se regula el régimen laboral de los trabajadores del Poder Judicial, y que su artículo 1° dispone que el personal administrativo que ingrese a laborar en el Poder Judicial está comprendido en el régimen laboral de la actividad privada, regulado por T.U.O del D.L. N° 728. Por tal motivo, la recurrente sostiene que su contrato es por tiempo indefinido e indeterminado, gozando de la protección de la ley contra el despido arbitrario, así

¹⁰⁵ Anexo 1

como a la protección de las normas constitucionales cuando se considere que han sido vulnerados los derechos humanos reconocidos por la Constitución Política.

Asimismo, afirma que la naturaleza permanente del cargo que desempeñaba se corrobora con una Resolución Administrativa de la Presidencia del Poder Judicial que modifica el cuadro de asignación de personal del Poder Judicial, y con sus boletas de pagos las cuales, en el rubro planilla, consignan la anotación "728 - Permanente".

De otro lado, la entidad responde alegando que la actora no ha cumplido con agotar la vía previa como es el procedimiento administrativo, debido a que si consideró haber sido despedida sin las formalidades de ley, debió impugnar el acto administrativo en sí de despido, pero no concurrir a la interposición de un proceso de amparo, por no ser la vía idónea.

El Supremo Tribunal precisa que según el artículo 60 Reglamento del D.L. N° 728, la calificación de los puestos de confianza "es una formalidad que debe observar el empleador"; sin embargo, "su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita".

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

Sin embargo, en el proceso no se logró sustentar 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, resultando inevitable contar con elementos probatorios idóneos y con una estación adecuada

para la actuación de los mismos, no siendo el amparo, por su carácter esencialmente sumarísimo y carente de estación de pruebas, la vía de dilucidación de lo que se solicita, sino la vía del proceso laboral, a la que en todo caso aún tiene derecho la actora, razón por la que se deja a salvo su derecho para hacerlo valer, en todo caso, en la forma legal que corresponda.

Finalmente el Tribunal Constitucional, resuelve declarar Infundada la demanda, dejando a salvo el derecho de la actora para que lo haga valer en la forma legal que corresponda.

Esta sentencia pone de relieve la importancia de una calificación adecuada y ordenada a derecho, y aquellos efectos que genera designar a un trabajador como un trabajador de confianza, lo cual puede ser trascendental para determinar la manera en que se efectuará su resarcimiento frente a un eventual despido arbitrario.

Aquí, la situación de la recurrente se encuentra además marcada por elementos de carácter administrativo, debido al modo en que tuvo conocimiento la ruptura de su vínculo laboral. La entidad demandada, señala que se trataría de un puesto de confianza, sin embargo de lo consignado en la sentencia bajo análisis, no se aprecia con certeza que efectivamente la recurrente haya participado en la entidad, desempeñando labores y actividades propias de un trabajador de confianza, así mismo es importante destacar que el argumento fundamental de la demandante es que en su boleta de remuneración, se le habría calificado como un trabajador ordinario con un régimen regulado en el D.L. 728, perteneciente a la actividad privada y que por tanto debería reponérsele en el empleo dado que su empleo tenía naturaleza permanente.

Frente a lo expuesto el TC, señala que a pesar de que en su boleta no se leyera la inscripción “trabajador de confianza” o cualquier enunciado o símbolo de su propósito, lo verdaderamente trascendental es la coincidencia entre los hechos y las formas - lo que nuestro ordenamiento jurídico ha recogido como el principio de primacía de la realidad-; por ello es que el fallo en este proceso resulta adverso a la parte recurrente en tanto la vía constitucional de amparo por su propia naturaleza

impide la actuación de pruebas que permitan concluir fehacientemente si se trata o no de un trabajador de confianza.

b) Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N°4492-2004-AA/TC 17 de febrero del 2005¹⁰⁶

El recurrente interpone demanda de amparo contra la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. (Corpac S.A.), alegando que fue despedido sin expresión de causa del cargo de gerente de operaciones de aeropuertos, negándosele el derecho de defensa dentro de un procedimiento regular. Manifiesta que ingresó a laborar el 29 de setiembre de 1997, y que, por haber sido objeto de maltratos, con fecha 21 de noviembre del 2002 decidió renunciar a la encargatura de gerente general. Sin embargo, debido a que en el mes de diciembre fue internado en el Centro Naval, recién reasumió sus reales funciones en abril del 2003, mes en que se le comunicó el retiro de confianza mediante la Carta N° GG-462-2003-O/01, resolviéndose su vínculo laboral, por lo que presume que la emplazada lo cesó debido a su estado de salud, ya que el retiro de confianza no lo considera causal para el término de su relación laboral.

Corpac S.A. alega que el demandante no puede afirmar que su despido fue sin expresión de causa, pues del oficio remitido a éste, se advierte que el cese se produjo como consecuencia del retiro de la confianza, por haber desempeñado un cargo de esa naturaleza.

De la cuestionada carta de despido, el Tribunal aprecia que la demandada comunicó al demandante su decisión de resolver el vínculo laboral, al haberle retirado la confianza. En consecuencia, y con relación a los trabajadores de confianza, tal como lo ha establecido con anterioridad 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.

Ya en este punto se observa que el Tribunal Constitucional en este caso particular adopta la siguiente postura: al trabajador de confianza, no le corresponde la,

¹⁰⁶ Anexo 2

reposición en caso de despido arbitrario, sin embargo esto no es óbice para que pueda ejercitar las acciones destinadas a solicitar el pago de una indemnización por despido arbitrario.

Este pronunciamiento jurisprudencial – según lo alegado por el recurrente- pone de manifiesto una realidad que es frecuente y preocupante, pero que es considerada como natural, desde la perspectiva de un empleador que desea actuar al margen de la ley para maximizar sus ingresos, aunque ello implique la afectación de los derechos de sus trabajadores. Tal es el caso de aquel empleador que a través de la calificación de un trabajador como de confianza- a pesar que este no desempeñe labores propias de esta categoría especial - busca la evasión de los costos naturales que implica la contratación de personal, tales como beneficios sociales, implementación de infraestructura, la puesta en práctica de políticas internas de seguridad y salud en el trabajo entre otras responsabilidades que van aparejadas al emprendimiento de un negocio o empresa con fines lucrativos.

Obviamente en estos casos como se dijo en el capítulo precedente corresponde que autoridades competentes como el Ministerio de Trabajo, SUNAFIL, entre otras, velen para que el empleador ejerza su facultad de control y de dirección de la manera más justa posible.

En el caso que plantea la sentencia materia de análisis, si bien el recurrente precisa que ha sido despedido debido a un tema relacionado con su salud, su puesto de trabajo era un cargo gerencial, por lo que en esta investigación no se negará la naturaleza de las labores propias que ejerce un gerente, resultaría obstinado, irrisorio y carente de sustento obligar al empleador a la reposición. Sin embargo, lo que sí vale la pena destacar es que aún habiendo desempeñado labores de este tipo, no existe en la ley nacional e internacional norma expresa que prohíba la posibilidad de que este tipo de trabajadores pueda acceder a una indemnización por despido arbitrario, sino todo lo contrario, pues es un mecanismo con total respaldo normativo y doctrinario; postura sostenida y argumentada en esta investigación

c) Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 1651- 2005-AA/TC 19 de abril del 2005¹⁰⁷

Pedro Hurt interpone demanda de amparo contra el Programa Nacional de Asistencia Alimentaria (PRONAA), solicitando que se declare inaplicable una Resolución Jefatural que da por concluida su designación en el cargo de Jefe de la Unidad de Personal del mencionado Programa, y que, por consiguiente, se disponga su reposición en el cargo que venía desempeñando sumado al pago de las remuneraciones, bonificaciones y escolaridad dejadas de percibir. En este caso el accionante manifiesta haber sido despedido arbitrariamente, pues los trabajadores que desempeñan cargos directivos y de confianza tienen los mismos derechos y obligaciones que cualquier otro trabajador y que solo podía extinguirse su relación laboral por una causa justa de despido relativa a su capacidad o conducta.

La entidad demanda sostuvo que el cargo de Jefe de la Unidad de Personal que desempeñaba el actor era de confianza y que la decisión de dar por concluida su designación, no ha vulnerado derecho constitucional alguno.

El demandante pretende que se declare inaplicable la Resolución Jefatural emitida por la entidad demandada, que dió por concluida su designación en el cargo de Jefe de la Unidad de Personal de la Oficina de ministración del Programa Nacional de Asistencia Alimentaria.

En el presente caso, la controversia se centra en determinar si existió, o no, una relación laboral de confianza entre el demandante y la emplazada, debido a que el actor ha manifestado que el cargo que desempeñaba no era de confianza, razón por la cual solo podía ser despedido por una causa justa relativa a su capacidad o conducta. 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

¹⁰⁷ Anexo 3

Sin embargo, el Tribunal Constitucional en base a la legislación existente, advierte que la omisión de la empleada de consignar en la resolución de designación la calificación de trabajador de confianza no enervaría dicha condición, ya que la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas, según lo establece el Cuadro de Asignación de Personal, aprobado mediante la Resolución Suprema emitida por PROMUDEH, entidad donde laboraba el demandante.

Nuevamente debe tenerse en cuenta lo establecido por en el artículo 59 del Reglamento del D.L. N° 728 que prescribe que para la calificación de los puestos de confianza el empleador deberá - entre otros requisitos - consignar en el libro de planillas y en las boletas de pago la calificación correspondiente. Asimismo, el artículo 60 del referido reglamento señala que la calificación de los puestos de confianza es una formalidad que debe observar el empleador; sin embargo, su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita, debido a que la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas y no de la denominación que se le dé al puesto, debiendo hacerse hincapié en esta cuestión en tanto es de vital importancia para el inicio y también para el término de la relación laboral. En este sentido, a la autora, no le correspondía la reincorporación en el empleo.

d) Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 03501-2006-PA/TC del 15 de marzo del 2007¹⁰⁸

Con fecha 22 de setiembre de 2004 el recurrente interpone demanda de amparo contra el Banco Central de Reserva del Perú, solicitando que se disponga su reposición en el cargo de Subgerente de Desarrollo de Sistemas de la referida entidad, se le reintegren las remuneraciones dejadas de percibir, incluyendo los aumentos o beneficios, así como el pago de costas y costos del proceso y la

¹⁰⁸ Anexo 4

apertura de la instrucción correspondiente a los responsables de la violación de sus derechos fundamentales.¹⁰⁹

El demandante alega haber sido despedido de manera injustificada, imputándosele hechos falsos, como el ser supuestamente responsable de haber participado en la irregular adquisición, cuando él no participó en dicha operación. Sin embargo la emplazada invocó como causal de despido el “retiro de confianza”, la cual no está prevista como tal en la legislación laboral.

Ante esta situación jurídica, el Tribunal declara infundada la demanda, fundamentando su decisión en un informe realizado por la Contraloría General de la República, en el que se demostró la responsabilidad del recurrente por omisión de funciones correspondientes al cargo que desempeñaba (Subgerente de desarrollo de Sistemas), tales como coordinar, registrar y analizar los requerimientos de equipamiento, programas, productos y servicios computacionales a fin de establecer el plan anual de sistemas en lo que concierne a su ámbito en intervenir en la evaluación técnica de los procesos de adquisición en equipos y programas de cómputo, determinándose un grave incumplimiento del demandante.

De igual forma en la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva del Perú – empresa emplazada-, se establecía que el Directorio tenía la facultad de designar y por tanto remover a los trabajadores que tienen la categoría de funcionario principal, entiéndase Gerentes, Subgerentes, entre otros. Por lo que la demanda optó por el retiro de confianza del demandante, encontrándose dicho acto justificado.

En la Sentencia que se analiza el Colegiado realiza un estudio genérico en lo que concierne al despido para esta modalidad laboral, precisa que la pérdida de confianza constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo a

¹⁰⁹ COLOMA CIEZA, Evelin. “La estabilidad laboral de los trabajadores de confianza en debate” *Revista Asesoría Laboral*, Año XXVI - N° 310 - Análisis jurisprudencial. Octubre 2016 pp.23-24. [Ubicado el 22. X 2017]. Obtenido en <http://www.ellb.com.pe/documentos/11La.estabilidad.laboral.de.los.trabajadores.pdf>.

diferencia de los despidos por falta grave, que son objetivos, está en cambio es una causal de naturaleza subjetiva. El retiro de confianza implica la salida del empleado que desde el principio de sus labores, haya ejercido un cargo de confianza; pues de no ser así y al haber realizado previamente labores comunes y posteriormente haya sido promovido a ese nivel, tendría que retornar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho.

En el caso analizado, el demandante ocupaba un puesto - Subgerente de desarrollo de Sistemas – en el cual, entre sus funciones inherentes se encontraba el deber de participar en la evaluación técnica de las adquisiciones; y al no haber participado en esta adquisición el empleador decidió retirarle la confianza al demandante y material el despido consecuentemente. En el presente caso, la omisión en la que incurriera el trabajador se enmarca perfectamente en la causal tipificada en el literal. a) El artículo 25, esto es, el incumplimiento de obligaciones laborales que suponen garantizar el derecho de defensa del recurrente, pues el trabajador pudiera tener cuando menos, dos argumentos sólidos para su descargo i) manifestar que sí cumplió con sus respectivas obligaciones de trabajo; o ii) aceptar su no participación adquisición del software, ya que esta no formaba parte de sus funciones.

Por lo expuesto se observa que para el Tribunal Constitucional, la relación laboral de estos trabajadores se sustenta en la confianza recíproca entre las partes, el nivel de representatividad que implica la realización de sus funciones, conforme dispone el artículo 43 del T.U.O. del D.L. N° 728, resulta que es la naturaleza misma de la función ejercida la que asigna la especial condición al trabajador, por lo que su labor no solo se caracteriza por el nivel remunerativo que ostente, sino por el tratamiento especial de su cargo establecido por ley, que le impone algunas limitaciones, como las establecidas por TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, D.S. N° 010- 2003-TR, referente al impedimento a su afiliación sindical (artículo 12), exceptuarlos de los alcances de la convención colectiva (artículo 42), y del ejercicio del derecho de huelga (artículo 77). De otro lado, la LPCL permite acordar la ampliación del período de prueba a los trabajadores de confianza hasta el plazo de

6 meses, y el TUO de la Ley de Jornada de Trabajo y su Reglamento regulan la posibilidad de excluirlos de la jornada máxima, y el pago de horas extras cuando la realización de sus labores no se encuentre sujeta a un control efectivo por parte de su empleador tal como lo prescribe el artículo 11 del Reglamento.

Como vemos el TC, precisa en reiterada jurisprudencia constitucional, que lo determinante para calificar a un trabajador como de confianza es precisamente las labores que realiza, más allá de elementos tales como la remuneración percibida, recordando también que esta especial cualificación del trabajador, no le permite ejercer derechos a los que un trabajador común puede acceder y exigir, tales como los derechos colectivos entre ellos el derecho de sindicalización, huelga, negociación colectiva, así como de derechos individuales como el pago por concepto de horas extras cuando no exista control efectivo por parte del empleador; sin embargo el argumento transversal en estos pronunciamientos puede resumirse de la siguiente manera: El trabajador de confianza puede tener acceso al pago de una indemnización por despido arbitrario, lo cual se encuentra ligado de manera indivisible a la protección de la dignidad humana en tanto es víctima de un atentado a su derecho fundamental al trabajo, el que se ve truncado sin causa establecida legalmente, teniendo como premisa la igualdad y los principios de continuidad y causalidad.

3.2. Pronunciamientos de la Corte Suprema respecto a la indemnización por despido arbitrario a favor de trabajadores de confianza

Es la Corte Suprema de Justicia, el órgano jurisdiccional que ha emitido polémicos fallos al respecto; polémicos en tanto no se aprecia predictibilidad lo cual debería caracterizar la decisiones judiciales, amparando en algunos casos y negando en otros, el derecho de los trabajadores de confianza para acceder a una indemnización por despido arbitrario lo cual se encuentra respaldado por la ley en la materia.

a) CAS. LAB N° 2037-2000-Piura en Lima, 22 de febrero del 2001¹¹⁰

Previo a este recurso, el recurrente demanda se le pague indemnización por despido arbitrario y el pago de sus beneficios sociales, fundamenta la pretensión que nos ocupa en el sentido de que ingresó a prestar servicios en la empresa demandada al ser contratado a plazo indefinido con el cargo de confianza de Jefe de Oficina de Planificación y Presupuesto y que tal relación laboral se mantuvo hasta que la demandada sin justificación le negó el ingreso al centro de trabajo - lo cual constituye un despido de hecho que puede ser constatado por la Autoridad Administrativa de Trabajo- alegando retiro de confianza.

Dichos argumentos fueron contradichos por la demandada en el sentido de que considera válido el retiro de confianza de Jefe de la Oficina de Planificación y Presupuesto por acuerdo de Directorio; por lo que según sus alegaciones, no le asiste al recurrente el derecho a indemnización alguna por despido, pues éste no ha existido, dada la naturaleza y régimen legal de la demandada y la calidad de funcionario de confianza que ostentaba el accionante.

La Corte destaca que dentro del proceso se determinó que el trabajador era funcionario de confianza que ostentaba inicialmente el cargo de Jefe de la Oficina de Planificación y Presupuesto y luego a partir de 1995 asumió el cargo de Gerente de Planificación y Desarrollo Empresarial. Conforme se aprecia del recurso de casación el demandante fundamenta el mismo en la causal de Aplicación indebida de la Tercera Disposición Derogatoria y Final de la Ley 26513; argumentando que debió aplicarse el 2do párrafo de la Sexta Disposición Complementaria, transitoria, derogatoria y final del Decreto Legislativo setecientos veintiocho T.U.O del D.S. número 003 –97– TR, que dispone “que sólo a partir del 29 de julio de 1995 la pretensión contra el despido arbitrario tiene un tratamiento único, para todos los trabajadores con vínculo laboral vigente a la indicada fecha” y que asimismo ha dejado de aplicar el artículo 24 del Decreto Supremo número 003 – 97 – TR que refiere que el despido del trabajador relacionado con su conducta o su despido

¹¹⁰ Anexo 5

arbitrario – como en el presente caso- ha debido ordenarse el pago de dicha indemnización

La Corte considera un argumento válido, lo señalado con anterioridad, por cuanto todo trabajador de confianza cuenta con estabilidad laboral relativa, y ante un despido *ad nutum* o arbitrario puede accionar por el pago de indemnización más no para su reposición y el hecho de que no se haya encontrado regulado por un determinado lapso de tiempo su situación, no implica que pueda existir desprotección al trabajador, lo que además se condice con lo señalado en el literal c del artículo 1° del Decreto Supremo N° 003 – 97 – TR, que expresa como objetivo de esta norma garantizar los ingresos de los trabajadores, así como la protección contra el despido arbitrario respetando las normas constitucionales.

Por ello, la Corte señala que la pretensión del actor no puede ser negada por la sentencia de vista, al afirmar que por no haberse reinsertado el texto anterior que regulaba la situación especial de los trabajadores de confianza y dirección no es posible amparar la demanda del actor y su protección como trabajador de confianza, por lo que a pesar de ello se debe dejar sentado el reconocimiento de la existencia de igual trato a todos los trabajadores que laboran bajo el régimen de la actividad privada al amparo del T.U.O del D. L. 728, sin discriminación por la labor efectuada, ya sea de dirección o de confianza.

Que, la causal de inaplicación invocada respecto al artículo cuarto del T. U. O. del D. L. 728; que regula en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado y que el contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad y el primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece y que también puede celebrarse por escrito contratos en régimen del tiempo parcial sin limitación alguna, esta causal, se ampara para tener en cuenta que en este caso concreto la Empresa Prestadora de Servicios Grau Sociedad Anónima; se encuentra bajo los alcances del T. U. O. del D. L.728.

Por lo que teniendo en cuenta lo expresado y respecto a la inaplicación del artículo 52 del Reglamento del T. U. O. del D. S. 001 – 96 – TR, que determina que la acción indemnizatoria se da en el caso del despido arbitrario, en el caso de autos ha quedado establecida la existencia de un caso de despido arbitrario por cuanto se ha efectuado sin causa justa; y aplicando al retiro de confianza premisa mayor contenida en la citada norma, el supuesto de hecho materia de pronunciamiento jurisdiccional - respecto al despido por retiro de confianza- no representa causa justificada de despido. En esta oportunidad la Corte Suprema, declara fundado el recurso de casación y como consecuencia declara fundada en parte la demanda, tutelando de manera coherente los derechos del trabajador de confianza que acciona.

b) CAS. LAB.18450-2015- LIMA del 23 de agosto de 2016¹¹¹

Este trabajo de investigación nace raíz de la Casación Laboral 18450-2015 mediante la cual, la Corte Suprema de la República, fijó la improcedencia de la acción de indemnización por despido arbitrario para los trabajadores de confianza. La Corte detalló en numerosos fallos, la existencia dos tipos de trabajadores de confianza: i) los que siempre ocuparon un puesto de confianza; y, ii) los que ocuparon tal puesto luego de ser promovidos.

Sobre el particular, a criterio de la Corte Suprema, solo el último tipo de trabajadores tienen derecho a una indemnización y no los que siempre ocuparon el mismo. Ya que asumir lo contrario, implicaría aceptar que “el contrato de trabajo para ejercer cargos de confianza contenga tácitamente una cláusula de indemnización por despido arbitrario”¹¹². La referida sentencia varía drásticamente los criterios expresados por el Tribunal Constitucional o incluso anteriores fallos emitidos por la Corte Suprema. En la medida que, al eliminar la indemnización por el despido de un trabajador de confianza por el retiro de la misma, se estaría validando aquella como

¹¹¹ Anexo 6

¹¹² SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA. Cas. Lab.18450-2015- Lima [Ubicado el 11 XI 2017] Obtenido en <http://legis.pe/cas-lab-18450-2015-Obtenido-lima-fijan-improcedencia-indemnizacion-despido-trabajador-confianza/>.

una causa justa de despido. Un tribunal vértice no puede actuar como legislador en positivo, cuando el objeto de su decisión, cree un perjuicio al ejercicio de los derechos fundamentales. En efecto, con la casación en comentario se introduce - tácitamente- el retiro de confianza en las causales contenidas en el artículo 24 de la LPCL en contra de tal posición, ya que “se está legitimando un supuesto de despido arbitrario, que contraviene estándares internacionales”¹¹³, en detrimento de los derechos fundamentales de la persona del trabajador.

La Segunda Sala Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema alega que no resulta cierto que la regla, tratándose de trabajadores de confianza, sea que su cese, cual fuere el motivo, incluyendo el mero retiro de la confianza, dé lugar siempre al pago de una indemnización por despido arbitrario. A su criterio –en este caso - tal creación jurisprudencial tendría como consecuencia que el acto de celebración del contrato de trabajo para ejercer cargos de confianza contenga tácitamente una cláusula de indemnización por despido arbitrario, toda vez que, siempre que se cese al trabajador, sea cual fuere la causa, incluyendo el retiro de confianza, tendrá que ser indemnizado por tratarse de un despido arbitrario, lo que resulta absurdo a tenor de la Corte Suprema.

A este respecto, es necesario reiterar lo prescrito por las normas internacionales en lo referente a la estabilidad laboral. En primer lugar, el Convenio Internacional del Trabajo N° 158 de la OIT y su recomendación N° 166, la cual sugiere que los países pueden optar por reconocer la estabilidad laboral de salida absoluta o relativa. Asimismo, el Protocolo de San Salvador ratificado por Perú, determina que, en caso de despido injustificado, el trabajador debe tener derecho a la reposición o indemnización. En la misma línea, la Corte IDH en el caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá¹¹⁴, expresó que los trabajadores despedidos tienen derecho a i)

¹¹³ ¿Es el retiro de confianza, una causa justa de despido? Comentario a la Casación N°18450-2015 Lima. [Ubicado el 18 X 2017]. Obtenido en ismodesabogados.com/descargas/retiro_de_confianza.pdf.

¹¹⁴ Cf. Corte IDH: Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Serie C No. 61. Párr. 203 [Ubicado el 18 X 2017]. Obtenido en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf.

reposición; o, ii) indemnización; reconociendo, la posibilidad de activar el efecto *resarcitorio* o *restitutorio*, previa constatación de despido arbitrario.

El criterio asumido por mayoría en la Sentencia bajo comentario crea un nuevo o especial despido, eliminando la protección frente al despido arbitrario reconocida por el artículo 27° de la Constitución peruana, para los trabajadores contratados directamente para ocupar puestos de confianza. Cabe indicar que la adecuada protección contra el despido arbitrario regulada por la Constitución ha sido desarrollada por la LPCL, norma que contempla como derecho del trabajador frente a un despido arbitrario (aquel que no se encuentra justificado en causa legal relacionada con su capacidad o conducta), el pago de una indemnización, la cual tiene naturaleza de reparación frente al daño sufrido.

Sin embargo, los argumentos que sustentan el voto en minoría son más claros y contundentes que pues cuentan con un claro argumento jurídico, no sólo legal sino constitucional que sustenta el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso de retiro de confianza. En efecto, conforme con la Constitución, la ley debe proteger a cualquier trabajador de un despido arbitrario, lo cual significa que el trabajador, cualquiera que sea su condición tiene protección contra esta forma de extinción de la relación laboral. Es más, la ley lo establece expresamente así, y, por el contrario, no se encuentra regulado en ésta el cese por retiro de confianza. En última instancia, se podría afirmar que no se puede cesar a ningún trabajador de confianza por retiro de la misma, pero eso sería llevar al extremo la situación.

Así, de acuerdo con la ley, los trabajadores que no califiquen como de confianza solo pueden ser cesados del puesto de trabajo por decisión de su empleador, cuando exista una causa justa relacionada con su capacidad o su conducta. En caso no se pruebe esta causa en juicio, se otorgará la indemnización por despido arbitrario. Tratándose de los trabajadores de confianza, además del cese sustentado en alguna de las causas justas de despido, pueden ser cesados del cargo por haber perdido la confianza del empleador, lo cual podría resultar absolutamente subjetivo y abstracto.

“Tampoco tiene sentido afirmar que no se le debe pagar indemnización porque <<todo aquel que contrata a un trabajador de confianza sabrá que al retirarle la confianza le tiene que indemnizar>> lo cual significa que <<el trabajador de confianza estaría en mejor posición que el trabajador común, a quien para indemnizarle se tiene que probar que el despido fue arbitrario>>. Estas afirmaciones parecen olvidar que el despido para ser conforme a las disposiciones constitucionales debe cumplir con las condiciones de causa y procedimiento y que la llamada causal subjetiva de retiro de confianza no está regulada legislativamente; razón por la cual debe generar una consecuencia jurídica que si bien no puede ser la reposición en el empleo por el tipo de relación especial en qué consiste, sí puede serlo la indemnización por despido arbitrario al representar tal situación una forma indirecta de despido incausado proscrito por nuestra norma constitucional”¹¹⁵

De lo antes expuesto, se puede colegir que, la Constitución reconoce el derecho de todos los trabajadores a la estabilidad laboral, y la protección contra el despido arbitrario. Y es arbitrario cuando no existe causa para el mismo. El retiro de confianza no es una causa de despido, por tanto, corresponde el pago de la indemnización establecida por ley.

Esta investigación inicia a mediados del año 2016, precisamente a propósito de la Casación Laboral N° N°18450-2015-Lima, que niega para esta categoría especial de trabajadores la posibilidad de acceder al pago de una indemnización por despido arbitrario y existiendo la posibilidad de que este errado criterio se estandarice, aparece un pronunciamiento contrario contenido en la Casación Laboral N° 3106-2016-Lima, pronunciamiento que surge para recordar que los trabajadores de confianza, por el hecho de ostentar tal condición, no pueden ser objeto de

¹¹⁵ ESPINOZA ESCOBAR, Javier H. “La Calificación del personal de dirección o de confianza: entre los hechos y las formas. A propósito de la Casación Laboral N° 11137-2014-Lima” en *YACHAQ Revista de Derecho* - 8ta Edición, Asociación Civil CIED, 2017, p. 135.

violaciones de derechos fundamentales. A continuación abordaremos los principales argumentos que sustentan esta postura.

c) CAS LAB N° 3106-2016-LIMA del 09 de setiembre del 2017¹¹⁶

En este caso, el demandante solicita se le pague la suma de ciento treinta y siete mil cuatrocientos ochenta y ocho con 50/100 nuevos soles (S/.137,488.50), por concepto de beneficios sociales e indemnización por despido arbitrario; más intereses legales, con costas y costos del proceso.

En primera instancia se declaró fundada en parte la demanda al considerarse que el cargo designado para el demandante es uno de confianza ejercido por Funcionario Público de libre designación y remoción por el Presidente Ejecutivo de EsSalud y que la permanencia está sujeta a la preservación de la confianza por parte de quien lo ha designado y al retirarse la misma no puede ser asimilado a una indemnización por despido arbitrario, más aún si el actor antes de su designación como Gerente de Patrimonio, no fue parte de la entidad demandada.

La Sexta Sala Laboral revocó la Sentencia apelada en el extremo que declaró infundada la demanda, y reformándola declaró fundado dicho extremo, argumentando que si bien el actor desde que ingresó tuvo cargos de confianza, ello no lo excluye de la protección contra el despido arbitrario; asimismo, agrega, que los reiterados pronunciamientos del Tribunal Constitucional están referidos únicamente a la imposibilidad de reposición para los trabajadores de confianza y no así en el pago de una indemnización por despido arbitrario, por lo cual corresponde otorgarle el importe 52,487.00 soles por referido concepto ; confirmando lo demás que contiene.

Los artículos del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, por los cuales se declararon procedente, establecen lo siguiente: “Artículo 34°.- (...) Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización

¹¹⁶ Anexo 7

establecida en el artículo 38°, (...). Artículo 38.- La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba. (...) Artículo 43.- (...) Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

En el caso de autos, según explica la Sala, la designación de cargo de confianza desde el inicio de la relación laboral no se encuentra en discusión, sino por el contrario se nos insta a determinar si el retiro de la confianza depositada al demandante designado como trabajador de confianza por funcionario público, que labora para una entidad estatal, es causal de extinción del vínculo laboral; puesto que de no ser el caso, le correspondería a la entidad recurrente acreditar la causal de despido. Por otro lado, el artículo 22° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, señala que para el despido de un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada, es indispensable la causa justa para el despido. Este dispositivo legal no señala en absoluto que se excluya a los trabajadores de confianza, es decir no hace distinción con los trabajadores del régimen común.

De manera ilustrativa el colegiado hace mención a lo señalado por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia expedida en el Expediente N° 3572-2005-PA/TC, al considerar que al desempeñarse el demandante en un cargo directivo, no le es posible su reposición, pudiendo únicamente solicitar la indemnización por despido arbitrario en caso de despido arbitrario, otorgando tutela indemnizatoria a los trabajadores de confianza.

De lo señalado precedentemente cabe resaltar que al haberse contratado al actor según se aprecia de la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 658-PE-ESSALUD-2006 de fecha dieciséis de octubre de dos mil seis en el cargo de Gerente de Patrimonio y Servicios de la Gerencia de División de Administración y Organización, cargo de confianza; se debe resarcir al actor con la indemnización por despido arbitrario, al no configurarse causal de despido, sino por la sola voluntad del empleador. Por los fundamentos expuestos, la referida Sala concluye que no existe infracción normativa de los artículos 34°, 38° y 43° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR; al haberse determinado que el despido que sufrió el actor fue arbitrario, el mismo que debe ser indemnizado y resarcido.

Cabe resaltar que la interpretación normativa y las resoluciones judiciales y constitucionales, deben efectuarse siempre acorde a la Constitución, en pro de los derechos laborales sin distinción alguna, sin actuar desigualmente en perjuicio de los trabajadores que ostentan un cargo de dirección o de confianza, pues la normativa laboral en cuanto parte de un ordenamiento jurídico general, debe actuar en concordancia con todo el sistema legal, ello implica el respeto y aplicación de la Carta Magna, sino también en cuanto a tratados internacionales con fuerza vinculante para nuestro país, según la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución nacional.

3.3. Reducción de remuneraciones de trabajador de confianza

Una de las posturas tratadas previamente – referida a trabajadores de confianza por promoción- sostiene que, si bien una vez producido el retiro de confianza no puede exigirse al empleador la reposición del trabajador en ese cargo, si es exigible que se garantice su reincorporación en el último puesto ordinario que desempeñó previamente a su promoción. En este escenario cabe preguntarse ¿Cuál será el monto que recibirá este trabajador por concepto de remuneración?

La interrogante que precede pareciera tener una obvia respuesta, sin embargo esta discusión no es del todo pacífica en la jurisprudencia. Recientemente se ha abierto

un debate respecto de la remuneración que le corresponde al trabajador `por ello le dedicaremos un merecido espacio en esta investigación analizando dos pronunciamientos innovadores al respecto.

a) Casación 3636-2010- Cusco. de fecha 17 de agosto del 2011. Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República¹¹⁷

En este caso, Federico Augusto García Miranda demanda el cese de los actos de hostilidad perpetrados en su contra y ejercidos por su empleadora empresa Electro Sur Este Sociedad Anónima Abierta, quien de manera inmotivada y a partir del 13 de mayo del 2009, le reduce la categoría y la remuneración percibida hasta dicha fecha, así como pretende se le reponga en el Nivel Remunerativo F-3A, con el que percibía un sueldo de S/. 7,030.00 soles y las remuneraciones devengadas.

Expresa el actor, que ingresó a laborar para la demandada el 1 de mayo de 1992, siendo promovido en el mes de febrero de 1994 al cargo de Jefe de Abastecimientos, para posteriormente ejercer los cargos de Jefe de Logística, Jefe de Ventas, Jefe de Servicio Eléctrico de Vilcanota, Jefe de Finanzas y finalmente Jefe de Marketing de la demandada, agregando que mediante Memorándum N° A-283-2009, fechado el 13 de mayo del 2009, se le comunicó el Acuerdo de Directorio por el cual se da por concluida su designación como personal de confianza, asignándole a partir del catorce de mayo del citado año, y con carácter temporal, la función de Especialista Proyectos Foner, con un nivel remunerativo de P-1, esto es, un nivel remunerativo menor al que venía ostentando, hecho que considera un acto de hostilidad.

Mediante este recurso el accionante, denuncia los siguientes agravios: a) Que la sentencia de vista, en sus considerandos 2.13 y 2.14, sin respaldarse en la segunda parte del artículo citado, llega a la conclusión que la disminución de la remuneración del actor es una simple consecuencia del cambio de puesto y como consecuencia del retiro de confianza, por tanto, el concepto impago responde a la nueva condición

¹¹⁷ Anexo 8

laboral del demandante y no a un acto de hostilidad; añade que el razonamiento de la Sala se orienta a justificar el comportamiento patronal, al asumir que la remuneración dejada de percibir es de naturaleza condicional y por tanto susceptible de retracción, frente a una decisión inmotivada, injustificada, unilateral y por tanto arbitraria. b) La inaplicación del artículo 59º del Decreto Supremo Nº 001- 96-TR, argumentando que ha ejercido diversos cargos jefaturales, sin que estos hayan sido considerados de confianza, y que en el caso del cargo de Jefe de Marketing, este no se encontraba refrendado por la correspondiente anotación en las planillas y boletas de remuneraciones, infringiéndose lo dispuesto en el artículo 59º del Decreto Supremo Nº 001-96-TR; agregando que en el presente proceso también se discute la reducción inmotivada de categoría, situación que ha sido acreditada de manera suficiente en el proceso. c) La inaplicación del artículo 6º del Decreto Supremo Nº 003-97-TR, indicando que si bien las disposiciones laborales dejan a salvo la posibilidad de remuneraciones condicionadas, no resulta válido asumir que el ejercicio de una función jefatural, no representativa y asignada sin comunicación, y sin las formalidades de un cargo de confianza, constituye una contraprestación sujeta a condición, a pesar de haber sido otorgada por promoción; agrega que no es posible soslayar la definición que efectúa la norma inaplicada, de lo que debe considerarse como retribución en el ámbito de la relación de trabajo, para lo cual solo es exigible que esta sea de libre disposición del trabajador.

El colegiado precisa en el considerando décimo tercero qué; independientemente de la calificación o no de “cargo de dirección” o “cargo de confianza”, el puesto de Jefe de Marketing sí califica como tal, como se ha determinado en las instancias de mérito, en donde además se indicó que el mismo figura como un cargo de “confianza” en el Manual de Organización y Funciones de la demandada, obrante a folios ciento diez. En tal virtud, y al ostentar dicha condición, es claro que la designación –y su eventual reposición en el mismo–, cuya atribución es facultad exclusiva de la empleadora, no puede ser impuesta por mandato judicial, pues por la especial configuración y naturaleza de aquella relación jurídico contractual con el empleador, sustentada primordial y principalmente en la “fiducia”, que además de sustentarlo justifica su existencia y calificación, implica que esta categoría de

trabajadores –como el caso del demandante– no incorporen a su patrimonio de derechos subjetivos el de la permanencia en la categoría o clasificación profesional de la labor de dirección o confianza.

En respuesta a la pretensión del accionante no corresponde aplicar la protección de rebaja inmotivada de categoría como causal de hostilidad laboral (artículo 30º inciso b) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral), ello por la especial configuración del cargo de confianza desarrollado como Jefe de Marketing. Sin embargo, no ocurre lo mismo respecto de la pretensión de cese de actos de hostilidad respecto a la rebaja inmotivada de las remuneraciones; en principio porque en nuestro sistema jurídico nacional no existe norma que autorice al empleador a reducir unilateralmente la remuneración del trabajador alcanzada durante el tiempo que ocupó el cargo de confianza, razón por la que en aplicación del principio de legalidad, se debe poner especial cuidado en el análisis de estos hechos al implicar –eventualmente– la afectación de un derecho con base constitucional, cual es el derecho a la remuneración.

En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo 23º de la Constitución Política del Estado: “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”, y el artículo 24º, que regula “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual”, así como conforme a lo dispuesto en el artículo 26º, numeral 2) de la Constitución que garantiza en la relación de trabajo el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, cualquier acto de reducción de la remuneración debe observar, principalmente, las normas constitucionales que sobre este aspecto existen, y partiendo de las mismas, debe evaluarse su procedencia o ilegalidad; normas que necesariamente deben concordarse con lo dispuesto en el artículo 7º del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, así como en lo regulado por el artículo 23 inciso 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, normas que se integran al

derecho nacional, merced a lo dispuesto en el artículo 3º y a la Cuarta Disposición Final de la Constitución Política del Estado

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

Por lo expuesto se encuentra sustentado un trato preferencial y proteccionista a la remuneración respecto de la intervención de terceros, incluso de la propia empleadora, pues merced a lo previsto en los artículos 648º inciso 5 del Código Procesal Civil, artículos 40º, 42º y 47º del Decreto Supremo N° 001-97-TR, artículos 1º, 2º y 3º del Decreto Legislativo N° 856, artículo 42º de la Ley del Sistema Concursal, artículo 6º del Texto Único Ordenado del Código Tributario, Decreto Supremo N° 135-99-EF y la Ley N° 9463, se protege la remuneración contra cualquier ejercicio abusivo del *ius variandi* (como por ejemplo las retenciones indebidas), contra el ejercicio del derecho de crédito de los acreedores del empleador (persecutoriedad y preferencia en el pago) y el propio trabajador (intangibilidad de la compensación por tiempo de servicios), entre otras.

Entrando al caso en concreto, la Sala concluye que el actor ingresó a laborar el 1 de mayo de 1992, siendo promovido en el mes de febrero de 1994 al cargo de Jefe de Abastecimiento, luego a Jefe de Logística, Jefe de Ventas, Jefe de Servicio Eléctrico de Vilcanota, Jefe de Finanzas y desde el 13 de mayo del 2009, en que se desarrolló como Jefe de Marketing, ejerció cargos con responsabilidad al interior de la empresa, esto es, por más de 15 años de labor ininterrumpida. Esta carrera ascendente y vertical a lo largo de tan dilatado récord laboral indican no solo la existencia de confianza depositada en el trabajador, sino también la existencia de

un despliegue de habilidades y destrezas profesionales que constituyen indicativos para que la demandada haya extendido aquellos cargos por tal lapso de tiempo al demandante; y que justifican –precisamente– que este haya incorporado a su patrimonio de derechos subjetivos un status remunerativo laboral y su correlato de status social, que no puede ser quebrantado inmotivadamente por el empleador sin utilizar el mecanismo legal previsto por la Ley N° 9463¹¹⁸, pues aceptar este cambio sin que medie una aceptación expresa del trabajador, implica respaldar una decisión inconstitucional y arbitraria que lesiona no solo el entorno laboral del trabajador, sino también el social y familiar, al dispensarle un trato remunerativo ostensiblemente menor del que venía percibiendo.

En tal sentido, no constituye razón válida para dispensar un trato remunerativo diferenciado al demandante, el haberlo retirarlo del cargo de confianza que venía desarrollando, pues la tesis de la asunción de distinto cargo –e indirectamente

¹¹⁸ De acuerdo con el enunciado del literal b) del artículo 30 del Texto Único Ordenado (TUO) del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la reducción inmotivada de la remuneración del trabajador se considera un acto de hostilidad del empleador equiparable al despido. Interpretando en sentido contrario, habría que considerar que la rebaja de la remuneración, si es motivada, sería aceptable. El asunto no deja de tener complicaciones. Una añosa norma, la Ley N° 9463 del año 1941 –probablemente la disposición laboral de rango legal más antigua aún vigente– establece los efectos de la disminución de las remuneraciones, si esta es aceptada por el trabajador. Si bien se trata del mismo supuesto, la rebaja en las remuneraciones, estamos ante distintas situaciones. La hostilidad presupone una acción del empleador, es una decisión unilateral de este. La disminución de los haberes del trabajador, por acto propio del empleador, sin una motivación objetiva o legal, es reprochable y se puede accionar contra ella aduciendo un acto hostil. La mención a la necesaria motivación, hay que entenderla como referida a la existencia de una razón o causa que explique la rebaja. La Ley N° 9463 supone una propuesta del empleador orientada a la disminución de las remuneraciones, y la posterior aceptación de lado del trabajador. Es un convenio. En principio, salvo que exista un vicio en la voluntad del trabajador, el convenio de disminución de remuneraciones se debiera considerar válido.

Sin embargo, la jurisprudencia ha establecido que el convenio de renuncia debe ser justificado, esto es, contar con una explicación razonable de la causa que lo origine. Se trata de un criterio inobjetable, se evita así cualquier acto de renuncia encubierto en el acuerdo. Es inapropiado sostener que un convenio con el objeto de hacer posible la disminución de las remuneraciones, sin el debido sustento, puede ser objetado por la vía del acto de hostilidad. Debe serlo bajo el fundamento de la existencia de una renuncia o disposición de derechos fundamentales, proscrita por el ordenamiento laboral.

Cf. SERKOVIC G., Germán. La rebaja de la remuneración en *Enfoque Laboral*, 13 de julio del 2016. Obtenido en <http://www.elperuano.com.pe/noticia-la-rebaja-de-laremuneracion-43710.aspx>

distintas funciones—, desconoce abiertamente no solo el derecho del trabajador de que su remuneración no sea disminuida inmotivadamente, cuya base es constitucional y supranacional; sino que también, desconoce el carácter social del salario, según el cual este sirve para designar a todos los componentes de la remuneración que no tienen origen contraprestativo y que implican que el trabajador se obliga a realizar su prestación para obtener los medios necesarios para satisfacer sus necesidades, dado que, “el salario tiene una doble función: retribuir el servicio prestado y sustentar al trabajador, función recogida por el principio de suficiencia. Es este el contexto en que debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 6º de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que regula lo que debe entenderse por remuneración.

b) Expediente N° 00729-2017-0-1501-JR-LA-03 Corte Superior De Justicia De Junín. Sala Laboral Permanente de Huancayo. Sentencia de vista de fecha 5 de setiembre del 2017¹¹⁹

La sentencia apelada se pronuncia por la reposición del actor, empero, con la remuneración que le correspondería al cargo de Analista de Gestión del Área de Operaciones de la Oficina Zonal de Huancayo, y no así con la que percibía al momento del despido, esto es, del nivel remunerativo del cargo jefatural que ostentaba.

La parte demandante, sostiene que la jueza de origen no ha explicado por qué se ha apartado del criterio de la Corte Suprema en la Casación N° 03636-2010-CUSCO, que permite a los trabajadores de dilatado record laboral como personal de confianza, retornar a su puesto original ordinario y recibir la misma remuneración, que percibían cuando ocupaban el cargo de confianza.

En el fundamento treinta y seis expone : (...) podemos verificar que el presente caso se ajusta al analizado por la Corte Suprema, en la que se trataba de un trabajador que ocupó cargos de dirección y confianza por más de 15 años. Pues el actor, desde

¹¹⁹ Anexo 9

su ingreso a la entidad demandada el año 1987, ha tenido una carrera ascendente hasta alcanzar funciones jefaturales, siendo el primero de ellos de Jefe Sección Zonal Conmutación de Chimbote, el 1 de Abril del año 1992, p. 75, hasta el último cargo que ocupó de Jefe de Operaciones de Redes de la Oficina Zonal de Huancayo, hasta el 3 de febrero de 2017, esto es, fue personal de confianza por más de 24 años.

Durante tan dilatado record laboral en dicha situación especial laboral, naturalmente, ha conseguido un estatus remunerativo y su correlato de estatus social que no puede verse quebrantado abruptamente por decisión unilateral del empleador, más aún tomando en consideración que también afectaría la esfera familiar del actor al haberse demostrado, mediante medios probatorios obrantes en el expediente que tiene siete hijos y una cónyuge dedicada a las labores del hogar.

Por lo expuesto, la Sala se adhiere al criterio de la Corte Suprema establecido en la Casación N° 03636-2010-CUSCO y, por lo tanto, debe revocar la apelada sobre este extremo, ordenando a la entidad demandada reponer al actor en el cargo de Analista de Gestión del Área de Operaciones de la Oficina Zonal de Huancayo u otro similar de igual nivel y categoría, pero con la remuneración mensual que percibía en su último cargo de confianza.

Como hemos visto en las sentencias presentadas líneas arriba, el Derecho Laboral se encuentra iniciando una etapa nueva en la protección del trabajador. “Existe un nuevo punto de unión entre el derecho del trabajo y el derecho constitucional: la constitucionalización de la legislación laboral. Las normas de tutela de derechos fundamentales de los trabajadores (...), están lejos de ser tan solo una reforma procesal más: son la huella más patente en el derecho del intento por dar eficacia a las normas constitucionales en el ámbito del trabajo. Al mismo tiempo, representan una notable expansión política del derecho del trabajo, que deja de preocuparse sólo de las condiciones salariales del trabajador como contratante débil, para

ocuparse del ejercicio de los derechos constitucionales al interior de la empresa en su condición de ciudadano.”¹²⁰

3.4. Primer Pleno Jurisdiccional Distrital en materia Laboral de Lima (NLPT) 2017¹²¹

En este punto y habiendo advertido el panorama hasta aquí incierto respecto a si corresponde o no la indemnización por despido arbitrario a los trabajadores de confianza, con pronunciamientos a favor y en contra por parte de los órganos jurisdiccionales, en enero del año 2018 se hicieron públicos los acuerdos adoptados por los magistrados en el Primer Pleno Jurisdiccional Distrital en materia Laboral de Lima (NLPT) 2017. Los cuatro temas debatidos fueron los siguientes: i) pago de indemnización por despido para trabajadores de confianza, ii) la jubilación como causal de la extensión de la relación laboral y su implicancia al cumplimiento de los 70 años y con posterioridad a la misma, iii) aplicación extensiva del convenio celebrado por representación sindical minoritaria, y iv) uniformización de criterios en la aplicación de la NLTP. El primero de los temas debatidos es el que nos ocupará en adelante. Pero antes de ello es necesario recordar algunas cuestiones previas sobre los alcances de los plenos jurisdiccionales en nuestro país.

Como sabemos, el Poder Judicial se encuentra llamado a promover la predictibilidad de los fallos, lo cual se traduce en seguridad jurídica, por ello los plenos jurisdiccionales en sus diferentes niveles, constituyen espacios de reflexión e intercambio de experiencia de trabajo hacia una administración de justicia de calidad, oportuna, eficiente y predecible; en favor de los justiciables.

Los Plenos Jurisdiccionales son “reuniones de magistrados de determinada especialidad (civil, penal, laboral o familia) que tienen por objeto uniformizar criterios de juzgamiento en casos idénticos o análogos que vienen siendo resueltos de

¹²⁰ UGARTE CATALDO, José Luis. “La constitucionalización del derecho del trabajo: la tutela de derechos fundamentales” en *Revista Latinoamericana de Derecho Social* Núm. 7, julio-diciembre de 2008, pp. 249-273. [Ubicado el 06 XI 2016] Obtenido en revistas.unam.mx/index.php/rlds/article/download/21070/19965

¹²¹ Anexo 10

manera discordante en los diferentes tribunales del país”¹²². Pueden tener una convocatoria a nivel de cada distrito judicial, región o ser de carácter nacional.

La Comisión de Actos Preparatorios, luego del debate de cada uno de los temas sometidos al Pleno, adoptó cuatro acuerdos referidos al pago de la indemnización por despido arbitrario a los trabajadores de confianza, la jubilación como causal de extinción de la relación laboral y su implicancia al cumplimiento de los 70 años y con posterioridad a la misma, la aplicación extensiva del convenio celebrado por representación sindical minoritaria y la uniformización de criterios en la aplicación de la NLPT.

Respecto al primer tema sometido a debate – tema central de la presente investigación – se planeó la interrogante: *¿Corresponde el pago de indemnización por despido arbitrario a favor de los trabajadores de confianza?*

Partiendo de este cuestionamiento, el citado pleno desarrolla las siguientes tres posturas: 1) Sí procede el abono de la indemnización por despido arbitrario a favor de los trabajadores de confianza, en virtud de que el artículo 38 del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, no efectúa ninguna diferencia respecto a la protección resarcitoria ante el despido arbitrario. 2) No procede el abono de indemnización por despido arbitrario, en virtud de que su vínculo laboral, de conformidad con el artículo 43 del Decreto Legislativo 728 se sustenta exclusivamente en la confianza depositada por el empleador. 3) No corresponde el abono de la indemnización por despido arbitrario únicamente en el caso de los trabajadores de exclusiva confianza, en cuanto, conforme al segundo párrafo del artículo 44 del Decreto Legislativo 728, en la designación o promoción del trabajador, la ley no ampara el abuso del derecho o la simulación.

La primera ponencia, expresa entre sus argumentos un sustento constitucional, precisando que la Constitución establece en el artículo 27 que la ley otorga

¹²² *Carácter vinculante de la jurisprudencia* [ubicado el 14 IV 2018]. Obtenido en http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/administ_justicia/funcion_jurisdic/segunda_semana_subtema2.pdf

adecuada protección contra el despido arbitrario, sin establecer distinciones de ninguna índole respecto a la clase de vínculo de los trabajadores.

Asimismo, el artículo 38 del Decreto Legislativo 728, establece que la indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios, con un máximo de doce remuneraciones, sin precisar exclusión de ninguna índole en desmedro de los trabajadores de confianza

Señala además que es reiterada la Jurisprudencia emanada por el Tribunal Constitucional orientada a la posibilidad de indemnizar a los trabajadores de confianza. Como lo recogido en el fundamento 5 de la STC N° 00078-2006/TC que señala: “Al respecto en las sentencias recaídas en los Expediente. N° 0746-2003-AA/TC, 4492-2004 AA/TC y 1651-2005-AA, hemos precisado que quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición, sino la indemnización”.

Dicho criterio también es sustentado en la Casación Laboral N° 3002-2012-Junin, de fecha 11 de marzo del 2013, en cuyo considerando sétimo, respecto de la interrogante planteada, se indica:

“se advierte que el artículo 10 de la referida Ley reconoce en su último párrafo que la ampliación del periodo de prueba no podrá exceder de seis meses en caso de trabajadores de confianza mientras en su primer párrafo consagra que superado el periodo de prueba el trabajador- sin distinción alguna- alcanza el derecho a la protección contra el despido arbitrario, con lo cual implícitamente viene a definir que el trabajador de confianza obtiene el derecho a la protección frente al despido arbitrario una vez superado el periodo de prueba lo que es ratificado con lo dispuesto en el artículo 34 y 38 que no distinguen el derecho al pago de la indemnización por despido arbitrario en relación a la calidad del trabajador de confianza lo que a su vez guarda consonancia con el hecho que el artículo 16 de la acotada Ley que contempla los supuestos de la extinción de la relación de trabajo, prevea alguno vinculado a la posibilidad de su resolución unilateral vía la pérdida o retiro de confianza o se encuentra regulado en la ley como causa del cese justificado ,por constituir una situación especial y dado que lo

originó la contratación de los trabajadores de dirección y de confianza es entender que al desaparecer este elemento la relación de trabajo es irreparable y no debe subsistir; sin embargo, ello no supone que el empleador se liberará de la indemnización tarifaria a que hace referencia en el artículo 38 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral”

Este criterio también se ha adoptado en las casaciones N° 13810-2014-Lima (23 marzo 2015) , N° 15156-2014-Lima (03 agosto 2015), N° 3106-2016-Lima (09 de setiembre del 2016) donde el Supremo Colegiado señala que los artículos 34 y 38 del D.L.728, no hace ninguna diferencia de trato entre trabajadores de confianza o dirección y aquellos que no tienen dicha condición; en consecuencia, si a estos trabajadores se les invoca la “pérdida de confianza”, como causal de despido, sin estar sustentada en un hecho objetivo relacionado a su capacidad o conducta conforme a los articulo 23 y 24 del texto normativo señalado, les corresponde el otorgamiento de la tutela indemnizatoria.

La segunda ponencia sostiene que no procede el abono de indemnización por despido arbitrario, en virtud de que su vínculo laboral, de conformidad con el art 43 del D.L.728, se sustenta exclusivamente en la confianza depositada por el empleador.

Se precisa que el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 1042-2007-PA/TC de fecha nueve de junio del dos mil nueve se ha establecido “(...) La designación en un cargo de confianza es una acción administrativa por el cual una persona asume cargos de responsabilidad directa o de confianza con carácter temporal que no conlleva estabilidad laboral. En el presente caso, el recurrente tenía pleno conocimiento que el cargo al que fue designado mediante resolución N° 018-06-GRA/PRES, de fecha 18 de enero 2006, era de confianza; en consecuencia, no ha existido despido arbitrario sino conclusión de la referida designación (...)”

Este criterio lo mantiene el Tribunal Constitucional, tal como se aprecia de las sentencias recaídas en el Expediente N° 641-2010-PA/TC de fecha dieciocho de agosto de dos mil diez, 1012-2010-PA/TC de fecha doce de abril de dos mil once,

3285-2013-PA/TC de fecha veintitrés de julio de dos mil catorce, entre otros. Como se puede apreciar para el Supremo Interprete de la Constitución, la terminación de vínculo laboral que tiene como motivo o causa el retiro de confianza del empleador, no supone un despido arbitrario.

Como argumento precisa que dichas particularidades subjetivas propias de los trabajadores de confianza determinan que no corresponda otorgar indemnización por despido arbitrario a los trabajadores que ocupen puestos de confianza dado que el retiro de confianza es una situación especial que extingue el contrato de trabajo de naturaleza subjetiva.

Y finalmente la tercera ponencia sostuvo la siguiente premisa: no corresponde el abono de la indemnización por despido arbitrario únicamente en el caso de los trabajadores de exclusiva confianza, en cuanto, conforme el segundo párrafo del artículo 44 del Decreto Legislativo N° 728, en la designación o promoción del trabajador, la Ley no ampara el abuso del derecho o la simulación.

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

Se ha alegado que dicho criterio ha sido acogido y sustentado en la Casación Laboral N° 18450-2015-Lima, de fecha 23 de agosto del 2016, que señala que las consecuencias del cese laboral, dependerá del tipo de trabajador cuya relación laboral es de exclusiva confianza, el solo retiro de la confianza invocada por el empleador constituye una situación especial. Dicho criterio se ha reiterado en las STC N° 00575-2011-PA/TC; STC N° 4916-2011-PA/TC; STC N° 02813-2011-

PA/TC; STC N° 3285-2013-PA/TC, entre otras que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, sin que exista la obligación de indemnizar por el despido.

En dicho pronunciamiento la Suprema Corte, considera, por el contrario, que si se trata de un trabajador cuya “relación laboral sea mixta”, es decir que habiendo accedido a un puesto de trabajo para realizar funciones comunes u ordinarias, haya sido promovido por el empleador a la condición de trabajador de confianza, en cuyo caso se le despide por el retiro de la confianza cabría no solo la reposición al puesto de trabajador ordinario, o la indemnización por el despido arbitrario, pues el retiro de la confianza debiera tener como lógica consecuencia que regrese a su cargo “común” de origen y no a que pierda el trabajo.

Posterior al debate correspondiente, se procedió a efectuar la votación de los magistrados participantes a favor de alguna de las tres posturas presentadas, obteniéndose el resultado siguiente: La primera ponencia obtuvo 4 votos; la segunda, un voto; y finalmente la tercera ponencia, obtuvo 17 votos, siendo la postura mayoritaria y consecuentemente la asumida por los Magistrados.

Como se indicó con anterioridad, los plenos jurisdiccionales “son foros que propician la discusión y debate de los principales problemas relacionados al ejercicio de la función jurisdiccional. Promueven la reflexión de los magistrados acerca de los temas que son materia de debate, en los cuales los participantes para su deliberación y fundamentación de criterios, han escuchado la exposición de los expertos en el tema”¹²³ Esta actividad conduce al perfeccionamiento del ejercicio de la función jurisdiccional, al fortalecimiento del sistema jurídico y de la organización judicial.

El sustento normativo de los plenos jurisdiccionales se encuentra en el Artículo 166 de la Ley Orgánica del Poder Judicial el cual indica lo siguiente: Los integrantes de

¹²³ PODER JUDICIAL DEL PERÚ. *Plenos Jurisdiccionales* [ubicado el 14 IV 2018]. Obtenido en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_plenos_jurisdiccionales/

las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial.

Con la finalidad de uniformizar criterios, que es una de las finalidades principales del recurso de casación, la Nueva Ley Procesal del Trabajo ha previsto que la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia pueda convocar al pleno de los jueces supremos que conformen otras salas en materia constitucional y social, si las hubiere, a fin de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. De esta manera, la decisión que se tomen en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial que vincula a los órganos jurisdiccionales de la República hasta que sea modificada por otro precedente. Esperemos que estos plenos sean frecuentes para que exista seguridad jurídica y se eviten cambios en los criterios jurisprudenciales. Asimismo, un acierto de la Nueva Ley Procesal del Trabajo es la obligatoriedad de publicar las sentencias casatorias y las resoluciones que declaren improcedente este recurso aún cuando no sean vinculantes, esto con la finalidad de que sean conocidas las interpretaciones jurídicas que realice la máxima autoridad judicial y sean tomadas en cuenta para otros casos similares. En definitiva estas sentencias deberán seguir los precedentes en material laboral que viene emitiendo el Tribunal Constitucional¹²⁴

Los plenos jurisdiccionales regulados por el art. 116 de la L.O.P.J. “no recogen decisiones jurisprudenciales propiamente dichas, pues los jueces no actúan en ejercicio de su labor jurisdiccional, ya que no están resolviendo un caso concreto. Sin embargo, sus decisiones pueden ser tomadas como referente para resolver”.¹²⁵

¹²⁴ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *La casación laboral* en “Doctrina y análisis sobre la nueva ley procesal del trabajo”, Academia de la Magistratura y Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 1ª Edición, Noviembre del 2010, Lima, p. 210 [Ubicado el 14 IV 2018]. Obtenido en http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/derecho_trabajo/doctrina_analisis_ley_trabajo.pdf

¹²⁵ VEGA FERNÁNDEZ, Juan Domingo. *¿Puede un “Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral” modificar el criterio asumido de manera reiterada por la Corte Suprema?*. [Ubicado el 14 IV

Al respecto, cabe precisar que si bien esta reunión de magistrados ha concluido expresando su respaldo a la siguiente premisa: No corresponde el abono de la indemnización por despido arbitrario únicamente en el caso de los trabajadores de exclusiva confianza, en cuanto, conforme el segundo párrafo del artículo 44 del Decreto Legislativo N° 728, en la designación o promoción del trabajador, la Ley no ampara el abuso del derecho o la simulación, esta postura no puede ser adoptada como la que debe aplicarse en la totalidad de los casos.

Nuestra postura – en pro del pago de la indemnización por despido arbitrario a favor de los trabajadores de confianza- tiene un sólido sustento constitucional, prueba de ello es que ha sido debatida y respaldada por Magistrados creyentes en los fines del Derecho del Trabajo. En este acuerdo, si bien se cree haber adoptado una postura ecléctica, lo que efectivamente refleja esta decisión es la desidia del Poder Judicial, que hace primar aspectos netamente legales, sobre fines y principios de orden constitucional como la protección del trabajador sin efectuar distinción de ninguna índole.

Esta postura no tiene por qué uniformizarse, estos criterios deben ser abandonados definitivamente por los Jueces, con la finalidad de adoptar una actitud de protección de los trabajadores, porque así lo regula la Constitución y demás instrumentos internacionales con rango constitucional. El trabajador de confianza, por el hecho de desempeñar labores distintas al común de empleados, no deja de ser un trabajador, y por ende resulta a todas luces discriminatorio pretender negarle lo que le corresponde por haber sido cesado en su cargo por una situación subjetiva como lo es el retiro de confianza, la cual –en nuestro ordenamiento- no constituye una causal legal para terminar el vínculo laboral de ningún empleado.

2018]. en <http://laley.pe/not/4216/>-puede-un-ldquo-pleno-jurisdiccional-nacional-laboral-rdquo-modificar-el-criterio-asumido-de-manera-reiterada-por-la-corte-suprema-

CONCLUSIONES

1. La Constitución reconoce el derecho de todos los trabajadores a la estabilidad laboral, y la protección contra el despido arbitrario. Un despido es arbitrario cuando no existe causa para el mismo; el retiro de confianza no constituye una causa de despido establecida por la legislación vigente, por tanto, corresponde el pago de la indemnización.
2. La calificación como trabajador de confianza, es una formalidad que debe observar el empleador, sin embargo el hecho de omitirla, no enerva la condición del empleado de confianza. Bajo este orden de ideas, la ley habilita al trabajador que ha sido objeto de una indebida calificación, a impugnar la misma en la vía judicial. En este estadio, se requerirán de diversos medios de prueba que acrediten que efectivamente las labores efectuadas por el empleado, se condicen con las propias de un trabajador de confianza según el organigrama de la empresa o cuadro de asignación de personal, lo cual podrá ser constatado por entidades adscritas al Ministerio de Trabajo entre otras.
3. Si bien ha quedado por sentado que, la reposición en el empleo, no constituye el mecanismo idóneo frente al despido de los trabajadores de confianza en tanto se impone al empleador una carga desproporcionada y carente de sentido, en la actualidad aún se deja ver que la jurisprudencia nacional carece de predictibilidad en los fallos referidos al otorgamiento de indemnización por concepto de despido arbitrario, ello en virtud de la falta de regulación al respecto. La postura adoptada en esta investigación- a favor del pago de indemnización- se condice con diversos instrumentos internacionales y sobre todo con una visión constitucional del ordenamiento jurídico laboral que proscribe el trato discriminatorio y se avoca al respeto y protección de la parte más débil en una relación laboral : el trabajador.

BIBLIOGRAFÍA

LIBROS

1. ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María E., *Derecho del trabajo*, 19ª ed., Madrid, Civitas, 2001.
2. ALVA CANALES, Armando, “Despido Laboral: Nuevos criterios jurisprudenciales”, *Gaceta Jurídica*, 10ª ed, 2016.
3. ARCE ORTIZ, Elmer G. *Derecho individual del trabajo en el Perú: Desafíos y deficiencias*, Lima, Palestra Editores, 2013.
4. AREVALO VELA, Javier y YNAMI GARCIA, Suhel. *Dialogo con la jurisprudencia N° 112*, Gaceta Jurídica, Lima, 2012.
5. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *El despido en el Derecho Laboral peruano*, 10ª ed., Lima, Jurista editores, 2013.
6. BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *La cláusula de Estado Social en la Constitución. Análisis de los derechos fundamentales laborales*, Lima, Fondo Editorial, 2011.
7. CASTILLO GÚZMAN, Jorge y otros, *Compendio de derecho laboral peruano*, 5ª ed., Lima, Thomson Reuters, 2013.
8. CONCHA VALENCIA, Carlos R., *Análisis de la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza según el tribunal constitucional*, 7ª ed., Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 2014.
9. DE LA FUENTE, Horacio. *Principios jurídicos del derecho a la estabilidad*. Buenos Aires: Víctor López de Zavala, 1976.
10. DE LAMA LAURA, Manuel G., *Reposición del trabajador por las vías ordinaria y amparo*, Gaceta Jurídica, Lima, 2014.
11. DE VAL TENA Ángel Luis, ALCAZAR ORTIZ, Saa y ORTIZ DE SOLORZANO AURSA, Camino: “Relación especial del personal de alta dirección” en *Relaciones laborales especiales y contratos con particularidades*, Navarra, Aranzadi, 2011.
12. DÍAZ AROCO, Teófila T. y BENAVIDES DÍAZ, César M. *Derecho individual del trabajo. Nuevas tendencias en el Proceso de Globalización de la Economía*. 1º Ed., Lima, Ed. Grijley, 2013.

13. ERMIDA URIARTE, Óscar. *La estabilidad del trabajador en las empresas ¿Protección real o ficticia?*, Montevideo, Editorial Acali, 1983..
14. FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2007.
15. GONZALES HUNT, César. *Los errores empresariales en el despido*, *Actualidad Jurídica*, T. 137, 2005.
16. JIMENEZ CORONADO, Ludmin, *SUNAFIL, Actualidad Empresarial* - Instituto Pacifico, 1ª ed., abril 2015.
17. LANDA ARROYO, César. *Los derechos fundamentales en la jurisprudencia del tribunal constitucional*, Lima, Palestra Editores, 2010.
18. PACHECO ZERGA, Luz, *La dignidad humana en el derecho del trabajo*, Pamplona, Aranzadi, 2007..
19. PAREDES ESPINOZA, Brucy y otros. *El despido laboral: despido nulo, arbitrario, incausado y fraudulento*, Lima, Gaceta Jurídica, 2014.
20. PASCO COSMÓPOLIS, M., “Los principios del derecho procesal del trabajo”, exposición efectuada en la reunión plenaria de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrada en la Ciudad de México en octubre de 1990.
21. PASCO COSMÓPOLIS, Mario, “Contrato de Trabajo Típico y Contratos Atípicos”, en *Balance de la Reforma Laboral Peruana*, Lima, Editorial Industrial, 2009.
22. PASCO COSMÓPOLIS, Mario. “Estabilidad en el empleo y contratación precaria”. En *Encuentro Iberoamericano de Derecho del Trabajo*, Puebla: noviembre de 1987.
23. PLÁ RODRIGUEZ, Américo, *Los principios del derecho del trabajo*, Buenos Aires, Editorial de Palma, 1988.
24. QUISPE LOVATON, W.: “El despido injustificado: análisis sobre los límites que genera su clasificación en la interpretación judicial”, en *VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la seguridad social*, SPDTSS, Lima, 2016.
25. RAMIREZ, Luis Enrique y otros. *Derecho del trabajo: Hacia una carta Sociolaboral Latinoamericana*, Buenos Aires, Editorial BdeF, 2011.
26. REYNOSO CASTILLO, Carlos, *Permanencia de las relaciones de trabajo*, México, UAM, 1997.

27. ROPPO, Vincenzo, *El contrato*, 1ª ed., Gaceta Jurídica, Lima, 2009
28. ROSAS ALCÁNTARA, Joel, *El derecho laboral en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Gaceta Jurídica, Lima, 2015.
29. SANCHEZ ZAPATA, Ronni D. “Indemnización laboral por despido arbitrario”, *Contadores y Empresas*, N.º259, agosto 2015.
30. SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Derecho constitucional del trabajo”, Relaciones de trabajo en *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Lima, Gaceta Jurídica, 2007.
31. SOCIEDAD PERUANA DE DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL, “Tendencias jurisprudenciales sobre la protección contra el despido de los trabajadores de confianza” en *VI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 1º ed., Lima, 2015.
32. SOCIEDAD PERUANA DE TRABAJO DEL Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL, “El principio de continuidad y el despido individual” en *Los principios del derecho del trabajo en el derecho peruano. Libro homenaje al Profesor Ámerico Plá Rodríguez*, Lima, Grijley, 2009.
33. TOVALINO CASTRO, Fiorella *El despido: análisis con base en criterios jurisprudenciales*, Lima, Gaceta Jurídica, 2014.
34. TOYAMA MIGAYUSUKU, Jorge. *Los contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral*, Lima, Gaceta Jurídica, 2008..
35. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. “Instituciones del Derecho Laboral”, *Gaceta Jurídica*, 2ª ed., 2005.
36. VIDAL GARUNA, G. “El alto directivo y su relación laboral”, AA.VV, Madrid, en *El cambio laboral en la década de los 90*. Madrid, Espasa-Calpe, 1990.

ARTICULOS DE REVISTAS

37. CASAS BAAMONDE, M. E. & VALDEZ DAL RÉ, F, “Diversidad y precariedad en la contratación laboral en España” en *Relaciones laborales*, N° 7/8, 1989.
38. COLOMA CIEZA, Evelin. “La estabilidad laboral de los trabajadores de confianza en debate” *Revista Asesoría Laboral*, Año XXVI - N° 310 - Análisis jurisprudencial. Octubre 2016 pp.23-24. [Ubicado el 22. X 2017]. Obtenido en <http://www.ellb.com.pe/documentos/11La.estabilidad.laboral.de.los.trabajadores.pdf>.
39. ESPINOZA ESCOBAR, Javier H. La Calificación del personal de dirección o de confianza: entre los hechos y las formas. A propósito de la Casación

Laboral N° 11137-2014-Lima en *YACHAQ Revista de Derecho* - 8ta Edición, Asociación Civil CIED, 2017.

40. FARFÁN SOUSA, Ronnie, “Sobre la diferencia del concepto de cargo de confianza en el sector privado y en el sector público: apuntes respecto de la procedencia de indemnización por cese o despido”, *IUS VERITAS*, 42ª ed. 2011.
41. FERRO, Víctor. La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en *Derecho PUCP*, N° 68, 2012, p.68 [Ubicado el 06 XI 2016] Obtenido en <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/2843/2772>.
42. GAUTHIER, Gustavo - Meritum, “Los principios del proceso laboral y los principios que rigen los nuevos procesos laborales en Uruguay”, *Direito da Universidad de FUMEC*, 2013.
43. MOGOLLÓN ATOCHE, Alex E., “Tratamiento diferenciado de personal de dirección y de confianza. “Especial referencia al ejercicio del derecho de huelga”, *Revista Jurídica del Perú*, noviembre 2012.
44. OBREGON SEVILLA, Tulio. “Los trabajadores de dirección y de confianza”, *Actualidad Empresarial*, N.º 178, V. 1, marzo del 2009.
45. RODRÍGUEZ, María. “La flexibilización interna y externa en Venezuela. Simultaneidad e impactos” en *Observatorio Laboral Revista Venezolana*, Vol. 2, N° 4, julio, 2009.
46. SOLAZABAL, Juan. “Algunas consideraciones básicas de la teoría de los derechos fundamentales” en: *Revista de Estudios Políticos*, N° 71, Madrid, 1991.
47. TOYAMA MIYAGUSUKI, Jorge & MERZTHAL SHIGYO, Marilú. “Reflexiones sobre el tratamiento jurisprudencial del personal de dirección y de confianza” en *Themis*, N°65, julio 2014.
48. Trabajadores de confianza. Carga de la prueba de ese carácter cuando se opone como excepción. Cuarta Sala. Séptima Época. Semanario Judicial de la Federación. Volumen 127-132, Quinta Parte, [ubicado el 10 VI 2017]. Pág. 77. Obtenido el <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/243/243236.pdf>
49. UGARTE CATALDO, José Luis. “La constitucionalización del derecho del trabajo: la tutela de derechos fundamentales” en *Revista Latinoamericana de Derecho Social* Núm. 7, julio-diciembre de 2008. [Ubicado el 06 XI 2016] Obtenido en revistas.unam.mx/index.php/rlds/article/download/21070/19965

50. UGARTE GONZALES, Yenny, "El principio de primacía de la realidad", *Actualidad Empresaria*, N.º 182, mayo 2009..
51. ULLOA MILLARES, Daniel, "El despido libre de los trabajadores de confianza: a propósito de una curiosa tendencia del tribunal constitucional", *Ius Et Veritas*, Nº43, noviembre 2011.
52. VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo, "El derecho al trabajo: tránsito del despido libre al derecho constitucionalmente garantizado" en *Revista de la Facultad de Derecho PUCP*. Nº 21, 2013.

REFERENCIAS ELECTRONICAS

53. ¿Es el retiro de confianza, una causa justa de despido? Comentario a la Casación N°18450-2015 Lima. [Ubicado el 18 X 2017]. Obtenido en ismodesabogados.com/descargas/retiro_de_confianza.pdf.
54. ACADEMIA DE LA MAGISTRATURA. Carácter vinculante de la jurisprudencia [ubicado el 14 IV 2018]. Obtenido en http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/administ_justicia/funcion_jurisdic/segunda_semana_subtema2.pdf
55. AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, SERVIR, *El servicio civil peruano*, [Ubicado el 22. V 2017]. Obtenido en <http://storage.servir.gob.pe/biblioteca/SERVIR%20-%20EI%20servicio%20civil%20peruano%20-%20Cap2.PDF>.
56. AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, SERVIR, *El servicio civil peruano*, [Ubicado el 22. V 2017]. Obtenido en <http://storage.servir.gob.pe/biblioteca/SERVIR%20-%20EI%20servicio%20civil%20peruano%20-%20Cap2.PDF>.
57. DE BUEN, Néstor. *Derecho del trabajador de confianza*. 58ª ed., México, Legislatura – Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, p. 14 [Ubicado el 02 .VI. 2017]. Obtenido en <https://www.joseacontreras.net/ServProfCarrGobFed/documentos/leyes/dchotrconf.pdf>
58. DE LA GARZA, Eduardo [Ubicado el 10. XI. 2017]. Obtenido en <https://abogadolaboralmonterrey.com/2013/12/05/que-es-un-trabajador-de-confianza-y-que-derechos-tiene-parte-3/>
59. OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Las reglas de juego: Una breve introducción de las normas internacionales del trabajo*, 3ª ed., OIT, Ginebra, 2014, p. 25 [ubicado el 06 XI 2016] Obtenido en http://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2014/114B09_175_span.pdf.

60. ORTEGA LOZANO, Pompeyo Gabriel. Extinción del contrato de trabajo del personal de alta dirección por voluntad del empresario [Ubicado el 01 X 2017] Obtenido en <http://www.economistjurist.es/articulos-juridicos-destacados/extincion-del-contrato-de-trabajo-del-personal-de-alta-direccion-por-voluntad-del-empresario/>
61. PODER JUDICIAL DEL PERÚ. Plenos Jurisdiccionales [ubicado el 14 IV 2018]. Obtenido en https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/cij/s_corte_suprema_utilitarios/as_home/as_cij/as_plenos_jurisdiccionales/
62. ROJAS MIÑO, Irene. La indemnización por término de contrato de trabajo: instrumento de protección ante el despido [ubicado el 08 XI 2017]. Obtenido en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122014000100005CORCUERA GARCIA, J. *Naturaleza del Trabajo directivo (Una visión moderna de los temas clásicos) y su repercusión de los programas de formación de dirección de empresas*. Pamplona, Universidad de Navarra, 2001.
63. SANCHO LÓPEZ, Roy Gerardo. Estabilidad en el empleo y despido nulo en Costa Rica. Análisis legal, doctrinal y jurisprudencial sobre los más significativos fallos de Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de la década de los años 90 al año 2007. [Ubicado el 8. XI. 2017]. Obtenido en https://www.poder-judicial.go.cr/salasegunda/images/documentos/revistas/revista7/arti_01_07.pdf
64. SERKOVIC G., Germán. La rebaja de la remuneración en Enfoque Laboral, 13 de julio del 2016. Obtenido en <http://www.elperuano.com.pe/noticia-la-rebaja-de-laremuneracion-43710.aspx>
65. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. La casación laboral en “Doctrina y análisis sobre la nueva ley procesal del trabajo”, Academia de la Magistratura y Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. 1ª Edición, Noviembre del 2010, Lima, p. 210 [Ubicado el 14 IV 2018]. Obtenido en http://sistemas.amag.edu.pe/publicaciones/derecho_trabajo/doctrina_analisis_ley_trabajo.pdf
66. VEGA FERNÁNDEZ, Juan Domingo. ¿Puede un “Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral” modificar el criterio asumido de manera reiterada por la Corte Suprema?. <http://laley.pe/not/4216/-puede-un-ldquo-pleno-jurisdiccional-nacional-laboral-rdquo-modificar-el-criterio-asumido-de-manera-reiterada-por-la-corte-suprema->

JURISPRUDENCIA

67. CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá. Excepciones Preliminares. Sentencia de 18 de noviembre de 1999. Serie C No. 61. Párr. 203 [Ubicado el 18 X 2017]. Obtenido en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_72_esp.pdf .
68. CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE COSTA RICA Sala Segunda. No 193 de las 15:30 horas del 26 de Junio de 1996: en igual sentido Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, No 2002-00247 de las 09:40 horas del 24 de Mayo del 2002 [Ubicado el 15 IX 2017] Obtenido en <https://vlex.co.cr/vid/-499648186>
69. MACÍAS VÁSQUEZ, María Carmen. *Estabilidad en el empleo: Estudio comparado de México y España*. Instituto de investigaciones jurídica UNAM. 2006 [Ubicado el 01 XI 2016] Obtenido en <http://bibliohistorico.juridicas.unam.mx/libros/4/1968/24.pdf>.
70. SEGUNDA SALA DE DERECHO CONSTITUCIONAL Y SOCIAL TRANSITORIA. Cas. Lab.18450-2015- Lima [Ubicado el 11 XI 2017] Obtenido en <http://legis.pe/cas-lab-18450-2015-Obtenido-lima-fijan-improcedencia-indemnizacion-despido-trabajador-confianza/>.
71. Sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 00746-2003-AA STC 19 de abril del 2004. fundamento 10
72. SEXTO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA DE TRABAJO DEL PRIMER CIRCUITO. Novena Época Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVI, Octubre de 2007. [Ubicado el 13 VI 2017]. Obtenido en [http://200.38.163.178/sjfsist/\(F\(5dNDcC0oMytMU-sSj29gyrcjWbWMcqc1Z_gSWfoYqUWrTHZoaSYLI8_tC5MvotqOSc9ziDI6ur5ia3UFsMdlI3h8dqj221F4_TC-cDnwLdYgJGcU6suX8lweL7BTFci6rg89tZmXfh_jUNa9haiOuo5ms98-ASi-RAU2E3TA81\)\)/Paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=171161&Tipo=1](http://200.38.163.178/sjfsist/(F(5dNDcC0oMytMU-sSj29gyrcjWbWMcqc1Z_gSWfoYqUWrTHZoaSYLI8_tC5MvotqOSc9ziDI6ur5ia3UFsMdlI3h8dqj221F4_TC-cDnwLdYgJGcU6suX8lweL7BTFci6rg89tZmXfh_jUNa9haiOuo5ms98-ASi-RAU2E3TA81))/Paginas/Reportes/ReporteDE.aspx?idius=171161&Tipo=1)
73. STC 0005-2008-PA/TC de fecha 04 setiembre del 2009, fundamento 48
74. STC Exp. N.º 04272-2006-AA/TC, del 12 de noviembre de 2007. Fundamento Jurídico 5
75. STC. Exp. N.º 03501-2006- PA/TC, del 15 de marzo de 2007, fundamento jurídico 12.
76. STC. Exp. N° 1124-2001, del 11 de julio de 2002. Fundamento Jurídico número 12.

77. STC. Exp. N° 746-2003- AA/TC, del 19 de abril de 2004 fundamento jurídico 15.
78. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. 170131. XIX.1o.28 L. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVII, Marzo de 2008, Pág. 1731. [Ubicado el 10. XI. 2017]. Obtenido en <http://sjf.scjn.gob.mx/SJFSist/Documentos/Tesis/170/170131.pdf>
79. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE MÉXICO Ejecutoria num. 2a./J. 118/2016 (10a.) de, Segunda Sala 31 de Octubre de 2016 Décima Época. Segunda Sala. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 35, Octubre de 2016, Tomo I, página 817. [ubicado el 04 VI 2017]. Obtenido en https://suprema-corte.vlex.com.mx/vid/653886453?_ga=2.45208100.1813369237.1493958421-1692819837.1493958373.

NORMAS

80. CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Ley Federal del Trabajo, Ley publicada en el Diario Oficial de la Federación el 1o de abril de 1970 Última Reforma DOF 17-01-2006 [Ubicado el 10. XI. 2017]. Obtenido en <https://mexico.justia.com/federales/leyes/ley-federal-del-trabajo/titulo-segundo/capitulo-iv/>
81. CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN, *Ley federal de trabajo de México última reforma DOF 12-06-2015*, [ubicado el 04 VI 2017]. Obtenido en <https://cogallardoedicionesm/wp-content/uploads/preview-ley-trabajo-interpretada.pdf>.
82. DIRECTIVA N° 006-2008-MTPE/2/11.4 emitida el 07.11.2008, Directiva Nacional en el procedimiento a aplicar sobre verificación de despido arbitrario, de acuerdo a lo establecido en el artículo 45 del Decreto Supremo N°001-96-TR- Reglamento del TUO de la Ley de Fomento del Empleo. “Inspección del Trabajo Directivas y Lineamientos” en: *Análisis Laboral*, Vol. XXXII Noviembre 2008 N°377 p. 38 [Ubicado el 04 VI 2017]. Obtenido en http://www.aele.com/system/files/archivos/analab/08.11_AL.pdf
83. GERENCIA DE POLITICAS DE GESTIÓN DE RECURSOS HUMANOS DE LA AUTORIDAD NACIONAL DEL SERVICIO CIVIL, Informe Técnico N° 642-2014-SERVIR/GPGSC del 03 de octubre del 2014 respecto a la Contratación de funcionarios de confianza pertenecientes al régimen del Decreto Legislativo N° 276 bajo el régimen del Decreto Legislativo N° 1057.
84. MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE ESPAÑA, Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral

de carácter especial del personal de alta dirección. Publicado en: «BOE» núm. 192, de 12/08/1985. Entrada en vigor: 01/01/1986 Departamento: [Ubicado el 01 X 2017] Obtenido en <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1985-17006>

85. MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE ESPAÑA, Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de Alta Dirección [Ubicado el 01 XI 2017] Obtenido en http://noticias.juridicas.com/base_datos/Laboral/rd1382-1985.html#a9

86. MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Compendio de Criterios Jurídico Laborales 1999-2014 [Ubicado el 8. XI. 2017]. Obtenido en <http://www.mtss.go.cr/elministerio/estructura/direccion-asuntos-juridicos/Compendio%20de%20Criterios%20Juridicos%20Laborales.pdf>

87. MINISTERIO DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL DE LA REPÚBLICA DE COSTA RICA. Código De Trabajo de Costa Rica, promulgado el 15 de septiembre de 1943 por el Congreso Constitucional, [Ubicado el 11. XI. 2017] Obtenido en <https://www.ilo.org/dyn/natlex/docs/WEBTEXT/44102/65002/s95cri02.htm>

88. OEA. Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales. El Salvador, 17 de noviembre de 1988. [Ubicado el 2 del XI de 2016] en <https://www.cidh.oas.org/basicos/Basicos4.htm>.

89. ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, Departamento de Normas Internacionales del Trabajo. Instrumentos sobre despido. Documento de referencia para la reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158). Ginebra, 18-21 de abril de 2011, p. 92 [Ubicado el 04 XI 2017]. Obtenido en http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@normes/documents/meetingdocument/wcms_153218.pdf

ANEXOS

ANEXO 1



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 746-2003-AA/TC
AYACUCHO
NELLY CATIA GARCÍA VILLA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de abril de 2004, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, con asistencia de los señores magistrados Alva Orlandini, Gonzales Ojeda y García Toma, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por doña Nelly Catia García Villa contra la sentencia expedida por la Primera Sala Mixta - Civil de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, de fojas 158, su fecha 3 de diciembre de 2003, que declaró improcedente la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

La demandante, con fecha 16 de julio de 2002, interpone acción de amparo contra la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, en la persona de su Presidente, a fin de que se ordene su reposición a su centro de trabajo como Jefe de la Oficina de Administración de la citada entidad judicial, así como el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir. Manifiesta haber ingresado a laborar el 2 de abril de 2002, en mérito de haber ganado el Concurso Público convocado por la Comisión de Evaluación y Selección establecida por Resolución Administrativa de Gerencia General del Poder Judicial N.º 118-2001-GG/P, habiendo sido designada para el citado cargo mediante la Resolución Administrativa de Gerencia General del Poder Judicial N.º 223-2001-GG/P, la cual no menciona la fecha de vencimiento del cargo que asumía. Sin embargo, la emplazada, mediante Oficio N.º 478-2002-P-CSJAY/PJ, del 28 de junio de 2002, en forma arbitraria y sin expresar causa alguna, dio por concluida su designación como Jefe de la Oficina de Administración de la Corte Superior de Ayacucho, con efectividad al 30 de junio del citado año, quedando extinguido su vínculo laboral con dicha entidad, hecho que ha vulnerado su derecho de defensa y a un debido proceso por cuanto se ha dejado sin efecto una resolución administrativa –la de su designación– con un simple oficio, suscrito por una autoridad sin competencia, como es el Presidente de la mencionada corte superior, lo cual no permite interponer en la vía administrativa recurso alguno a efecto de agotar las vías previas. Sostiene que mediante la Ley N.º 26586 se regula el régimen laboral de los trabajadores del Poder Judicial, y que su artículo 1.º dispone que el personal administrativo que ingrese a laborar en el Poder Judicial está comprendido en el régimen laboral de la actividad privada, regulado por Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N.º 003-97-TR. Por tal motivo, refiere que su contrato es por tiempo indefinido e indeterminado, gozando de la protección de la ley contra el despido arbitrario, así como a la protección de las normas constitucionales cuando se considere que han sido vulnerados los derechos humanos reconocidos por la Constitución Política. Asimismo, afirma que la naturaleza permanente del cargo que desempeñaba se corrobora con la Resolución Administrativa de la Presidencia del Poder Judicial N.º 030-2002-P-PJ, de fecha 25 de enero de 2002, que modifica el Cuadro de Asignación de Personal del Poder Judicial, y con sus boletas de pagos la cuales, en el rubro planilla, consignan la anotación “728 – Permanente”.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Poder Judicial absuelve el trámite de contestación de la demanda negándola y contradiciéndola en todos sus extremos, solicitando sea declarada improcedente por cuanto la actora no ha cumplido con agotar la vía previa como es el procedimiento administrativo, debido a que si consideró haber sido despedida sin las formalidades de ley, debió impugnar el acto administrativo en sí de despido, pero no concurrir a la interposición del presente amparo, por no ser la vía idónea.

El Segundo Juzgado Especializado en lo Civil de Ayacucho, con fecha 4 de noviembre de 2002, declaró improcedente la demanda por estimar que el derecho que le asiste al trabajador sujeto al régimen de la actividad privada que es despedido en forma arbitraria debe hacerlo efectivo en la vía del proceso laboral, tanto más si la vía de amparo constitucional carece de etapa probatoria.

La recurrida confirmó la apelada por los mismos fundamentos, añadiendo que el caso de autos, si bien el despido de la accionante deviene en arbitrario, sólo puede ejercer la acción indemnizatoria, por la naturaleza misma del cargo que ostentaba, más no así pretender la reposición en el puesto de trabajo.

FUNDAMENTOS

1. Según lo dispuesto por el artículo 59.º del Reglamento del Decreto Legislativo N.º 728, aprobado por Decreto Supremo N.º 001-96-TR, para la calificación de los puestos de confianza el empleador deberá, entre otros requisitos, consignar en el libro de planillas y en las boletas de pago la calificación correspondiente. Asimismo, el artículo 60.º del reglamento acotado, señala que la calificación de los puestos de confianza “es una formalidad que debe observar el empleador”; sin embargo, “su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita”.
2. En el caso de autos, la demandante afirma que el cargo que desempeñaba no tiene la calificación de cargo de confianza debido a que fue nombrada por concurso público y



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

que en su boleta se consigna que tiene la condición de trabajador permanente. Si embargo, si concordamos dicha afirmación con lo dispuesto por la legislación sobre la materia, expuesta en el fundamento precedente, se advierte que si el emplazado hubiera omitido consignar en la boleta de la accionante la calificación de trabajadora de confianza, ello no enervaría dicha condición, si se llegara a acreditar con las pruebas pertinentes.

3. En ese sentido, en autos no se ha acreditado fehacientemente la calificación del cargo de la demandante a fin de determinar si le corresponde su reposición o, por haber ejercido un puesto de confianza, sólo la acción indemnizatoria, resultando inevitable contar con elementos probatorios idóneos y con una estación adecuada para la actuación de los mismos, no siendo el amparo, por su carácter esencialmente sumarísimo y carente de estación de pruebas, la vía de dilucidación de lo que se solicita, sino la vía del proceso laboral, a la que en todo caso aún tiene derecho la actora, razón por la que se deja a salvo su derecho para hacerlo valer, en todo caso, en la forma legal que corresponda.

FALLO

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que la Constitución Política del Perú le confiere,

Ha resuelto

Declarar **INFUNDADA** la demanda, dejando a salvo el derecho de la actora para que lo haga valer en la forma legal que corresponda, conforme a lo expuesto en el fundamento 3. *supra*.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
GONZALES OJEDA
GARCÍA TOMA**

Lo que certifico:

Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)

ANEXO 2



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 4492-2004-AA/TC
CALLAO
ANÍBAL LEONARDO SALMÓN VAREA

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 17 días del mes de febrero de 2005, la Sala Segunda del Tribunal Constitucional, con asistencia de los magistrados Bardelli Lartirigoyen, García Toma y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso extraordinario interpuesto por don Aníbal Leonardo Salmón Varea contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Callao, de fojas 205, su fecha 1 de junio de 2004, que declara infundada la acción de amparo de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 13 de junio de 2003, el recurrente interpone demanda de amparo contra la Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. (Corpac S.A.), alegando que fue despedido sin expresión de causa del cargo de Gerente de Operaciones de Aeropuertos, negándosele el derecho de defensa dentro de un procedimiento regular. Manifiesta que ingresó a laborar el 29 de setiembre de 1997, y que, por haber sido objeto de maltratos, con fecha 21 de noviembre de 2002 decidió renunciar a la encargatura de Gerente General; y que, sin embargo, debido a que en el mes de diciembre fue internado en el Centro Naval, recién reasumió sus reales funciones en abril de 2003, mes en que se le comunicó el retiro de confianza mediante la Carta N.º GG-462-2003-O/01, resolviéndose su vínculo laboral, por lo que presume que la emplazada lo cesó debido a su estado de salud, ya que el retiro de confianza no lo considera causal para el término de su relación laboral.

La emplazada alega que el demandante no puede afirmar que su despido fue sin expresión de causa, pues del oficio remitido a éste se advierte que el cese se produjo como consecuencia del retiro de la confianza, por haber desempeñado un cargo calificado como de confianza.

El Tercer Juzgado Laboral del Callao, con fecha 15 de setiembre de 2003, declara improcedente la demanda, por considerar que el cese del demandante se produjo por el retiro de confianza.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La recurrida, revocando la apelada, declara infundada la demanda, por el mismo fundamento.

FUNDAMENTOS

1. De la cuestionada carta de despido, obrante a fojas 8 de autos, se aprecia que la demandada comunicó al demandante su decisión de resolver el vínculo laboral, al haberle retirado la confianza.
2. En consecuencia, y con relación a los trabajadores de confianza, tal como lo ha establecido este Tribunal en la Sentencia N.º 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.

Por los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú,

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**BARDELLI LARTIRIGOYEN
GARCÍA TOMA
VERGARA GOTELLI**

Lo que certifico:

**Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)**

ANEXO 3



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

EXP. N.º 1651-2005-PA/TC

LIMA

PEDRO ANTONIO CHIRINOS HURTADO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 19 días del mes de abril de 2005, la Sala Primera del Tribunal Constitucional, integrada por los magistrados Alva Orlandini, Vergara Gotelli y Landa Arroyo, pronuncia la siguiente sentencia

ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Pedro Antonio Chirinos Hurtado contra la sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 94, su fecha 16 de noviembre de 2004, que declara infundada la demanda de autos.

ANTECEDENTES

Con fecha 19 de mayo de 2003, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Programa Nacional de Asistencia Alimentaria (PRONAA), solicitando que se declare inaplicable la Resolución Jefatural N.º 098-2003-PRONAA/J, de fecha 18 de febrero de 2003, que da por concluida su designación en el cargo de Jefe de la Unidad de Personal del mencionado Programa, y que, por consiguiente, se disponga su reposición en el cargo que venía desempeñando y el pago de las remuneraciones, bonificaciones y escolaridad dejadas de percibir. Manifiesta haber sido despedido arbitrariamente, pues los trabajadores que desempeñan cargos directivos y de confianza tienen los mismos derechos y obligaciones que cualquier otro trabajador y que solo podía extinguirse su relación laboral por una causa justa de despido relativa a su capacidad o conducta.

La Procuradora Pública a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social aduce que el cargo de Jefe de la Unidad de Personal que desempeñaba el actor era de confianza y que la decisión de dar por concluida su designación, no ha vulnerado derecho constitucional alguno.

El Vigésimo Tercer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 13 de noviembre de 2003, declara fundada, en parte, la demanda, por considerar que la resolución que designa al actor Jefe de la Unidad de Personal no precisa que tal cargo sea de confianza, y que, habiéndose dejado sin efecto su designación sin que medie una causa justa, se ha vulnerado su derecho constitucional al trabajo, e improcedente en el extremo que solicita el pago de las remuneraciones, bonificaciones y escolaridad dejadas de percibir.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

La recurrida, revocando la apelada, declara infundada la demanda, por estimar que al haber sido el demandante designado para desempeñar un cargo de confianza, no se encuentra comprendido en la carrera administrativa, no siendo aplicable, en consecuencia, el artículo 100° del Decreto Supremo N.° 005-90-PCM.

FUNDAMENTOS

1. El demandante pretende que se declare inaplicable la Resolución Jefatural N.° 098-2003-PRONAA/J, de fecha 18 de febrero de 2003, que dio por concluida su designación en el cargo de Jefe de la Unidad de Personal de la Oficina de Administración del Programa Nacional de Asistencia Alimentaria.
2. Se observa de autos que mediante la Resolución Jefatural N.° 120-2002-PRONAA/J, de fecha 4 de julio de 2002, se designó al actor en el cargo de Jefe de la Unidad de Personal de la Oficina de Administración del Programa Nacional de Asistencia Alimentaria.
3. En el presente caso, la controversia se centra en determinar si existió, o no, una relación laboral de confianza entre el demandante y la emplazada, debido a que el actor ha manifestado que el cargo que desempeñaba no era de confianza, razón por la cual solo podía ser despedido por una causa justa relativa a su capacidad o conducta.
4. De acuerdo con lo previsto en el artículo 43° del Decreto Supremo N.° 003-97-TR, son trabajadores de confianza aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquéllos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.
5. En buena cuenta, los trabajadores de confianza tienen un mayor grado de responsabilidad en atención a las funciones que desempeñan, ya que se relacionan en forma inmediata y directa con la vida misma de las empresas, sus intereses, la realización de sus fines y con su dirección, administración, entre otras actividades.
6. Según lo dispuesto por el artículo 59.° del Reglamento del Decreto Legislativo N.° 728, aprobado por Decreto Supremo N.° 001-96-TR, para la calificación de los puestos de confianza el empleador deberá, entre otros requisitos, consignar en el libro de planillas y en las boletas de pago la calificación correspondiente. Asimismo, el artículo 60.° del mencionado reglamento prescribe que la calificación de los puestos de confianza “es una formalidad que debe observar el empleador”; sin embargo, “*su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita*”, debido a que la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas y no de la denominación que se le dé al puesto.



TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

7. 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 omisión de la emplazada de consignar en la resolución de designación la calificación de trabajador de confianza no enervaría dicha condición, ya que la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas, según lo establece el Cuadro de Asignación de Personal, aprobado mediante la Resolución Suprema N.º 090-2001-PROMUDEH, publicada en el diario oficial *El Peruano* el 16 de mayo de 2001.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO


Declarar **INFUNDADA** la demanda.

Publíquese y notifíquese.

SS.

**ALVA ORLANDINI
VERGARA GOTELLI
LANDA ARROYO**

Lo que certifico:


.....
Dr. Daniel Figallo Rivadeneyra
SECRETARIO RELATOR (e)

ANEXO 4

**EXP. N.º 03501-2006-PA/TC
LIMA**

**RICARDO DAVID
CHÁVEZ CABALLERO**

SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

En Lima, a los 15 días del mes de marzo de 2007, el Tribunal Constitucional, en sesión de Pleno Jurisdiccional, con la asistencia de los magistrados Landa Arroyo, Gonzales Ojeda, Alva Orlandini, Bardelli Lartirigoyen, y Vergara Gotelli, pronuncia la siguiente sentencia

I. ASUNTO

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Ricardo David Chávez Caballero contra la sentencia expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fojas 236, su fecha 11 de noviembre de 2005, que declara infundada la demanda de autos.

II. ANTECEDENTES

1. Demanda

Con fecha 22 de setiembre de 2004 el recurrente interpone demanda de amparo contra el Banco Central de Reserva del Perú, solicitando que se disponga su reposición en el cargo de Subgerente de Desarrollo de Sistemas de la referida entidad, se le reintegren las remuneraciones dejadas de percibir, incluyendo los aumentos o beneficios, así como el pago de costas y costos del proceso y la apertura de la instrucción correspondiente a los responsables de la violación de sus derechos fundamentales. Manifiesta haber sido despedido de manera injustificada, imputándosele hechos falsos, como el ser supuestamente responsable de haber participado en la irregular adquisición de software, cuando él no participó en dicha operación. Asimismo, sostiene que la empleada invocó como causal de despido el “retiro de confianza”, la cual no está prevista como tal en la legislación laboral.

2. Contestación de la demanda

El emplazado contesta la demanda argumentando que la grave irregularidad laboral cometida por el demandante consiste, precisamente, en no haber intervenido en el proceso de adquisición de las licencias del software Lotus Domino, pese a que era su obligación coordinar, registrar y analizar los requerimientos de programas de cómputo e intervenir en la evaluación técnica de dicho proceso, lo que determinó la pérdida de la confianza y, como consecuencia de ello, el término de la relación laboral.

3. Resolución de primer grado

El Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con fecha 9 de febrero del 2005, declara infundada la demanda en todos sus extremos, por considerar que el demandante era un trabajador de confianza, que no tenía estabilidad laboral y que, por tanto, no hubo despido sino que el vínculo laboral terminó por el retiro de la confianza, no existiendo ninguna afectación a sus derechos constitucionales.

4. Resolución de segundo grado

La recurrida confirma la apelada por similares argumentos.

III. FUNDAMENTOS

Precisión del petitorio de la demanda

1. La pretensión del demandante es que se deje sin efecto el despido del cual ha sido víctima y que, por consiguiente, se le reponga en el cargo que venía desempeñando; se le paguen las remuneraciones dejadas de percibir y las costas y costos del proceso, y se ordene la apertura de la instrucción correspondiente a los responsables de la vulneración de sus derechos fundamentales

Constitución y régimen jurídico de los trabajadores de confianza

2. El artículo 2° incisos 14 y 15 señala, respectivamente, que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público, y que toda persona tiene derecho a trabajar libremente con sujeción a la ley. De la misma forma, la Constitución (artículo 27°) establece un mandato constitucional de protección frente al despido arbitrario.

3. Los trabajadores comunes gozan del derecho de acceder a un puesto de trabajo en el sector público, tienen estabilidad en su trabajo y no pueden ser despedidos arbitrariamente, según la STC 0206-2005-AA/TC. Mientras que los que asumen un cargo de confianza están supeditados a la “confianza”, valga la redundancia, del empleador. En este caso, el retiro de la misma es invocada por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos.

4. En referencia a ello, el artículo 40° de nuestra Constitución alude a los trabajadores de confianza del sector público mas no a los trabajadores de confianza del sector privado, puesto que para ser servidor público se ingresa por concurso público, mientras que para acceder a un cargo de confianza basta que sea designado por el jefe del área, y que se requiera una persona de “confianza” en una institución; si bien el cargo de confianza debe estar previsto en el Cuadro de Asignación de Personal (CAP). Además, el artículo 42° de la Constitución establece que los trabajadores de confianza no pueden sindicalizarse, pues estos ostentan un estatus especial dentro de la institución pública, lo cual los obliga a tener un compromiso mayor que los trabajadores ordinarios.

Definición de trabajador de confianza

5. A nivel doctrinario, existe consenso en considerar que, dentro de la relación laboral de la actividad privada, los denominados trabajadores de confianza tienen, a diferencia de los demás trabajadores, un grado mayor de responsabilidad, a consecuencia de que el empleador les ha delegado la atención de labores propias de él, otorgándoles una suerte de representación general. Al respecto, Néstor de Buen considera que

El trabajo de confianza no es un trabajo especial sino una relación especial entre el patrón y el trabajador, en razón de las funciones que éste desempeña. (...) En rigor, los trabajadores de confianza son trabajadores con un mayor grado de responsabilidad en atención a la tarea que desempeñan y de alguna manera hacen presente el interés del patrón (...).^[1]

6. Similar es la noción de empleado de confianza asumida por Celso Mendo Rubio, para quien dicho concepto

Está referido necesariamente a un campo más estricto que la genérica confianza que debe tener todo empleador frente a sus trabajadores (característico de todo vínculo laboral, pues de lo contrario no se contrataría), ya que este empleado alcanza una mayor y más directa vinculación con el empleador, goza de su máxima confianza y apenas está sujeto a una limitadísima subordinación (...), tiene la representación del empleador, actúa en su nombre haciendo sus veces, tiene poder de dirección y responde por cada uno de dichos actos (...)^[2]

7. A su vez, Santiago Barajas Montes de Oca 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, las mismas que lo ligan de manera íntima al destino de esa empresa o a los intereses particulares de quien lo contrata, en forma tal que sus actos merezcan plena garantía y seguridad, y tenga su comportamiento laboral plena aceptación.^[3]

8. Por su parte Mario de la Cueva, considera que

Debe hablarse de empleados de confianza cuando están en juego la experiencia de la empresa, sus intereses fundamentales, su éxito, su prosperidad, la seguridad de sus establecimientos o el orden esencial que debe reinar entre sus trabajadores; (...) aun cuando la categoría de trabajador de confianza no está contemplada en la declaración de derechos Sociales, resultó necesaria incluirla en la nueva ley del trabajo, pues no obstante tratarse de una categoría de excepción que solamente se justifica en razón de la naturaleza de las funciones que realiza el trabajador, existirá la presunción *iuris tantum* de que la función no sea de confianza, en forma tal que será indispensable

probar que, de conformidad con la naturaleza de las funciones se dan los caracteres de la excepción. No es la persona la que determina que una función es de confianza sino la naturaleza misma de la función lo que produce la condición del trabajador.^[4]

9. De igual forma Francisco de Ferrari considera a los trabajadores de confianza:

Como aquellos trabajadores que asociados al poder de dirección patronal, se encuentran en capacidad de ejercer las potestades disciplinarias de las que es titular el empleador y tratan en representación de él con los terceros, de modo tal que los empleados comunes o subalternos, en el orden social y profesional, no consideran a las personas que ejercen funciones tan elevadas como formando parte de la clase asalariada, e inclusive piensan que existe entre el empleador y los altos empleados una comunidad de intereses, de tendencia y cultura que los presenta como elementos extraños a la clase trabajadora.(Asesoría Laboral, Abril 2001, p. 22).

10. Por su parte Montoya Melgar define a los “altos cargos” como aquellos de “rectoría superior”, que consiste en el desempeño de los poderes propios del empleador (no necesariamente de todos) y que versen sobre los objetivos generales de la empresa^[5]. De otro lado, Santiago Barajas Montes de Oca considera que “el trabajador de confianza se incorpora a la planta de empleados administrativos y se le asignan determinadas funciones, o se le otorga una posición de representación patronal, se le deja autoridad en uno o más sectores de la producción y se le hace responsable de los resultados, se prescinde de sus servicios cuando estos no son altamente redituables y se les liquida sin ninguna razón o explicación de las causas de tal adopción patronal”^[6].

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

- a) La confianza depositada en él, por parte del empleador; la relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe, como fundamento de esta relación laboral especial.
- b) Representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones; las mismas que lo ligan con el destino de la institución pública, de la empresa o de intereses

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

- c) Dirección y dependencia; es decir que puede ejercer funciones directivas o administrativas en nombre del empleador, hacerla partícipe de sus secretos o dejarla que ejecute actos de dirección, administración o fiscalización de la misma manera que el sujeto principal.
- d) No es la persona la que determina que un cargo sea considerado de confianza. La naturaleza misma de la función es lo que determina la condición laboral del trabajador.
- e) Impedimento de afiliación sindical, conforme al artículo 42° de la Constitución para los servidores públicos con cargos de dirección o de confianza. El inciso b) del artículo 12° del Decreto Supremo N.° 010-2003-TR TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece que los trabajadores de dirección y de confianza no pueden ser miembros de un sindicato, salvo que en forma expresa el estatuto de la organización sindical lo permita.
- f) La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes o ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103° de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley.
- g) El periodo de prueba puede tener una mayor extensión, pues esta se puede extender hasta por 6 meses, incluyendo el periodo inicial de 3 meses para el personal de confianza y en caso ser personal de dirección este puede ser extendido hasta por un (1) año, en ambos casos la ampliación debe constar por escrito en el contrato de trabajo celebrado con el personal de dirección o de confianza.
- h) No tienen derecho al pago de horas extras, pues el artículo 5 del Decreto Supremo N.° 007-2002-TR, TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, establece que el personal de dirección se encuentra excluido de la jornada máxima legal. De igual forma no están sujetos a las disposiciones sobre el

registro de control de asistencia y de salida en el régimen laboral de la actividad privada, conforme al Decreto Supremo N.º 004-2006-TR en su artículo 1 último párrafo.

- i) No tienen derecho a una indemnización vacacional. El Decreto Supremo N.º 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 Decreto Legislativo N.º 713, no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional. En ningún caso la indemnización incluye a la bonificación por tiempo de servicios”.

Tratamiento normativo de los trabajadores de confianza: el personal de dirección y el personal de confianza

12. Nuestra legislación laboral ha regulado la categoría de trabajador de confianza, haciendo una distinción entre personal de dirección y personal de confianza. En ese sentido, la Ley de Productividad Competitividad Laboral (en adelante LPCL) considera que

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

Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.¹⁷¹

13. Como puede apreciarse, la mayor diferencia existente entre ambas categorías de trabajadores radica en que sólo el personal de dirección tiene poder de decisión y actúa en representación del empleador, con poderes propios de él. En cambio, el personal de confianza, si bien trabaja en contacto directo con el empleador o con el personal de dirección, y tiene acceso a información confidencial, únicamente coadyuva a la toma de decisiones por parte del empleador o del referido personal de dirección, son sus

colaboradores directos. Este Colegiado considera que, por su naturaleza, la categoría de trabajador de dirección lleva implícita la calificación de confianza, pero un trabajador de confianza no necesariamente es un trabajador de dirección, en la medida que no tiene poder de decisión ni de representación.

14. De otro lado, es de resaltar cómo se llega a adoptar tal cargo. Se llega de la siguiente manera: a) aquellos trabajadores contratados específicamente para cumplir funciones propias del personal de confianza y que, en consecuencia, desde el inicio de la relación laboral tienen pleno conocimiento de lo que ello implica; y b) aquellos trabajadores que accedieron a un puesto de trabajo para realizar funciones comunes u ordinarias, pero que posteriormente, por determinados factores, el empleador les asignó el cumplimiento de funciones propias de un trabajador de confianza.

15. Para calificar a un trabajador de dirección o de confianza conforme a la legislación actual, 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.

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

17. El artículo en referencia debe ser concordado con el artículo 61° del Decreto Supremo 001-96-TR, que preceptúa que los trabajadores cuyos cargos sean indebidamente calificados como de dirección o de confianza, podrán recurrir ante la autoridad judicial para que se deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando la demanda se presente dentro de los 30 días naturales siguientes a la comunicación respectiva. De tal forma que cuando un trabajador es designado como de dirección o de

confianza conforme al artículo 59° o 60° de la norma en mención, este tiene habilitada la acción correspondiente, para dejar sin efecto tal calificación.

18. Sobre el particular, en referencia a los trabajadores que son promocionados, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 44°, señala que es factible que un trabajador que realiza funciones ordinarias pueda acceder a puestos de dirección o de confianza mediante promociones; resaltando que tal promoción no debe ser abusiva ni simulada, pues podría atribuírsele a un trabajador tal calificación para luego simplemente retirársele la confianza y despedírsele en el transcurso de un tiempo.
19. De forma que si el trabajador realizó con anterioridad labores comunes y luego es promocionado, luego al retirársele la confianza depositada, retornaría a realizar las labores anteriores y no perder el empleo, salvo que se determine que cometió una falta grave que implique su separación de la institución.
20. Por lo que, cuando un trabajador es promocionado, este no puede perder su derecho al empleo del que es poseedor, pues al realizarse una promoción de esta naturaleza cabría la posibilidad de que se genere un abuso del derecho, tal como lo declara el artículo 44° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, pues este no renuncia a las labores que realizaba, sino que sigue bajo la subordinación de su empleador, sin perder su carácter de trabajador común que ostentaba. Esto en bien de la paz social y armonía de los derechos constitucionales que podrían vulnerarse cuando el empleador abusando del *jus variandi* que posee le retirase la confianza posteriormente al ser promovido.

Análisis del caso concreto

21. El recurrente presenta su demanda con fecha 22 de septiembre de 2004, tras haber sido despedido por el Banco Central de Reserva del Perú, mediante carta de Gerencia General GG-100-2004, de fecha 11 de mayo de 2004. A través de dicha carta se le retira la confianza. El recurrente en su demanda y en sus medios probatorios afirma que: “Nunca intervino en el proceso de adquisición”, “no corresponden a las funciones asignadas” y “que al demandante se le imputó el incumplimiento de funciones que no son suyas y se le vinculó a un hecho con la sola declaración de una sola persona”.

22. Entre los medios probatorios que ofrece el demandante (folio 13) obra copia del Manual de Funciones Generales, de la que se desprende que la Subgerencia de Desarrollo de Sistemas tiene entre otras funciones:
- a. Emitir los estudios de factibilidad técnica y conveniencia de atender los requerimientos de sistematización e informatización de las unidades orgánicas del Banco Central de Reserva del Perú.
 - b. Participar en la evaluación técnica de las adquisiciones de las herramientas de cómputo para el desarrollo de aplicaciones. Entre otras obligaciones.
23. A fojas 4 de autos, se aprecia la carta de fecha 2 de diciembre de 2003, en la que se adjunta el Informe N.º 277-2003-CG/SE, realizado luego de un Examen Especial de la Contraloría General de la República, que determinó la responsabilidad del recurrente por la omisión de funciones tales como: “Coordinar, registrar y analizar los requerimientos de equipamiento, programas, producto y servicios computacionales a fin de establecer el plan operativo anual de sistemas en lo que concierne a su ámbito” e “Intervenir en la evaluación técnica de los procesos de adquisición de equipos y programas de cómputo”.
24. De igual forma de conformidad con el artículo 24, inciso t, de la Ley Orgánica del Banco Central de Reserva, el Directorio tiene la facultad de designar y por lo tanto de remover a los trabajadores que tienen la categoría de funcionario principal. Mientras que el artículo 51 del Estatuto del Banco Central de Reserva establece la categoría de funcionarios principales que comprende a los Gerentes Centrales, Gerentes, Subgerentes (...), encontrándose éste dentro del personal catalogado como de Dirección, por lo que la demandada optó por el retiro de la confianza del demandante, por las conclusiones indicadas en el Examen Especial Contraloría de la República, en la que se determina su incumplimiento de las obligaciones de trabajo.
25. Finalmente, de fojas 131 a 154 de autos, obra la consignación efectuada por el Banco Central de Reserva en favor del demandante, donde se advierte que mediante Resolución de fecha 19 de octubre de 2004, el Noveno Juzgado Laboral de Lima declaró improcedente, por extemporánea, la contradicción formulada por el consignatario, quedando en consecuencia consentido dicho proceso judicial. Posición que comparte el Tribunal Constitucional en la STC 0632-2001-AA, donde quedó establecido que el ofrecimiento de pago de los beneficios sociales, sin que ello fuera objeto de contradicción ante el Juez que conoció la causa en dicho proceso no contencioso, es válido quedando, por ende, disuelto el vínculo laboral.

26. Por lo tanto, al determinarse que el recurrente se encontraba en calidad de personal de dirección, de acuerdo a los fundamentos expuestos, el cese en sus labores no vulnera derecho constitucional alguno.

Por estos fundamentos, el Tribunal Constitucional, con la autoridad que le confiere la Constitución Política del Perú

HA RESUELTO

Declarar **INFUNDADA** la demanda de amparo.

Publíquese y notifíquese.

SS.

LANDA ARROYO
GONZALES OJEDA
ALVA ORLANDINI

BARDELLI LARTIRIGOYEN
VERGARA GOTELLI

^[1] De Buen, Néstor. Derechos del trabajador de confianza. *Cámara de Diputados, LVIII Legislatura – Universidad Nacional Autónoma de México*, México, 2000, pp. 14 y 15

^[2] Mendo Rubio, Celso. Citado por Milko Briones Quispe, *Algunas particularidades en relación a los trabajadores de confianza*; en *Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional*, SPDTSS, Lima, 2006, pág. 591.

^[3] Barajas Montes de Oca, Santiago. *Los contratos especiales de trabajo*, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, Serie G. Estudios Doctrinales, Núm. 136, p. 142. Formato html, Disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=953>, ISBN 968-36-2433-2.

^[4] Cueva, Mario de la. Citado por Santiago Barajas Montes de Oca. *Ibid.* p. 143.

^[5] Montoya Melgar, Alfredo. *Derecho del Trabajo*. Tecnos, decimonovena edición, Madrid, 1998, p 501

^[6] Barajas Montes de Oca, Santiago, *El contrato de trabajo*, México, 1992, p 141

^[7] Artículo 43 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, Ley de Productividad Competitividad Laboral, aprobado por el decreto supremo N.º 003-97-TR.

ANEXO 5

CAS. N° 2037-2000-PIURA

Lima, veintidós de febrero del dos mil uno.

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

VISTOS; con el acompañado; la causa número dos mil treintisiete – dos mil; en audiencia pública llevada a cabo en la fecha; y producida la votación con arreglo a ley, emite la siguiente sentencia:

RECURSO DE CASACIÓN: Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante Carlos Enrique Cueva Palacios, mediante escrito de fojas ciento sesenta contra la sentencia de vista de fojas ciento cincuentiséis, su fecha dos de octubre del dos mil, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Piura, que revoca la sentencia de fojas ciento treintiocho a ciento cuarentiuno, su fecha catorce de agosto del dos mil en el extremo que declara Fundada en parte la Indemnización por despido arbitrario y reformándola declara infundado dicho extremo, con lo demás que contiene.

CAUSALES DE CASACIÓN: El recurrente invoca la causal prevista en el inciso a y b del artículo cincuentiseis de la Ley Procesal del Trabajo, es decir: a) Aplicación indebida de una norma de derecho material; b) Inaplicación de una norma de derecho material.

CONSIDERANDO:

Primero: Que, en lo que respecta a los agravios denunciados sobre Aplicación indebida e inaplicación de un norma de derecho material, se aprecia que en la fundamentación del mismo se da cumplimiento a los requisitos de fondo exigidos por el artículo cincuentiocho de la Ley Procesal del Trabajo, razón por la cual resulta PROCEDENTE, siendo menester analizar sus fundamentos.

Segundo: Que el demandante en su demanda de fojas veintitrés a treinta demanda la indemnización por despido arbitrario y el pago de sus beneficios sociales, fundamentando la pretensión que nos ocupa en el sentido de que ingresó a prestar servicios el dieciséis de abril de mil novecientos noventiuno al ser contratado a plazo indefinido con el cargo de confianza de Jefe de Oficina de Planificación y Presupuesto y que tal relación laboral se mantuvo hasta el doce de agosto de mil novecientos noventinueve, en que la demandada sin justificación le negó

el ingreso al centro de trabajo alegando habersele retirado la confianza, lo que constituye un despido de hecho que ha sido constatado por la Autoridad Administrativa de Trabajo. Dichos argumentos han sido contradichos por la demandada en el sentido de que el récord laboral del actor ha sido a partir del dieciséis de abril de mil novecientos noventiuno hasta el dos de agosto de mil novecientos noventinueve en que se le retira la confianza de Jefe de la Oficina de

Planificación y Presupuesto por acuerdo de Directorio; por lo que considera que no le asiste derecho a indemnización alguna por despido y éste no ha existido dada la naturaleza y régimen legal de la demandada y la calidad de funcionario de confianza que ostentaba el accionante.

Tercero: Que, dentro del proceso ha quedado establecido mediante sentencia de primera instancia que el trabajador era funcionario de confianza que ostentaba inicialmente el cargo de Jefe de la Oficina de Planificación y Presupuesto y luego a partir del nueve de octubre de mil novecientos noventaicinco fue Gerente de Planificación y Desarrollo Empresarial; conforme se aprecia del recurso de casación el demandante fundamenta el mismo en la causal de Aplicación indebida de la Tercera Disposición Derogatoria y Final de la Ley veintiséis mil quinientos trece ; argumentando que debió aplicarse el segundo párrafo de la Sexta Disposición Complementaria, transitoria, derogatoria y final del Decreto Legislativo setecientos veintiocho Texto Único Ordenado del Decreto Supremo número cero cero tres – noventa y siete – TR, que dispone “que sólo a partir del veintinueve de julio de mil novecientos noventaicinco la pretensión contra el despido arbitrario tiene un tratamiento único, para todos los trabajadores con vínculo laboral vigente a la indicada fecha” y que asimismo ha dejado de aplicar el artículo treinticuatro del Decreto Supremo número cero cero tres – noventa y siete – TR que refiere que el despido del trabajador relacionado con su conducta o su despido arbitrario como es el caso de autos ha debido ordenarse el pago de dicha indemnización; argumento que es válido por cuanto todo trabajador de confianza cuenta con estabilidad laboral relativa, y ante un despido ad nutum o arbitrario puede accionar por el pago de indemnización mas no para su reposición y el hecho de que no se haya encontrado regulado por un determinado lapso de tiempo su situación, no implica que pueda existir desprotección al trabajador, lo que además se halla concordado y vinculado a la causal de Inaplicación invocada del inciso c del artículo primero del Decreto Supremo número cero cero tres – noventa y siete – TR, a efecto de establecer que es objetivo de la citada norma garantizar los ingresos de los trabajadores, así como la protección contra el despido arbitrario respetando las normas constitucionales, por lo que la pretensión del actor no puede ser negada por la sentencia de vista al afirmar que por no haberse reinsertado el texto anterior que regulaba la situación especial de los trabajadores de confianza y dirección no es posible amparar la demanda del actor y su protección como trabajador de confianza, por lo que es menester que este extremo sea rectificado y por lo tanto corresponde dejar sentado el reconocimiento de la existencia de igual trato a todos los trabajadores que laboran bajo el

régimen de la actividad privada al amparo del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo setecientos veintiocho, sin discriminación por la labor efectuada, ya sea de dirección o de confianza.

Cuarto: Que, la causal de inaplicación invocada respecto al artículo cuarto del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo setecientos veintiocho; que regula en toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado y que el contrato individual de trabajo puede celebrarse libremente por tiempo indeterminado o sujeto a modalidad y el primero podrá celebrarse en forma verbal o escrita y el segundo en los casos y con los requisitos que la presente Ley establece y que también puede celebrarse por escrito contratos en régimen del tiempo parcial sin limitación alguna, esta causal, se ampara para tener en cuenta que en este caso concreto la Empresa Prestadora de Servicios Grau Sociedad Anónima; se encuentra bajo los alcances del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo setecientos veintiocho.

Quinto: Que, en efecto teniendo en cuenta lo expresado en los considerandos precedentes; y respecto a la inaplicación del artículo cincuentidós del Reglamento del Texto Único Ordenado del Decreto Supremo cero cero uno – noventiséis – TR, que determina que la acción indemnizatoria se da en el caso del despido arbitrario y habiendo quedado establecido la existencia de una caso el despido arbitrario y sin la debida causa justa de despido, por no serlo el retiro de confianza y conforme a lo expresado precedentemente; corresponde la aplicación de la premisa mayor contenida en la citada norma al presente supuesto de hecho de despido por retiro de confianza que no representa causa justificada de despido.

RESOLUCIÓN:

Por estos fundamentos, declararon FUNDADO el recurso de casación de fojas ciento sesenta interpuesto por CARLOS ENRIQUE CUEVA PALACIOS, en consecuencia CASARON la sentencia de vista de fojas ciento cincuentiséis su fecha dos de octubre de dos mil, y actuando en sede de instancia CONFIRMARON en todos sus extremos la sentencia de primera instancia de fojas ciento treintiocho su fecha catorce de agosto del dos mil, que declara fundada en parte la demanda; con lo demás que contiene, ORDENARON que el texto de la presente resolución se publique en el Diario Oficial El Peruano; en los seguidos contra la Empresa Prestadora de Servicios Grau Sociedad Anónima sobre indemnización por despido arbitrario y pago de beneficios sociales; y los devolvieron.

SS. ROMÁN S.; OLIVARES S.; VILLACORTA R.; LLERENA H.; ANCHANTE A.

ANEXO 6

Lunes 31 de octubre de 2016

Superiores, pronunciadas en casos objetivamente similares, siempre que dicha contradicción esté referida a una de las causales anteriores. **Tercero:** Asimismo, conforme a lo previsto en el artículo 58° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, es requisito que la parte recurrente fundamente con claridad y precisión las causales descritas en el artículo 56° de la mencionada ley, y según el caso sustente: **a)** Qué norma ha sido indebidamente aplicada y cuál es la que debió aplicarse, **b)**Cuál es la correcta interpretación de la norma, **c)**Cuál es la norma inaplicada y por qué debió aplicarse, y **d)**Cuál es la similitud existente entre los pronunciamientos invocados y en qué consiste la contradicción; debiendo la Sala Casatoria calificar estos requisitos y, si los encuentra conformes, en un solo acto, debe pronunciarse sobre el fondo del recurso. En el caso que no se cumpla con alguno de estos requisitos, lo declarará improcedente. **Cuarto:** Se aprecia del escrito de demanda, que corre en fojas setenta y seis a noventa y uno, que la actora solicita la desnaturalización de los contratos de servicios no personales desde el uno de abril de dos mil uno hasta el treinta de abril de dos mil tres; en consecuencia, se consideren como un contrato de naturaleza laboral a plazo indeterminado. Asimismo, pretende el pago de los siguientes conceptos: Compensación por Tiempo de Servicios (CTS), vacaciones no gozadas, gratificaciones de julio y diciembre; así como el pago del Bono jurisdiccional, más intereses legales y financieros. **Quinto:** La entidad recurrente denuncia como causal de su recurso, **infracción normativa del inciso 2) del artículo**

48° de la Ley N° 26636. Sexto: Respecto a la causal denunciada debemos decir que el recurso de casación es eminentemente formal y procede solo por las causales taxativamente prescritas en el artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, en ese sentido, al no estar contemplada la causal de **infracción normativa del inciso 2) del artículo 48° de la Ley N° 26636**, norma de carácter procesal, como causal de casación en el artículo 56° de la Ley antes citada; deviniendo lo invocado en **improcedente**. Por estas consideraciones, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 58° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021: **DECLARARON IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por el Procurador Público encargado de los asuntos judiciales de la entidad demandada, **Poder Judicial**, mediante escrito de fecha veintidós de setiembre de dos mil quince, que corre en fojas doscientos sesenta y uno a doscientos sesenta y tres; y **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; en el proceso ordinario laboral seguido por la demandante, **Consuelo Eudisia Salcedo Sánchez**, sobre desnaturalización de contratos y otros; intervinendo como ponente el señor juez supremo **Yrivarren Fallaque** y los devolvieron. S.S. YRIVARREN FALLAQUE, CHAVES ZAPATER, ARIAS LAZARTE, DE LA ROSA BEDRIÑANA, MALCA GUAYLUPO **W-1445575-295**

CAS. N° 18450-2015 LIMA

Reposición por despido incausado y otros. **PROCESO ORDINARIO - NLPT. SUMILLA:** No corresponde otorgar indemnización por despido arbitrario a los trabajadores que siempre ocuparon puestos de confianza, de conformidad con el artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N°

728, que rige el régimen de la actividad privada. Lima, veintitrés de agosto de dos mil dieciséis. **VISTA;** la causa número dieciocho mil cuatrocientos cincuenta, guion dos mil quince, guion **LIMA**, en audiencia pública de la fecha; intervinendo como **ponente**, el señor juez supremo **Arias Lazarte**, con la adhesión de la señora

jueza suprema Mac Rae Thays y los votos singulares de los señores jueces supremos Arévalo Vela y Chaves Zapater; y el **voto en discordia** del señor juez supremo **Yrivarren Fallaque**, con la adhesión de los señores jueces supremos De La Rosa Bedriñana y Malca Guaylupo; y luego de producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia: **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante, **Oscar Martín Romero Aquino**, mediante escrito presentado el catorce de setiembre de dos mil quince, que corre en fojas quinientos a quinientos veinte, contra la **Sentencia de Vista** de fecha veintiuno de agosto de dos mil quince, que corre en fojas cuatrocientos sesenta y nueve a cuatrocientos noventa y cuatro, que **confirmó la Sentencia apelada** de fecha treinta y uno de marzo de dos mil quince, que corre en fojas trescientos dieciséis a trescientos treinta y cuatro, que declaró infundada la demanda; en el proceso seguido con la demandada, **Universidad Inca Garcilaso de la Vega** (en adelante **La Universidad**), sobre reposición por despido incausado y otros. **CAUSALES DEL RECURSO:** El presente recurso de casación ha sido declarado

procedente mediante resolución de fecha siete de abril de dos mil dieciséis, que corre en fojas ciento nueve a ciento trece del cuaderno de casación, por las siguientes causales de infracción normativa: **i) Por inaplicación del artículo 27° de la Constitución Política del Perú y ii) Por inaplicación del artículo 38° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728°, Ley de Productividad y Competitividad, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR**, por lo que corresponde a esta Sala

Suprema emitir pronunciamiento de fondo al respecto. **CONSIDERANDO: Primero: Antecedentes** ii.1 Don **Oscar Martín Romero Aquino (demandante)**, interpone demanda¹ proponiendo como **pretensión principal** se declare que su despido fue incausado y se ordene su reposición al cargo de trabajador administrativo estable (Abogado Especializado en Legislación Universitaria) y el pago de las remuneraciones dejadas de percibir a partir del doce de junio de dos mil catorce hasta su real reposición, el depósito de la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS), más los intereses legales correspondientes, con costas y costos del proceso; como **pretensión subordinada**, solicita el pago de una indemnización por despido arbitrario por la suma de tres millones quinientos sesenta y un mil setecientos diez con 40/100 nuevos soles (S/3,561,710.40), más los intereses legales correspondientes, con costas y costos del proceso. ii.2 El **demandante** señala que ingresó a laborar a la **Universidad** con fecha veintidós de octubre de dos mil cuatro, bajo la modalidad de contrato de trabajo por servicio específico; posteriormente, a partir del nueve de marzo de dos mil nueve, suscribió contrato de trabajo a plazo indeterminado hasta que fue despedido sin mediar causa justa el doce de junio de dos mil catorce, con una remuneración mensual de doscientos noventa y seis mil ochocientos nueve con

20/100 nuevos soles (S/296,809.20); señala que fue contratado para prestar labores como Abogado Especialista en Legislación Laboral, luego, en atención a la Resolución Rectoral N° 628-2004-RUIV de fecha veinticinco de octubre de dos mil cuatro, se le designó en el cargo de Secretario General de la **Universidad**, a partir del dos de noviembre de dos mil cuatro, el cual es un cargo de confianza que desempeñó hasta la fecha de su cese; sin embargo, refiere que ingresó a laborar en la condición de trabajador administrativo, y que si bien luego se le encargó temporalmente el cargo de confianza mencionado, su condición de trabajador administrativo estable nunca lo perdió. ii.3 Mediante Sentencia² emitida por el Décimo Quinto Juzgado Especializado en la Nueva Ley Procesal de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha treinta y uno de marzo de dos mil quince, se declaró infundada la demanda por considerar que el actor fue contratado para desempeñarse en el cargo de confianza de Secretario General, cargo que además por su naturaleza, reviste tal carácter especial de plena confianza, lo cual además era de pleno conocimiento del actor, por tanto el cese del actor se sustentó válidamente en la causal del retiro de confianza, al considerarse ello como causal válida para la extinción del vínculo laboral, por la situación especial de los trabajadores de confianza y la imposibilidad de brindarle la protección restitutoria o resarcitoria, por lo que concluye que no le asiste al actor el derecho al pago de la indemnización por despido arbitrario. ii.4 La Sentencia³ de Vista expedida por la Tercera Sala Laboral de la mencionada Corte Superior de Justicia, de fecha veintiuno de agosto de dos mil quince, confirmó la sentencia apelada al considerar que el cese del actor se dio al haberse retirado la confianza, por ende, no se evidencia la existencia de un despido incausado ni arbitrario, en su condición de trabajador de confianza. **Segundo: Constitución y régimen jurídico de los trabajadores de confianza** 2.1 El artículo 2° incisos 14 y 15 de la Constitución Política del Perú señala, respectivamente, que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público, y que toda persona tiene derecho a trabajar libremente con sujeción a la ley. De la misma forma, la Constitución (artículo 27°) establece un mandato constitucional de protección frente al despido arbitrario. 2.2 Los trabajadores comunes gozan del derecho de acceder a un puesto de trabajo, tienen establecida en su trabajo y no pueden ser despedidos arbitrariamente, según la STC 0206-2005-AA/TC. Mientras que los que asumen un cargo de confianza están supeditados a la "confianza", valga la redundancia, del empleador. En este caso, el retiro de la misma es invocada por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despedidos por causa grave, que son objetivos. 2.3 En referencia a ello, el artículo 40° de nuestra Constitución alude a los trabajadores de confianza del sector público mas no a los trabajadores de confianza del sector privado, puesto que para ser servidor público se ingresa por concurso público, mientras que para acceder a un cargo de confianza basta que sea designado por el jefe del área, y que se requiera una persona de "confianza" en una institución; si bien el cargo de confianza debe estar previsto en el Cuadro de Asignación de Personal (CAP). Además, el artículo 42° de la Constitución establece que los trabajadores de confianza no pueden sindicalizarse, pues estos ostentan un estatus especial dentro de la institución pública, lo cual los obliga a tener un compromiso mayor que los trabajadores ordinarios. **Tercero:**

Definición de trabajador de confianza 3.1 En nuestro país el tema de los trabajadores de confianza al servicio de un empleador particular originalmente estuvo restringido al caso de los gerentes a que se refería la Ley de sociedades Mercantiles N° 16123, sustituida posteriormente por el Texto Unico Ordenado de la Ley General de Sociedades aprobado por Decreto Supremo N° 003-

85-JUS⁴. 3.2 Recién por Ley N° 24514, artículo quince, se regula lo referente a los trabajadores de confianza en el ámbito privado,

informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales [...].

3.2 Como puede apreciarse, la mayor diferencia existente entre ambas categorías de trabajadores radica en que sólo el personal de dirección tiene poder de decisión y actúa en representación del

estableciendo que sólo podrán ser desempeñados dichos cargos por empleados. Es en virtud del Decreto Legislativo N° 728, en cuyo artículo 43° de su Texto Único Ordenado, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR, que se establece “[...] *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 [...].*” 3.3 El Tribunal Constitucional⁵, con el apoyo de la doctrina especializada, ha considerado que un trabajador de confianza tiene particularidades que lo diferencian de los trabajadores “comunes”, tales como: a) La confianza depositada en él, por parte del empleador; la relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe, como fundamento de esta relación laboral especial. b) Representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones; las mismas que lo ligan con el destino de la institución pública, de la empresa o de intereses particulares de quien lo contrata, de tal forma que sus actos merezcan plena garantía y seguridad. c) Dirección y dependencia; es decir que puede ejercer funciones directivas o administrativas en nombre del empleador, hacerla participe de sus secretos o dejarla que ejecute actos de dirección, administración o fiscalización de la misma manera que el sujeto principal. d) No es la persona la que determina que un cargo sea considerado de confianza. La naturaleza misma de la función es lo que determina la condición laboral del trabajador. e) Impedimento de afiliación sindical, conforme al artículo 42° de la Constitución para los servidores públicos con cargos de dirección o de confianza. El inciso b) del artículo 12° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece que los trabajadores de dirección y de confianza no pueden ser miembros de un sindicato, salvo que en forma expresa el estatuto de la organización sindical lo permita. f) La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, **ésta en cambio es de naturaleza subjetiva**. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes o ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103° de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley. g) El periodo de prueba puede tener una mayor extensión, pues esta se puede extender hasta por 6 meses, incluyendo el periodo inicial de 3 meses para el personal de confianza y en caso ser personal de dirección este puede ser extendido hasta por un (1) año, en ambos casos la ampliación debe constar por escrito en el contrato de trabajo celebrado con el personal de dirección o de confianza. h) No tienen derecho al pago de horas extras, pues el artículo 5 del Decreto Supremo N°

007-2002-TR, TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, establece que el personal de dirección se encuentra excluido de la jornada máxima legal. De igual forma no están sujetos a las disposiciones sobre el registro de control de asistencia y de salida en el régimen laboral de la actividad privada, conforme al Decreto Supremo N° 004-2006-TR en su artículo 1 último párrafo. i) No tienen derecho a una indemnización vacacional. El Decreto Supremo N° 012-92-TR, en su artículo 24, establece: “La indemnización por falta de descanso vacacional a que se refiere el inciso c) del artículo 23° del Decreto Legislativo N° 713, no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional. En ningún caso la indemnización incluye a la bonificación por tiempo de servicios”. 3.3 Nuestra legislación laboral ha regulado la categoría de trabajador de confianza, haciendo una distinción entre personal de dirección y personal de confianza. En ese sentido, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo N° 728, cuyo Texto Único Ordenado fuera aprobado por Decreto supremo N° 003-97-TR (en adelante LPCL) en su artículo 43° establece que “[...] Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o terceros, o que lo sustituye, o comparte con aquel las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de actividad empresarial. **Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o**

empleador, con poderes propios de él. En cambio, el personal de confianza, si bien trabaja en contacto directo con el empleador o con el personal de dirección, y tiene acceso a información confidencial, únicamente coadyuva a la toma de decisiones por parte del empleador o del referido personal de dirección, son sus colaboradores directos. El Tribunal Constitucional –en la sentencia citada– considera que, por su naturaleza, la categoría de trabajador de dirección lleva implícita la calificación de confianza, pero un trabajador de confianza no necesariamente es un trabajador de dirección, en la medida que no tiene poder de decisión ni de representación. 3.3 De otro lado, es de resaltar que el mismo Tribunal Constitucional sostiene que para ser trabajador de confianza se puede llegar de una de las siguientes maneras: a) Aquellos trabajadores contratados específicamente para cumplir funciones propias del personal de confianza y que, en consecuencia, desde el inicio de la relación laboral tienen pleno conocimiento de lo que ello implica (en adelante '**relación laboral de exclusiva confianza**'); y b) Aquellos trabajadores que accedieron a un puesto de trabajo para realizar funciones comunes u ordinarias, pero que posteriormente, por determinados factores, el empleador les asignó el cumplimiento de funciones propias de un trabajador de confianza (en adelante '**relación laboral mixta**'). 3.4 Para calificar a un trabajador de dirección o de confianza conforme a la legislación actual, 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. 3.5 De la misma manera la calificación de dirección o de confianza es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita. Por lo que si un trabajador desde el inicio de sus labores conoce de su calidad de personal de confianza o dirección, o por el hecho de realizar labores que implique tal calificación, estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en su empleo. 3.6 El artículo en referencia debe ser concordado con el artículo 61° del Decreto Supremo 001-96-TR, que preceptúa que los trabajadores cuyos cargos sean indebidamente calificados como de dirección o de confianza, podrán recurrir ante la autoridad judicial para que se deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando la demanda se presente dentro de los 30 días naturales siguientes a la comunicación respectiva. De tal forma que cuando un trabajador es designado como de dirección o de confianza conforme al artículo 59° o 60° de la norma en mención, este tiene habilitada la acción correspondiente, para dejar sin efecto tal calificación. 3.7

Luego de calificada el cargo como de confianza, las consecuencias del cese laboral, dependerá del tipo de trabajador de que se trate. Así: a) *Si estamos frente a un trabajador cuya '**relación laboral es de exclusiva confianza**'* el sólo retiro de la confianza invocada por el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, sin que exista la obligación de indemnizar por el despido. b) *Por el contrario si se trata de un trabajador cuya '**relación laboral sea mixta**'*, es decir que habiendo accedido a un puesto de trabajo para realizar funciones comunes u ordinarias, haya sido promovido por el empleador a la condición de trabajador de confianza, en cuyo caso si se le despide por el retiro de la confianza si cabría no solo la reposición al puesto de trabajador ordinario, o la indemnización por el despido arbitrario, pues el retiro de la confianza debiera tener como lógica consecuencia que regrese a su cargo 'común' de origen y no a que pierda el trabajo. Sobre el particular, en referencia a los trabajadores que son promocionados, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 44°, señala que es factible que un trabajador que realiza funciones ordinarias pueda acceder a puestos de dirección o de confianza mediante promociones; resaltando que tal promoción no debe ser abusiva ni simulada, pues podría atribuirse a un trabajador tal calificación para luego simplemente retirársele la confianza y despedírsele en el transcurso de un tiempo. De forma 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. De esa manera se previene el que la promoción laboral pueda ser mal utilizada generando un abuso del derecho, tal como

lo declara el artículo 44° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, pues este no renuncia a las labores que realizaba, sino que sigue bajo la subordinación de su empleador, sin perder su carácter de trabajador común que ostentaba. Esto en bien de la paz social y armonía de los derechos constitucionales que podrían vulnerarse cuando el empleador abusando del *jus variandi* que posee le retirase la confianza posteriormente al ser promovido. 3.8 No obstante lo antes señalado debe considerarse que la Corte Suprema de la República mediante Casación N°

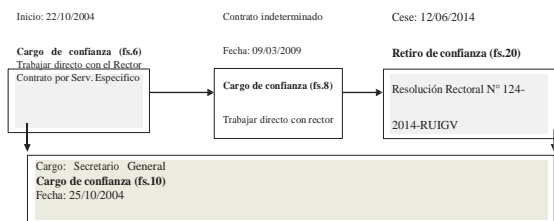
1489-2000-Lima, de fecha primero de diciembre del dos mil, ha considerado que [...] los trabajadores de confianza de empresas que se rigen por las normas de la actividad privada se encuentran igualmente protegidos contra el despido arbitrario, por lo que al

Lunes 31 de octubre de 2016

haber sido despedido sin expresión de causa le corresponde el pago de una indemnización por despido arbitrario [...].⁶ Sobre la base de la casación citada los autores citados sostienen que la apreciación de la Corte suprema permite considerar tres aspectos: a) El retiro de la confianza es un derecho del empleador b) Los trabajadores de confianza tienen una estabilidad laboral relativa, por lo que les corresponde el pago de una indemnización frente al despido arbitrario; y, c) Con el pago de la mencionada indemnización se extingue definitivamente el vínculo laboral. 3.9

En cuanto a la posición asumida por la Corte Suprema, en la referida sentencia casatoria, considero que no resulta cierto que la regla, tratándose de trabajadores de confianza, sea que su cese, cual fuere el motivo, incluyendo el mero retiro de la confianza, de lugar siempre al pago de una indemnización por despido arbitrario. Tal creación jurisprudencial tendría como consecuencia que el acto de celebración del contrato de trabajo para ejercer cargos de confianza contenga **tácitamente** una cláusula de 'indemnización por despido arbitrario', toda vez que siempre que cese el trabajador, sea cual fuere la causa, incluyendo el retiro de confianza, tendría que ser indemnizado por ser arbitrario dicho cese, lo que resultaría absurdo. 3.10 Al respecto cabe señalar que la regla tratándose de los trabajadores de confianza es en sentido inverso, es decir, si el vínculo contractual se extingue por el retiro de confianza no habrá derecho a la indemnización por despido arbitrario, siendo que por excepción ello será posible en los casos en que estemos frente a trabajadores *cuya 'relación laboral sea mixta'*, es decir hayan sido trabajadores comunes y luego promovidos a cargos de confianza, en cuyo caso el retiro de confianza no puede ni debe extinguir el vínculo contractual, sino que debe dar lugar a que el trabajador retorne al puesto de trabajo

'común'. Y si se le despide, con motivo del retiro de la confianza, del cargo de confianza y del cargo 'común' entonces sí correspondería no solo la reposición en el cargo 'común', o la indemnización por despido arbitrario. **Cuarto: Análisis del caso concreto** 4.1 El recurrente presenta su demanda con fecha ocho de julio de dos mil catorce, tras haber sido despedido por la Universidad, mediante carta N° 2065-ORH-RUIGV-2014, de fecha doce de junio. A través de dicha carta se le retira la confianza. El recurrente en su demanda y en sus medios probatorios afirma que: "Ingresó a trabajar con contratos a plazo fijo", "que pasó a la condición de trabajador administrativo en condición de indeterminado" y "la Universidad ha incurrido en despido incausado al asumir, erróneamente, que el retiro de la confianza que depositó en mí al designarme como Secretario General, podía extinguir mi relación laboral con ella, omitiendo considerar que en mi condición inicial era trabajador administrativo (condición que luego se convirtió en estable)". 4.2 En efecto, el periodo laboral, en una **línea de tiempo**, del demandante fue la siguiente:



Designado por Resolución Rectoral N° 628-2004-RUIGV

4.3 De la línea de tiempo citada se puede apreciar que el demandante fue contratado, según Contrato de Trabajo de Servicio Especifico, de fecha veintidós (**viernes**) de octubre del dos mil cuatro, obrante de folios seis a siete, "para desempeñar cargo de confianza", como expresamente se estipula en la cláusula tercera del mismo, en el que se especifica que será para 'trabajar directamente con el señor Rector'. 4.4 Del mismo modo, cuando se celebra el denominado 'Contrato de Trabajo a tiempo indeterminado', su fecha nueve de marzo del dos mil nueve, también se especifica que lo es para que se desempeñe 'cargo de confianza' y que trabaje 'directamente con el señor Rector'. Así consta de la cláusula segunda del documento de folio ocho. 4.5

Por último, tenemos que por Resolución Rectoral N°

628-2004-RUIGV, de fecha veinticinco de octubre del dos mil cuatro (**lunes**), que obra a folio diez, se resuelve designar al actor como Secretario General de la Universidad indicándose que

cargo era de confianza, no solo por sus contratos y designaciones preexistentes, sino por la naturaleza misma del cargo y de la función desempeñada. Y, si bien, en las boletas de folios ciento veintiuno a ciento cuarenta y seis no aparece el cargo referido ni la condición de confianza, ello no cambia la situación en la medida que el actor hasta su cese continuó ejerciendo el mismo cargo, sobre la base de los mismos contratos y Resoluciones Rectorales de designación. 4.8 Si ello es así, el actor inició, continuó y concluyó su trabajo siendo un trabajador de confianza, en cuya condición es incompatible sostener que pueda ser trabajador en condición de indeterminado, toda vez que por su naturaleza los trabajadores de confianza se encuentran sujetos a una relación de naturaleza determinada, situación que conocía plena y absolutamente el actor, desde que su ingreso a trabajar para la **Universidad** lo fue para el cargo de confianza, para trabajar directamente con el Rector, y sólo así se mantuvo durante todo su ciclo laboral, como Secretario General. 4.9 En dicho contexto fáctico, se tiene que el demandante no fue de aquellos trabajadores que accedieron a un puesto de trabajo para realizar funciones comunes u ordinarias, pero que posteriormente, por determinados factores, el empleador les asignó el cumplimiento de funciones propias de un trabajador de confianza; todo lo contrario, el actor es de aquellos trabajadores contratados **específicamente** para cumplir funciones propias del personal de confianza y que, en consecuencia, desde el inicio de la relación laboral tienen pleno conocimiento de lo que ello implica. 4.10 En tal sentido, para el actor la pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; pues a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva, como expresamente lo sostiene el Tribunal Constitucional en la STC N° 3501-2006-PA/ TC. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, que es precisamente el caso del demandante. 4.11 Sostener lo contrario sería admitir que todo trabajador de confianza a quien se le retira la confianza tenga derecho a la indemnización por el despido, lo cual es un absurdo, pues si así fuera todo aquel que contrata a un trabajador de confianza sabrá que al retirarle la confianza le tiene que indemnizar, es decir, el trabajador de confianza estaría en mejor posición que el trabajador común, a quien para indemnizarle se tiene que probar que el despido fue arbitrario, en el caso del de confianza, bajo dicha interpretación, no sería necesario. Dicho de otra forma, en los contratos de trabajadores de confianza habría una cláusula tácita de pago de indemnización por despido arbitrario, por cuanto todo retiro de confianza tendría como consecuencia dicho pago. Tal interpretación no resiste análisis alguno en el marco constitucional y legal actual. 4.12 El único supuesto en el que corresponde la indemnización por despido

arbitrario para un trabajador de confianza es el caso en que el trabajador, siendo trabajador común, haya sido promocionado, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 44°, señala que es factible que un trabajador que realiza funciones ordinarias pueda acceder a puestos de dirección o de confianza mediante promociones; resaltando que tal promoción no debe ser abusiva ni simulada, pues podría atribuirse a un trabajador tal

'desempeñará el cargo bajo la dependencia directa del Rector'. Y, por Resolución Rectoral N° 124-2014-RUIGV, de fecha diez de junio del dos mil catorce, se resuelve retirar la confianza al demandante en el cargo de Secretario General de la Universidad.

4.6 Como puede apreciarse el único y exclusivo cargo que ha tenido el demandante desde que inició su labor en la **Universidad**, hasta que fue despedido, ha sido el de Secretario General de la **Universidad**, y en todos los documentos obrantes en autos lo que se acredita es que dicho cargo era de confianza, que dependía directamente del Rector de la Universidad. 4.7 Lo mismo ocurre con las boletas de pago presentadas como medios probatorios del actor, que obran de folios treinta y siete a ciento veintinueve, en los que aparece de modo expreso o que ejerce el cargo de Secretario general y en la mayoría de ellos, además, se especifica que el cargo es de confianza, pero basta el hecho de que se trate de ocupar el cargo referido para que el actor tenga claro que su

calificación para luego simplemente retirársele la confianza y

despedírsele en el transcurso de un tiempo. En estos casos se indemniza por el hecho de que el retiro de la confianza no debe ni puede importar que el trabajador pierda el empleo, sino única y exclusivamente que retorne a su puesto de trabajo del cargo ordinario o de trabajador común que tiene. 4.12 De otro lado, conforme con el artículo 61° del Decreto Supremo 001-96-TR, que preceptúa que los trabajadores cuyos cargos sean indebidamente calificados como de dirección o de confianza, podrán recurrir ante la autoridad judicial para que se deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando la demanda se presente dentro de los 30 días naturales siguientes a la comunicación respectiva. El actor no acudió a la instancia judicial cuestionando la calificación de cargo de confianza que ostentaba, y trabajó en esa condición por más de diez años, y sólo después del cese presenta la demanda, lo que resulta totalmente extemporáneo e injustificado, tal como lo consideró en el Tribunal Constitucional al resolver el Expediente N° 03926-2007-PA/TC. 4.13 En cuanto a la calificación del cargo de confianza ocupado por el actor, Secretario General de la **Universidad**, es evidente que si conforme al Estatuto de la Universidad, obrante de folios trescientos treinta y ocho a

trescientos cincuenta, es potestad del Rector, conforme al artículo

cuarenta, inciso d) 'nombrar al Gerente General **y demás cargos de confianza**', y en el presente caso el demandante fue designado por el Rector en el cargo de confianza que ostentó durante todo su ciclo laboral, lo que está probado con la Resolución Rectoral de folios ocho a nueve, por tanto no hay duda de tal calificación. Máxime si la contratación se realizó para que el actor 'trabaje directamente con el Rector', tal como aparece establecido en la cláusula tercera del contrato de trabajo de folios seis a siete, de folios ocho, y de las resoluciones rectorales de folios ocho a dieciséis, siendo el Rector el órgano máximo de Dirección Universitario de la **Universidad**, conforme al artículo treinta y cuatro del referido Estatuto. A ello se suma el hecho de que al

demandante se le comunicó por escrito que el puesto que ocuparía era de confianza, y que así fue calificado dicho cargo, lo que expresamente consta del contrato de trabajo y de las resoluciones rectorales citadas, de modo que el actor no puede negar que conocía desde el inicio de su actividad laboral tal situación. A lo que se añade que en las boletas de pago presentadas como medios probatorios del actor, que obran de folios treinta y siete a ciento veintinueve, aparece de modo expreso o que ejerce el cargo de Secretario general y en la mayoría de ellos, además, se especifica que el cargo es de confianza, pero basta el hecho de que se trate de ocupar el cargo referido para que el actor tenga claro que su cargo era de confianza, no solo por sus contratos y designaciones preexistentes, sino por la naturaleza misma del cargo y de la función desempeñada. Y, si bien, en las boletas de folios ciento veintiuno a ciento cuarenta y seis no aparece el cargo referido ni la condición de confianza, ello no cambia la situación en la medida que el actor hasta su cese continuó ejerciendo el mismo cargo, sobre la base de los mismos contratos y Resoluciones Rectorales de designación. Por tanto, la inobservancia de las formalidades en algunas boletas de pago no enerva dicha condición de confianza si de la prueba actuada esta se acredita, tal como lo sostiene el Tribunal Constitucional en la STC N° 3501-

2006 AA/TC. En suma, en el presente se cumplen todos los requisitos para sostener que el cargo desempeñado por el actor durante toda su vida laboral fue de confianza. **Quinto:** Teniendo en cuenta lo señalado en los fundamentos que anteceden, es oportuno referirnos a las infracciones normativas sustentadas por el recurrente en el siguiente sentido: **1.1 Inaplicación del artículo**

27° de la Constitución Política del Perú, señala que el Colegiado Superior al haber inaplicado el Principio de Primacía de la Realidad no solo ha desestimado la reposición como pretensión principal de la demanda, sino también ha desestimado en vía alternativa la indemnización por despido arbitrario, al limitarse en señalar que el cargo que desempeñaba era de confianza a la fecha del cese, sin analizar si la demandada tenía facultades para ejecutar el despido sin causa, y si el recurrente a su fecha de ingreso ocupaba un cargo administrativo o de confianza, como es el de Secretario General. Sobre el particular, conforme lo hemos sostenido anteriormente, está suficientemente probado que todo el ciclo laboral del actor en la Universidad se desarrolló ocupando el puesto de confianza de Secretario General, lo que además se sustenta en la primacía de la realidad, toda vez que así ocurrieron los hechos en la realidad, y sostener lo contrario sería crear una falsa apreciación de los hechos, lo que afectaría la vigencia del mencionado principio que informa al Derecho Laboral. Por tanto la causal deviene en infundada. De otro lado debe considerarse que el artículo 27° de la Constitución Política del Perú establece que

'La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario'. No tratándose el presente caso de un despido arbitrario, en la medida que en el caso de autos estamos frente a una

'situación especial que extingue el contrato de trabajo; pues a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, el retiro de confianza en cambio es de naturaleza subjetiva', y como tal no resultaría factible juzgar el carácter arbitrario ni el despido, por tanto la causal deviene en infundada. **1.2 Inaplicación del artículo 38° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR**, que la norma denunciada señala que para cuantificar la indemnización por despido arbitrario, corresponde a una remuneración y media por cada año completo de servicios o doce remuneraciones como tope, por lo que no existe motivo por el que el Colegiado Superior desestime esta reclamación, solo por el hecho de haber cesado bajo el cargo de confianza como Secretario General; que si bien el retiro de confianza no se encuentra regulado en la ley como causa de cese justificado, y que al desaparecer dicha confianza, no es posible la subsistencia de la relación laboral, esto no supone que el empleador se libere de la indemnización tarifada que refiere la norma denunciada. **Sobre el particular, estando probado la no existencia de despido, en los términos normativos, y menos que se pueda juzgar el carácter arbitrario o no del mismo por las razones señaladas que el cese del actor obedece a una estamos frente a una** 'situación especial que extingue el contrato de trabajo; pues a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, el retiro de confianza en cambio es de naturaleza subjetiva', mal podría resultar aplicable una norma cuyo supuesto de hecho es la pre existencia acreditada de un despido arbitrario. Lo que determina que la causal devenga en infundada. **Sexto:** Cabe precisar, que de acuerdo a los causales declaradas precedentes, como a los fundamentos del recurso de casación, el recurrente se encuentra impugnando el extremo que declaró infundado el pago de la indemnización por despido arbitrario, por lo que la pretensión principal que solicita su reposición que fue

declarada infundada por las instancias de mérito, se encuentra consentida. El tal sentido, nuestra decisión se encuentra limitada a resolver sobre las causales relacionadas con la pretensión subordinada. Por estas consideraciones: **FALLO: Declararon INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante, **Oscar Martín Romero Aquino**, mediante escrito presentado el catorce de setiembre de dos mil quince, que corre en fojas quinientos a quinientos veinte; en consecuencia, **NO**

CASARON la **Sentencia de Vista** de fecha veintiuno de agosto de dos mil quince, que corre en fojas cuatrocientos sesenta y nueve a cuatrocientos noventa y cuatro; y **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; en el proceso seguido con la demandada, **Universidad Inca Garcilaso de la Vega**, sobre reposición por despido incausado y otros y los devolvieron. S.S. AREVALO VELA, MAC RAE THAYS, CHAVES ZAPATER, ARIAS LAZARTE. **EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO AREVALO VELA, ES COMO SIGUE:**

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante, **Oscar Martín Romero Aquino**, mediante escrito presentado el catorce de setiembre de dos mil quince, que corre en fojas quinientos a quinientos veinte, contra la **Sentencia de Vista** de fecha veintiuno de agosto de dos mil quince, que corre en fojas cuatrocientos sesenta y nueve a cuatrocientos noventa y cuatro, que **confirmó la Sentencia apelada** de fecha treinta y uno de marzo de dos mil quince, que corre en fojas trescientos dieciséis a trescientos treinta y cuatro, que declaró infundada la demanda; en el proceso seguido con la demandada, **Universidad Inca Garcilaso de la Vega**, sobre reposición por despido incausado y otros **CAUSALES DEL RECURSO:** Por resolución de fecha siete de abril de dos mil dieciséis, que corre en fojas ciento nueve a ciento trece del cuaderno de casación, por las siguientes causales de infracción normativa: **i) Por inaplicación del artículo 27° de la Constitución Política del Perú y ii) Por inaplicación del artículo 38° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728°, Ley de Productividad y Competitividad, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR**, por lo que corresponde a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento de fondo sobre dichas causales.

CONSIDERANDO: **Primero:** Vía judicial Se aprecia en la demanda que corre en fojas ciento cuarenta y ocho, subsanada en fojas ciento setenta y ocho, se advierte que el actor solicita como pretensión principal que se declare que su despido fue incausado, en consecuencia, se ordene su reposición como trabajador administrativo estable, más el pago de las remuneraciones dejadas de percibir desde el doce de junio de dos mil catorce hasta la fecha de su reposición; asimismo pide que se le deposite su compensación por tiempo de servicios correspondiente al periodo en que este despedido, más el pago de los intereses legales, costas y costos del proceso. Con la sentencia de fecha treinta y uno de marzo de dos mil quince, que corre en fojas trescientos dieciséis, el Juez del Décimo Quinto Juzgado Especializado en la Nueva Ley Procesal del Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Lima, declaró infundada la demanda; y mediante Sentencia de Vista de fecha veintiuno de agosto de dos mil quince, que corre en fojas cuatrocientos sesenta y nueve el Colegiado de la Tercera Sala Laboral Permanente de la mencionada Corte Superior confirmó la sentencia apelada por considerar que del análisis de los autos se advierte que el cese del actor se dio al habersele retirado la confianza, y que por tanto no se evidencia la existencia de un despido incausado ni arbitrario.

Segundo: La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre la Sala Superior al emitir una resolución, originando con ello que la parte que se considere afectada por la misma, pueda interponer el respectivo recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa quedan comprendidas en la misma las causales que anteriormente contemplaba el artículo 56° de la antigua Ley Procesal del Trabajo, **Ley N° 26636**, relativas a la interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, incluyendo además otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo. **Tercero:** Antes de emitir pronunciamiento sobre las causales declaradas precedentes, este Supremo Tribunal considera pertinente analizar el tema de los trabajadores de confianza y de dirección. **Personal de dirección**, es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquel las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial, conforme el primer párrafo del artículo 43° del Decreto Supremo N° 003-97-TR. Por otro lado, **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, conforme lo prevé el segundo párrafo del artículo

necesario precisar que todo trabajador, sea que ocupe un puesto llamado de dirección o de confianza, en la práctica debe contar con la confianza de su empleador. **Cuarto:** Sobre la **infracción normativa por inaplicación del artículo 27° de la Constitución Política del Perú**, debo señalar que la causal de inaplicación de una norma de derecho material, es denominado por la doctrina como **error normativo de percepción**, ocurre cuando el órgano jurisdiccional no logra identificar la norma pertinente para resolver

43° del Decreto Supremo N° 003-97-TR. Las definiciones antes expresadas derivan de la legislación nacional, sin embargo, es

el caso que está analizando, razón por la cual no la aplica⁸; en efecto, esta causal está vinculada a la omisión por parte del órgano jurisdiccional en utilizar un determinado enunciado normativo que de manera inequívoca regula el supuesto fáctico objeto del litigio. En el citado artículo 27°, se dispone lo siguiente: "(...) *La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario*". **Quinto:** El demandante en declaración asimilada señala que laboró para la demandada desde el veintidós de octubre de dos mil cuatro al doce de junio de dos mil catorce, habiendo ocupado el cargo de abogado especializado en legislación universitaria y de Secretario General. El demandante admite que a partir del dos de noviembre de dos mil cuatro asumió el cargo de confianza como Secretario General, lo que se corrobora con la Resolución Directoral N° 628-2004-RUIGV que corre en fojas ocho. En fojas veintitrés corre Resolución Rectoral N° 124-2014-RUIGV de fecha diez de junio de dos mil catorce, donde consta que se le retiró la confianza en el cargo de Secretario General a partir del diez de junio de dos mil catorce. El demandante alega que fue contratado como trabajador administrativo estable, sin embargo no ha demostrado que haya realizado estas labores ni la de abogado especializado en legislación universitaria, pues, de los contratos, recibos de pagos y demás documentos que corren en autos se determina que siempre ocupó el cargo de confianza de Secretario General en la que dependió directamente del Rector de la Universidad. **Sexto:** El Juez Supremo que suscribe considera que los trabajadores comunes u ordinarios gozan de estabilidad en su trabajo y no pueden ser despedidos sino por causa prevista en la ley; mientras que los trabajadores que asumen un cargo de confianza, están supeditados a la "confianza" de su empleador, por lo que el retiro de la misma constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave que son objetivos. En el presente caso, tenemos que el demandante siempre se desempeñó en el cargo de confianza de Secretario General, por lo que aplicando el criterio antes descrito, se concluye que el retiro de la confianza por parte del Rector de la Universidad demandada, no constituye un despido arbitrario sino una situación especial de extinción del vínculo laboral. **Sétimo:** Sobre el tema materia de análisis el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 1042-2007-PA/TC de fecha nueve de junio de dos mil nueve, ha establecido lo siguiente: "(...) 3. *La designación en un cargo de confianza es una acción administrativa por la cual una persona asume cargos de responsabilidad directa o de confianza con carácter temporal que no conlleva la estabilidad laboral. En el presente caso, el recurrente tenía pleno conocimiento que el cargo al que fue designado mediante Resolución N° 018-06-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 referida designación (...)*". Este criterio lo mantiene el Tribunal Constitucional, tal como se aprecia de las sentencias recaídas en los Expedientes Nos. 641-2010-PA/TC de fecha dieciocho de agosto de dos mil diez, 1012-2010-PA/TC de fecha doce de abril de dos mil once, 3285-2013-PA/TC de fecha veintitrés de julio de dos mil catorce, entre otros. Como se puede apreciar para el supremo interprete de la Constitución, la terminación del vínculo laboral que tiene como motivo o causa el retiro de confianza del empleador, no supone un despido arbitrario, criterio que coincide con el que tiene el Juez Supremo que suscribe. **Octavo:** De lo expuesto precedentemente, se concluye que no se ha configurado el despido arbitrario del recurrente, por lo que no resulta aplicable el artículo 27° de la Constitución Política del Perú; por lo expuesto esta causal deviene en **infundada**. **Noveno:** En cuanto a la **infracción normativa por inaplicación del artículo 38° del Decreto Supremo N° 003-97- TR**, debo decir que el citado dispositivo legal textualmente señala: "(...) *La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba*". **Décimo:** El citado artículo está referido a la forma de cálculo de la indemnización por despido arbitrario, sin embargo, el mismo no resulta aplicable al caso *sub examine*, toda vez que ha quedado establecido que no se ha producido el despido arbitrario del actor; razón por la que esta causal deviene en **infundada**. **Décimo Primero:** Por la presente dejo constancia que de conformidad con el artículo 22° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, me aparto de criterios anteriores referidos a la terminación del vínculo laboral del trabajador de confianza que tiene como causa el retiro de confianza del empleador. Por las consideraciones expuestas: **MI VOTO** es porque se declare **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante, **Oscar Martín Romero Aquino**,

mediante escrito presentado el catorce de setiembre de dos mil quince, que corre en fojas quinientos a quinientos veinte; en consecuencia, **NO SE CASE** la **Sentencia de Vista** de fecha veintinueve de agosto de dos mil quince, que corre en fojas cuatrocientos sesenta y nueve a cuatrocientos noventa y cuatro; y se **ORDENE** la publicación del texto de la presente resolución en el diario oficial "El Peruano"; en

el proceso seguido con la demandada, **Universidad Inca Garcilaso de la Vega**, sobre reposición por despido incausado y otros y se devuelvan. **S.S. AREVALO VELA EL VOTO SINGULAR DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO CHAVES ZAPATER, ES COMO SIGUE: Primero:** Mediante el auto de calificación de la presente causa de fecha siete de abril del dos mil dieciséis, que corre en fojas ciento nueve del cuaderno de casación, se tiene que se ha calificado el recurso de casación interpuesto por el demandante por las causales de infracción normativa por: i) inaplicación del artículo 27 de la constitución Política del Perú e ii) inaplicación del artículo 38° del Texto Único ordenado del Decreto Legislativo N°

728. Misma normatividad que ampara y otorga una adecuada protección al trabajador contra el despido arbitrario. **Segundo:** Es verdad que en casaciones anteriores, tal como la N° 15156-2014 (mencionada en el voto en discordia del presente proceso), del tres de agosto de dos mil quince, el suscrito ha aceptado la posición que, si un trabajador de confianza es despedido, sin que tal decisión halle sustento en hecho objetivo relacionado con su capacidad o conducta, le corresponde una tutela indemnizatoria. Sin embargo, tal posición, al tener como requisito sine qua non la sustentación de la misma en un "hecho objetivo", requiere y exige un análisis particular, sobre las circunstancias en las que se produjo dicho despido. **Tercero:** Vale recalcar, que tal decisión se adoptó y se seguirá adoptando tratándose de trabajadores que ingresen en esta categoría atendiendo a su responsabilidad, cargo y funciones encomendadas que los coloca en la posición "de confianza" frente a la empresa, siempre y en cuando se demuestre, como se hace referencia en el párrafo anterior, que dicho despido realmente fue arbitrario, ajeno a la capacidad y desempeño del trabajador de confianza. **Cuarto:** Siendo así, en el caso presente, el suscrito examinó los medios probatorios obtenidos durante el proceso y mediante los cuales se advierte que: 1.- Conforme al estatuto de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega, que obra en la hoja 338, se trata de una asociación civil, sin fines de lucro y dedicada a la educación superior. 2.- Mediante Resolución N° 789-2014-ANR del 15 de mayo de 2014 de fojas

403 y la Resolución N° 878-2014-ANR del 19 de mayo del 2014 de fojas 429, la Asamblea Nacional de Rectores decidió intervenir tal Universidad, dadas las graves irregularidades académicas y administrativas, suspendiendo en sus funciones al rector y vicerrector, conformándose una comisión de orden y gestión, que hará las veces de consejo y asamblea universitaria. No pasa desapercibido, que uno de los fundamentos de tal decisión fue el haber adoptado acuerdos contrarios a la finalidad no lucrativa de la Universidad. 3.- Asimismo, se advierte de las resoluciones rectorales de fojas 10 y siguientes que el rector Luis Cervantes Liñan designó en el cargo de Secretario General de la Universidad al demandante Mario Romero Aquino desde el inicio de su relación laboral, esto es el 22 de octubre del 2004, a quien luego de los sucesos precitados, se le retiró la confianza y por lo tanto se le cesó el 10 de Junio de 2014, según es de verse del folio 29. 4.- Hizo constar el jefe de Recursos Humanos de la Universidad Inca Garcilaso de la Vega a fojas 22, que el demandante percibía una remuneración mensual en los 2009 a 2011, cuya renta bruta oscilaba entre los S/. 91, 461.81 y S/. 728, 883.46, así como también, se verifica lo mismo de sus boletas de pago obrantes de fojas 37 a 147, siendo este particular justamente una de las irregularidades advertidas por la Asamblea Nacional de Rectores. Y es a consecuencia de esta última remuneración, obrante de fojas 149, la misma que asciende a s/. 296 809.20, la que permite cuantificar al demandante su indemnización en la suma ascendente de s/. 3 561 710.40 nuevos soles, al estimar que su despido fue arbitrario. **Quinto:** Por lo que, las precitadas circunstancias, configuran un matiz especial, que permite al suscrito distinguir este caso particular de la generalidad, esto es, de aquellos otros en que se despide a personal de confianza sin razonable sustento. Con las razones expuestas, suscribo el voto de los señores jueces supremos, Arévalo Vela y Arias Lazarte, quienes proponen se declare infundado el recurso de casación interpuesto por el demandante. **S.S. CHAVES ZAPATER EL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO YRIVARREN FALLAQUE, CON LA ADHESIÓN DE LOS SEÑORES JUECES SUPREMOS DE LA ROSA BEDRIÑANA Y MALCA GUAYLUPO, ES COMO SIGUE: MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante, **Oscar Martín Romero Aquino**, mediante escrito presentado el catorce de setiembre de dos mil quince, que corre en fojas quinientos a quinientos veinte, contra la **Sentencia de Vista** de fecha veintiuno de agosto de dos mil quince, que corre en fojas cuatrocientos sesenta y nueve a cuatrocientos noventa y cuatro, que **confirmó** la **Sentencia de primera instancia** de fecha treinta y uno de marzo de dos mil

quince, que corre en fojas trescientos dieciséis a trescientos treinta y cuatro, que declaró infundada la demanda; en el proceso seguido con la demandada, **Universidad Inca Garcilaso de la Vega**, sobre reposición por despido incausado y otros **CAUSALES DEL RECURSO:** El presente recurso de casación ha sido declarado procedente mediante resolución de fecha siete de abril de dos mil dieciséis, que corre en fojas ciento nueve a ciento trece del cuaderno de casación, por las siguientes causales de infracción normativa: *i)*

Por inaplicación del artículo 27° de la Constitución Política del Perú y ii) Por inaplicación del artículo 38° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, por lo que corresponde a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento de fondo sobre dichas causales. CONSIDERANDO: **Primero: Antecedentes Judiciales.** Según escrito de demanda que corre en fojas ciento cuarenta y ocho a ciento setenta y uno, subsanada en fojas ciento setenta y ocho a doscientos nueve, el accionante, **Oscar Martín Romero Aquino**, interpone despido incausado a efecto se ordene su reposición al cargo de trabajador administrativo estable (Abogado Especializado en Legislación Universitaria) y el pago de las remuneraciones dejadas de percibir a partir del doce de junio de dos mil catorce hasta su real reposición, el depósito de la Compensación por Tiempo de Servicios (CTS), más los intereses legales correspondientes, con costas y costos del proceso; como pretensión subordinada, solicita el pago de una indemnización por despido arbitrario por la suma de tres millones quinientos sesenta y un mil setecientos diez con 40/100 nuevos soles (S/.3'561,710.40), más los intereses legales correspondientes, con costas y costos del proceso. El recurrente señala que ingresó a laborar a la Universidad Inca Garcilaso de la Vega con fecha veintidós de octubre de dos mil cuatro, bajo la modalidad de contrato de trabajo por servicio específico; posteriormente, a partir del nueve de marzo de dos mil nueve, suscribió contrato de trabajo a plazo indeterminado hasta que fue despedido sin mediar causa justa el doce de junio de dos mil catorce, con una remuneración mensual de doscientos noventa y seis mil ochocientos nueve con 20/100 nuevos soles (S/.196,809.20); señala que fue contratado para prestar labores como Abogado Especialista en Legislación Laboral, luego, en atención a la Resolución Rectoral N° 628-2004-RUIV de fecha veinticinco de octubre de dos mil cuatro, se le designó en el cargo de Secretario General de la universidad demandada, a partir del dos de noviembre de dos mil cuatro, el cual es un cargo de confianza que desempeñó hasta la fecha de su cese; sin embargo, refiere que ingresó a laborar en la condición de trabajador administrativo, y que si bien luego se le encargó temporalmente el cargo de confianza mencionado, su condición de trabajador administrativo estable nunca lo perdió. **Segundo:** Mediante Sentencia emitida por el Juez del Décimo Quinto Juzgado Especializado en la Nueva Ley Procesal de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha treinta y uno de marzo de dos mil quince, que corre en fojas trescientos dieciséis a trescientos treinta y cuatro, se declaró infundada la demanda; asimismo, la Sentencia de Vista expedida por la Tercera Sala Laboral de la mencionada Corte Superior de Justicia, de fecha veintiuno de agosto de dos mil quince, que corre en fojas cuatrocientos sesenta y nueve a cuatrocientos noventa y cuatro, confirmó la sentencia apelada. Las instancias de mérito señalan que el demandante fue contratado desde un inicio para desempeñarse en el cargo de confianza de Secretario General de la universidad demandada, por lo que no cabe la configuración del despido incausado ni arbitrario, pues su cese se sustentó válidamente en la causal de retiro de confianza, lo cual consideran como válido para la extinción del vínculo laboral por la situación especial de los trabajadores de confianza, en ese sentido, no le corresponde la protección restitutoria (reposición) o resarcitoria (indemnizatoria). **Tercero:** La infracción normativa podemos conceptualizarla como la afectación a las normas jurídicas en que incurre la Sala Superior al emitir una resolución que pone fin al proceso, dando lugar a que la parte que se considere afectada pueda interponer su recurso de casación. Respecto de los alcances del concepto de infracción normativa, quedan subsumidos en el mismo las causales que fueron contempladas anteriormente en el artículo 386° del Código Procesal Civil, relativas a interpretación errónea, aplicación indebida e inaplicación de una norma de derecho material, además, incluye otro tipo de normas como son las de carácter adjetivo. **Cuarto:** En el caso de autos, el recurrente fundamenta las infracciones normativas en el siguiente sentido: I. **Inaplicación del artículo**

27° de la Constitución Política del Perú, señala que el Colegiado Superior al haber inaplicado el Principio de Primacía de la Realidad no solo ha desestimado la reposición como pretensión principal de la demanda, sino también ha desestimado en vía alternativa la indemnización por despido arbitrario, al limitarse en señalar que el cargo que desempeñaba era de confianza a la fecha del cese, sin analizar si la demandada tenía facultades para ejecutar el despido sin causa, y si el recurrente a su fecha de ingreso ocupaba un cargo administrativo o de confianza, como es el de Secretario General. II. **Inaplicación del artículo 38° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR**, que la norma denunciada señala que para cuantificar la indemnización por despido arbitrario, corresponde a una remuneración y media por cada año completo de servicios o doce remuneraciones como tope, por lo que no existe motivo por el que el Colegiado Superior desestime esta reclamación, solo por el hecho de haber cesado bajo el cargo de confianza como Secretario General; que si bien el retiro de confianza no se encuentra regulado en la ley como causa

de cese justificado, y que al desaparecer dicha confianza, no es posible la subsistencia de la relación laboral, esto no supone que el empleador se libere de la indemnización tarifada que refiere la norma denunciada. **Quinto:** Cabe precisar, que de acuerdo a los causales declaradas procedentes, como a los fundamentos del recurso de casación, el recurrente se encuentra impugnando el extremo que declaró infundado el pago de la indemnización por despido arbitrario, por lo que la pretensión principal que solicita su reposición que fue declarada infundada por las instancias de mérito, se encuentra consentida. **Sexto:** En cuanto a la causal de **inaplicación del artículo 27° de la Constitución Política del Perú y del artículo 38° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-**

97-TR. La inaplicación de una norma de derecho material se configura cuando se deja de aplicar un precepto que contiene la hipótesis que describe el presupuesto fáctico establecido en el proceso, lo que implica un desconocimiento de la ley aplicable al caso; asimismo, cuando se denuncia la causal de inaplicación de una norma de derecho material, no basta invocar la norma o normas inaplicadas, sino que se debe demostrar la pertinencia del precepto a la relación fáctica establecida en las Sentencias de mérito y cómo su aplicación modificaría el resultado del juzgamiento. **Sétimo:** Se debe considerar que el derecho al trabajo se encuentra reconocido por el artículo 22° de la Constitución Política del Perú cuyo contenido esencial implica dos aspectos: el de acceder a un puesto de trabajo y a no ser despedido sino por causa justa, respecto a este último, el artículo

27° de la referida norma constitucional prevé que: *“La ley otorga protección adecuada contra el despido arbitrario”*; es decir, que el trabajador cuando sea objeto de un despido que carece de causa o motivo, la ley le otorgará una “adecuada protección”, debiendo entenderse que este derecho es de configuración legal, lo que significa que el legislador se encargará de proveer criterios mínimos de proporcionalidad para su aplicación⁹. Además de lo señalado, también debe agregarse lo dispuesto en el artículo 23° de la Constitución Política del Perú, el cual señala que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, lo que implica abordar cualquier controversia surgida entre trabajador y empleador al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral. **Octavo:** A nivel legislativo, si bien el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N°

003-97-TR no prevé la extinción unilateral del vínculo laboral del trabajador de confianza o dirección; sin embargo, debe de tenerse presente lo dispuesto en el artículo 22° del mencionado texto normativo, el cual señala que para despedir a un trabajador de la actividad privada que labore cuatro horas o más, es indispensable la existencia de una causa justa contemplada en la ley, la cual tiene que estar relacionada a la capacidad o conducta del mencionado trabajador, siendo el caso que la alegación de “retiro de confianza” no se encuentra reconocida como una de estas. Cabe precisar, que el artículo 10° del referido Texto Único Ordenado señala que el período de prueba es de tres (03) meses, y a cuyo término, el trabajador tiene derecho a la protección contra el despido arbitrario, siendo para el caso de los trabajadores de confianza, que dicho período puede ampliarse hasta seis (06) meses. **Noveno:** Estando a lo señalado, el Colegiado Superior debió aplicar lo dispuesto en el artículo 34° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, y por consiguiente otorgar la indemnización por despido arbitrario dispuesta en el artículo 38° del mismo cuerpo normativo, la cual fija el monto máximo indemnizatorio equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones; en razón que las normas mencionadas no hacen ninguna diferencia de trato entre trabajadores de confianza o dirección y aquellos que no tienen dicha condición. **Décimo:** En consecuencia, si a los trabajadores que tienen la condición “de confianza” se les invoca la “pérdida de confianza”, como causal de despido, sin estar sustentada en un hecho objetivo relacionado a su capacidad o conducta conforme a los artículos 23° y 24° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, les corresponderá el otorgamiento de la tutela indemnizatoria que dispone la normas denunciadas por el recurrente, por tanto las infracciones normativas referidas en el considerando sexto son **fundadas**. **Décimo Primero:** La presente resolución se emite de conformidad con la reiterada jurisprudencia emitida por esta Sala Suprema, tal como las recaídas en las Casaciones Laborales Nos.

15156-2014-LIMA y 13810-2014-LIMA, de fechas tres de dos mil dos mil quince y veintitres de marzo de dos mil quince, respectivamente. Por estas consideraciones: **NUUESTRO VOTO** es porque se declare **FUNDADO** el recurso de casación interpuesto por el demandante, **Oscar Martín Romero Aquino**, mediante escrito presentado el catorce de setiembre de dos mil quince, que corre en fojas quinientos a quinientos veinte; en consecuencia, **SE CASE** la **Sentencia de Vista** de fecha veintiuno de agosto de dos mil quince, que corre en fojas cuatrocientos sesenta y nueve a

cuatrocientos noventa y cuatro; *y actuando en sede de instancia: SE REVOQUE* la Sentencia de primera

instancia de fecha treinta y uno de marzo de dos mil quince, que corre en fojas trescientos dieciséis a trescientos treinta y cuatro, que declaró infundada la demanda, y **REFORMÁNDOLA** se declare **FUNDADA** la demanda sobre la pretensión subordinada de indemnización por despido arbitrario, más los intereses legales, con costas y costos del proceso; **SE ORDENE** que la liquidación del concepto otorgado se efectúe por el Juez de primera instancia en ejecución de Sentencia; y **SE DISPONGA** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; en el proceso seguido con la demandada, **Universidad Inca Garcilaso de la Vega**, sobre reposición por despido incausado y otros y se devuelvan. S.S. YRIVARREN FALLAQUE, DE LA ROSA BEDRINANA. MALCA GUAYLUPO

¹ Fs. 148 a 171, subsanada en fojas 178 a 209

² Fs. 316 a 334

³ Fs. 469 a 494

⁴ AREVALO VELA, Javier y YNAMI GARCIA Suhel. *Diálogo con la jurisprudencia* N° 112, Gaceta Jurídica, p. 29.

⁵ STC 03501-2006-AA/TC

⁶ AREVALO VELA, Javier y otra. *Idem*, p. 31.

⁷ STC 3501-2006-PA/TC

⁸ MONROY GÁLVEZ, Juan. *Apuntes para un estudio sobre el Recurso de Casación en el Proceso Civil Peruano*. En Revista Peruana de Derecho Procesal N° I, Lima-Perú, Setiembre 1997, p. 30.

⁹ CASACIÓN N° 607-2013-JUNÍN emitida por la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, de fecha treinta de setiembre de dos mil trece.

W-1445575-296

CAS. N° 18600-2015 LIMA

Nulidad de despido y otro. PROCESO ORDINARIO. Lima, veinte de junio de dos mil dieciséis. **VISTO** y **CONSIDERANDO**: **Primero**: El recurso de casación interpuesto por la demandada, **Compañía Minera e Industrial Sagitario S.A.**, mediante escrito de fecha veinticuatro de setiembre de dos mil quince, que corre en fojas trescientos tres a trescientos trece, contra la **Sentencia de Vista** de fecha diez de agosto de dos mil quince, que corre en fojas doscientos ochenta y cinco a doscientos noventa y tres, que **confirmó** la Sentencia apelada contenida en la resolución de fecha veintitrés de diciembre de dos mil trece, que corre en fojas doscientos tres a doscientos doce, que declaró **fundada en parte** la demanda; cumple con los requisitos de forma contemplados en el inciso a) del artículo 55° y del artículo 57° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificados por el artículo 1° de la Ley N° 27021. **Segundo**: El recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario eminentemente formal y que procede solo por las causales taxativamente prescritas en el artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, las mismas que son: **a)** La aplicación indebida de una norma de derecho material, **b)** La interpretación errónea de una norma de derecho material, **c)** La inaplicación de una norma de derecho material, y **d)** La contradicción con otras resoluciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia o las Cortes Superiores, pronunciadas en casos objetivamente similares, siempre que dicha contradicción esté referida a una de las causales anteriores. **Tercero**: Asimismo, conforme a lo previsto en el artículo 58° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, es requisito que la parte recurrente fundamente con claridad y precisión las causales descritas en el artículo 56° de la mencionada ley, y según el caso sustente: **a)** Qué norma ha sido indebidamente aplicada y cuál es la que debió aplicarse, **b)**Cuál es la correcta interpretación de la norma, **c)**Cuál es la norma inaplicada y por qué debió aplicarse, y **d)**Cuál es la similitud existente entre los pronunciamientos invocados y en qué consiste la contradicción; debiendo la Sala Casatoria calificar estos requisitos y si los encuentra conformes, en un solo acto, debe pronunciarse sobre el fondo del recurso. En el caso que no se cumpla con alguno de estos requisitos, lo declarará improcedente. **Cuarto**: Se aprecia en la demanda, que corre en fojas cincuenta y uno sesenta y tres, subsanada en fojas sesenta y seis, que el actor solicita se

declare la nulidad del despido efectuado por encontrarse incurso en las causales previstas en los incisos a), b) y c) del artículo

29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR; en consecuencia, se ordene la reposición en su respectivo puesto de trabajo, el pago de las remuneraciones devengadas, compensación por tiempo de servicios y demás beneficios que se devenguen, más intereses legales. Además, pretende el pago de la suma de veinticinco mil con 00/100 nuevos soles (S/.25,000.00), por concepto de indemnización por daño moral. **Quinto**: La recurrente denuncia, textualmente, como causal de su recurso, la **observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva prevista en el inciso 3) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú**. **Sexto**: Respecto a la causal invocada, resulta pertinente señalar que el recurso de casación por su naturaleza extraordinaria y formal requiere del cumplimiento de determinados requisitos establecidos por la ley para su interposición, dentro de los que se encuentran las causales para recurrir en casación, previstas en el artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo,

modificado por la Ley N° 27021; sin embargo, de lo expuesto en el recurso se advierte que lo invocado no se encuentra previsto en la referida norma; deviniendo en **improcedente**. Por estas consideraciones, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 58° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021: Declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por la demandada, **Compañía Minera e Industrial Sagitario S.A.**, mediante escrito de fecha veinticuatro de setiembre de dos mil quince, que corre en fojas trescientos tres a trescientos trece; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; en el proceso ordinario laboral seguido por el demandante, **Oscar Bellido Gonzáles**, sobre nulidad de despido y otro; interviniendo como ponente el señor juez supremo **Arévalo Vela** y los devolvieron. S.S. ARÉVALO VELA, YRIVARREN FALLAQUE, ARIAS LAZARTE, DE LA ROSA BEDRINANA, MALCA GUAYLUPO **W-1445575-297**

debido proceso se encuentra consagrada en el artículo 139°² de la Constitución Política del Estado. El derecho al Debido Proceso establecido en el artículo 139°, inciso 3, de la Constitución comprende entre otros derechos, el de obtener una resolución fundada en derecho, de los jueces y tribunales, y exige que las sentencias expliciten en forma suficiente las razones de sus fallos, esto es, que se encuentren suficientemente motivadas con la mención expresa de los elementos fácticos y jurídicos que sustentan su decisión, lo que viene preceptuado además en el artículo 122° inciso 3 del Código Procesal Civil y el artículo 12° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial. Asimismo, la exigencia de la motivación suficiente constituye también una garantía para el justiciable, mediante la cual se puede comprobar que la solución del caso en

CAS. N° 18612-2015 CUSCO

Reposición por despido incausado. PROCESO ORDINARIO-NLPT. **SUMILLA:** *El adecuado análisis del Régimen Laboral forma parte del derecho al Juez Natural, condición que debe ser analizada en la calificación de la demanda.* Lima, veintiuno de julio de dos mil dieciséis. **VISTA;** la causa número dieciocho mil seiscientos doce, guión dos mil quince, guión **CUSCO**, en audiencia pública de la fecha; y luego de efectuada la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia: **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación, interpuesto por el **Procurador Público del Gobierno Regional del Cusco**, de fecha trece de octubre de dos mil quince, que corre en fojas ciento noventa y dos a ciento noventa y siete, contra la **Sentencia de Vista** de fecha uno de octubre de dos mil quince que corre en fojas ciento setenta y siete a ciento ochenta y siete, que confirmó la **Sentencia apelada** de fecha siete de noviembre de dos mil catorce, que corre en fojas ciento tres a ciento diez, que declaró fundada la demanda; en el proceso ordinario laboral seguido con el demandante **Ruperto Flores Rodríguez**, sobre reposición por despido incausado. **CAUSALES DEL RECURSO:** Por resolución de fecha diecinueve de mayo de dos mil dieciséis, que corre en fojas cuarenta y ocho a cincuenta del cuaderno de casación se declaró procedente el recurso de casación por las siguientes causales: **1) Infracción normativa prevista en los incisos 3) y 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú**, correspondiendo a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento de fondo al respecto. **CONSIDERANDO: Primero: Antecedentes del caso:** a) Se aprecia en la demanda de fecha treinta y uno de enero de dos mil catorce, que corre en fojas cincuenta y nueve a sesenta y siete, subsanada mediante escrito de fecha dos de junio de dos mil catorce, que el actor pretende que se declare la relación laboral que mantiene con el Gobierno Regional del Cusco, en calidad de trabajador a plazo indeterminado y bajo el régimen laboral de la actividad privada, regulado por el Decreto Legislativo N° 728 y, la reposición a su puesto de trabajo. b) El Juez del primer Juzgado Especializado de Trabajo de la Corte Superior de Justicia de Ica, declaró fundada la demanda señalando la existencia de un vínculo laboral por un contrato de trabajo de plazo indeterminado bajo el régimen laboral de la actividad privada regulado por el Decreto Legislativo N° 728 desde el mes de octubre de 2007 en adelante y ordenó a la demandada Gobierno Regional del cusco reponga al actor en su puesto de trabajo como trabajador sujeto a un contrato indeterminado en el cargo que desempeñó antes de su despido, esto es, al treinta y uno de diciembre de dos mil trece. c) Por su parte, el Colegiado Superior de la Primera Sala Laboral de la Corte Superior de Justicia de Cusco, en virtud a la apelación planteada por la parte demandada, confirmó la sentencia apelada. **Segundo:** La demandada **-Gobierno Regional del Cusco-**, a través de su procurador, interpone recurso de casación denunciando la causal de

Infracción normativa prevista en los incisos 3) y 5) del artículo

139° de la Constitución Política del Perú. El recurrente fundamenta la causal que denuncia en el hecho que el Colegiado Superior no tomó en cuenta que en la sentencia recaída en el expediente N°

05057-2013-PA/TC, el Tribunal Constitucional estableció que para que proceda la reposición no bastará que haya existido un despido sin justa causa ya que solamente procederá la reposición si el trabajador contaba con un contrato de trabajo a plazo indeterminado, obtenido mediante concurso público a una plaza presupuestada, lo que no ha sido acreditado por el demandante. **Tercero:** Respecto a la causa denunciada por la recurrente debe mencionarse que el

ANEXO 7

de derecho material, b) la interpretación errónea de una norma de derecho material, c) la inaplicación de una norma de derecho material, y d) la contradicción con otras resoluciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia o las Cortes Superiores, pronunciadas en casos objetivamente similares, siempre que dicha contradicción esté referida a una de las causales anteriores. **Tercero:** Conforme a lo previsto en el artículo 58° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, es requisito que la parte recurrente fundamente con claridad y precisión las causales descritas en el artículo 56° de la mencionada ley, y según el caso sustente: a) qué norma ha sido indebidamente aplicada y cuál es la que debió aplicarse, b) cuál es la correcta interpretación de la norma, c) cuál es la norma inaplicada y por qué debió aplicarse, y d) cuál es la similitud existente entre los pronunciamientos invocados y en qué consiste la contradicción; debiendo la Sala Casatoria calificar estos requisitos y, si los encuentra conformes, en un solo acto, debe pronunciarse sobre el fondo del recurso. En el caso que no se cumpla con alguno de estos requisitos, lo declarará improcedente. **Cuarto:** Se aprecia de la demanda interpuesta con fecha cinco de julio de dos mil siete, que corre en fojas doscientos cincuenta a doscientos setenta y ocho, que el actor solicita el pago vía homologación con sus pares asesores comerciales de reintegro en su remuneración básica y los beneficios económicos por concepto de compensación por tiempo de servicios, asignación familiar, movilidad, vacaciones, gratificaciones, y utilidades, por la suma de setecientos ochenta y ocho mil cuatrocientos sesenta y ocho con 18/100 nuevos soles (S./788,468.18). **Quinto:** El recurrente denuncia como causal de su recurso: **la contravención de normas del derecho laboral que garantizan el derecho a un debido proceso;** sostiene que el Colegiado Superior ha efectuado una contravención del inciso

3) del artículo 139°, ya que incumpliendo su deber y obligación de fundamentar en forma fáctica y jurídica la decisión efectúa un razonamiento incongruente con los actos procesales y pruebas actuadas en el proceso. **Sexto:** Respecto a la causal denunciada cabe destacar que el recurso de casación es eminentemente formal y procede sólo por las causales taxativamente prescritas en el artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, en ese sentido, se advierte que **la contravención de normas del derecho laboral que garantizan el derecho a un debido proceso** no se encuentra prevista como causal de casación en la norma citada; más aún, si se aprecia que los argumentos de sustento están dirigidos a cuestionar la actuación de la instancia de mérito; en ese sentido, la causal denunciada deviene en **improcedente.** Por estas consideraciones, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 58° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021: Declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por el demandante, **Jorge Alexander Franco Canales**, mediante escrito presentado con fecha treinta de diciembre de dos mil quince, que corre en fojas dos mil doscientos ochenta y ocho a dos mil trescientos uno; y **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; en el proceso ordinario laboral seguido con la demandada, **Telefónica del Perú S.A.A.**, sobre incumplimiento de normas laborales; interviniendo como ponente la señora jueza suprema **De La Rosa Bedriñana** y los devolvieron. S.S. AREVALO VELA, YRIVARREN FALLAQUE, ARIAS LAZARTE, DE LA ROSA BEDRIÑANA, MALCA GUAYLUPO **C-1520815-336**

CAS. N° 3106-2016 LIMA

Indemnización por despido arbitrario y otros. PROCESO ORDINARIO. **Sumilla:** *A los trabajadores de confianza le corresponde la indemnización ante un despido arbitrario que se fundamente únicamente en el retiro de confianza como causal para extinguir el vínculo laboral.* Lima, nueve de setiembre de dos mil dieciséis. **VISTA;** la causa número tres mil ciento seis, guion dos mil dieciséis, guion **LIMA**, en audiencia pública de la fecha; y luego de efectuada la votación con arreglo a ley; interviniendo como ponente el señor juez supremo Malca Guaylupo, con la adhesión de los señores jueces supremos Yrivarren Fallaque, Chaves

Zapater y De La Rosa Bedriñana; se emite la siguiente sentencia:

MATERIA DEL RECURSO: Se trata del recurso de casación interpuesto por la parte demandada, **Seguro Social de Salud (EsSalud)**, mediante escrito presentado el doce de noviembre de dos mil quince, que corre en fojas doscientos doce a doscientos veintiuno, contra la Sentencia de Vista de fecha seis de agosto de dos mil quince, que corre en fojas doscientos cuatro a doscientos diez, que **revocó** la Sentencia apelada de fecha catorce de agosto de dos mil doce, que corre en fojas ciento tres a ciento trece, que declaró **fundada en parte** la demanda; en el proceso ordinario laboral seguido por el demandante, **Edison Jacob Ledesma Coloretti**, sobre indemnización por despido arbitrario y otros.

CAUSALES DEL RECURSO: La entidad recurrente invocando el artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por la Ley N° 27021, denuncia como causales: i) Interpretación errónea del artículo 10° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR. ii) Interpretación errónea de los artículos 34°, 38° y 43° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR. **CONSIDERANDO:** **Primero:** El artículo

58° de la Ley N° 26636, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, señala que el recurso de casación deberá estar fundamentado con claridad, señalando con precisión las causales descritas en el artículo 56° de la mencionada norma, las cuales son: a) la aplicación indebida de una norma de derecho material, b) la interpretación errónea de una norma de derecho material, c) la inaplicación de una norma de derecho material y d) la contradicción con otras resoluciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia o las Cortes Superiores, pronunciadas en casos objetivamente similares, siempre que dicha contradicción esté referida a una de las causales anteriores; y según el caso, la parte recurrente indique lo siguiente: a) qué norma ha sido indebidamente aplicada y cuál es la que debió aplicarse, b) cuál es la correcta interpretación de la norma, c) cuál es la norma inaplicada y por qué debió aplicarse, y d) cuál es la similitud existente entre los pronunciamientos invocados y en qué consiste la contradicción. **Segundo:** Se aprecia de la demanda que corre en fojas diecisiete a veintidós, subsanada en fojas treinta y uno a treinta y tres, que el demandante solicita se le pague la suma de ciento treinta y siete mil cuatrocientos ochenta y ocho con 50/100 nuevos soles (S/.137,488.50), por concepto de beneficios sociales e indemnización por despido arbitrario; más intereses legales, con costas y costos del proceso. **Tercero:** El Juez del Vigésimo Cuarto Juzgado Laboral de Lima, de la Corte Superior de Justicia de Lima, mediante Sentencia de fecha catorce de agosto de dos mil doce, que corre en fojas ciento tres a ciento trece, declaró fundada en parte la demanda al considerar que el cargo designado para el demandante es uno de confianza ejercido por Funcionario Público de libre designación y remoción por el Presidente Ejecutivo de EsSalud y que la permanencia está sujeta a la preservación de la confianza por parte de quien lo ha designado y al retirarse la misma no puede ser asimilado a una indemnización por despido arbitrario, más aún si el actor antes de su designación como Gerente de Patrimonio, no fue parte de la entidad demandada. **Cuarto:** La Sexta Sala Laboral de la mencionada Corte Superior, mediante Sentencia de Vista de fecha seis de agosto de dos mil quince, que corre en fojas doscientos cuatro a doscientos diez, revocó la Sentencia apelada en el extremo que declaró infundada la demanda, y reformándola declaró fundado dicho extremo, argumentando que si bien el actor desde que ingresó tuvo cargos de confianza, ello no lo excluye de la protección contra el despido

arbitrario; asimismo, agrega, que los reiterados pronunciamientos del Tribunal Constitucional están referidos únicamente a la imposibilidad de reposición para los trabajadores de confianza y no para el pago de una indemnización por despido arbitrario, por lo cual la otorga en el importe de cincuenta y dos mil cuatrocientos ochenta y siete con 00/100 nuevos soles (S/.52,487.00); confirmando lo demás que contiene. **Quinto:** Sobre la causal denunciada en el **ítem i)**, se debe precisar que debemos decir que la interpretación errónea se presenta cuando el juzgador ha elegido de manera correcta la norma que es aplicable al caso concreto; al respecto, se desprende de sus argumentos que no se encuentran referidos al sentido o contenido de la norma aplicada, sino que cuestionan los hechos establecidos en el proceso, incumpliendo lo establecido en el inciso b) del artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por la Ley N° 27021, por lo que deviene en **improcedente**. **Sexto:** En cuanto a la causal denunciada en el **ítem ii)**, cabe precisar la parte recurrente señala la norma supuestamente interpretada erróneamente y determina el modo en el que debe considerarse su interpretación ya que en el desarrollo de la Sentencia de Vista se advierte una calificación implícita del cargo de confianza; por lo cual, cumple con lo previsto en el inciso b) del artículo 58° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por la Ley N° 27021; deviniendo en **procedente**. **Sétimo:** Los artículos del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, por los cuales se declararon procedente, establecen lo siguiente: "**Artículo 34.-** (...) Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38°, (...). **Artículo 38.-** La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba. (...) **Artículo 43.-** (...) Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas

opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales". **Octavo:** Resulta pertinente señalar lo dispuesto en el artículo 22° de la Constitución Política del Perú cuyo contenido esencial implica dos aspectos: el de acceder a un puesto de trabajo y a no ser despedido sino por causa justa, respecto a este último, el artículo 27° de la referida norma constitucional prevé que: "*La ley otorga protección adecuada contra el despido arbitrario*"; es decir, que el trabajador cuando sea objeto de un despido que carece de causa o motivo, la ley le otorgará una "adecuada protección", debiendo de entenderse que este derecho es de configuración legal, lo que significa que el legislador se encargará de proveer criterios mínimos de proporcionalidad para su aplicación . Además

Martes 30 de mayo de 2017

93361

de lo señalado, debe agregarse lo dispuesto en el artículo 23° de la Constitución Política del Perú, el cual señala que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, lo que implica abordar cualquier controversia surgida entre trabajador y empleador al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral. **Noveno:** En el caso de autos, la designación de cargo de confianza desde el inicio de la relación laboral no se encuentra en discusión, sino por el contrario se nos insta a determinar si el retiro de la confianza depositada al demandante designado como trabajador de confianza por funcionario público, que labora para una entidad estatal, es causal de extinción del vínculo laboral; puesto que de no ser el caso, le correspondería a la entidad recurrente acreditar la causal de despido. **Décimo:** Por otro lado, el artículo 22° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, señala que para el despido de un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada, es indispensable la causa justa para el despido. Este dispositivo legal no señala en absoluto que se excluya a los trabajadores de confianza, es decir no hace distinción con los trabajadores del régimen común. De manera ilustrativa es menester precisar lo señalado por el Tribunal Constitucional mediante Sentencia expedida en el Expediente N° 3572-2005-PA/TC, al considerar que al desempeñarse el demandante en un cargo directivo, no le es posible su reposición, pudiendo únicamente solicitar la indemnización por despido arbitrario en caso de despido arbitrario, otorgando tutela indemnizatoria a los trabajadores de confianza. **Décimo Primero:** De lo señalado precedentemente cabe resaltar que al haberse contratado al actor según se aprecia de la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 658-PE-ESSALUD-2006 de fecha dieciséis de octubre de dos mil seis, que corre a fojas ocho, en el cargo de Gerente de Patrimonio y Servicios de la Gerencia de División de Administración y Organización, cargo de confianza; se debe resarcir al actor con la indemnización por despido arbitrario, al no configurarse causal de despido, sino por la sola voluntad del empleador. **Décimo Segundo:** Por los fundamentos expuestos, no existe infracción normativa de los artículos 34°, 38° y 43° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR; al haberse determinado que el despido que sufrió el actor fue arbitrario, el mismo que es indemnizado y resarcido, por lo que la causales devienen en **infundadas**. Por estas consideraciones: **DECISION:** Declararon **INFUNDADO** el recurso de casación interpuesto por la parte demandada, **Seguro Social de Salud (EsSalud)**, mediante escrito presentado el doce de noviembre de dos mil quince, que corre en fojas doscientos doce a doscientos veintiuno; en consecuencia, **NO CASARON** la Sentencia de Vista de fecha seis de agosto de dos mil quince, que corre en fojas doscientos cuatro a doscientos diez; y **DISPUSIERON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; en el proceso ordinario laboral seguido por la **sucesión procesal de Edison Jacob Ledesma Caloretti**, sobre indemnización por despido arbitrario y otros; interviniendo como ponente el señor juez supremo **Malca Guaylupo** y los devolvieron. S.S. YRIVARREN FALLAQUE, CHAVES ZAPATER, DE LA ROSA BEDRINANA, MALCA GUAYLUPO **VOTO EN MINORIA DEL SEÑOR JUEZ SUPREMO ARIAS LAZARTE ES COMO SIGUE:** Se trata del recurso de casación¹ interpuesto por la entidad demandada, **Seguro Social de Salud, ESSALUD** mediante escrito de fecha doce de noviembre de dos mil quince, contra la **Sentencia de Vista**² de fecha seis de agosto de dos mil quince que revocó la **Sentencia de primera instancia**³ de fecha catorce de agosto de dos mil doce, en el extremo que declara infundada la demanda de indemnización por despido arbitrario, reformándola la declararon fundada en dicho extremo; confirmaron la referida sentencia en el extremo que declara infundada el pago de gratificación trunca; confirmaron la sentencia en el extremo que declara fundada en parte la demanda en el extremo referido al pago de remuneraciones vacacionales; revocaron la mencionada sentencia en cuanto declara fundada el pago de indemnización vacacional, reformándola la declararon infundada en dicho extremo; en el proceso seguido por Edison Jacob Ledesma Caloretti (**demandante**), sobre indemnización por despido arbitrario y otros. Cumple con los requisitos de forma contemplados en el inciso a) del artículo 55° y del artículo 57° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021. **CAUSALES DEL RECURSO:** El recurso de casación es eminentemente formal, y procede solo por las causales taxativamente prescritas en el artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, las mismas que son: a) La aplicación indebida de una norma de derecho material, b) La interpretación errónea de una norma de

derecho material, c) La inaplicación de una norma de derecho material, y d) La contradicción con otras resoluciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia o las Cortes Superiores, pronunciadas en casos objetivamente similares, siempre que dicha contradicción esté referida a una de las causales anteriores. En tal sentido conforme a lo previsto en el artículo 58° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N°

27021, es requisito que la parte recurrente fundamente con claridad y precisión las causales descritas en el artículo 56° de la

mencionada ley, y según el caso sustente: a) Qué norma ha sido indebidamente aplicada y cuál es la que debió aplicarse, b)Cuál es la correcta interpretación de la norma, c)Cuál es la norma inaplicada y por qué debió aplicarse, y d)Cuál es la similitud existente entre los pronunciamientos invocados y en qué consiste la contradicción; debiendo la Sala Casatoria calificar estos requisitos y si los encuentra conformes, en un solo acto, debe pronunciarse sobre el fondo del recurso. En el caso que no se cumpla con alguno de estos requisitos, lo declarará improcedente. En el presente caso la entidad recurrente denuncia como causales de casación: **i)** interpretación errónea del artículo 10°, del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR; y **ii)** interpretación errónea de los artículos

34°, 38° y 43° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR al considerar la Sala Superior que el retiro de la confianza no es una causa justa legal, señalando que le corresponde al actor el pago de la indemnización por despido arbitrario. Sobre la causal denunciada en el **ítem i)**, se debe precisar que se desprende de sus argumentos que no se encuentran referidos al sentido o contenido de la norma aplicada, sino que cuestionan los hechos establecidos en el proceso, incumpliendo lo establecido en el inciso b) del artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por la Ley N° 27021, por lo que deviene en **improcedente**. Respecto a la causal referida en el **ítem ii)**, debemos señalar que la interpretación errónea se presenta cuando el juzgador ha elegido de manera correcta la norma que es aplicable al caso concreto, sin embargo, al momento de aplicar dicha norma a los hechos expuestos en el proceso, le atribuye un sentido distinto al que corresponde; en el presente caso, la recurrente señala con claridad y precisión la causal de casación y propone además el sentido interpretativo correcto, que a su criterio, correspondería aplicar, por tanto, no estamos frente a un supuesto de revaloración de pruebas ni de hechos, sino a la necesidad de efectuar un control casatorio sobre la corrección del sentido interpretativo de normas de derecho material, lo que justifica declarar **procedente** la causal denunciada, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 58° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021 Siendo ello así corresponde a esta Sala Suprema emitir pronunciamiento de fondo sobre dichas causales; y, CONSIDERANDO: **Primer:** **Antecedentes** iii.1 Don **Edison Jacob Ledesma Caloretti (demandante)**, interpone demanda⁴ proponiendo como *pretensión* la indemnización por despido arbitrario y el pago de beneficios sociales. iii.2 El **demandante**

señala que ingresó a laborar Seguridad EsSalud con fecha dieciséis de octubre de dos mil seis en el cargo de Gerente de Patrimonio y Servicios de la División de Administración y Organización; habiendo sido cesado por Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 754-PE-ESSALUD-2011 del uno de setiembre de dos mil once mediante el cual se le retira la confianza y da por concluida su designación, pese a que según dice no fue contratado bajo dicha condición. iii.3 Mediante Sentencia⁵ emitida por el Vigésimo Cuarto Juzgado Laboral Permanente de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha catorce de agosto de dos mil doce, se declaró infundada la demanda en el extremo de la pretensión del pago de indemnización por despido arbitrario por considerar que, estamos frente a un trabajador de confianza, a quien no alcanza la protección contra el despido arbitrario. iii.4 La Sexta Sala Laboral de la mencionada Corte Superior, mediante Sentencia de Vista⁶ de fecha seis de agosto de dos mil quince, revocó la Sentencia apelada en el extremo que declaró infundada la pretensión de indemnización por despido arbitrario, y reformándola declaró fundado dicho extremo, argumentando que si bien el actor desde que ingresó tuvo cargos de confianza, ello no lo excluye de la protección contra el despido arbitrario; asimismo agrega, que los reiterados pronunciamientos del Tribunal Constitucional están referidos únicamente a la imposibilidad de reposición para los trabajadores de confianza y no para el pago de una indemnización por despido arbitrario, por lo cual le otorga el importe de cincuenta y dos mil cuatrocientos ochenta y siete con 00/100 nuevos soles (S/.52,487.00); confirmando lo demás que contiene. **Segundo:** **Régimen jurídico de los trabajadores de confianza** 2.1 Los incisos 14) y 15) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú señala, respectivamente, que toda persona tiene derecho a contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público, y que toda persona tiene derecho a trabajar libremente con sujeción a la ley. De la misma forma, la Constitución (artículo 27°) establece un mandato constitucional de protección frente al despido arbitrario. 2.2 Los trabajadores comunes gozan del derecho de acceder a un puesto de trabajo, tienen estabilidad en su trabajo y no pueden ser despedidos arbitrariamente, según la STC 0206-2005-AA/TC. Mientras que los que asumen un cargo de confianza están supeditados a la “confianza”, valga la redundancia, del empleador. En este caso, el retiro de la misma es invocado por

el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos. 2.3 En referencia a ello, el artículo 40° de nuestra Constitución alude a los trabajadores de confianza del sector público mas no a los trabajadores de confianza del sector privado, puesto que para ser servidor público se ingresa por concurso público, mientras que

para acceder a un cargo de confianza basta que sea designado por el jefe del área, y que se requiera una persona de "confianza" en una institución; si bien el cargo de confianza debe estar previsto en el Cuadro de Asignación de Personal (CAP). Además, el artículo

42° de la Constitución establece que los trabajadores de confianza no pueden sindicalizarse, pues estos ostentan un estatus especial dentro de la institución pública, lo cual los obliga a tener un compromiso mayor que los trabajadores ordinarios. **Tercero: Definición de trabajador de confianza** 3.1 En nuestro país el tema de los trabajadores de confianza al servicio de un empleador particular originalmente estuvo restringido al caso de los gerentes a que se refería la Ley de sociedades Mercantiles N° 16123, sustituida posteriormente por el Texto Único Ordenado de la Ley General de Sociedades aprobado por Decreto Supremo N° 003-85-JUS⁷. 3.2 Recién por Ley N° 24514, artículo 15°, se regula lo referente a los trabajadores de confianza en el ámbito privado, estableciendo que sólo podrán ser desempeñados dichos cargos por empleados. Es en virtud del Decreto Legislativo N° 728, en cuyo artículo 43° de su Texto único Ordenado, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR, que se establece "[...] 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 [...]". 3.3 El Tribunal Constitucional⁸, con el apoyo de la doctrina especializada, ha considerado que un trabajador de confianza tiene particularidades que lo diferencian de los trabajadores "comunes", tales como: a) La confianza depositada en él, por parte del empleador; la relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe, como fundamento de esta relación laboral especial. b) Representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones; las mismas que lo ligan con el destino de la institución pública, de la empresa o de intereses particulares de quien lo contrata, de tal forma que sus actos merezcan plena garantía y seguridad. c) Dirección y dependencia; es decir que puede ejercer funciones directivas o administrativas en nombre del empleador, hacerla participe de sus secretos o dejarla que ejecute actos de dirección, administración o fiscalización de la misma manera que el sujeto principal. d) No es la persona la que determina que un cargo sea considerado de confianza. La naturaleza misma de la función es lo que determina la condición laboral del trabajador. e) Impedimento de afiliación sindical, conforme al artículo 42° de la Constitución para los servidores públicos con cargos de dirección o de confianza. El inciso b) del artículo 12° del Decreto Supremo N° 010-2003-TR, Texto Único Ordenado 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. f) La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, **ésta en cambio es de naturaleza subjetiva**. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes o ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (artículo

representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional. En ningún caso la indemnización incluye a la bonificación por tiempo de servicios". 3.4 Nuestra legislación laboral ha regulado la categoría de trabajador de confianza, haciendo una distinción entre personal de dirección y personal de confianza. En ese sentido, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Legislativo N° 728, cuyo Texto Único Ordenado fuera aprobado por Decreto supremo N° 003-97-TR (en adelante LPCL) en su artículo 43° establece que "[...] Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente

103° de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley. g) El período de prueba puede tener una mayor extensión, pues esta se puede extender hasta por seis (06) meses, incluyendo el período inicial de tres (03) meses para el personal de confianza y en caso ser personal de dirección este puede ser extendido hasta por un (1) año, en ambos casos la ampliación debe constar por escrito en el contrato de trabajo celebrado con el personal de dirección o de confianza. h) No tienen derecho al pago de horas extras, pues el artículo 5 del Decreto Supremo N° 007-2002-TR, Texto Único Ordenado 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 Decreto Supremo N°

004-2006-TR en su artículo 1° último párrafo. i) No tienen derecho a una indemnización vacacional. El Decreto Supremo N° 012-92-TR, en su artículo 24°, establece: "La indemnización por falta de descanso vacacional a que se refiere el inciso c) del artículo 23° del Decreto Legislativo N.º 713, no alcanza a los gerentes o

a otros trabajadores o terceros, o que lo sustituye, o comparte con aquel las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de actividad empresarial. **Trabajadores de confianza** son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales [...]". 3.5 Como puede apreciarse, la mayor diferencia existente entre ambas categorías de trabajadores radica en que sólo el personal de dirección tiene poder de decisión y actúa en representación del empleador, con poderes propios de él. En cambio, el personal de confianza, si bien trabaja en contacto directo con el empleador o con el personal de dirección, y tiene acceso a información confidencial, únicamente coadyuva a la toma de decisiones por parte del empleador o del referido personal de dirección, son sus colaboradores directos. El Tribunal Constitucional considera que, por su naturaleza, la categoría de trabajador de dirección lleva implícita la calificación de confianza, pero un trabajador de confianza no necesariamente es un trabajador de dirección, en la medida que no tiene poder de decisión ni de representación. 3.6 De otro lado, es de resaltar que el mismo Tribunal Constitucional sostiene que para ser trabajador de confianza se puede llegar de una de las siguientes maneras: a) Aquellos trabajadores contratados específicamente para cumplir funciones propias del personal de confianza y que, en consecuencia, desde el inicio de la relación laboral tienen pleno conocimiento de lo que ello implica (en adelante '**relación laboral de exclusiva confianza**'); y b) Aquellos trabajadores que accedieron a un puesto de trabajo para realizar funciones comunes u ordinarias, pero que posteriormente, por determinados factores, el empleador les asignó el cumplimiento de funciones propias de un trabajador de confianza (en adelante '**relación laboral mixta**'). 3.7 Para calificar a un trabajador de dirección o de confianza conforme a la legislación actual, 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. 3.8 De la misma manera la calificación de dirección o de confianza es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita. Por lo que si un trabajador desde el inicio de sus labores conoce de su calidad de personal de confianza o dirección, o por el hecho de realizar labores que implique tal calificación, estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en su empleo. 3.9 El artículo en referencia debe ser concordado con el artículo 61° del Decreto Supremo 001-96-TR, que preceptúa que los trabajadores cuyos cargos sean indebidamente calificados como de dirección o de confianza, podrán recurrir ante la autoridad judicial para que se deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando la demanda se presente dentro de los 30 días naturales siguientes a la comunicación respectiva. De tal forma que cuando un trabajador es designado como de dirección o de confianza conforme al artículo 59° o 60° de la norma en mención, este tiene habilitada la acción correspondiente, para dejar sin efecto tal calificación. 3.10 Luego de calificada el cargo como de confianza, las consecuencias del cese laboral, dependerá del tipo de trabajador de que se trate. Así: a) *Si estamos frente a un trabajador cuya '**relación laboral es de exclusiva confianza**' el solo retiro de la confianza invocada por el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, sin que exista la obligación de indemnizar por el despido.* b) *Por el contrario si se tratara de un trabajador cuya*

'relación laboral sea mixta', es decir, que habiendo accedido a un puesto de trabajo para realizar funciones comunes u ordinarias, haya sido promovido por el empleador a la condición de trabajador de confianza, en cuyo caso si se le despide por el retiro de la confianza si cabría no solo la reposición al puesto de trabajador ordinario, o la indemnización por el despido arbitrario, pues el retiro de la confianza debiera tener como lógica consecuencia que regrese a su cargo 'común' de origen y no a que pierda el trabajo. Sobre el particular, en referencia a los trabajadores que son promocionados, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 44°, señala que es factible que un trabajador que realiza funciones ordinarias pueda acceder a puestos de dirección o de confianza mediante promociones; resaltando que tal promoción no debe ser abusiva ni simulada, pues podría atribuírsele a un trabajador tal calificación para luego simplemente retirársele la confianza y despedírsele en el transcurso de un tiempo. De forma 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. De esa manera se previene el que la promoción laboral pueda ser mal utilizada generando un abuso del derecho, tal como lo declara el artículo 44° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, pues este no renuncia a las labores que realizaba, sino que sigue bajo la subordinación de su empleador, sin perder su carácter de trabajador común que ostentaba. Esto en bien de la paz social y armonía de los derechos

Martes 30 de mayo de 2017

93363

constitucionales que podrían vulnerarse cuando el empleador abusando del *jus variandi* que posee le retire la confianza posteriormente al ser promovido. 3.11 No obstante lo antes señalado debe considerarse que la Corte Suprema de la República mediante Casación N° 1489-2000-Lima, de fecha primero de diciembre del dos mil, ha considerado que [...] 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 despedido sin expresión de causa le corresponde el pago de una indemnización por despido arbitrario [...]. Sobre la base de la casación citada los autores citados sostienen que la apreciación de la Corte suprema permite considerar tres aspectos: a) El retiro de la confianza es un derecho del empleador b) Los trabajadores de confianza tienen una estabilidad laboral relativa, por lo que les corresponde el pago de una indemnización frente al despido arbitrario; y, c) Con el pago de la mencionada indemnización se extingue definitivamente el vínculo laboral. 3.12 En cuanto a la posición asumida por la Corte Suprema, en la referida sentencia casatoria, considero que no resulta cierto que la regla, tratándose de trabajadores de confianza, sea que su cese, cual fuere el motivo, incluyendo el mero retiro de la confianza, de lugar siempre al pago de una indemnización por despido arbitrario. Tal creación jurisprudencial tendría como consecuencia que el acto de celebración del contrato de trabajo para ejercer cargos de confianza contenga **fácilmente** una cláusula de 'indemnización por despido arbitrario', toda vez que siempre que cese el trabajador, sea cual fuere la causa, incluyendo el retiro de confianza, tendría que ser indemnizado por ser arbitrario dicho cese, lo que resultaría absurdo. 3.13 Al respecto cabe señalar que la regla tratándose de los trabajadores de confianza es en sentido inverso, es decir, si el vínculo contractual se extingue por el retiro de confianza no habrá derecho a la indemnización por despido arbitrario, siendo que por excepción ello será posible en los casos en que estemos frente a trabajadores *cuya 'relación laboral sea mixta'*, es decir hayan sido trabajadores comunes y luego promovidos a cargos de confianza, en cuyo caso el retiro de confianza no puede ni debe extinguir el vínculo contractual, sino que debe dar lugar a que el trabajador retorne al puesto de trabajo

'común'. Y si se le despide, con motivo del retiro de la confianza, del cargo de confianza y del cargo 'común' entonces sí correspondería no solo la reposición en el cargo 'común', o la indemnización por despido arbitrario. **Cuarto: Análisis del caso concreto** 4.1 El actor presenta su demanda con fecha doce de octubre del dos mil once señalando haber sido contratado según Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 658-PE-ESSALUD-2006 de fecha dieciséis de octubre de dos mil seis, que corre a fojas ocho, en el cargo de Gerente de Patrimonio y Servicios de la Gerencia de División de Administración y Organización, sosteniendo que no era cargo de confianza. Asimismo sostiene que ha sido cesado por Resolución de Presidencia Ejecutiva N°

754-PE-ESSALUD-2011 del uno de setiembre de dos mil once mediante el cual se le retira la confianza y da por concluida su designación, pese a que según dice no fue contratado bajo dicha condición. 4.2 No obstante, sobre la calidad de trabajador de confianza que tenía el actor no existe ninguna duda, pues ello fluye no solamente del tenor de las Resoluciones de Presidencia Ejecutiva que lo designan, de folio ocho, del contrato de folios nueve y de la Resolución por la que se le retira la confianza de folios diez. Más aún, Así lo ha entendido no solo el Juez de Primera Instancia para declarar infundada la demanda, sino también la Sala Superior para revocar dicho extremo, a lo que se añade la ponencia que tiene como un hecho incotrovertido la naturaleza del cargo de confianza. 4.3 Por tanto, es un hecho admitido, conforme lo prevé el artículo 190°.2 del Código Procesal Civil, que el demandante fue contratado para desempeñar cargos de confianza, así fluye de lo expuesto por el actor con la prueba adjunta a su demanda y la parte demandada en el escrito de contestación. 4.4 Del mismo modo, así consta de las boletas de pago obrante de folios cuatro a siete, de los que aparece el cargo de Gerente y la calificación de indeterminado, dada la naturaleza de la designación. Asimismo de la liquidación de beneficios de folios dieciséis. Tal calificación de indeterminada debe leerse de modo conjunto con las cláusulas primera y octava del contrato personal N° 00042-GCRH- ESSALUD-2006, de folio nueve, de donde consta que se trata de cargo de dirección y que EsSalud podrá dar por terminada la designación en cualquier momento. 4.6 Como puede apreciarse el cargo que ha tenido el demandante desde que inició su labor en EsSalud, hasta que prescinden de sus servicios, según resoluciones administrativas de folios ocho a diez, ha sido el de Gerente de Patrimonio y Servicios de la Gerencia de División de Administración y Organización, y en

todos los documentos obrantes en autos lo que se acredita es que dicho cargo era de confianza.

4.7 Si ello es así, el actor inició, continuó y concluyó su trabajo siendo un trabajador de confianza, en cuya condición es incompatible sostener que pueda ser trabajador en condición de indeterminado, toda vez que por su naturaleza los trabajadores de confianza se encuentran sujetos a una relación de naturaleza determinada, situación que conocía plena y absolutamente el actor, desde que su ingreso a trabajar para EsSalud lo fue para el cargo de confianza. 4.8 En tal sentido, para el actor la pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; pues a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, ésta en cambio es

de naturaleza subjetiva, como expresamente lo sostiene el Tribunal Constitucional en la STC 3501-2006-PA/TC. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, que es precisamente el caso del demandante. 4.9 Sostener lo contrario sería admitir que todo trabajador de confianza a quien se le retira la confianza tenga derecho a la indemnización por el despido, lo cual es un absurdo, pues si así fuera todo aquel que contrata a un trabajador de confianza sabrá que al retirarle la confianza le tiene que indemnizar, es decir, el trabajador de confianza estaría en mejor posición que el trabajador común, a quien para indemnizarle se tiene que probar que el despido fue arbitrario, en el caso del de confianza, bajo dicha interpretación, no sería necesario. Dicho de otra forma, en los contratos de trabajadores de confianza habría una cláusula tácita de pago de indemnización por despido arbitrario, por cuanto todo retiro de confianza tendría como consecuencia dicho pago. Tal interpretación no resiste análisis alguno en el marco constitucional y legal actual. 4.10 El único supuesto en el que corresponde la indemnización por despido arbitrario para un trabajador de confianza es el caso en que el trabajador, siendo trabajador común, haya sido promocionado, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 44°, señala que es factible que un trabajador que realiza funciones ordinarias pueda acceder a puestos de dirección o de confianza mediante promociones; resaltando que tal promoción no debe ser abusiva ni simulada, pues podría atribuírsele a un trabajador tal calificación para luego simplemente retirársele la confianza y despedirse en el transcurso de un tiempo. En estos casos se indemniza por el hecho de que el retiro de la confianza no debe ni puede importar que el trabajador pierda el empleo, sino única y exclusivamente que retorne a su puesto de trabajo del cargo ordinario o de trabajador común que tiene. Pero al retornar a su puesto de trabajo ordinario, tampoco corresponde que se indemnice al trabajador sólo por retirarle la confianza. 4.11 De otro lado, conforme con el artículo 61° del Decreto Supremo 001-96-TR, que preceptúa que los trabajadores cuyos cargos sean indebidamente calificados como de dirección o de confianza, podrán recurrir ante la autoridad judicial para que se deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando la demanda se presente dentro de los 30 días naturales siguientes a la comunicación respectiva. El actor no acudió a la instancia judicial cuestionando la calificación de cargo de confianza que ostentaba, y trabajó en esa condición por casi cinco años, y sólo después del cese presenta la demanda, lo que resulta totalmente extemporáneo e injustificado, tal como lo consideró en el Tribunal Constitucional al resolver el Expediente N°

03926-2007-PA/TC. **Quinto.**- Teniendo en cuenta lo señalado en los fundamentos que anteceden, es oportuno referirnos a las infracciones normativas sustentadas por el recurrente en el siguiente sentido: **1.1 Interpretación errónea de los artículos**

34°, 38° y 43° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR. Sostiene EsSalud que la casación tiene por fin la correcta aplicación e interpretación del derecho objetivo, por tanto la norma cuya interpretación errónea se denuncia está referida a la indemnización por despido arbitrario y el presente caso no se refiere a un despido arbitrario sino a un retiro de confianza. Sobre el particular, debe considerarse que las disposiciones legales cuya infracción normativa se denuncia señalan lo siguiente: **“Artículo 34.- El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente. En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38.** Artículo

38.- La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el período de prueba. Artículo 43.- (...) Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son

presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales (...).”

5.2 Como podemos ver el presente caso que está referido a un retiro de confianza, y como tal ha extinguido la relación laboral, no constituye un supuesto de hecho de despido arbitrario (**artículo**

38°), por tanto estando probado la no existencia de despido, en los términos normativos, y menos que se pueda juzgar el carácter arbitrario o no del mismo por las razones señaladas en la presente resolución, el cese del actor obedece a una

‘situación especial que extingue el contrato de trabajo; pues a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, el retiro de confianza en cambio es de naturaleza subjetiva’, por lo que mal podría resultar aplicable una norma cuyo supuesto de hecho es la pre existencia acreditada de un despido arbitrario. Lo que determina que la causal devenga en fundada. Por estas

consideraciones: **MI VOTO** es porque **SE DECLARE FUNDADO** mediante escrito presentado el doce de noviembre de dos mil quince, que corre en fojas doscientos doce a doscientos veintiuno; en consecuencia, **SE CASE** la Sentencia de Vista de fecha seis de agosto de dos mil quince, que corre en fojas doscientos cuatro a doscientos diez en cuanto revocó la Sentencia de primera instancia en el extremo que declaró infundada la demanda sobre pago de indemnización por despido arbitrario, y *actuando en sede de instancia*, **SE CONFIRME** la sentencia apelada en el extremo que declaró infundada la pretensión de pago de indemnización por despido arbitrario; **SE DISPONGA** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; en el proceso ordinario laboral seguido por el demandante, Edson Jacob Ledesma Caloretti, sobre indemnización por despido arbitrario y otros, y se devuelva. S.S. ARIAS LAZARTE

¹ Fs. 212 a 221

² Fs. 204

³ Fs. 103

⁴ Fs. 17 a 22

⁵ Fs. 103 a 113

⁶ Fs. 204 a 210

⁷ AREVALO VELA, Javier y YNAMI GARCIA Suhel. *Diálogo con la jurisprudencia* N° 112, Gaceta Jurídica, p. 29.

⁸ STC 03501-2006-AA/TC

⁹ AREVALO VELA, Javier y otra. *Idem*, p. 31.

C-1520815-337

CAS. N° 3114-2016 LIMA ESTE

Reconocimiento de vínculo laboral y pago de beneficios sociales.

Proceso Ordinario Laboral. Lima, siete de octubre de dos mil dieciséis. **VISTO**; y **CONSIDERANDO**: **Primero**: El recurso de

casación interpuesto por la demandada, **Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima S.A. – SEDAPAL**, mediante escrito de

fecha diez de diciembre de dos mil quince, que corre en fojas doscientos noventa y dos a trescientos dos, contra la **Sentencia de**

Vista de fecha veinticuatro de setiembre de dos mil quince, que corre en fojas doscientos cuarenta y nueve a doscientos cincuenta

y cinco, que confirmó la **Sentencia emitida en primera instancia** de fecha veinticuatro de abril de dos mil quince, en fojas doscientos

a doscientos diez, que declaró fundada en parte la demanda; cumple con los requisitos de forma contemplados en el inciso a) del

artículo 55° y del artículo 57° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificados por el artículo 1° de la Ley N° 27021.

Segundo: El recurso de casación es un medio impugnatorio extraordinario, eminentemente formal, y procede solo por las causales taxativamente prescritas en el artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, las mismas que son: **a)** la aplicación indebida de una

norma de derecho material; **b)** la interpretación errónea de una norma de derecho material; **c)** la inaplicación de una norma de derecho material; y **d)** la contradicción con otras resoluciones expedidas por la Corte Suprema de Justicia o las Cortes Superiores, pronunciadas en casos objetivamente similares, siempre que dicha contradicción esté referida a una de las causales anteriores.

Tercero: Asimismo, conforme a lo previsto en el artículo 58° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, es requisito que la parte recurrente fundamente con claridad y precisión las causales descritas en el artículo 56° de la mencionada Ley, y según el caso sustente: **a)** qué norma ha sido indebidamente aplicada y cuál es la que debió aplicarse; **b)** cuál es la correcta interpretación de la norma; **c)** cuál es la norma inaplicada y por qué debió aplicarse; y **d)** cuál es la similitud existente entre los pronunciamientos invocados y en qué consiste la contradicción; debiendo la Sala Casatoria calificar estos requisitos y si los encuentra conformes, en un solo acto, debe pronunciarse sobre el fondo del recurso. En el caso que no se cumpla con alguno de estos requisitos, lo declarará improcedente.

Cuarto: Se aprecia de la demanda que corre en fojas veintisiete a treinta y siete, que la accionante pretende que se le pague el importe total de ciento cinco mil setenta y uno con 75/100 nuevos soles (S/.105,071.75), por concepto de beneficios sociales consistentes en la compensación por tiempo de servicios, vacaciones, vacaciones trunca, gratificaciones, e indemnización por despido arbitrario; más los intereses legales y financieros, costas y costos del proceso. **Quinto**: La recurrente denuncia como causales de su recurso de casación las siguientes: **i. Aplicación indebida del artículo 36° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR**; señala que la Sala comete un grave error al validar la interposición de la presente causa, al haber transcurrido más de treinta días de producido su cese, el cual fue calificado por la propia actora como cese arbitrario. **ii. Interpretación errónea del artículo 63° y 72° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR**; indica que se les ha dado un alcance normativo que no le corresponde a los artículos señalados precedentemente, pues estas establecen el marco teórico sobre el contenido del contrato modal, y que contrariamente con lo

sostenido por ambas instancias judiciales, ha sido cabalmente cumplido por SEDAPAL. **iii. Aplicación indebida del artículo 77° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley**

de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, fundamenta su causal en que al determinarse la simulación exige al juzgador la labor de develar el engaño, y con ello, el verdadero objeto que subyace a la relación de las partes; esta acción no ha sido cumplida ni por el Juzgado de primera instancia, ni tampoco por la Sala Superior. **iv. Contravención de las normas que garantizan el derecho a un debido proceso**; refiere respecto a la valoración de las pruebas que mediante escrito de fecha diecisiete de junio de dos mil catorce, cumplió con adjuntar las boletas correspondientes sobre gratificaciones de julio dos mil cuatro, julio y diciembre dos mil cinco y julio dos mil seis, por lo que el considerando décimo cuarto de la resolución diecisiete, de fecha veinticuatro de abril de dos mil quince, deviene en arbitraria; asimismo, respecto a la prueba correspondiente al despido arbitrario; señala que se ha convalidado un actuar probatorio impropio, respecto al supuesto despido arbitrario sostenido por la actora. **Sexto**: En cuanto a las causales señaladas en los **acápites i) y iii)**, debemos decir que la aplicación indebida se presenta cuando una norma sustantiva se ha aplicado a un caso distinto para el que está prevista; es decir, no existe una conexión lógica entre la norma y el hecho al cual se aplica. Asimismo, para fundamentar adecuadamente la denuncia por aplicación indebida de una norma de derecho material, la recurrente está obligada a individualizar la norma que estima indebidamente aplicada, así como explicar las razones por las que considera que dicha norma no resulta de aplicación al caso concreto, y señalar cuál es la norma que debió aplicarse. En el caso concreto, se aprecia que la recurrente señala la norma que habría sido aplicada de manera indebida, sin embargo, no señala las normas que considera debieron de aplicarse; más aún si los fundamentos de la referida causal se basan en argumentos fácticos y de valoración probatoria que han sido revisados previamente por las instancias de mérito, pretendiendo que esta Sala Suprema efectúe un nuevo examen del proceso, lo cual no constituye objeto ni fin del recurso casatorio; en consecuencia, incumple lo previsto en el inciso a) del artículo 58° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, deviniendo en **improcedente**. **Séptimo**: De la verificación de la causal señalada en **el acápite ii)**; se tiene que de lo expuesto, se advierte que la recurrente no señala cuál es la interpretación correcta de la norma denunciada, toda vez que sus argumentos se basan en aspectos fácticos y de valoración probatoria analizados previamente, por lo que pretende que esta Sala Suprema efectúe un nuevo examen del proceso, lo cual no constituye objeto ni fin del recurso casatorio; en consecuencia, la causal invocada no cumple con la exigencia del inciso b) del artículo 58° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021, deviniendo en **improcedente**. **Octavo**: Respecto a la causal prevista en el **acápite iv)**, debe considerarse que el recurso de casación es eminentemente formal y procede solo por las causales taxativamente prescritas en el artículo 56° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N°

27021, referidas a normas de naturaleza material. En el caso concreto, se aprecia que la recurrente denuncia "contravención", la cual no se encuentra prevista como causal de casación en el artículo antes citado, más aún si denuncia una norma de carácter procesal; en consecuencia, la causal invocada deviene en **improcedente**. Por estas consideraciones, en aplicación de lo dispuesto por el artículo 58° de la Ley N° 26636, Ley Procesal del Trabajo, modificado por el artículo 1° de la Ley N° 27021: Declararon **IMPROCEDENTE** el recurso de casación interpuesto por la demandada, **Servicio de Agua Potable y Alcantarillado de Lima S.A. – SEDAPAL**, mediante escrito de fecha diez de diciembre de dos mil quince, que corre en fojas doscientos noventa y dos a trescientos dos; **ORDENARON** la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial "El Peruano" conforme a ley; en el proceso ordinario laboral seguido por la demandante, **Katia Elizabeth Corbacho Alcocer**: sobre reconocimiento de vínculo laboral y pago de beneficios sociales; interviniendo como ponente, el señor juez supremo Yrivarren Fallaque; y los devolvieron. S.S. AREVALO VELA, YRIVARREN FALLAQUE, ARIAS LAZARTE, DE LA ROSA BEDRIÑANA, MALCA GUAYLUPO C-1520815-338

CAS. N° 3152-2015 AREQUIPA

Desnaturalización de contrato y otro. **PROCESO ORDINARIO -**

NLPT. Sumilla: *El régimen laboral de los obreros municipales es el de la actividad privada; en consecuencia, no pueden ser*

contratados bajo el régimen especial del contrato administrativo de servicios. Lima, ocho de marzo de dos mil diecisiete.- **VISTA**; la causa número tres mil ciento cincuenta y dos, guion dos mil quince, guion **AREQUIPA**, en audiencia pública de la fecha; y producida la votación con arreglo a ley, se emite la siguiente sentencia: **MATERIA DEL RECURSO:** Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante, **Carlos Humberto Martínez Camacho**, mediante escrito de fecha cuatro de febrero de dos mil quince, que corre en fojas trescientos nueve a trescientos veinte, contra la **Sentencia de Vista** de fecha diecinueve de enero de dos mil quince, que corre en fojas doscientos setenta y seis a doscientos ochenta, que **revocó** la Sentencia de primera instancia emitida el nueve de enero de dos mil catorce, que corre en fojas doscientos treinta y dos a doscientos cuarenta y dos, que declaró fundada la demanda en todos sus extremos, y **reformándola** declararon nulo

ANEXO 8

REDUCCIÓN DE REMUNERACIONES DE TRABAJADOR DE CONFIANZA: Respecto a la rebaja inmotivada de la remuneración la Corte Suprema señala que: i) es jurídicamente válido aplicar la prohibición legal de reducción inmotivada de remuneraciones consagrada en el inciso b) del art. 30° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, a los trabajadores de confianza, pues no existe razón jurídica para su exclusión al no existir norma que determine ello (principio de legalidad); ii) a este tipo de trabajadores de “confianza” –utilizando el término genérico que abarca a los trabajadores de confianza propiamente dicho y a los trabajadores de dirección– también les resulta aplicable conforme lo exige la Ley N° 9463, que medie acuerdo expreso e indubitable respecto de la reducción de la remuneración, no siendo posible admitir la misma, si se origina en la decisión unilateral e inmotivada del empleador; y; iii) el contexto mismo de las circunstancias que rodean a este tipo de trabajadores, como el tiempo que dura la designación, y atendiendo a la conexidad existente entre el derecho a la remuneración equitativa y el principio – derecho a la dignidad de la persona, hace que el quantum remunerativo adquiera una importancia significativa para alcanzar los fines de la remuneración previstos en nuestra norma constitucional, cual es, lograr el bienestar material y espiritual del trabajador.

CASACIÓN 3636-2010 CUSCO

Lima, diecisiete de agosto del dos mil once

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

VISTA: La causa; en Audiencia Pública llevada a cabo en la fecha, integrada por los Magistrados Supremos Acevedo Mena, Presidente, Yrivarren Fallaque, Torres Vega, Arévalo Vela y Chaves Zapater;

producida la votación con arreglo a ley, se ha emitido la siguiente sentencia:

I. MATERIA DEL RECURSO

Se trata del recurso de casación interpuesto mediante escrito de fojas setecientos cuarenta por don Federico Augusto García Miranda, contra la sentencia de vista obrante a fojas setecientos veintiocho, de fecha treinta y uno de agosto del dos mil diez, expedida por la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia del Cusco, que

revocando la sentencia apelada a fojas seiscientos setenta y cinco del doce de mayo del mismo año, que declara fundada en parte la demanda, reformándola, la declara infundada.

II. FUNDAMENTOS DEL RECURSO

El recurrente, denuncia como agravios:

- a) La interpretación errónea del literal b) del artículo 30° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, norma concordante con el artículo 49° del Reglamento del Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo, alegando que la sentencia de vista, en sus considerandos

2.13 y 2.14, sin respaldarse en la segunda parte del artículo citado, llega a la conclusión que la disminución de la remuneración del actor es una simple consecuencia del cambio de puesto y como consecuencia del retiro de confianza verificado mediante Oficio G-706-2009, de fecha veintiséis de junio del dos mil nueve, por tanto, el concepto impago responde a la nueva condición laboral del demandante y no a un acto de hostilidad; añade que el razonamiento de la Sala se orienta a justificar el comportamiento patronal, al asumir que la remuneración dejada de percibir es de naturaleza condicional y por tanto susceptible de retracción, frente a una decisión inmotivada, injustificada, unilateral y por tanto arbitraria, precisando además que el artículo 49° del Decreto Supremo N° 001-96-TR, aclarando los alcances de la ley, conduce a una interpretación inequívoca del sentido legal que debe sancionar el Poder Judicial, cuando se trata de actos hostilizadorios patronales consistentes en la reducción de la remuneración.

- b) La inaplicación del artículo 59° del Decreto Supremo N° 001-

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

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

III. CONSIDERANDO

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

DÉCIMO TERCERO: Así las cosas, independientemente de la calificación que la Suprema Sala advierte –de los fundamentos del recurso casatorio

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

TERCERO: Mediante escrito de fojas sesenta y seis, don Federico Augusto García Miranda demanda el cese de los actos de hostilidad perpetrados en su contra y ejercidos por su empleadora empresa Electro Sur Este Sociedad Anónima Abierta, quien de manera inmotivada y a partir del trece de mayo del dos mil nueve, le ha reducido la categoría y la remuneración percibida hasta dicha fecha, así como pretende se le reponga en el Nivel Remunerativo F-3A, con el que percibía un sueldo de siete mil treinta (S/. 7,030.00) nuevos soles y las remuneraciones devengadas. Expresa el actor, que ingresó a laborar para la demandada el uno de mayo de mil novecientos noventa y dos, siendo promovido en el mes de febrero de mil novecientos noventa y cuatro al cargo de Jefe de Abastecimientos, para posteriormente ejercer los cargos de Jefe de Logística, Jefe de Ventas, Jefe de Servicio Eléctrico de Vilcanota, Jefe de Finanzas y finalmente Jefe de *Marketing* de la demandada, agregando que mediante Memorandum N° A-283-2009, fechado el trece de mayo del dos mil nueve, se le comunicó el Acuerdo de Directorio por el cual se da por concluida su designación como personal de confianza, asignándole a partir del catorce de mayo del citado año, y con carácter temporal, la función de Especialista Proyectos Foner, con un nivel remunerativo de P-1, esto es, un nivel remunerativo menor al que venía ostentando, hecho que considera un acto de hostilidad.

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

QUINTO: El inciso b) del artículo 30° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral considera como acto de hostilidad equiparable al despido, la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría, acto que se configura, según lo señala el artículo

49° del Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral cuando su reducción es dispuesta por decisión unilateral del empleador y carece de motivación objetiva y legal, incluyendo esta última norma como excepción cuando el pago de la remuneración se encuentra sujeta a condición.

SEXTO: En ese sentido, se configurará un acto de hostilidad cuando el empleador se exceda en sus facultades de dirección, y en esencia persiga ocultamente la intención de extinguir el vínculo laboral con el trabajador, y que en el caso de la reducción de remuneración y/o categoría, solo podrá ejecutarse dicha medida, cuando exista acuerdo

que necesariamente deben concordarse con lo dispuesto en el artículo 30° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, expresado entre las partes, resulta proscrita en el supuesto que no se justifique objetivamente.

SÉTIMO: En el caso concreto, tal y como lo ha expuesto el recurrente en su escrito de demanda de fojas sesenta y seis, hechos admitidos por la demandada en su contestación corriente a fojas ciento catorce,

DÉCIMO TERCERO: Así las cosas, independientemente de la calificación y dos, siendo promovido en el mes de febrero de mil novecientos noventa y cuatro al cargo de Jefe de Abastecimiento, fecha a partir de la cual, y hasta el trece de mayo del dos mil nueve, en que se des- envolvió como Jefe de Marketing, ejerció cargos con responsabilidad al interior de la empresa, esto es, por más de quince años de labor ininterrumpida.

OCTAVO: En relación a los trabajadores de *dirección o confianza*; nuestro ordenamiento jurídico en el artículo 43° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, prescribe: *“Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajado- res o terceros, o que lo sustituye, o comparte con aquel las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de actividad empresarial. Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter re- servado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales”.*

NOVENO: Como puede apreciarse, la mayor diferencia existente en- tre ambas categorías de trabajadores radica en que solo el personal de dirección tiene poder de decisión y actúa en representación del empleador, con poderes propios de él, que se entiende le han sido debidamente conferidos; en cambio, el personal de confianza, si bien trabaja en contacto directo con el empleador o con el personal de dirección, y tiene acceso a información confidencial, únicamente coadyuva a la toma de decisiones por parte del empleador o del referido personal de dirección, entiéndase que aquellos son sus colaboradores directos.

DÉCIMO: Por su parte, la doctrina autorizada –en cuanto a este tema– señala: *“El trabajo de confianza no es un trabajo especial sino una relación especial entre el patrón y el trabajador, en razón de las funciones que este desempeña. (...) En rigor, los trabajadores de confianza son tra- bajadores con un mayor grado de responsabilidad en atención a la tarea que desempeñan y de alguna manera hacen presente el interés del patrón (...)”*⁽¹⁾, del mismo modo, Santiago Barajas Montes de Oca define a un trabajador de confianza como: *“La persona que por razón de jerarquía, vinculación, lealtad y naturaleza de la actividad que desarrolla al servicio de una empresa o patrono, adquiere representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones, las mismas que lo ligan de manera íntima al destino de esa empresa o a los intereses particulares de quien lo contrata, en forma tal que sus actos merezcan plena garantía y seguridad, y tenga su comportamiento laboral plena aceptación (...)”*⁽²⁾

DÉCIMO PRIMERO: En este mismo horizonte se ha pronunciado el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el expediente número 03501-2006-PA/TC, señalando entre sus principales carac- terísticas, a saber: a) La confianza depositada en él, por parte del empleador; b) Representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones; c) Dirección y dependencia; d) No es la persona la que determina que un cargo sea considerado de confianza. La natu- raleza misma de la función es lo que determina la condición laboral del trabajador, entre otras.

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

que necesariamente deben concordarse con lo dispuesto en el ar-

pues de lo contrario la reducción constituiría una rebaja inmotivada de la

ción o no de “cargo de dirección” o “cargo de confianza”, el puesto de

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

DÉCIMO CUARTO: En este mismo sentido lo ha señalado el Tribunal Constitucional en el expediente número 03501-2006-PA/TC de fecha quince de marzo de dos mil siete, en donde se indicó –resolviendo un proceso de amparo con pretensión de reposición en el trabajo planteado por un trabajador de confianza– que aun cuando este tipo de trabajadores fuera despedido, no tienen derecho a la reinstalación en el mismo puesto de trabajo, salvo que se tratase de trabajadores de carrera, esto es, aquellos que ingresaron a la empresa en calidad de trabajadores de planta fueran posteriormente promovidos a esa condición, sí tendrían derecho a la reposición empero no en el cargo de confianza, sino al cargo de carrera a partir del cual se produjo el supuesto de movilidad funcional ascendente. Así, se señaló: *“La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, esta en cambio es de naturaleza subjetiva. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes o ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103° de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley”*⁽³⁾.

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

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

DÉCIMO SÉTIMO: En efecto, conforme a lo dispuesto en el artículo

23° de la Constitución Política del Estado: *“ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”*, y el artículo 24°, que regula *“El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual”*, así como conforme a lo dispuesto en el artículo 26°, numeral 2) de la Constitu-

trabajadores, como el tiempo que dura la designación, y atendiendo a ción que garantiza en la relación de trabajo el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley, cualquier acto de reducción de la remuneración debe observar, principalmente, las normas constitucionales que sobre este aspecto existen, y partiendo de las mismas, debe evaluarse su procedencia o ilegalidad; normas

pues de lo contrario la reducción constituiría una rebaja inmotivada de la

trabajadores, como el tiempo que dura la designación, y atendiendo a

título 7º del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” que prescribe “Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular: a. una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de subsistencia digna y decorosa para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción”, así como en lo regulado por el artículo 23 inciso 3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que señala: “Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social” (el resaltado agregado); normas que se integran al derecho nacional, merced a lo dispuesto en el artículo 3º y a la Cuarta Disposición Final de la Constitución Política del Estado.

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

DÉCIMO NOVENO: Precisamente, estas últimas, dispensan un trato preferencial y proteccionista a la remuneración respecto de la intervención de terceros, incluso de la propia empleadora, pues merced a lo previsto en los artículos 648º inciso 5 del Código Procesal Civil, artículos 40º, 42º y 47º del Decreto Supremo Nº 001-97-TR, artículos

1º, 2º y 3º del Decreto Legislativo Nº 856, artículo 42º de la Ley del Sistema Concursal, artículo 6º del Texto Único Ordenado del Código Tributario, Decreto Supremo Nº 135-99-EF y la Ley Nº 9463, se protege la remuneración contra cualquier ejercicio abusivo del *ius variandi* (como por ejemplo las retenciones indebidas), contra el ejercicio del derecho de crédito de los acreedores del empleador (persecutoriedad y preferencia en el pago) y el propio trabajador (intangibilidad de la compensación por tiempo de servicios), entre otras.

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

en la sentencia apelada—debe retrotraerse a la fecha de verificación remuneración que se encuentra prohibida por la ley y considerada como un acto hostilizadorio por el artículo 30º, inciso b) del Decreto Supremo N° 003-97-TR; en consecuencia, la sentencia de vista ha realizado una correcta interpretación del artículo único de la Ley N° 9463”.

VIGÉSIMO PRIMERO: Por su parte, el Tribunal Constitucional señaló que “(...) Las remuneraciones de los trabajadores son irrenunciables e intangibles, y solo se podrán afectar las planillas de pago por orden judicial o por un descuento aceptado por el trabajador⁽⁴⁾, y que “El artículo 24º de nuestra Constitución Política del Perú ha consagrado el derecho de todo trabajador a percibir una remuneración equitativa y suficiente que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. Por consiguiente la remuneración como retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, debe ser entendida como un derecho fundamental. Además de adquirir una naturaleza alimentaria, tiene una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio – derecho a la igualdad y la dignidad, amen que adquiere diversas consecuencias o efectos que serán de vital importancia para el desarrollo integral de la persona humana. Así tenemos como consecuencias de este derecho: adquirir una pensión en base a los aportes y contribuciones a la seguridad social, servicio de cálculo para efectos de beneficios sociales como vacaciones, compensación por tiempo de servicios, indemnización por vacaciones trunca, o en su caso, ser calculable para la indemnización por despido arbitrario y otros beneficios sociales⁽⁵⁾”.

VIGÉSIMO SEGUNDO: En esta línea jurisprudencial, si bien no existe pronunciamiento expreso del Tribunal Constitucional sobre la rebaja inmotivada de remuneraciones respecto de los trabajadores de confianza, sin embargo, indirectamente en la sentencia constitucional recaída en el Expediente N° 009-2004-AA/TC, fundamento tercero, indicó: “En cuanto a la rebaja de remuneraciones, con las boletas de pago obrantes de fojas once a quince de autos, ha quedado acreditado que el actor siguió percibiendo la misma remuneración que recibía como Asesor de Gerencia General hasta el mes de diciembre de mil novecientos noventa y nueve, y que la referida reducción se sustenta en el convenio suscrito con fecha veinticinco de octubre de dicho año. Al respecto, la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada expresamente por la Ley N°

9463, del diecisiete de diciembre de mil novecientos cuarenta y uno, siempre que medie aceptación del trabajador. Igual situación es contemplada, contrario sensu, por el artículo 30º inciso b), del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, y el artículo 49º de su Reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N°

001-96-TR, que consideran la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría como acto de hostilidad equiparable al despido. Sin embargo, el actor manifiesta que fue compelido por la emplazada a firmar dicho convenio. En ese sentido, este Colegiado considera que la vía del amparo, por su carácter sumario, no es la idónea para resolver dicho extremo de la demanda, tomando en consideración que se fundamenta en un vicio en la manifestación de voluntad del recurrente, lo cual requiere la actuación de pruebas y diligencias dentro de la correspondiente estación probatoria, etapa de la cual carece el amparo. En todo caso, en este extremo, este Colegiado deja a salvo el derecho del recurrente para que pueda ejercerlo en sede ordinaria”.

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

SEGUNDO: El recurrente denuncia como causales de casación: i) de confianza—utilizando el término genérico que abarca a los trabajadores de confianza propiamente dicho y a los trabajadores de dirección—, también les resulta aplicable conforme lo exige la Ley N° 9463, que medie acuerdo expreso e indubitable respecto de la reducción de la remuneración, no siendo posible admitir la misma, si se origina en la decisión unilateral e inmotivada del empleador; y, iii) el contexto mismo de las circunstancias que rodean a este tipo de

en la sentencia apelada—debe retrotraerse a la fecha de verificación

la conexidad existente entre el derecho a la remuneración equitativa y el principio-derecho a la dignidad de la persona, hace que el *quantum* remunerativo adquiera una importancia significativa para alcanzar los fines de la remuneración previstos en nuestra norma constitucional, cual es, el lograr el bienestar material y espiritual del trabajador.

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

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

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

VIGÉSIMO SÉTIMO: En el presente caso, al constituir la reducción de la remuneración que venía percibiendo un acto unilateral e inmotivado de hostilidad que afecta la dignidad del trabajador así como su derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual, debe concluirse en la ilegalidad y consecuente privación de efectos de la conducta sancionada del empleador, ya que lo contrario significaría otorgar validez a una conducta reprochable legal y constitucionalmente por el ordenamiento, conforme se ha acreditado en autos, razón por la cual el efecto de lo ordenado en el presente caso —y conforme a lo anotado

SEGUNDO: El recurrente denuncia como causales de casación: i)

en la sentencia apelada—debe retrotraerse a la fecha de verificación del acto declarado hostil, esto es, desde el trece de mayo del dos mil nueve, con los demás beneficios sociales requeridos afectados con la reducción remunerativa sufrida; pues a partir de ese momento se le designó como Especialista Proyectos Foner y se le pagó con una remuneración reducida de manera significativa.

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

IV. RESOLUCIÓN

Por tales consideraciones, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 59° de la Ley Procesal del Trabajo N° 26636, modificado por la Ley N° 27021: Declararon: FUNDADO el recurso de casación interpuesto a fojas setecientos cuarenta, por don Federico Augusto García Miranda, en consecuencia: CASARON la sentencia de vista obrante a fojas setecientos veintiocho, su fecha treinta y uno de agosto del dos mil diez; y actuando en sede de instancia: CONFIRMARON la sentencia apelada de fojas seiscientos setenta y cinco, del doce de mayo del dos mil diez que declara FUNDADA en PARTE la demanda, en consecuencia: DISPUSIERON a la empresa Electro Sur Este Sociedad Anónima Abierta, cumpla con restituir al actor el nivel remunerativo que este percibía hasta antes del trece de mayo del dos mil nueve, con el reconocimiento de las remuneraciones dejadas de percibir desde dicha fecha y que habrán de ser calculadas en ejecución de sentencia; en los seguidos contra Electro Sur Este Sociedad

Anónima Abierta sobre Cese de Hostilidad y otros; ORDENARON la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, conforme a ley; y los devolvieron.- Vocal Ponente Acevedo Mena. S.S. ACEVEDO MENA, YRIVARREN FALLAQUE, TORRES VEGA, CHAVES ZAPATER. EL VOTO DEL SEÑOR ARÉVALO VELA; ES COMO SIGUE: CONSIDERANDO:

PRIMERO: Se trata del recurso de casación interpuesto por el demandante Federico Augusto García Miranda, mediante escrito de fojas cuarenta y tres a cuarenta y siete de fecha diez de setiembre de dos mil diez, contra la sentencia de vista de fecha treinta y uno de agosto de dos mil diez, que revocando la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda, reformándola la declara infundada.

SEGUNDO: El recurrente denuncia como causales de casación: i) la interpretación errónea del literal b) del artículo 30° del Decreto Supremo N° 03-97-TR concordante con el artículo 49° del Decreto Supremo N° 01-96-TR. ii) Inaplicación del artículo 59° del Decreto Supremo N° 01-96-TR.

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

CUARTO: Que, respecto de la causal contenida en el acápite ii), Inaplicación del artículo 59° del Decreto Supremo N° 01-96-TR, debemos señalar que en el recurso no se ha indicado porqué debió aplicarse dicha norma, infringiendo de esta manera el artículo 58° inciso c) de la Ley N° 26636, modificado por la Ley N° 27021, aplicable por razón de temporalidad, deviniendo por ello en improcedente la causal denunciada. Por estas consideraciones: MI VOTO es porque se declare IMPROCEDENTE el recurso de casación interpuesto a fojas setecientos cuarenta, por el demandante Federico Augusto García Miranda, contra la sentencia de vista obrante a fojas setecientos veintiocho, su fecha treinta y uno de agosto del dos mil diez; en los seguidos contra Electro Sur Este Sociedad Anónima Abierta sobre Cese de Hostilidad y otros; SE ORDENE la publicación de la presente resolución en el Diario Oficial “El Peruano”, conforme a ley; y se devuelvan los autos.-

S.S. AREVALO VELA

- (1) DE BUEN, Néstor. “DERECHOS DEL TRABAJADOR DE CONFIANZA”. Cámara de Diputados, LVIII Legislatura – Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 14 y 15.
- (2) BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. “LOS CONTRATOS ESPECIALES DE TRABAJO”, [en línea], México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 1992, Serie G. Estudios Doctrinales, Núm. 136, p. 142. Formato html, Disponible en Internet: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=953>, ISBN 968-36-2433-2.
- (3) Fundamento Jurídico II literal f).
- (4) Expediente N° 0818-2005-PA/TC, fundamento jurídico 6.
- (5) Expediente N° 04922-2007-PA/TC, fundamento jurídico 6.
- (6) PIZARRO DÍAZ, Mónica. “La remuneración en el Perú- Análisis Jurídico Laboral”. Lima, Editado por Gonzáles & Asociados, Consultores Laborales S.A.C., 2006, págs. 51-61.

ANEXO 9

CORTE SUPERIOR DE JUSTICIA DE JUNÍN

Sala Laboral Permanente de Huancayo

Sumilla: Al comprobarse que el trabajador ingresó a laborar a Telefónica del Perú como un trabajador ordinario, por lo tanto, al retirársele la confianza, no debió ser despedido sino retornar a su puesto de trabajo inicial, empero, con la misma remuneración que percibía al momento del despido, al haber trabajado más de 10 años en puestos de confianza.

Expediente N° 00729-2017-0-1501-JR-LA-03

JUECES: Corrales, Cristoval y Montes

PROVIENE: Tercer Juzgado de Trabajo de Huancayo

GRADO: SENTENCIA APELADA

Juez Ponente: Edwin Ricardo CORRALES MELGAREJO[1]

RESOLUCIÓN N° 14

Huancayo, 5 de setiembre de 2017.

En los seguidos por Carlos Emilio Panta Mendoza contra Telefónica del Perú S.A.A. (TdP), el Colegiado de esta Sala ha expedido en segunda instancia la:

SENTENCIA DE VISTA N° [...] -2017

I. ASUNTO

Materia del Grado 1. Viene en grado de apelación la Sentencia contenida en la Resolución N° 9 de fecha 19 de junio de 2017, que obra a páginas 169 y siguientes, que declara **FUNDADA** la demanda.

Fundamentos de la Apelación

2. La mencionada resolución es apelada por la demandada, mediante recurso de páginas (pp.) 182 y siguientes (ss.), cuyos fundamentos de los agravios se resumen en indicar lo siguiente:

a) El juzgado se equivoca al considerar que el hecho de haber tenido derecho a la estabilidad laboral el año 1990 mediante Resolución del Ministerio de Trabajo, es prueba de que el demandante ocupó un cargo

ordinario y no así de confianza, ya que el puesto ocupado por el actor en la oportunidad de su ingreso era un símil del de hoy, por lo que desde las disposiciones del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (LPCL), debe ser entendido como un trabajador de confianza.

b) El tratamiento que tuvo el señor Panta como Profesional VI jamás correspondió al de un trabajador ordinario, pues el actor perteneció al grupo ocupacional "A", es decir, fue parte del personal no sujeto a negociación colectiva, fue beneficiario de la Asignación por Responsabilidad Directiva y sus haberes eran fijados por CONADE.

c) El actor, no se encuentra dentro de ninguno de los supuestos de protección contra el despido desarrollados por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, pues, no existió un ánimo doloso en relación a su promoción a un puesto de confianza, es decir, no fue ascendido para precarizar su protección contra el despido.

d) El juzgado se equivoca al considerar que al demandante le corresponde ocupar el cargo de Analista de Gestión, pues dicho cargo corresponde a empleados de tipo común en la empresa, jamás similares, por la naturaleza y el tipo de funciones cumplidas, a aquel que ocupó el señor Panta cuando ingresó a prestar servicios a TdP. En efecto, en el Informe de Estructura de Cargos, se verifica que en el caso del Analista estamos frente a un simple empleado que procesa información sobre la base de rutas predeterminadas, mientras que el Profesional VI, trata directamente con personal de Dirección, propone objetivos, supervisa personal, se encarga del stock de materiales y equipos, es decir, se trata de un trabajador con autonomía que presenta los rasgos característicos de un trabajador de confianza.

e) En consecuencia, el cargo similar al ocupado por el demandante, hoy en día en la estructura de la empresa correspondería al de un Experto, último trabajador considerado dentro del escalafón de personal de dirección y confianza de la compañía.

f) Con relación a la supuesta falta de colaboración de TdP, lo solicitado por el Juzgado fue el documento denominado Estructura de Cargos o el equivalente; en ese sentido, la compañía presentó el documento que podía exhibir en dicha oportunidad, ello debido a que, como fue expuesto al Juzgado, la nomenclatura y muchos cargos en la empresa se encuentra pasando actualmente por un proceso de reorganización.

3. La resolución también es apelada por el demandante Carlos Emilio Panta Mendoza, mediante recurso de p. 197, cuyos fundamentos de los agravios se resumen en indicar lo siguiente:

a) La jueza de origen no ha explicado por qué se ha apartado del criterio de la Corte Suprema en la Casación N° 03636-2010-CUSCO, que permite a los trabajadores que retornan a su puesto original, recibir la misma remuneración que percibían cuando ocupaban el cargo de confianza.

b) No se ha tomado en cuenta que el accionante ha trabajado por más de 25 años ocupando cargos de confianza, en tal sentido, la remuneración que percibía el actor ha pasado a conformar parte de su

patrimonio, de su libre disponibilidad, bajo la cual ha establecido su presupuesto familiar por muchos años para la atención de sus siete hijos y su cónyuge, quien tiene como única actividad las labores del hogar.

II. FUNDAMENTOS

TEMA DE DECISIÓN:

4. Para resolver la presente controversia, se debe determinar si:

- El cargo original del demandante era un puesto de confianza o uno ordinario.
- Corresponde o no ordenar la reposición del actor en el puesto de Analista de Gestión en el área de Operaciones de la Oficina Zonal de Huancayo con la última remuneración que percibió como trabajador de confianza.

LAS RAZONES QUE JUSTIFICAN LA DECISIÓN:

Análisis del caso

5. La presente controversia, entonces, propone establecer, previamente, la naturaleza del vínculo contractual que mantuvo el actor con la demandada al inicio de la relación laboral, al existir abierta discrepancia entre lo afirmado por las partes, pues en el caso de que el actor haya ingresado a laborar a TdP, como un trabajador ordinario, solo podía ser despedido por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad y previo procedimiento disciplinario; o, por el contrario, desde el primer día de labores fue un trabajador de confianza, entonces, el despido por haber perdido tal condición habría sido lícito.

En ese sentido, la controversia debe analizarse de la siguiente manera:

Sobre la Ley N° 24514

6. Sostiene la demandada en su recurso de apelación que el hecho de que el actor haya tenido derecho a la estabilidad laboral el año 1990, mediante Resolución del Ministerio de Trabajo (p.129), no es prueba suficiente de que haya ocupado un cargo ordinario y no así de confianza, ya que el cargo desempeñado por el actor en la oportunidad de su ingreso era un símil del actual, por lo que desde las disposiciones de la LPCL, debe ser entendido como un trabajador de confianza.

7. Al respecto, es importante señalar que en el año 1987 (fecha de ingreso del actor) no existía una normatividad que definiera de manera clara las funciones, los derechos y las condiciones contractuales de un trabajador de confianza, pues como señala Obregón[2], solo *“a partir de la dación del Decreto Legislativo N° 728, en 1991, se introdujo en nuestra legislación laboral dos categorías especiales dentro de las divisiones que se hacían entre los trabajadores, según el cargo que desempeñan o la labor que realizan: los trabajadores de dirección y los trabajadores de confianza. Anteriormente, nuestra legislación laboral sólo distinguía a los trabajadores entre empleados y obreros, siendo el elemento diferenciador entre ellos el tipo de labor, pues cuando prevalecía la labor manual, se trataba de obreros, y cuando prevalecía la labor intelectual, entonces se trataba de empleados. Esta división está cada vez más en desuso, y actualmente, lo correcto es señalar que hay tres categorías de trabajadores, los de dirección, los de confianza y los demás trabajadores”*.

8. En efecto, la norma vigente al momento del ingreso del actor a TdP era la Ley N° 24514, ley que regulaba el derecho de estabilidad en el trabajo, promulgada el 5 de junio de 1986. En ese sentido, la citada norma solo se circunscribía a regular la estabilidad laboral de los trabajadores ordinarios, y sobre los cargos de confianza se limitaba a establecer lo siguiente:

Artículo 15.- (...) Se consideran cargos de confianza los que se ejercen a nivel de dirección, los que conllevan poder decisorio o importan representación general del empleador.

9. Estando a lo anterior, es importante cotejar las labores asignadas al actor en su puesto inicial de "Asistente Zonal de Planta Interna" y como "Profesional Equipos Especiales", y las funciones determinadas para los trabajadores de confianza según la Ley N° 24514 (Principio de temporalidad normativa), de la siguiente manera:

CARACTERÍSTICAS DEL CARGO DE CONFIANZA SEGÚN LEY N° 24514

LABORES DESARROLLADAS POR EL ACTOR AL INICIO DE SUS LABORES EN TELEFÓNICA DEL PERÚ (p. 76)

Representación general del empleador.

Función de dirección.

Conllevan poder decisorio.

- 1.- Supervisar la ejecución del mantenimiento preventivo y correctivo de los equipos de planta interna de la Administración Zonal.
- 2.- Evaluar e informar a la Jefatura Zonal de Telefonía de los resultados de los programas de mantenimiento de los equipos de Planta Interna de la Administración Zonal.
- 3.- Determinar y proponer de acuerdo a los objetivos de la Administración Zonal, estándares de eficiencia y control en el ámbito de Planta Interna y velar por el cumplimiento de lo establecido.
- 4.- Prever el stock de materiales y/o repuestos que se requieran para el buen funcionamiento de los Equipos de Planta Interna de la Administración, así como llevar el control de herramientas, instrumentos y repuestos.
- 5.- Supervisar al personal a su cargo, en cuanto a su asistencia, disciplina y turnos de trabajo.
- 6.- Realizar trabajo especializado en el mantenimiento de Equipos Especiales de la Administración Zonal.
- 7.- Propone y ejecuta la modificación de circuitos especiales en la Administración Zonal.
- 8.- Es responsable de la ejecución del programa de mantenimiento de los Equipos Especiales de la Administración.
- 9.- Realiza proyectos ejecutables por la Administración Zonal
10. Como se puede observar del cuadro precedente, las labores desarrolladas por el actor no importaban una representación general del empleador, menos de dirección, pues solo se limitaban a supervisar la ejecución del mantenimiento de equipos, y de los proyectos ejecutables de una

administración zonal determinada de la compañía; tampoco conllevaban un poder decisorio, pues debía rendir cuenta a un superior el que tenía dicho poder de decisión (la Jefatura Zonal de la empresa).

También se observa que al realizar trabajos especializados de mantenimiento, su labor era técnica, y no de administración, gestión o toma de decisiones, ya que hasta la labor de supervisión del personal a su cargo, se circunscribía a vigilar su asistencia, disciplina y turnos de trabajo. No se indica que el demandante les impartía órdenes de trabajo, por ejemplo. Hasta diríamos que en ciertas funciones su trabajo era manual, porque se encargaba de “llevar el control de herramientas, instrumentos y repuestos”. En todo caso, su labor profesional era de propuesta, previsión, supervisión y responsable en la ejecución del mantenimiento de los equipos asignados, que corresponde a una función técnica operativa acorde con sus estudios de “Ingeniería Electrónica” que alude el documento bajo análisis, a las de un trabajador de dirección con poder decisorio en la gestión empresarial de la demandada.

11. Por otro lado, en el desarrollo de la contestación de la demanda así como en su recurso de apelación, la demandada pretende calificar las labores que realizaba el actor durante el año **1987** bajo las disposiciones del Decreto Legislativo N° 728, promulgado en el año **1991**, para que, de esa manera, pueda ajustarse a las características de un trabajador de confianza.

12. Sin embargo, es importante señalar que, bajo la teoría de los hechos cumplidos, cada norma jurídica debe aplicarse a los hechos que ocurran durante su vigencia, es decir, bajo su aplicación inmediata. Así lo reconoció el Tribunal Constitucional al señalar:

“la aplicación ultractiva o retroactiva de una norma solo es posible si el ordenamiento lo reconoce expresamente –a un grupo determinado de personas- que mantendrán los derechos nacidos al amparo de la ley anterior porque así lo dispuso el Constituyente – permitiendo que la norma bajo la cual nació el derecho surta efectos, aunque en el trayecto la norma sea derogada o sustituida”.[3]

13. En ese sentido, en el presente caso, para determinar la situación laboral del actor durante el periodo en cuestión, que corre desde su fecha de ingreso hasta cuando ambas partes concuerdan que el actor adquirió la condición de personal de confianza, esto es, desde el 1 de abril de 1992, en el cargo de “Jefe Sección Zonal Conmutación”, p. 13, debe ser resuelto aplicándose únicamente la Ley N° 24514, pues el actor ingresó a laborar a la entidad demandada durante su vigencia.

14. Estando a lo anterior, la norma vigente en 1987 sólo hacía una diferenciación entre cargos de confianza (funciones que ahora corresponden a los de un trabajador de dirección, y que no se ajustan a lo desempeñado por el demandante) y trabajadores ordinarios, a los que por deducción y descarte, debe pertenecer el actor.

15. Otro de los agravios presentados por la demandada en su recurso de apelación, es que el tratamiento que tuvo el actor como Profesional VI jamás correspondió al de un trabajador ordinario que prestaba servicios en una empresa pública, pues el actor habría pertenecido al grupo ocupacional “A”, es decir, era un personal no sujeto a negociación colectiva, y fue beneficiario de la Asignación por Responsabilidad Directiva ya que sus haberes eran fijados por CONADE.

16. Sin embargo, como era su obligación según el artículo 23.1[4] de la Ley 29497, la entidad demandada no ha acreditado que el actor desde su fecha de ingreso hasta cuando fue ascendido a “Jefe Sección Zonal

Conmutación”, p. 13, percibía tal Asignación, que se supone se le pagaba mediante las planillas de remuneraciones atendiendo a que la demandada en ese tiempo era una entidad supervisada por CONADE.

17. Por su parte, el demandante ha acreditado que la Resolución Directoral N° 149-90-SD/CHIM, expedida por el Ministerio de Trabajo y Promoción Social (p.128) desmiente la versión de la demandada con respecto a los beneficios que supuestamente gozaba el actor, de haber pertenecido al grupo ocupacional “A”, no sujeto a negociación colectiva, y haber sido receptor de la Asignación por Responsabilidad Directiva dentro de la compañía; pues, en el referido documento se verifica que al inicio de sus labores, el trabajador estuvo vinculado a un **contrato de locación de servicios** y que la demandada pretendía encubrir la existencia del vínculo laboral para evitar el cumplimiento de sus obligaciones laborales frente a éste, tal como lo señala la mencionada Resolución:

“(…) el actor ingresó a laborar mediante concurso convocado por la empleada con el sistema de locación de servicios (…).

Que, en la Locación de Servicios, el contrato consiste en la obligación del locador a prestar servicios al comitente por cierto tiempo o para un trabajo determinado, no estando el locador subordinado al comitente, tal como lo establece el artículo 1764° del Código Civil, que en el caso de autos se encuentra probado lo contrario por existir subordinación, por lo que este contrato se convierte en uno de tiempo indeterminado”.

18. Este tipo de encubrimiento, es explicado por la Organización Internacional de Trabajo (OIT) en la Recomendación N° 98 sobre las Relaciones de Trabajo, al sostener que existen “otras formas de acuerdos contractuales que ocultan la verdadera situación jurídica, entendiéndose que existe una relación de trabajo encubierta cuando un empleador considera a un empleado como si no lo fuese, de una manera que oculta su verdadera condición jurídica, y que pueden producirse situaciones en las cuales los acuerdos contractuales dan lugar a que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho”.

19. Además, el segundo párrafo del artículo 15° de la mencionada Ley N°24514 prescribía lo siguiente:

“Los cargos de confianza deberán ser objeto de calificación por el empleador con conocimiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo y de sus trabajadores, debiendo anotarse esta calificación en la planilla correspondiente”.

20. Estando a lo anterior, se puede observar que la empleadora no calificó el cargo de confianza como tal ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, pues de los medios probatorios obrantes en el expediente no consta ningún documento donde la demandada acredite la calidad de trabajador de confianza o cualquier otro puesto análogo en las planillas del trabajador al inicio de su relación laboral.

21. Por el contrario, las únicas pruebas obrantes en el expediente corroboran la versión del actor, pues a p. 13 obra el documento denominado Autorización de Movimiento de Personal, donde la Alta Dirección de la Empresa nombra al trabajador Carlos Panta Mendoza como Jefe Sección Zonal Conmutación, es decir, un puesto jefatural de confianza, recién el año 1992. La misma información se desprende del instrumento obrante a p. 75, sobre la trayectoria laboral del actor, donde se especifica que éste fue promocionado a un cargo jefatural, cinco años después de su ingreso, esto es, el 1 de abril de 1992, esto es, cuatro años y siete meses después de haber ingresado al trabajo.

Cabe agregar que, la teoría del caso de la demandada pierde consistencia, al apreciar en la realidad de los hechos reconstruidos de la relación laboral habida entre las partes, que el demandante tuvo que reclamar ante la Autoridad Administrativa de Trabajo, ante un contrato civil desnaturalizado. Pues, es un absurdo que un personal de confianza con las consideraciones que la Ley 24514 de ese entonces le otorgaba, la de representar al empleador, y tomar decisiones en la dirección de la empresa, tenga que enfrentarse a la demandada en un conflicto administrativo para que sus derechos laborales sean reconocidos y respetados, lo que es propio del trabajador ordinario.

22. Al respecto, es importante recordar que el ordenamiento jurídico procesal distribuye la carga de la prueba entre la parte demandante y la parte demandada, sobre la base de los hechos que tales sujetos procesales aleguen como fundamento fáctico de su demanda o en la contestación, concordante con sus pretensiones y *causa petendi* (fundamentos).

23. Esta regla general, en el proceso laboral, admite una regla especial establecida por la uniforme y reiterada jurisprudencia, y consagrado en el artículo 23 de la NLPT[5], referido a la inversión de la carga de la prueba a favor del trabajador, esto es, que **el empleador asume la carga de la prueba respecto a la existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado por el trabajador**, al cumplimiento de sus obligaciones legales, reglamentarias internas y convencionales, incluso en aportar los contra indicios y desvirtuar las presunciones que se aplican a favor del trabajador, entre otras que se especifican en la norma procesal citada, ya que se considera que la empresa al guardar la información sobre los hechos acaecidos en el centro de trabajo, es la que mejor puede colaborar con la justicia para encontrar la verdad real, sobre cuyo aporte probatorio permita resolver el caso litigado.

24. En efecto, el trabajador esta en menos posibilidades de contar con los medios probatorios generados durante su relación laboral, debido al principio de ajenidad[6]. Puesto que en este proceso, que pone en litigio a una parte fuerte empresarial y a otra débil trabajadora, derivado de una relación laboral, la primera es la que está en mejores condiciones de presentar pruebas, por cuanto, el evento dañoso (el despido laboral) se produjo en su centro de trabajo, a fin de hallar la verdad real en el presente caso.

25. Con base a todo lo expuesto, y tomando en consideración que la demandada no ha podido desvirtuar con pruebas fehacientes lo alegado y acreditado por el actor, esta Sala concluye que el cargo original del demandante era el de un trabajador ordinario.

Sobre la falta de ánimo doloso de la demandada

26. Por otro lado, sostiene la demandada en su recurso de apelación que no correspondería la reposición del actor pues su caso no se encuentra dentro de ninguno de los supuestos de protección contra el despido desarrollados por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, en tanto no existió un ánimo doloso en relación a su promoción a un puesto de confianza, es decir, no fue ascendido para precarizar su protección contra el despido.

27. Al respecto, es importante señalar que en reiterada jurisprudencia, el Tribunal Constitucional ha establecido que el personal que haya ingresado a laborar en un puesto normal o convencional pero que, por motivos de ascenso profesional, accedió a un cargo de confianza, sí tiene el derecho a la reposición; así lo señala, por ejemplo, el criterio que contiene la Sentencia recaída en el Exp. N° 03501-2006-AA/TC, a saber:

19. De forma 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.[7]

28. De igual modo, la 2da. Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, en la Cas. Lab. N° 18450-2015 Lima, estableció el mismo criterio jurisprudencial:

3.10 [...] b) Por el contrario si se tratara de un trabajador cuya «relación laboral sea mixta», es decir que habiendo accedido a un puesto de trabajo para realizar funciones comunes u ordinarias, haya sido promovido por el empleador a la condición de **trabajador de confianza**, en cuyo caso si se le despide por el retiro de la **confianza** si cabría no solo la reposición al puesto de trabajador ordinario, o la indemnización por el despido arbitrario, pues el retiro de la **confianza** debiera tener como lógica consecuencia que regrese a su cargo «común» de origen y no a que pierda el trabajo.[8]

29. En ese sentido, no es necesario alegar algún ánimo doloso de la empresa demandada en el ascenso del trabajador, para solicitar la reposición en el puesto ordinario de trabajo anterior. En el presente caso, basta acreditar que el trabajador ingresó a laborar a la entidad demandada el año 1987 para realizar labores comunes y que, posteriormente, fue promocionado por primera vez a un cargo jefatural, conforme se acredita con el documento denominado “Autorización de Movimiento de Personal” (p. 13) y con la trayectoria laboral del actor (p. 75), y luego que perdiera la confianza, es su derecho solicitar retornar a sus labores anteriores. En ese sentido, este agravio debe ser desestimado.

Sobre el cargo de Analista de Gestión

30. En otro punto, la demandada sostiene que al trabajador no le corresponde ocupar el puesto de **Analista de Gestión**, pues dicho cargo corresponde a empleados de tipo común en la empresa, jamás similares, por la naturaleza y el tipo de funciones cumplidas, a aquel que ocupó el señor Panta cuando ingresó a prestar servicios a TdP, en ese entonces Entel Perú.

Según la demandada, en el Informe de Estructura de Cargos, se verifica que en el caso del Analista estamos frente a un simple empleado que procesa información sobre la base de rutas predeterminadas, mientras que el Profesional VI, trata directamente con personal de Dirección, propone objetivos, supervisa personal, se encarga del stock de materiales y equipos, es decir, se trata de un trabajador con autonomía que presenta los rasgos característicos de un trabajador de confianza. En consecuencia, el cargo similar al ocupado por el demandante, hoy en día en la estructura de la empresa correspondería al de un Experto, último trabajador considerado dentro del escalafón de personal de dirección y confianza de la compañía.

32. En respuesta al agravio, es importante cotejar las funciones que corresponden a un Profesional VI (Asistente Zonal de Planta Interna) y los de un Analista de Gestión, que el actor pretende asumir:

Asistente Zonal Planta Interna (p. 76)

Analista de Gestión (p.153)

GESTIONA INCIDENCIAS

- Supervisar la ejecución del mantenimiento preventivo y correctivo de los equipos de planta interna de la Administración Zonal.
- Evaluar e informar a la Jefatura Zonal de Telefonía de los resultados de los programas de mantenimiento de los equipos de planta interna de la Administración Zonal.
- Determinar y proponer de acuerdo a los objetivos de la administración zonal, estándares de eficiencia y control en el ámbito de planta interna, velar por el cumplimiento de lo establecido.
- Propone y ejecuta la modificación de circuitos especiales en la Administración Zonal.
- Realiza trabajo especializado en el mantenimiento de equipos especiales de la administración zonal.
- Proveer el stock de materiales y/o repuestos que se requieran para el buen funcionamiento de los equipos de planta interna de la Administración así, como llevar el control de herramientas, instrumentos y repuestos.

Gestión de incidencias de la planta móvil.

Análisis y propuestas de mejora en la planta interna.

- Operación y mantenimiento de redes y equipos de transporte con FO, equipos de radio y satélite.
- Coordinación y recepción de redes de transporte (enlaces, última milla y equipos de transporte (radio, tarjeta, etc).

PROPONE, REALIZA TRABAJOS ESPECIALIZADOS Y DE MANTENIMIENTO

31. Como se puede observar del cuadro precedente, las funciones asignadas para cada cargo se pueden resumir en las mismas acciones: gestionar incidencias, plasmar propuestas, realizar trabajos especializados y de mantenimiento, así como la supervisión de equipos en la planta interna de la compañía.

32. Estando a lo expuesto, se concluye que las funciones de un Analista de Gestión no difieren de las labores que el actor ejecutó como profesional VI de planta interna, pues, son cargos equivalentes y que el actor cumpliría con las expectativas del nuevo puesto.

33. En ese sentido, cabe confirmar este extremo de la sentencia que ordena reponer al actor en el cargo equivalente de Analista de Gestión Huancayo u otro similar de igual nivel y categoría.

Por lo demás, debemos de recordar que la sentencia materia del grado funda su decisión, entre otras razones, por: “la poca colaboración por la parte demandada de conocer la verdad de conflicto, y acreditar el cargo le correspondería al demandante o uno similar”. Es decir, TdP incumplió con presentar la estructura de cargos, sólo se limitó a adjuntar un informe.

Sin embargo, la demandada alega que la compañía presentó el documento que podía exhibir en dicha oportunidad, ello debido a que, la nomenclatura y muchos cargos en la empresa se encuentran pasando actualmente por un proceso de reorganización. Empero, este sólo fue un argumento de defensa, ya que no acreditó dicho transe por la que atravesaría la demandada.

En cuanto a la remuneración que percibirá el actor

34. Desde el aspecto procesal, apreciamos que el actor sólo pide se le reponga en el puesto común de ANALISTA DE GESTIÓN del Área de Operaciones de la Oficina Zonal de Huancayo, sin embargo, la Empresa al contestar la demanda agrega como punto controvertido que la remuneración que perciba el actor en dicho puesto, en el supuesto negado que resulte fundada la reposición, sea con la remuneración prevista para dicho cargo, y pide que el Juez se pronuncie sobre la reducción del sueldo del actor, tal como se aprecia en el numeral 3 del literal C de sus fundamentos, p. 63.

Es por ello que, la Juez en la Audiencia Única estable en los hechos que requieren actuación probatoria, p. 135, no sólo la reposición al puesto que pide el actor, sino también la remuneración que le correspondería. Lo que el demandante consintió.

Es decir, que se hace explícito, en el presente caso, el petitorio implícito que contiene toda demanda de reposición, esto es, que se le reponga en el puesto de trabajo o similar del que fue despedido, con las mismas condiciones remunerativas, se entiende.

Motivo por el cual, la Sentencia materia del grado se pronuncia por la reposición del actor, empero, con la remuneración que le correspondería al cargo de Analista de Gestión del Área de Operaciones de la Oficina Zonal de Huancayo, y no así con la que percibía al momento del despido, esto es, del nivel remunerativo del cargo jefatural que ostentaba.

Por ende, corresponde que el Colegiado se pronuncie sobre este punto controvertido en congruencia con la pretensión impugnatoria de la parte demandante.

35. Sobre los agravios de la parte demandante, ésta sostiene que la jueza de origen no ha explicado por qué se ha apartado del criterio de la Corte Suprema en la Casación N° 03636-2010-CUSCO, que permite a los trabajadores de dilatado record laboral como personal de confianza, retornar a su puesto original ordinario y recibir la misma remuneración, que percibían cuando ocupaban el cargo de confianza.

Al respecto, la Corte Suprema en la Casación citada, y que el Colegiado comparte, en justicia señaló lo siguiente:

*“VIGÉSIMO CUARTO: [...] Esta carrera ascendente y vertical a lo largo de tan dilatado récord laboral indican no solo la existencia de confianza depositada en el trabajador, sino también la existencia de un despliegue de habilidades y destrezas profesionales que constituyen indicativos para que la demandada haya extendido aquellos cargos de dirección por tal lapso de tiempo al demandante; y que justifican – precisamente– que **este haya incorporado a su patrimonio de derechos subjetivos un status remunerativo laboral y su correlato de status social, que no puede ser quebrantado inmotivadamente por el empleador sin utilizar el mecanismo legal previsto por la Ley N° 9463, pues aceptar este cambio sin que medie una aceptación expresa del trabajador, implica respaldar una decisión inconstitucional y arbitraria que lesiona no solo el entorno laboral del trabajador, sino también el social y familiar, al dispensarle un trato remunerativo ostensiblemente menor del que venía percibiendo.***

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

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

*VIGÉSIMO SÉTIMO: En el presente caso, **al constituir la reducción de la remuneración que venía percibiendo un acto unilateral e inmotivado de hostilidad que afecta la dignidad del trabajador** así como su derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure para él y su familia, el bienestar material y espiritual, debe concluirse en la ilegalidad y consecuente privación de efectos de la conducta sancionada del empleador, ya que lo contrario significaría otorgar validez a una conducta reprochable legal y constitucionalmente por el ordenamiento [...]”[9] (Lo destacado es nuestro)*

36. Estando a lo anterior, podemos verificar que el presente caso se ajusta al analizado por la Corte Suprema, en la que se trataba de un trabajador que ocupó cargos de dirección y confianza por más de 15 años. Pues el actor, desde su ingreso a la entidad demandada el año 1987, ha tenido una carrera ascendente hasta alcanzar funciones jefaturales, siendo el primero de ellos de Jefe Sección Zonal Conmutación de Chimbote, el 1 de Abril del año 1992, p. 75, hasta el último cargo que ocupó de Jefe de Operaciones de Redes de la Oficina Zonal de Huancayo, hasta el 3 de febrero de 2017, p. 20, esto es, fue personal de confianza por más de 24 años.

Durante tan dilatado record laboral en dicha situación especial laboral, naturalmente, ha conseguido un estatus remunerativo y su correlato de estatus social que no puede verse quebrantado abruptamente por decisión unilateral del empleador, más aún tomando en consideración que también afectaría la esfera familiar del actor al haberse demostrado, mediante medios probatorios obrantes en el expediente (pp.21 y ss.) que tiene siete hijos y una cónyuge dedicada a las labores del hogar.

37. Estando a lo anterior, esta Sala se adhiere al criterio de la Corte Suprema establecido en la Casación N° 03636-2010-CUSCO y, por lo tanto, debe revocar la apelada sobre este extremo.

Conclusión

38. En consecuencia, corresponde confirmar la sentencia que ordena a la demandada cumpla con reponer al actor en el cargo de Analista de Gestión del Área de Operaciones de la Oficina Zonal de Huancayo, empero, revocarla a fin que se disponga que dicha reinstalación laboral sea con la misma remuneración que percibía al momento de despido, esto es, con el ingreso mensual que ganaba en su condición de Jefe, al haberse comprobado que el trabajador ingresó a laborar a Telefónica del Perú como trabajador ordinario y, por lo tanto, la pérdida de confianza no causaba el término de la relación laboral, ya que solo podía ser despedido por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad y previo procedimiento disciplinario. Asimismo, tal retorno a un puesto ordinario no implica la reducción de su remuneración, que en este caso se justifica por la prolongada labor, ininterrumpida, en puestos de confianza por más de cinco años –criterio jurisdiccional temporal que adopta el Colegiado-, y que sólo dicha remuneración puede disminuirse si existe mutuo acuerdo por escrito entre las partes de la relación laboral en observancia de la Ley 9463.

III. DECISIÓN

Con base a los fundamentos antes expuestos, esta Sala, ejerciendo justicia a nombre de la Nación **RESUELVE:**

1. REVOCAR la Sentencia contenida en la Resolución N° 9 de fecha 19 de junio de 2017, que obra a páginas 169 y siguientes, en el extremo que ordena la reposición del actor con la remuneración que corresponde al cargo de Analista de Gestión.

2. REFORMÁNDOLA ORDENARON a la entidad demandada reponer al actor en el cargo de Analista de Gestión del Área de Operaciones de la Oficina Zonal de Huancayo u otro similar de igual nivel y categoría, con la remuneración mensual que percibía en su último cargo de confianza.

3. LA CONFIRMARON en lo demás que contiene.

NOTIFÍQUESE y DEVUÉLVASE.

[1] Juez Superior Titular y Presidente de la Sala Laboral Permanente de la Corte Superior de Junín, pública parte de sus sentencias, ensayos y artículos en las redes sociales siguientes..

[2] OBREGÓN SEVILLANO, Tulio. “Los Trabajadores de Dirección y de Confianza”. Actualidad Empresarial N° 178. Primera quincena de marzo, 2009.

[3] Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente. N°0008-1996-I,23/04/97,P,FH.17. sobre Acción de Inconstitucionalidad.

[4] Artículo 23.- Carga de la prueba

23.1 La carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, sujetos a las siguientes reglas especiales de distribución de la carga probatoria, sin perjuicio de que por ley se dispongan otras adicionales.

[5] Artículo 23.- Carga de la prueba

23.1 La carga de la prueba corresponde a quien afirma hechos que configuran su pretensión, o a quien los contradice alegando nuevos hechos, sujetos a las siguientes reglas especiales de distribución de la carga probatoria, sin perjuicio de que por ley se dispongan otras adicionales.

23.2 Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario.

23.3 Cuando corresponda, si el demandante invoca la calidad de trabajador o ex trabajador, tiene la carga de la prueba de:

- a) La existencia de la fuente normativa de los derechos alegados de origen distinto al constitucional o legal.
- b) El motivo de nulidad invocado y el acto de hostilidad padecido.
- c) La existencia del daño alegado.

23.4 De modo paralelo, cuando corresponda, incumbe al demandado que sea señalado como empleador la carga de la prueba de:

- a) El pago, el cumplimiento de las normas legales, el cumplimiento de sus obligaciones contractuales, su extinción o inexigibilidad.
- b) La existencia de un motivo razonable distinto al hecho lesivo alegado.
- c) El estado del vínculo laboral y la causa del despido.

23.5 En aquellos casos en que de la demanda y de la prueba actuada aparezcan indicios que permitan presumir la existencia del hecho lesivo alegado, el juez debe darlo por cierto, salvo que el demandado haya aportado elementos suficientes para demostrar que existe justificación objetiva y razonable de las medidas adoptadas y de su proporcionalidad.

Los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de la controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes.

[6] El principio de ajenidad, es aquel por el cual el trabajador, al acordar la puesta a disposición del empleador enajena los frutos de su trabajo, independientemente, de la utilidad que los mismos finalmente den al empleador, a cambio de la percepción de una remuneración y otros beneficios laborales con total prescindencia de los riesgos de la empresa, de allí que se justifica que el trabajador no sea socio de la empresa. Este principio es de gran significación a la hora de discutir la trascendencia de los conceptos que se reclaman y para su determinación la doctrina ha considerado varios criterios:

- a) Tesis de la ajenidad en los frutos, es decir, los frutos del trabajo son atribuidos inicial y directamente a persona distinta que de la que ejecuta el trabajo.
- b) Tesis de la ajenidad de los riesgos. Desde esta perspectiva, en el trabajo por cuenta ajena se exigen 4 características esenciales:

El costo del trabajo corra a cargo del empresario. El resultado del trabajo se incorpore al patrimonio del empresario. Sobre el empresario recaiga el resultado económico favorable o adverso, sin que el trabajador se vea afectado por el mismo. El empresario asuma la responsabilidad vicaria por los daños que ocasione el trabajador a terceros, en la ejecución de su trabajo.

ANEXO 10

CONCLUSIONES DEL PLENO JURISDICCIONAL DISTRITAL LABORAL DE LIMA (NLPT) 2017

La Comisión de Actos Preparatorios del Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral (NLPT) con sede en la ciudad de Lima, conformada por los Jueces Superiores **Gino Ernesto Yangali Iparraguirre** (Presidente); **Ciro Fuentes Lobato** (Juez Superior Titular), **Juan Carlos Chávez Paúcar** (Juez Superior Provisional), **Zulema Ascarza López** (Juez de Trabajo Titular), y **Jhonatan Valverde Bernales** (Juez de Paz Letrado de Trabajo Titular), dejan constancia de que luego de llevado a cabo el debate de cada uno de los temas sometidos al Pleno, los señores jueces participantes, han arribado a las conclusiones que se exponen a continuación:

TEMA N° 1

Pago de indemnización por despido arbitrario para trabajadores de confianza

¿Corresponde el pago de indemnización por despido arbitrario a favor de los trabajadores de confianza?

- 1) **PRIMERA PONENCIA:** Sí procede el abono de la indemnización por despido arbitrario a favor de los trabajadores de confianza, en virtud de que el artículo 38° del Decreto Supremo N°003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, no efectúa ninguna diferencia respecto a la protección resarcitoria ante el despido arbitrario.

FUNDAMENTOS:

1.1. Que, la Constitución Política del Estado establece en el artículo 27° que la ley otorga adecuada protección al trabajador contra el despido arbitrario, sin establecer distinciones de ninguna índole respecto a la clase de vínculo de los trabajadores.

1.2. Asimismo, el artículo 38° del Decreto Supremo N°003-97-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece que la indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios, con un máximo de doce (12) remuneraciones, sin precisar exclusión de ninguna índole en desmedro de los trabajadores de confianza.

1.3. En diversas Sentencias del Tribunal Constitucional se encuentran pronunciamientos orientadores sobre la posibilidad de indemnizar a los trabajadores de confianza, tal como se encuentra recogido en la **STC N°00078-2006-PA/TC**, que señala:

STC N° 00078-2006-PA/TC

"...5. Al respecto, en las sentencias recaídas en los Exps. Nos. 0746-2003-AA/TC, 4492-2004-AA/TC y 1651-2005-AA, hemos precisado que quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición, sino la indemnización..."

1.4. Dicho criterio también es sustentado en la Casación Laboral N°3002-2012-Junin, de fecha 11 de marzo del 2013, en cuyo considerando séptimo se indica:

¿Corresponde el pago indemnización por despido arbitrario a favor de los trabajadores de confianza?

SÉPTIMO.- (...) se advierte que el artículo 10 de la referida Ley reconoce en su último párrafo que la ampliación del período de prueba no podrá exceder de seis meses en caso de trabajadores de confianza mientras en su primer párrafo consagra que superado el período de prueba el trabajador - sin distinción alguna - alcanza el derecho a la protección contra el despido arbitrario, con lo cual implícitamente viene a definir que el trabajador de confianza obtiene el derecho a la protección contra el despido arbitrario una vez superado el período de prueba lo que es ratificado con lo dispuesto en sus artículos 34 y 38 que no distinguen el derecho al pago de la indemnización por despido arbitrario en relación a la calidad de trabajador de confianza lo que a su vez guarda consonancia con el hecho que el artículo 16 de la acotada Ley que contempla los supuestos de la extinción de la relación de trabajo, no prevea alguno vinculado a la posibilidad de su resolución unilateral vía la pérdida o el retiro de la confianza. En ese sentido, "si bien el retiro de la confianza no se encuentra regulado en la ley como una causa de cese justificado, por constituir una situación especial y dado que lo originó la contratación de los trabajadores dirección y de confianza es justamente el vínculo de confianza entre el trabajador y empleador, debe entenderse que al desaparecer este elemento la relación de trabajo es irreparable y no debe subsistir, sin embargo, ello no supone que el empleador se liberará de la indemnización tarifada a que se hace referencia en el artículo 38 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral."

1.5. Dicho criterio también ha sido refrendado en las Casación N°13810-2014-Lima, de fecha 23 de marzo del 2015; la Casación N°15156-2014-Lima, de fecha 03 de agosto del 2015, y la Casación Laboral N°3106-2016-Lima, de fecha 09 de setiembre del 2016, donde el Supremo Colegiado señala que los artículos 34° y 38° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, no hace ninguna diferencia de trato entre trabajadores de confianza o dirección y aquellos que no tienen dicha condición; en consecuencia, si a estos trabajadores se les invoca la "pérdida de confianza", como causal de despido, sin estar sustentada en un hecho objetivo relacionado a su capacidad o conducta conforme a los artículos 23° y 24° del texto normativo señalado, les corresponde el otorgamiento de la tutela indemnizatoria.

2) SEGUNDA PONENCIA: No procede el abono de indemnización por despido arbitrario, en virtud de que su vínculo laboral, de conformidad con el artículo 43° del Decreto Supremo N°003-97-TR, TUO del Decreto

Legislativo N°728, se sustenta exclusivamente en la confianza depositada por el empleador.

FUNDAMENTOS:

2.1. Que, el segundo párrafo del artículo 43° del Decreto Supremo N°003-97-TR, que aprueba el TUO del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, define que son Trabajadores de Confianza: "...*aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado.*

Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales...", de donde se desprende que por su naturaleza depende del crédito y confianza que merezca del empleador.

2.2. Que, sobre el tema materia de análisis el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el Expediente N° 1042-2007-PA/TC de fecha nueve de junio de dos mil nueve, ha establecido lo siguiente:

"(...) 3. La designación en un cargo de confianza es una acción administrativa por el cual una persona asume cargos de responsabilidad directa o de confianza con carácter temporal que no conlleva la estabilidad laboral. En el presente caso, el recurrente tenía pleno conocimiento que el cargo al que fue designado mediante Resolución N° 018-06-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 referida designación (...)"

2.3. Este criterio lo mantiene el Tribunal Constitucional, tal como se aprecia de las sentencias recaídas en los Expedientes Nos. 641-2010-PA/TC de fecha dieciocho de agosto de dos mil diez, 1012-2010-PA/TC de fecha doce de abril de dos mil once, 3285-2013-PA/TC de fecha veintitrés de julio de dos mil catorce, entre otros. Como se puede apreciar para el supremo interprete de la Constitución, la terminación del vínculo laboral que tiene como motivo o causa el retiro de confianza del empleador, no supone un despido arbitrario.

2.4. Dichas particularidades subjetivas propias de los trabajadores de confianza determinan que no corresponda otorgar indemnización por despido arbitrario a los trabajadores que ocupen puestos de confianza, dado que el retiro de confianza es una situación especial que extingue el contrato de trabajo de naturaleza subjetiva.

3) TERCERA PONENCIA: No corresponde el abono de la indemnización por despido arbitrario únicamente en el caso de los trabajadores de exclusiva confianza, en cuanto, conforme el segundo párrafo del artículo 44° del Decreto Supremo N°003-97-TR, TUO del Decreto

Legislativo N°728, en la designación o promoción del trabajador, la Ley no ampara el abuso del derecho o la simulación.

FUNDAMENTOS:

3.1. Que, el segundo párrafo del artículo 43° del Decreto Supremo N°003-97-TR, que aprueba el TUO del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, define que son Trabajadores de Confianza: "...*aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales...*", de donde se desprende que por su naturaleza depende del crédito y confianza que merezca del empleador.

3.2. Que, el Tribunal Constitucional en el Fundamento Décimo Primero de la STC N°03501-2006-PA/TC1, ha precisado que:

"...11. (...) un trabajador de confianza tiene particularidades que lo diferencian de los trabajadores "comunes", tales como:

- a) **La confianza depositada en él, por parte del empleador;** la relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe, como fundamento de esta relación laboral especial.*
- b) **Representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones;** las mismas que lo ligan con el destino de la institución pública, de la empresa o de intereses particulares de quien lo contrata, de tal forma que sus actos merezcan plena garantía y seguridad.*
- c) **Dirección y dependencia;** es decir que puede ejercer funciones directivas o administrativas en nombre del empleador, hacerla partícipe de sus secretos o dejarla que ejecute actos de dirección, administración o fiscalización de la misma manera que el sujeto principal.*
- d) **No es la persona la que determina que un cargo sea considerado de confianza.** La naturaleza misma de la función es lo que determina la condición laboral del trabajador*
- e) **Impedimento de afiliación sindical,** conforme al artículo 42° de la Constitución para los servidores públicos con cargos de dirección o de confianza. El inciso b) del artículo 12° del Decreto Supremo N.° 010-2003-TR TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece que los trabajadores de dirección y de confianza no pueden ser miembros de un sindicato, salvo que en forma expresa el estatuto de la organización sindical lo permita.*
- f) **La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo;** a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su*

empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes o ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103° de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley..."

3.3. Dicho criterio ha sido acogido y sustentado en la Casación Laboral N°18450-2015-Lima, de fecha 23 de agosto del 2016, que señala que las consecuencias del cese laboral, dependerá del tipo de trabajador de que se trate, señalando que si estamos frente a un trabajador cuya "**relación laboral es de exclusiva confianza**", el solo retiro de la confianza invocada por el empleador constituye una situación especial. Dicho criterio ha sido reiterado de forma unánime y constante en las STC N°00575-2011-PA/TC; STC N°04916-2011-PA/TC; STC N.° 02813-2011-PA/TC; STC N°03285-2013-PA/TC, entre otras que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, sin que exista la obligación de indemnizar por el despido.

3.4. En dicho pronunciamiento, la Suprema Corte considera, por el contrario, que si se trata de un trabajador cuya "relación laboral sea mixta", es decir que habiendo accedido a un puesto de trabajo para realizar funciones comunes u ordinarias, haya sido promovido por el empleador a la condición de trabajador de confianza, en cuyo caso si se le despide por el retiro de la confianza si cabría no solo la reposición al puesto de trabajador ordinario, o la indemnización por el despido arbitrario, pues el retiro de la confianza debiera tener como lógica consecuencia que regrese a su cargo "común" de origen y no a que pierda el trabajo.

VOTACIÓN:

La votación se produjo de la siguiente manera, por:

- 1) **PRIMERA PONENCIA:** Sí procede el abono de la indemnización por despido arbitrario a favor de los trabajadores de confianza, en virtud de que el artículo 38° del Decreto Supremo N°003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N° 728, no efectúa ninguna diferencia respecto a la protección resarcitoria ante el despido arbitrario.

**Obtuvo:
4 votos.**

2) **SEGUNDA PONENCIA:** No procede el abono de indemnización por despido arbitrario, en virtud de que su vínculo laboral, de conformidad con el artículo 43° del Decreto Supremo N°003-97-TR, TULO del Decreto Legislativo N°728, se sustenta exclusivamente en la confianza depositada por el empleador.

Obtuvo 1 voto.

3) **TERCERA PONENCIA:** No corresponde el abono de la indemnización por despido arbitrario únicamente en el caso de los trabajadores de exclusiva confianza, en cuanto, conforme el segundo párrafo del artículo 44° del Decreto Supremo N°003-97-TR, TULO del Decreto Legislativo N°728, en la designación o promoción del trabajador, la Ley no ampara el abuso del derecho o la simulación.

Obtuvo 17 votos.

En consecuencia ganó la tercera ponencia.

TEMA N° 2

La jubilación como causal de la extensión de la relación laboral y su implicancia al cumplimiento de los 70 años y con posterioridad a la misma.

¿El cese unilateral por jubilación se puede aplicar después de cumplido los 70 años, o solo el día que estos se cumplen en forma automática?

PRIMERA PONENCIA.-

Como se sabe, uno de los principios básicos y fundamentales del Derecho del Trabajo es el Principio Protector, que al decir del maestro PLA RODRÍGUEZ coloca como el principal de los principios, cuyo fundamento responde al propósito de nivelar desigualdades.

Citando a RADBRUCH, anota: «La idea central en que el derecho social se inspira no es la idea de la igualdad entre las personas, sino de la nivelación de las desigualdades que entre ellas existen»; la que precisa ser aplicado dentro de un marco de equidad y justicia, debiendo para ello premunirse con instrumentos legales claros, precisos y justos. Puesto que existen temas que merecen una aclaración o una solución que contribuya a eliminar la incertidumbre y los conflictos innecesarios que estar produciéndose se están produciendo por una deficiencia en la legislación, lo que ocasiona pronunciamientos contradictorios que no permiten la predictibilidad en el resultado.

En este contexto, la jubilación automática al cumplir los 70 años ha venido siendo resuelto en forma contradictoria por las Cortes de Justicia, tal es así, que mediante la Casación recaída en el Expediente N°. 532-2014-CALLAO, la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema, resuelve el recurso de casación interpuesto por Aquilino Quispe Tello, estableciendo si el trabajador que cumple 70 años no es cesado en el día, se entiende un acuerdo tácito para no aplicar la jubilación obligatoria. En el caso materia del referido expediente, el demandante no fue cesado automáticamente al cumplir 70 años, sino que siguió laborando 20 días luego de cumplida esa edad. Por tanto, la Sala coligió que el empleador otorgó anuencia tácita para la continuación de los servicios del trabajador demandante en el desempeño de sus labores. Por esta razón, el cese del trabajador – aduciendo motivos de edad – no es válido luego de haberse aceptado previamente la continuación de la prestación de labores por parte del demandante.

El supremo tribunal considera que toda decisión unilateral del empleador de prescindir de los servicios de ese trabajador en el período posterior a los 70 años de edad se entenderá como arbitraria, si no se sustenta en la comprobación objetiva de la comisión de una falta grave o en una causa justa relacionada con la conducta o capacidad del

trabajador, correspondiendo la indemnización por despido arbitrario que prevé la Ley.

Dicha Sala fijó dicho criterio a partir de una interpretación sistemática de los artículos 16 inciso f) y 21 del Texto Único Ordenado (TUO) del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR; pues *“la jubilación automática debe interpretarse en sentido estricto y que, por ende, procede únicamente al cumplimiento de la edad”*, recalca la Corte Suprema de Justicia.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional en la sentencia expedida en el Exp. N° 1485-2001-AA/TC, también ha señaló: *“El trabajador adquiere el derecho a la jubilación cuando reúne los requisitos legales para su disfrute, lo pone en ejecución cuando él, libremente, decide a partir de qué momento debe retirarse de la actividad laboral, ya sea porque no puede o porque no desea seguir trabajando, criterio éste, potestativo y responsable, que no compatibiliza con la figura de la “jubilación guillotina”, que opera de manera obligatoria y automática, sin contar con la anuencia del trabajador, como es la consignada en forma extralegal en la parte final del artículo 21° del D.S. N.° 003-97-TR, que aprueba el TUO del D. Leg. N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral”*.

En conclusión para esta postura se señala, que la validez de la resolución del contrato de trabajo por la causal de jubilación automática está condicionada a que el trabajador sea informado de la decisión del empleador a más tardar el mismo día que cumple 70 años de edad, de no producirse el mismo día el trabajador solo podría ser cesado por una causa justa relacionada con su conducta o con su capacidad, y según el procedimiento legalmente previsto para ello.

En otras palabras, El cese debe ejecutarse al cumplimiento de la edad establecida, pues de no haberse extinguido el vínculo laboral en ese momento se presume que existe un pacto en contrario tácito, debido a que la ley autoriza la jubilación al cumplimiento de los 70 años y no a partir de ella. Es un derecho que faculta al empleador para extinguir el vínculo laboral cuando el trabajador cumple setenta años.

SEGUNDA PONENCIA.-

Dentro de las causales de extinción del contrato de trabajo contempladas en el artículo 16° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral se encuentra la **jubilación**. Esta causa es desarrollada en el artículo 21° de dicha ley, en cuyo último párrafo establece que *“La jubilación es obligatoria y automática en caso que el trabajador cumpla setenta años de edad, salvo pacto en contrario”*. Es así que, la jubilación obligatoria y automática se da en base a la aplicación de un mandato legal, que determina la desvinculación de la relación laboral entre el trabajador y el empleador, a decisión de este último. Así pues, en estos casos es la edad lo que determina la ruptura del vínculo laboral.

Los trabajadores mayores de 70 años pueden ser despedidos unilateralmente; es decir, se puede extinguir el contrato de trabajo sin causa justa pasada la mencionada edad. En este caso concreto, nos referimos específicamente a la aplicación de la jubilación obligatoria a los 70 años de edad del trabajador como causal de extinción de la relación laboral. Mejor dicho, frente a la pregunta: ¿Tener más de 70 años es un motivo válido para ser despedido de inmediato?. La Corte Suprema de Justicia no ha asumido un criterio único, más bien en forma contradictoria viene resolviendo las causas en sentido contradictorio. Así, la máxima instancia ha establecido que la jubilación es una causal de extinción del contrato de trabajo que puede aplicarse cuando el trabajador cumple la mencionada edad o después, pese a que exista un "pacto en contrario" entre trabajador y empleador; es decir, un acuerdo entre ambas partes para que después de cumplidos los 70 no cese el contrato laboral.

A través de la Casación N° 2501-2009-ICA, la Corte Suprema resolvió un proceso laboral en el cual un trabajador demandaba a su empleadora, la Caja Rural Señor de Luren, al considerar que había sido víctima de un despido arbitrario. El fallo señaló que el "pacto en contrario" podía dejarse sin efecto por el empleador en cualquier momento después de que el trabajador cumpla 70 años, argumentando que lo contrario significaría permitir que los trabajadores puedan prestar servicios indefinidamente.

Este criterio es ampliado en la Casación N° 9155-2015-LIMA; cuando señala:

" Lo cierto es que frente a situaciones de vacío normativo como el indicado tenemos que si a los setenta años se puede dar por extinguida el vínculo laboral sin expresión de justa causa y sin quedar obligado a la indemnización por despido arbitrario, con mayor razón (argumento a fortiori) se podrá despedir si el trabajador tiene más de setenta años siendo la causa de la terminación de la relación laboral por razón de edad, pues la voluntad presunta del legislador es, en protección del trabajador, establecer un límite temporal final al ciclo laboral, favoreciendo la jubilación del trabajador, de lo que se desprende la autorización al empleador a poner fin a la relación laboral por razón de la edad sin que medie causa justa ni obligación de indemnización".

1) PRIMERA PONENCIA:

En conclusión para esta postura se señala, que la validez de la resolución del contrato de trabajo por la causal de jubilación automática está condicionada a que el trabajador sea informado de la decisión del empleador a más tardar el mismo día que cumple 70 años de edad, de no producirse el mismo día el trabajador solo podría ser cesado por una causa justa relacionada con su conducta o con su capacidad, y según el procedimiento legalmente previsto para ello.

En otras palabras, El cese debe ejecutarse al cumplimiento de la edad establecida, pues de no haberse extinguido el vínculo laboral en ese

momento se presume que existe un pacto en contrario tácito, debido a que la ley autoriza la jubilación al cumplimiento de los 70 años y no a partir de ella. Es un derecho que faculta al empleador para extinguir el vínculo laboral cuando el trabajador cumple setenta años.

Obtuvo 4 votos.

2) SEGUNDA PONENCIA:

Los trabajadores mayores de 70 años pueden ser despedidos unilateralmente; es decir, se puede extinguir el contrato de trabajo sin causa justa pasada la mencionada edad. En este caso concreto, nos referimos específicamente a la aplicación de la jubilación obligatoria a los 70 años de edad del trabajador como causal de extinción de la relación laboral.

Obtuvo 18 votos.

En consecuencia ganó la segunda ponencia.

TEMA N° 3

Aplicación extensiva del convenio celebrado por representación sindical minoritaria

¿Corresponde aplicar de forma general el convenio colectivo celebrado por representación sindical minoritaria?

1) PRIMERA PONENCIA: No procede la aplicación extensiva del convenio sindical celebrado por la representación sindical minoritaria, en virtud de que el artículo 9° indica que en materia de negociación colectiva, el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito asume la representación de la totalidad de los mismos, aunque no se encuentren afiliados, asimismo, el artículo 46° del Decreto Supremo N°010-2013-TR, TUO del Decreto Ley N°25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece que para que el producto de una negociación colectiva por rama de actividad o gremio tenga efectos generales para todos los trabajadores del ámbito, se requiere que la organización sindical u organizaciones sindicales representen a la mayoría de las empresas y trabajadores de la actividad o gremio respectivo, en el ámbito local, regional o nacional, y que sean convocadas, directa o indirectamente, todas las empresas respectivas.

FUNDAMENTOS:

1.1. Que, en el inciso 1 del Artículo 28° de la Constitución Política del Perú ***"el estado garantiza la libertad sindical"***.

1.2. Asimismo, el artículo 42° del Decreto Supremo N°010-2003-TR, que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Ley N° 25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, establece que la convención colectiva de trabajo tiene fuerza vinculante para las partes que la adoptaron. Obliga a éstas, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable, así como a los trabajadores que se incorporen con posterioridad a las empresas comprendidas en la misma.

1.3. La Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Casación Laboral N°1315-2016-Lima, de fecha 18 de enero del 2017, en cuyo considerando vigésimo primero indica:

Vigésimo Primero.- "Lo discernido anteladamente permite concluir que cuando el convenio colectivo ha sido celebrado por un organización sindical de representación limitada, la misma que no goza de la representatividad de la mayoría de los trabajadores, no pueden extenderse los efectos del convenio

colectivo de este sindicato a los no afiliados al mismo, pues, permitirlo desalentaría la afiliación, toda vez que los trabajadores preferirían no afiliarse a una organización sindical, ya que de igual modo gozarían de los beneficios pactados en los convenios colectivos que celebre dicho sindicato”.

1.4. Asimismo, el fundamento señalado en el numeral 1.3 ha sido expuesto en el considerando vigésimo tercero de la Casación Laboral N°12885-2014-Callao, de fecha 03 de agosto del 2016, en la cual la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de Transitoria de la Corte Suprema de Justicia señala que cuando el convenio colectivo ha sido celebrado por un organización sindical de representación limitada, no puede extenderse los efectos del convenio colectivo de este sindicato a los no afiliados del mismo.

1.5. Dicho criterio también es sustentado en la Casación Laboral N°7248-2015-Lima, de fecha 14 de octubre del 2016, en cuyo considerando Décimo Primero y Décimo Segundo indica:

Décimo Primero: *“El artículo 9° de la LRCT indica literalmente que “en materia de negociación colectiva, el **sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito asume la representación de la totalidad de los mismos**, aunque no se encuentren afiliados...” (El resaltado es nuestro). De la lectura de dicha norma se desprende claramente que, el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de trabajadores de la empresa, asume la representación de los mismos, tomándose en cuenta incluso a los no sindicalizados, siendo los beneficios logrados producto de la negociación colectiva aplicables a todos los trabajadores, con excepción de quienes ocupan puestos de dirección o desempeñan cargos de confianza como indican el artículo 42° de la LRCT en su última fase.*

Décimo Segundo: *Asimismo, por una interpretación lógica contrario sensu, es posible colegir que en caso exista un sindicato, que no cuente con la afiliación de la mayoría absoluta de los trabajadores en su ámbito (mitad de trabajadores más uno), solo contará con la representación de sus afiliados y como resultado de ello, los beneficios comprendidos en la convención colectiva que pudiese celebrar solo le serán aplicables a los trabajadores sindicalizados.”*

1.6. Asimismo, dicho criterio ha sido refrendado en la Casación Laboral N°10766-2013-Moquegua, de fecha 07 de mayo del 2014, en cuyo considerando décimo séptimo indica:

Décimo Séptimo.- *“Sobre la causal contenida en el **literal b)**, el artículo 9 de la Ley de Relaciones Colectivas, aprobado por Decreto Supremo N°010-2003-TR y el 4 de su Reglamento (Decreto Supremo N°011-92-TR), señalan que en materia de negociación colectiva el sindicato que tiene mayoría absoluta representa a la totalidad de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito, aunque no se encuentren afiliados. En cuanto a los efectos de la negociación colectiva, el artículo 46 de la Ley de Relaciones Colectivas señala que pueden ser de carácter general siempre que la organización sindical y organizaciones sindicales representen a la mayoría absoluta, o en su defecto, de no cumplir los requisitos de mayoría solo tiene eficacia limitada a los trabajadores afiliados a la organización u organizaciones sindicales”.*

1.7. En consecuencia, cuando un convenio es celebrado por una organización sindical de representación limitada (sindicato minoritario),

los alcances adoptados se extenderán únicamente a sus afiliados, y no a los trabajadores que no se encuentren afiliados a éste, ello al carecer de representación suficiente.

2) SEGUNDA PONENCIA: Sí procede la aplicación extensiva del convenio sindical celebrado por la representación sindical minoritaria, dado que conforme el numeral 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado que consagra el Principio de Igualdad, nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole, así como el numeral 1) del artículo 26 de la Carta Magna señala que en la relación laboral se respeta el principio de Igualdad de oportunidades sin discriminación, y dado que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

FUNDAMENTOS:

2.1. El Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución Política, señala en el fundamento 2 del de la sentencia recaída en el Expediente N°2510-2002-AA/TC de fecha 31 de marzo del 2004, que: "*2. (...) es necesario señalar, como ya lo ha sostenido este Tribunal en reiterada jurisprudencia, que la igualdad se encuentra resguardada cuando se acredita la existencia de los dos requisitos siguientes: a) paridad, uniformidad y exactitud de otorgamiento o reconocimiento de derechos ante hechos, supuestos o acontecimientos semejantes, y b) paridad, uniformidad y exactitud de trato o relación intersubjetiva para las personas sujetas a idénticas circunstancias y condiciones. En buena cuenta, la igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación jurídica alguna; esto es, a no ser tratada de manera dispar respecto a quienes se encuentren en una misma situación, salvo que exista una justificación objetiva y razonable para esa diferencia de trato.*"

2.2. Que, sobre el tema materia de análisis la Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República, mediante Casación Laboral N°11477-2013-Callao, de fecha 12 de mayo del 2014, en cuyo considerando décimo primero indica:

Décimo Primero.- "*En este orden de ideas, la interpretación del artículo 42 del Decreto Supremo N°010-2003-TR, no debe entenderse incompatible con el artículo 9 del acotado dispositivo legal, el mismo que contiene supuestos normativos relacionados con la representación de los trabajadores afiliados ya sea tratándose de la existencia de un único sindicato o de varios sindicatos en un mismo ámbito; sin embargo, ello de ninguna manera descarta la posibilidad de que el contenido del convenio colectivo puede también alcanzar a los trabajadores no sindicalizados, como en efecto lo aclara el artículo 4 del Reglamento del mentada ley, Decreto Supremo N°011-92-TR, que, en la parte pertinente, prescribe: " Por extensión, los sindicatos que afilien a la mayoría absoluta de los trabajadores de su ámbito, representan también a los trabajadores no afiliados a dicho ámbito (...); en ese virtud, nuestro ordenamiento laboral no establece la afiliación a la organización sindical como elemento determinante para acceder a la aplicación de los convenios colectivos;*

en esa virtud no es correcta la afirmación acerca de que, ante la inexistencia de pluralidad sindical (un sólo sindicato), los alcances del convenio colectivo se restringen a los integrantes de la organización sindical; admitir tal interpretación carecería de toda virtualidad y eficacia práctica lo preceptuado por el artículo 42 del Decreto Ley N°25593”.

2.3. Dicho criterio también es sustentado en la Casación Laboral N°8796-2013-Moquegua, de fecha 26 de mayo del 2014, en cuyo considerando Undécimo indica:

UNDÉCIMO: *“En cuanto a sus efectos, el artículo 28 de la Constitución Política, señala que la convención colectiva tiene fuerza vinculante en el ámbito de lo concertado. Sumado a ello, el artículo 42 del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobada por Decreto Supremo N°010-2003-TR, prevé que: “ La convención colectiva de trabajo tiene fuerza vinculante para las partes que la adoptaron. Obliga a éstas, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable, así como a los trabajadores que se incorporen con posterioridad a las empresas comprendidas en la misma, con excepción de quienes ocupan puestos de dirección o desempeñan cargos de confianza.”, marco normativo que debe ser interpretado tomando en consideración el Principio de Igualdad previsto en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política, entendido como aquel derecho que obliga, tanto a los poderes públicos como a los particulares, a encontrar un actuar paritario con respecto a las personas que se encuentran en las mismas condiciones o situaciones; máxime si, por el carácter normativo que el artículo 41 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo le reconoce a la convención colectiva, debe ser aplicable a todos los trabajadores que se encuentren dentro de su ámbito subjetivo, y que comparten objetivamente la misma calidad profesional dentro de la empresa.”*

2.4. Asimismo, el fundamento señalado en el numeral 2.3 ha sido expuesto en el considerando noveno de la Casación N°602-2010-LIMA, de fecha 08 de abril del dos mil once, y considerando noveno de la Casación Laboral N°2864-2009-LIMA, de fecha 28 de abril del dos mil diez, en la cual la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia señala que el contenido del carácter vinculante de la convención colectiva a que se refiere el artículo 42 de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, resulta ser una fórmula abierta y no limitativa para la eficacia del acuerdo colectivo, específicamente para el caso de aquellos trabajadores que no formaron parte del sindicato minoritario que celebró el convenio.

2.5. Estando a lo expuesto precedentemente, permite determinar que los acuerdos adoptados por una organización sindical minoritaria, no tienen eficacia limitada para sus afiliados, sino se extienden y se aplican incluso a los trabajadores no sindicalizados, en atención al principio de igualdad consagrado en el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución Política del Perú.

1) PRIMERA PONENCIA: No procede la aplicación extensiva del convenio sindical celebrado por la representación sindical minoritaria, en virtud de que el artículo 9° indica que en materia de negociación

colectiva, el sindicato que afilie a la mayoría absoluta de los trabajadores comprendidos dentro de su ámbito asume la representación de la totalidad de los mismos, aunque no se encuentren afiliados, asimismo, el artículo 46° del Decreto Supremo N°010-2013-TR, TUO del Decreto Ley N°25593, Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo establece que para que el producto de una negociación colectiva por rama de actividad o gremio tenga efectos generales para todos los trabajadores del ámbito, se requiere que la organización sindical u organizaciones sindicales representen a la mayoría de las empresas y trabajadores de la actividad o gremio respectivo, en el ámbito local, regional o nacional, y que sean convocadas, directa o indirectamente, todas las empresas respectivas.

Obtuvo 22 votos.

2) SEGUNDA PONENCIA: Sí procede la aplicación extensiva del convenio sindical celebrado por la representación sindical minoritaria, dado que conforme el numeral 2 del artículo 2° de la Constitución Política del Estado que consagra el Principio de Igualdad, nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole, así como el numeral 1) del artículo 26 de la Carta Magna señala que en la relación laboral se respeta el principio de Igualdad de oportunidades sin discriminación, y dado que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador.

Obtuvo 0 votos.

En consecuencia ganó la primera ponencia.

TEMA N° 4

UNIFORMIZACIÓN DE CRITERIOS EN LA APLICACIÓN DE LA NLPT.

La aplicación de la NLPT en la Corte Superior de Justicia de Lima, atraviesa hoy una problemática que viene afectando los fines y objetivos que sustentaron su implementación: mejorar el acceso a la justicia laboral, cambiar la forma de impartir justicia, brindar celeridad en la solución de los casos y otorgar la tutela jurisdiccional efectiva a los justiciables.

Según las evaluaciones del ETI LABORAL NACIONAL, se detectó demoras excesivas en determinadas actividades efectivas como son: la calificación de demandas, las programaciones de audiencias, el plazo para la emisión de sentencias en primera instancia y el plazo para resolver el caso en segunda instancia; los que han incidido en el incremento considerable de la carga procesal en los órganos jurisdiccionales.

Dicha problemática debe abordarse planteando la necesidad de adoptar criterios y procedimientos uniformes para determinadas actividades sustanciales que se desarrollan en el proceso laboral como son: la calificación de demandas, la calificación de medidas cautelares, la audiencia de conciliación, la audiencia de juzgamiento y la ejecución de sentencia.

En tal sentido los 24 jueces especializados de trabajo, integrantes de los tres módulos de la NLPT, por mayoría consideran la necesidad de observar los siguientes criterios y procedimientos que deben desarrollarse uniformemente:

FASE DE CALIFICACION DE LA DEMANDA:

1. Requisitos de la demanda: Artículo 16° NLPT

Además de cumplir con los requisitos previstos en el artículo 16° de la NLPT; al invocarse los fundamentos de hecho, deben indicarse:

- Los Hechos generales (**referidos a la vinculación laboral**: fecha ingreso, fecha cese, labor o cargo, remuneración, forma de pago, horario, tipo de contratos celebrados, forma de prestación de servicios, quien era su jefe inmediato, etc.).
- Los Hechos específicos referidos a las **pretensiones invocadas**. (Ejm. **Despido** (circunstancias en que ocurrió, al detalle); **Despido fraudulento** (hechos referidos a la causal del despido fraudulento invocado, y hechos que muestren el ánimo perverso con el que actúo el empleador); **Despido Nulo** (hechos referidos a la causal invocada); **desnaturalización de intermediación o tercerización**

(como se prestó el servicio, cual es la vinculación que tuvo con la empresa principal o usuaria y los hechos referidos a la causal de la desnaturalización invocada); etc.

- La exposición de los hechos se realizará enumerada, cronológica y preferentemente indicando un hecho en cada numeral.
- Cuando los demandantes sean varios, indicar los hechos que acrediten la conexión de las pretensiones objetivas o subjetivas, el apoderado común y el domicilio procesal único.
- Cuando los demandados sean varios, indicar el tipo de responsabilidad que les corresponde, sea mancomunada o solidaria, el apoderado común y el domicilio procesal común.

2. Premisa normativa: Artículo 16° NLPT.

"El demandante puede incluir de modo expreso su pretensión de reconocimiento de los honorarios que se pagan con ocasión del proceso."

Pretensión de reconocimiento de honorarios.

Si en la demanda se incluye expresamente la pretensión de reconocimiento de honorarios que se pagan con ocasión del proceso, debe indicarse los fundamentos de hecho vinculados al contrato de servicios profesionales celebrado entre el trabajador y su Abogado, el monto de honorarios pactados entre ambos y adjuntarse las pruebas que lo acrediten, así como el hecho de que el importe reconocido por honorarios debe ser abonado por el trabajador, no pudiendo asimilarse dicha pretensión a la de pago de costos procesales.

3. Premisa normativa: Artículo III T.P. NLPT

"Los Jueces Laborales en su rol protagónico en el desarrollo e impulso del proceso, tienen la obligación de evitar que la desigualdad entre las partes afecte el desarrollo o resultado del proceso; privilegiar el fondo sobre la forma e interpretar los requisitos y presupuestos procesales en sentido favorable a la continuidad del proceso y con mayor énfasis si se trata de una madre gestante, un menor de edad o una persona con discapacidad."

Demandas confusas o incongruentes:

Si al calificar las demandas se advierte confusión o incongruencia en la mención del petitorio, de las pretensiones o de los hechos, o falta de conexión lógica entre los hechos y el petitorio, el Juez no debe limitarse a indicar las incongruencias, sino además deberá

explicar pedagógicamente sus alcances y consecuencia; así como por ejemplo describir y explicar la tipología de despidos; y exigir la mención de los hechos que deben sustentar cada uno de ellos y las consecuencias jurídicas que le correspondan; así como las razones por los que estima que así como está formulada la demanda corre el riesgo de no prosperar; debiendo requerirse a la parte subsane la demanda precisando el petitório conforme a dichas observaciones, bajo apercibimiento de rechazarse la demanda.

4. Premisa normativa: Artículo I T.P. NLPT.

"El proceso laboral se inspira, entre otros, en los principios de inmediación, oralidad, concentración, celeridad, economía procesal y veracidad."

Limites a la presentación de escritos:

Los escritos presentados con posterioridad a la demanda y contestación de demanda, deben ser descargados por nota en el SIJ y ser proveídos recién en la audiencia de conciliación o de juzgamiento, debiendo el Secretario de Audiencias dar cuenta de ellos oralmente en la audiencia respectiva, sin perjuicio de llamarse la atención o de imponerse multa en caso de reiteración a los Abogados, que presenten dichos escritos sin tener en cuenta que cualquier petición debe ser formulada oralmente en la audiencia respectiva.

FASE DE CALIFICACION DE MEDIDAS CAUTELARES:

Posición 01:

Si la petición cautelar declarada improcedente o infundada, es revocada por la Sala Superior, cabe el derecho de la parte afectada para formular Oposición contra la medida cautelar concedida, que debe ser formulada ante el Juez de primera instancia, luego de tomar conocimiento de la concesión de la medida cautelar, al ser inaudita parts y en garantía del derecho constitucional de defensa.

Posición 02:

Si la petición cautelar declarada improcedente o infundada, es revocada por la Sala Superior, la parte afectada no podrá formular Oposición contra la medida cautelar concedida; pudiendo sin embargo formular una petición de variación o cancelación de la medida cautelar, que debe ser formulada ante el Juez de primera instancia, luego de tomar conocimiento de la concesión de la medida cautelar, al ser inaudita parts y en garantía del derecho constitucional de defensa.

FASE DE AUDIENCIA DE CONCILIACION:

5. Premisa normativa: Artículo 11, literal b)

"Colaboración en la labor de impartición de justicia. Merece sanción alegar hechos falsos, ofrecer medios probatorios inexistentes, obstruir la actuación de las pruebas, generar dilaciones que provoquen injustificadamente la suspensión de la audiencia, o desobedecer las órdenes dispuestas por el Juez."

Suspensión de audiencia por incomparecencia de Abogado.

La ausencia del Abogado en la audiencia de conciliación, no generará necesariamente la suspensión, salvo cuando se trate del Abogado del demandante y el Juez advierta que resulta necesario e imprescindible su participación o cuando el Juez aprecie que prosperará la conciliación por propuesta de la demandada, en cuyo caso suspenderá excepcionalmente la audiencia.

Suspensión por oferta de conciliación:

Si la demandada o su representante ofrece conciliar y en tal virtud solicita la suspensión de la audiencia y en la continuación de la misma no formula ninguna propuesta de conciliación o formula una propuesta irrazonable, se evidencia una conducta evidentemente dilatoria, lo que amerita la imposición de una sanción de multa.

Resolución de incidentes en audiencia de conciliación:

En la audiencia de conciliación, deberán resolverse las peticiones de litisconsorcio, denuncias civiles e incorporación al proceso de terceros. También se recomienda resolver las excepciones dilatorias (incompetencia, litispendencia, representación defectuosa, falta de legitimidad para obrar, etc.); así como las perentorias (cosa juzgada, caducidad, prescripción, etc.), siempre que en éste último caso sean manifiestas, debiendo en ambos casos garantizarse el derecho de defensa y contradicción de la demandada. Si el demandante solicita plazo adicional para absolver las excepciones, deberá admitirse su petición.

Principio de Colaboración:

El Juez en la audiencia de conciliación requerirá las exhibiciones solicitadas por el demandante y adicionalmente en aplicación del **principio de colaboración en la impartición de justicia**, requerirá a la demandada la exhibición de documentos que obligatoriamente debe llevar el empleador y que sean necesarios para resolver la controversia, sin que ello implique admisión o actuación de dichos medios probatorios; o a terceros la exhibición

de documentos que mantengan en su poder o la emisión de informes necesarios para resolver la controversia, disponiéndose de curse el Oficio respectivo.

FASE DE JUZGAMIENTO ANTICIPADO:

6. Premisa normativa: Artículo 43°, último párrafo de la NLPT.

"Si el juez advierte, haya habido o no contestación, que la cuestión debatida es solo de derecho, o que siendo también de hecho no hay necesidad de actuar medio probatorio alguno, solicita a los abogados presentes exponer sus alegatos, a cuyo término, o en un lapso no mayor de sesenta (60) minutos, dicta el fallo de su sentencia. La notificación de la sentencia se realiza de igual modo a lo regulado para el caso de la sentencia dictada en la audiencia de juzgamiento."

Juzgamiento anticipado en caso de rebeldía:

La declaración de rebeldía, no siempre conllevará al juzgamiento anticipado y menos aún si los hechos alegados en la demanda no son creíbles o razonables o cuando los medios probatorios adjuntados no generan convicción o certeza en el Juez, debiendo en tales casos programarse la audiencia de juzgamiento.

Motivación de la decisión de juzgamiento anticipado:

La decisión de pasar la Juzgamiento anticipado, deberá:

- 1) Ser motivada debidamente y expresada oralmente en la audiencia.
- 2) Indicarse el supuesto que justifica el juzgamiento anticipado.
- 3) En el supuesto de hechos admitidos, debe indicarse los hechos admitidos expresa o tácitamente y los hechos ciertos no contradichos.
- 4) Deberá indicarse que se tendrán en cuenta los documentos acompañados por ambas partes.
- 5) Cuando la demandada haya invocado o pretenda invocar una cuestión probatoria respecto a alguno de los documentos ofrecidos por el demandante, debe justificar porque dicho documento no será sustento de la sentencia.
- 6) Si se formuló medios de defensa, debe disponerse su oralización y su respectiva absolución.
- 7) Disponer que las partes formulen sus alegatos finales.
- 8) Emitir el fallo oral, salvo los casos en que por decisión motivada se disponga la reserva de la emisión del fallo oral.
(R.A. 208-2015-CE/PJ)

AUDIENCIA DE JUZGAMIENTO:

7. Premisa normativa: Artículo 44° NLPT:

"La audiencia de juzgamiento se realiza en acto único y concentra las etapas de confrontación de posiciones, actuación probatoria, alegatos y sentencia."

Prohibición de suspensión de audiencia de juzgamiento:

El Juez no puede suspender la Audiencia de Juzgamiento, **bajo responsabilidad funcional**, salvo justificación motivada y razonable y con carácter excepcional, fijando una fecha que garantice que sea el mismo Juez quien resuelva el caso. (Ejm. necesidad insuperable de disponer actuación de prueba de oficio);

8. Premisa normativa: Artículo 46°, numeral 3) NLPT.

"Inmediatamente después, las partes pueden proponer cuestiones probatorias solo respecto de las pruebas admitidas. El juez dispone la admisión de las cuestiones probatorias únicamente si las pruebas que las sustentan pueden ser actuadas en esta etapa."

Cuestiones probatorias e incomparecencia de la demandada:

Las cuestiones probatorias, deben ser propuestas de forma expresa y oral en la audiencia de juzgamiento, luego de concluida la admisión de las pruebas de ambas partes. Si la demandada no asiste a la audiencia, no se admitirá ni será objeto de pronunciamiento la cuestión probatoria que hubiera propuesto o referido en su escrito de contestación.

9. Premisa normativa: Artículo 12°, numeral 12.1) de la NLPT.

"En los procesos laborales por audiencias las exposiciones orales de las partes y sus abogados prevalecen sobre las escritas sobre la base de las cuales el juez dirige las actuaciones procesales y pronuncia sentencia."

La oralidad no permite alegar hechos nuevos:

El principio de prevalencia de lo oral sobre lo escrito, no implica la permisión de la alegación de hechos nuevos y distintos a los alegados en la demanda o contestación a la demanda.

10. Premisa normativa: Artículo 22° NLPT.

"Excepcionalmente, el juez puede ordenar la práctica de alguna prueba adicional, en cuyo caso dispone lo conveniente para su realización, procediendo a suspender la audiencia en la que se

actúan las pruebas por un lapso adecuado no mayor a treinta (30) días hábiles, y a citar, en el mismo acto, fecha y hora para su continuación. Esta decisión es inimpugnable."

Admisión de oficio de pruebas extemporáneas:

El rechazo al ofrecimiento de pruebas extemporáneas, no impide al Juez que los incorpore al proceso como pruebas de oficio, en cuyo caso deberá emitir una decisión debidamente motivada y siempre que exista insuficiencia probatoria y se garantice el ejercicio del derecho de defensa y contradicción a la parte contraria.

FASE DE EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Rol protagónico en el impulso y desarrollo del proceso en fase de ejecución:

Los principios y fundamentos de la NLPT, se aplican en su integridad a la fase de ejecución de la sentencia, entre ellos principalmente el rol protagónico en el impulso del proceso, en tal sentido la ejecución de la sentencia se inicia por el Juez, una vez recibido el expediente devuelto de la Sala Superior, o de la copia de la sentencia de vista, sin necesidad de petición de parte; disponiendo requerir a la demandada el cumplimiento de la decisión y de ser el caso disponer se practique la liquidación de los intereses por el perito adscrito al Juzgado y de los costos procesales. La ejecución forzada, si requiere la petición del demandante quien deberá indicar qué medida de ejecución debe aplicarse en el caso concreto.

CON RESPECTO A LA FASE DE CALIFICACION DE MEDIDAS CAUTELARES:

Posición 01:

Si la petición cautelar declarada improcedente o infundada, es revocada por la Sala Superior, cabe el derecho de la parte afectada para formular Oposición contra la medida cautelar concedida, que debe ser formulada ante el Juez de primera instancia, luego de tomar conocimiento de la concesión de la medida cautelar, al ser inaudita parts y en garantía del derecho constitucional de defensa.

Obtuvo 9 votos.

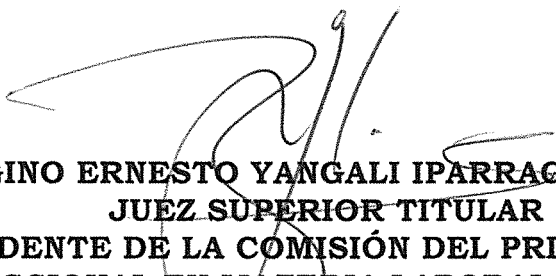
Posición 02:

Si la petición cautelar declarada improcedente o infundada, es revocada por la Sala Superior, la parte afectada no podrá formular Oposición contra la medida cautelar concedida; pudiendo sin embargo formular una petición de variación o cancelación de la medida cautelar, que debe ser formulada ante el Juez de primera instancia, luego de tomar conocimiento de la concesión de la medida cautelar, al ser inaudita parts y en garantía del derecho constitucional de defensa.

Obtuvo 13 votos.

En consecuencia ganó la segunda ponencia.

Con respecto al resto de la propuesta hecha por la Comisión fue aprobada por unanimidad.



**GINO ERNESTO YANGALI IPARRAGUIRRE
JUEZ SUPERIOR TITULAR
PRESIDENTE DE LA COMISIÓN DEL PRIMER PLENO
JURISDICCIONAL EN MATERIA LABORAL DE LA CORTE
SUPERIOR DE JUSTICIA DE LIMA**