

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



Programa de Segunda Especialidad en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

TITULO: La protección frente al despido arbitrario del trabajador de confianza en el sector público y privado

Trabajo Académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Autor: Wilder Joubert Morón Sánchez

Asesor: Ernesto Aguinaga Meza

Código de alumno: 20028092

2017

RESUMEN

El presente trabajo busca efectuar un análisis sobre la condición laboral de los trabajadores de confianza en el sector privado y el público, ello con la finalidad de determinar el trato diferenciado que se les da a los trabajadores de confianza en comparación con los trabajadores ordinarios. El análisis de este estudio tiene dos enfoques. El primero se centra en el caso de los trabajadores de confianza en el sector privado, principalmente en el cambio de criterio que el Poder Judicial ha experimentado mediante la Casación N° 18450-2015-LIMA, de fecha 23 de agosto del 2016, en la cual se establece que los trabajadores que ingresan directamente al empleo con el cargo de confianza, no les corresponde el pago de una indemnización por despido arbitrario, lo que constituye un cambio radical con respecto a su continuo pronunciamiento a favor del pago de la indemnización por despido arbitrario de los trabajadores de confianza. Por su parte, en el sector público, se aprecia que los trabajadores de confianza no son considerados dentro de la carrera administrativa por disposición constitucional, y que a nivel legal a forma de acceso al servicio civil es por libre designación y la terminación de su vínculo con el estado es por libre remoción por la misma persona que lo designó, sin operar el pago indemnizatorio del cual si goza su par en el sector privado. Estos dos enfoques permitirán determinar si la diferenciación entre ambos sectores con respecto al trabajador de confianza, tiene una justificación jurídica válida que permita justificar el trato diferenciado. El análisis de este estudio se realizará bajo la óptica de los instrumentos internacionales así como de las normas constitucionales y legales nacionales, para poder determinar si la diferenciación de trato a un mismo cargo tiene un sustento jurídico válido.

ESQUEMA DEL TRABAJO

INTRODUCCIÓN

- 1. EL TRABAJADOR DE CONFIANZA**
 - 1.1 ANTECEDENTE NORMATIVO**
 - 1.2 CARACTERÍSTICAS DEL CARGO DE CONFIANZA**
- 2. DESPIDO**
 - 2.1 ELEMENTOS Y TIPOS DE DESPIDOS**
- 3. PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO ARBITRARIO**
 - 3.1 CAUSA JUSTA DE DESPIDO**
 - 3.2 ESTABILIDAD LABORAL ABSOLUTA Y RELATIVA**
 - 3.3 PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO ARBITRARIO DEL TRABAJADOR DE CONFIANZA EN EL SECTOR PRIVADO**
- 4. CASACIÓN 18450-2015-LIMA**
- 5. SECTOR PÚBLICO**
 - 5.1 REGÍMENES LABORALES EN EL SECTOR PÚBLICO**
 - 5.2 REGULACIÓN DEL TRABAJADOR DE CONFIANZA EN LA LEY MARCO DE DEL EMPLEO PÚBLICO**
 - 5.3 REGULACIÓN DEL TRABAJADOR DE CONFIANZA EN LA LEY DEL SERVICIO CIVIL**
- 6. CONCLUSIONES**

LA PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO ARBITRARIO DEL TRABAJADOR DE CONFIANZA EN EL SECTOR PÚBLICO Y PRIVADO

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo, en un inicio, estaba orientado a analizar la adecuada protección frente al despido arbitrario de los trabajadores de confianza en el sector público, pues en el contexto privado existía una postura doctrinaria y jurisprudencial uniforme sobre la adecuada tutela (la resarcitoria) a aplicarse cuando a un trabajador que ostenta el cargo de confianza, se le retira la misma. Sin embargo, hace poco el Poder Judicial ha expedido la Casación N° 18450-2015-LIMA, de fecha 23 de agosto del 2016, en la cual se establece que los trabajadores que ingresan directamente al empleo con el cargo de confianza, no les corresponde el pago de una indemnización por despido arbitrario, lo que constituye un cambio radical con respecto a su continuo pronunciamiento a favor del pago de la indemnización por despido arbitrario de los trabajadores de confianza.

Ante este nuevo panorama, se analizará los fundamentos que sustentan esta nueva postura adoptada por la Corte Suprema y se confrontará con los argumentos que defendían la postura de otorgar la indemnización por despido arbitrario cuando se le retira la confianza a un trabajador que ingresa directamente al trabajo para ostentar dicho cargo.

Luego de abordar el nuevo escenario sobre la adecuada protección frente al despido arbitrario de los trabajadores de confianza, analizaremos si dentro del régimen público las condiciones del trabajador de confianza son las mismas que en el régimen privado o si por el contrario, existen aspectos particulares que hagan posible una aplicación diferente a la de su par privado. Es importante resaltar que este análisis se hará bajo la óptica de los instrumentos internacionales así como de las normas constitucionales y legales, para poder dar una mayor resolución a la presente controversia.

1.- EL TRABAJADOR DE CONFIANZA

Tanto el trabajador de confianza así como el trabajador de dirección, son supuestos particulares diferentes a la de los trabajadores comunes, y esa diferencia se sustenta no en la capacidad ni características particulares que puedan ostentar individualmente, sino al cargo propiamente que ocupan. En ese aspecto, tenemos que el artículo 43° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobada por Decreto Supremo 003-97-TR, define a cada uno de estos dos trabajadores, señalando que el 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 aquellas funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial. Con respecto al trabajador de confianza, refiere que 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. También añade como característica de los trabajadores de confianza a aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

1.1.- Antecedente normativo

Antes de la entrada en vigencia de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en el Perú regía la Ley de Estabilidad en el Trabajo (LET), la cual no establecía diferencia entre el trabajador de confianza y un trabajador ordinario, señalándose que, para ambos casos, el despido era válido si se fundaba en causa justa contemplada en ley y que esté debidamente comprobada, no permitiéndose el retiro de confianza como una causa justa de despido, por tal motivo, cuando se retiraba la confianza al trabajador que ocupaba dicho cargo, de manera unilateral e inmotivada por parte del empleador, correspondía el pago de la indemnización por despido arbitrario. Sin embargo, con la entrada en vigor de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral se dejó sin regular las consecuencias del retiro de la confianza, por lo que la jurisprudencia del Poder judicial como del Tribunal Constitucional se encargaron de regularlo, estableciendo el pago de una indemnización por despido arbitrario en caso el empleador decida arbitrariamente retirar la confianza, sin posibilidad de que pueda hacer valer su

derecho a la reposición bajo esta causal. Al respecto, el doctor Blancas Bustamante refiere que la LPCL no contiene normas especiales relativas a la extinción de la relación laboral del personal de confianza, por ello, en relación a los trabajadores que ocupan cargos de dirección o de confianza, plantea tres cuestiones esenciales: i) si “el cese por retiro de confianza” es una causa de extinción de la relación laboral distinta al despido, y por tanto no se rige por las reglas aplicables a éste. ii) Si, admitiendo que el retiro de confianza no es una causal de extinción de la relación laboral autónoma del despido, puede, no obstante, considerarse como una causa justa de despido; iii) Si, descartando que el retiro de confianza sea una causa justa de despido, el despido por este motivo constituye, entonces, un supuesto de despido incausado, lesivo de derechos constitucionales, que puede ser reparado mediante la reposición.¹

Evidentemente, no es una causal de extinción de la relación laboral, pues estas se encuentran taxativamente enumeradas en el artículo 16° de la LPCL. Ahora bien, debemos señalar que tampoco califica como una causa justa de despido, pues no se encuentra comprendido dentro de las causas taxativas señaladas en el artículo 22° de la LPCL, el cual desarrolla como causa justa de despido factores relacionados con la capacidad o la conducta del trabajador, no existiendo la figura del retiro de confianza, dentro de estos supuestos.

Finalmente, y al no ser una causa justa el retiro de la confianza, el trabajador merece una adecuada protección frente a dicha terminación de la relación laboral por voluntad del empleador, pero consideramos que no califica como un despido incausado, pues el despido se justifica con la pérdida de la confianza, sin embargo, estamos ante una causal no regulada por Ley, es decir, ante una falta no prevista legalmente, por lo que sería un despido fraudulento, conforme a lo señalado en la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el Caso Llanos Huasco.

1.2.- Características del cargo de confianza

La característica del cargo de confianza se encuentra regulada en el artículo 43° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, teniendo como particularidad que estos trabajadores tienen contacto personal y directo con el empleador o con el personal

¹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos
2013 “El despido en el derecho laboral peruano” Juristas editores, Tercera Edición,
pp. 606-607

de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. También añade como característica de los trabajadores de confianza a aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales. Estas características no son las mismas establecidas en la Ley de Estabilidad en el Trabajo derogada, la cual sólo concebía al trabajador de confianza con las características que, con la actual ley, se describe al trabajador de Dirección.

El profesor César Puntriano señala que los trabajadores de dirección o confianza ocupan un estatus especial en la empresa en razón no a su condición sino a las características del trabajo que realizan². Y efectivamente, consideramos que el cargo de confianza tiene como característica principal que es un cargo de vital importancia para el empleador, y por tanto reviste de una condición especial para el funcionamiento de la empresa.

En ese sentido, el doctor Blancas Bustamante, citando a De la Cueva, señala sobre los trabajadores de confianza que: *“Una estabilidad absoluta parece difícil de lograr, para no decir imposible, porque en algunas hipótesis podría ser contraria a la naturaleza de las cosas y porque podría conducir a la destrucción de derechos humanos que exijan el mismo respeto a los derechos sociales; así, a ejemplo y a reserva de volver al tema, no es posible obligar a ningún ser humano a convivir en su hogar con un trabajador doméstico. Pero esa, y otra hipótesis, más que una concesión a la voluntad del patrono, son causas justificadas de disolución impuestas por la naturaleza de las cosas”*³

Por tanto, corresponde evidenciar, en los apartados posteriores, si efectivamente, al trabajador de confianza, dada la naturaleza del cargo, no le corresponde la reposición a su centro de labores, y sólo el derecho al pago de una indemnización (tutela resarcitoria) o como señala la última casación emitida por la Corte Suprema, tampoco le corresponde dicha tutela.

² PUNTRIANO ROSAS, César
2010 “Entrevista: Los Trabajadores de Confianza o de Dirección no dejan de ser trabajadores y Gozan de la Protección contra el despido injustificado” Revista Jurídica del Perú, Número 117, Noviembre, p. 16

³ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos
2013 Op. Cit. pp. 127

2.- EL DESPIDO

El despido es una de las causas de extinción del contrato de trabajo, regulado en el artículo 16° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, tiene como particularidad que se sustenta en un acto unilateral por parte del empleador, quien decide poner en manifiesto su voluntad extintiva, la cual debe estar sustentada en causa justa relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador, pues en caso no sea sustentado en una causa justa, el trabajador tendrá derecho a solicitar el pago de una indemnización por el despido arbitrario del cual ha sido víctima (tutela resarcitoria) o solicitar la reincorporación a su centro de trabajo, en caso el despido, además de no sustentarse en causa justa, lesione derechos fundamentales laborales (tutela restitutoria). Luis Valderrama Valderrama, citando a Elmer Arce señala sobre el despido que: “El despido es un acto unilateral y recepticio que contiene la voluntad extintiva del empleador. El despido, según la Ley peruana, es un acto extintivo de aplicación individual y que deber ser comunicado por escrito. Además, como ya se dijo, el acto de despido requiere causa justa y seguir un procedimiento basado en la Ley.”⁴

2.1.- Elementos y tipos del despido

Los elementos del despido son su naturaleza unilateral, pues sólo interviene la voluntad del empleador; asimismo, es recepticio pues para su configuración, el empleador debe transmitir su voluntad extintiva al trabajador; es constitutiva, pues no requiere la aceptación del trabajador, basta con la sola voluntad del empleador para su concretización; y finalmente, es extintiva, pues extingue todos los efectos del contrato de trabajo.

Con respecto a los tipos de despido, considero que existen 4 tipos de despidos regulados en la Ley y 3 tipos de despido desarrollados por el Tribunal Constitucional. La Ley regula los siguientes despidos: a) despido justificado (el único que es permitido por el ordenamiento al sustentarse en causa justa), b) despido indirecto, c) despido arbitrario, y d) despido Nulo; siendo este último tipo de despido, el único que admite la reposición del trabajador a su centro de trabajo. Por parte del desarrollo Jurisprudencial del Tribunal Constitucional, se tiene los siguientes despidos: a) Despido Incausado, b)

⁴ VALDERRAMA VALDERRAMA, Luis

2014

“Derecho de Estabilidad Laboral: Estabilidad Laboral en la Constitución Política del Perú” Diálogo con la Jurisprudencia. P. 14

Despido Fraudulento, y c) Despido lesivo de derechos fundamentales; resaltando el hecho que a estos tres tipos de despido le corresponde como consecuencia inmediata, la reposición del trabajador a su puesto de trabajo, por afectarse directamente al derecho del trabajo consagrado en el artículo 22° de la Constitución.

3.- PROTECCIÓN FRENTE AL DESPIDO ARBITRARIO

3.1.- Causa justa de despido

Las causas justas de despido según la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, tiene que fundarse en la capacidad o la conducta del trabajador, supuestos regulados en los artículos 22°, 23°, 24° y 25° de la referida Ley, en las cuales tampoco se encuentra regulado el retiro de la confianza como una causa justa de despido, por lo que tendríamos que dicha figura no tiene un soporte legal que amerite su aplicación. El artículo 22° establece que la causa justa de despido debe estar relacionada con la conducta o la capacidad del trabajador; por su parte, el artículo 23° señala las causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador, como el detrimento de la facultad física o mental, el rendimiento deficiente con relación a la capacidad del trabajador, y la negativa injustificada del trabajador a someterse a exámenes médicos previamente convenidos o establecidos por Ley. Mientras que el artículo 24° del mismo cuerpo normativo establece las causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador, como la condena por delito doloso, la inhabilitación del trabajador y la comisión de falta grave.

3.2.- Estabilidad laboral absoluta y relativa

La estabilidad laboral absoluta es aquella que establece la reincorporación del trabajador a su centro de trabajo en caso sea víctima de un despido arbitrario, dejando a salvo la potestad del trabajador a decidir si opta por la reposición o cobrar una indemnización por despido arbitrario.

Por su parte, la estabilidad laboral relativa es aquella en la cual un trabajador que ha sido víctima de un despido arbitrario, sólo puede optar por el pago de una indemnización por despido arbitrario, no pudiendo optar por la reposición a su centro de trabajo. En el Perú la tutela predominante es la resarcitoria, siendo los únicos casos en

que la tutela restitutoria se hace aplicable cuando el trabajador ha sido víctima de un despido Nulo, incausado, fraudulento, o lesivo de otros derechos fundamentales.

3.3.- Protección frente al despido arbitrario del trabajador de confianza en el sector privado

Establecido las causales de extinción del contrato de trabajo, así como la validez del despido al sustentarse en causa justa relacionada con la capacidad o la conducta del trabajador, corresponde ahora, profundizar en la regulación de la tutela resarcitoria, así tenemos que el artículo 34° de la ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada por Decreto Supremo N° 003-97-TR, establece en su primer párrafo que:

“El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.” A continuación, en su segundo párrafo, prescribe lo siguiente: *“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.”*

Como podemos apreciar, la norma establece que en caso de un despido arbitrario, todo trabajador tiene derecho al pago de una indemnización, no hace exclusión alguna, por tanto, se encuentran también incluidos los trabajadores de confianza.

Esta conclusión tiene su soporte en el artículo 10° del mismo cuerpo normativo, el cual, en su primer párrafo establece que: *“El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.”* Por tanto, si un trabajador supera el periodo de prueba, tiene adecuada protección frente al despido arbitrario; en ese sentido, el segundo párrafo de la citada norma establece que el periodo de prueba para los trabajadores de confianza es de seis meses máximo, por tanto, superado los seis meses de periodo de prueba, el trabajador de confianza alcanza adecuada protección frente al despido arbitrario, por lo que también le asiste el pago indemnizatorio establecido en el artículo 34° de la LPCL.

4.- CASACIÓN 18450-2015-LIMA

Recientemente, la Corte Suprema emitió la presente casación, en cuya sumilla establece que: *“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.”*. Como podemos apreciar, la corte suprema, con este fallo, cambia su criterio que vino aplicando con respecto a los trabajadores que ingresaron directamente al cargo de confianza en el sector privado, otorgándose el pago de la indemnización por despido arbitrario por el retiro de la confianza; ahora presenciamos un supuesto en el cual no corresponde el pago de la referida indemnización.

De los considerandos que se sustenta este nuevo criterio de la Corte Suprema, debemos señalar, en primer lugar, que en el considerando 3.8 de la cuestionada sentencia, se hace referencia a la casación 1489-2000-LIMA, en la cual se establece que a los trabajadores de confianza se le debe otorgar el pago de la indemnización por despido arbitrario al ser despedidos sin expresión de causa. La alusión advertida por los supremos se efectúa para destacar que diversos autores sostienen que esta sentencia 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.”. Este análisis que efectúan los actuales magistrados (con respecto al criterio preexistente que la corte suprema tenía sobre otorgar la indemnización por despido arbitrario a los trabajadores de confianza por el retiro de la misma) es desacreditado e inaplicado, usando como argumento para ello, lo vertido en el considerando 3.9 de la sentencia materia de estudio, la cual señala lo siguiente: *“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.” De lo expuesto, se aprecia claramente la inexistencia de un sustento jurídico claro y conciso para el cambio de criterio asumido, pues lo sustenta en una frase subjetiva de opinión propia, como lo es el “considerar” que no resulte cierto que la regla sea que, al cese de un trabajador de confianza, cualquiera sea el motivo, incluido el retiro de la misma, se deba siempre indemnizar, resaltando como consecuencia de esta interpretación, que se entienda que todo contrato de confianza contenga tácitamente una cláusula de indemnización por despido arbitrario, lo cual resultaría – en propias palabras de la corte suprema – un absurdo.

Evidentemente, no hay nada de absurdo en otorgarle adecuada protección a un trabajador de confianza frente a un despido arbitrario, el artículo 34° de la ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante LPCL) no hace diferencia ni discriminación entre el trabajador ordinario y el trabajador de confianza. Asimismo, el artículo 10° de la LPCL establece que una vez superado el periodo de prueba, todo trabajador tiene adecuada protección frente al despido arbitrario, en ese orden de ideas, tenemos que para el trabajador ordinario, el plazo de periodo de prueba es de 3 meses, y para los trabajadores de confianza es hasta los 6 meses, por tanto, todo trabajador de confianza que supere los seis meses de periodo de prueba, tendrá adecuada protección frente al despido arbitrario, y se le deberá indemnizar en caso se le despida sin la atribución de una falta grave; asimismo, debemos resaltar que el retiro de confianza no está tipificado como una falta grave, dada su naturaleza subjetiva, por tal motivo, no puede entenderse que sea una causa especial que extinga la relación laboral, ya que se estaría vulnerando el principio de legalidad, el cual establece que toda falta grave atribuida a un trabajador en un procedimiento de despido debe estar tipificada.

Continuando con esta debilidad argumentativa de la mencionada sentencia, advertimos que en el considerando 4.11 se vierte un argumento infame sobre la adecuada protección frente al despido arbitrario de los trabajadores de confianza, la cual invoca así: *“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.” Este argumento es tan frágil y poco criterioso que causa admiración que venga de la máxima instancia judicial, pues naturalmente, todo despido que no se sustente en una falta grave debe ser indemnizado, ya sea trabajador de confianza o no, y ya hemos definido que el retiro de la confianza no califica como una falta grave contenida en los artículos 22°, 23°, 24° y 25° de la LPCL, no se encuentra tipificada como una causal de extinción del contrato de trabajo, los cuales están mencionados de manera taxativa en el artículo 16° de la LPCL, motivo por el cual, el retiro de confianza siempre va a ser un forma ilegal de culminación del vínculo laboral dentro del régimen privado, pues no existe norma que lo contenga como causal válida para la terminación de la relación laboral.

Si bien el Tribunal Constitucional ha señalado con respecto al retiro de la confianza, en su cuantiosa doctrina jurisprudencial, que el retiro de la confianza es una forma subjetiva de extinción del contrato de trabajo, ello lo justifica en base a la pretensión de reposición de un trabajador de confianza que asumió dicho cargo desde el inicio de su relación laboral, para establecer que no le corresponde la reposición, sin embargo, el Tribunal no niega el derecho al pago de la indemnización, pues en todos estos proceso de amparo deja a salvo el derecho de trabajador de confianza para que haga valer su tutela resarcitoria en la vía correspondiente⁵, es decir, que el derecho al pago de una indemnización por despido arbitrario sea peticionado en el proceso ordinario, debemos resaltar que los proceso de amparo tienen como finalidad la reposición al estado anterior de las cosas en situaciones de vulneración, o amenaza de vulneración, de un derecho fundamental, no es competente para ordenar pagos indemnizatorios por su propia naturaleza restitutiva.

En consecuencia, resulta por más evidente que la presente casación comete una clara violación al principio de la adecuada motivación de las resoluciones judiciales, principio que se encuentra regulado en el artículo 139° inciso 5) de la Constitución Política del Perú, al no sustentar jurídicamente y de forma clara y concisa, la razón por la cual no le corresponde al trabajador de confianza el pago de la indemnización por

⁵ Sentencias 746-2003-AA/TC, 4492-2004-AA/TC, 0078-2006-PA/TC y 1651-2005-AA/TC

despido arbitrario por retiro de confianza, si bien El retiro de confianza restringe el derecho a la reposición del trabajador que ostenta tal categoría, no limita que se tutele al trabajador, frente esta forma arbitraria de despido, con el pago indemnizatorio respectivo, más aun si el retiro de confianza no es una causa justa de despido ni una forma legal de extinción del contrato de trabajo, siendo la única causa justa de despido, que este trabajador haya incurrido en la comisión de una falta grave, por lo que la presente casación comete una clara afectación a la adecuada protección frente al despido arbitrario del trabajador de confianza.

Debemos resaltar que, afortunadamente, esta sentencia no tiene la calidad de ser vinculante, más aún si sólo tuvo 4 votos a favor y tres en contra, advirtiéndose además, que uno de los votos singulares a favor, la del magistrado Chávez Zapater, resalta que se debe analizar caso por caso si corresponde o no el pago indemnizatorio de despido arbitrario, pues advierte que en el caso materia de la presente sentencia, el trabajador había tenido una remuneración muy elevada y que posteriormente fue incrementándose de manera sorpresiva, lo cual fue advertido por la Asamblea Nacional de Rectores, quienes decidieron intervenir dada las graves irregularidades administrativas y académicas, por lo que al parecer, esta casación estaba orientada a no avalar el pago indemnizatorio que procedía de un fraude administrativo de la referida Universidad.

5.- SECTOR PÚBLICO

Dentro del sector Público, el trato del trabajador de confianza es diferente al que se otorga en el sector privado, pues a diferencia de este último, en el sector público si se encuentra regulado la situación laboral del trabajador de confianza en el marco de su estabilidad laboral, en ese aspecto, se tiene que tanto la Ley Marco del Empleo Público como la Ley de Servicios Civil, no otorgan ningún tipo de tutela al servidor público de confianza, quién queda automáticamente despedido cuando la autoridad de la entidad para la cual trabaja decide retirarle la confianza, sustentándose dicha regulación en que este tipo de trabajador no ingresa mediante la carrera Administrativa, sino que ingresa por libre designación del titular o funcionario que lo designe, en ese aspecto, así como hubo libre designación para su contratación, también existe libre remoción a su cargo, por lo que no habría sustento para el pago indemnizatorio en caso de retirársele la confianza.

5.1.- Regímenes laborales en el sector público

Dentro del Sector Público existen básicamente 4 tipos de sub regímenes laborales, están los trabajadores sujetos a Contratos Administrativos de Servicios (CAS) regulados por el decreto legislativo N° 1057; los trabajadores públicos sujetos al Decreto Legislativos N° 276, que regula la Carrera Pública Administrativa; trabajadores sujetos al régimen de la actividad privada, regulado por la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobada por Decreto Supremo N° 003-97-TR, y finalmente, están los trabajadores que se encuentran parcialmente sujetos al Régimen de la Ley de Servicio Civil, cuya entrada en vigencia es paulatina, estando vigente aún, la Ley Marco del Empleo Público, debemos destacar que la Ley del Servicio Civil tiene como finalidad el incluir a los demás regímenes mencionados a su regulación, el cual se sustenta en base al principio de la meritocracia.

5.2.- Regulación del trabajador de confianza en la Ley Marco de del Empleo Público

Esta ley regula la condición del trabajador de confianza en su artículo 4° inciso 2) estableciendo que el trabajador de confianza es quien desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público, encontrándose en el entorno de quién lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores existentes en cada entidad. Es importante resaltar que en el caso del trabajador de confianza en el régimen público, a diferencia de su par del sector privado, si se encuentra regulado por la norma suprema. Efectivamente, el artículo 40° de la Constitución Política del Perú señala que: *“La Ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos. No están comprendidos en dicha carrera los funcionarios que desempeñan cargos políticos o de confianza.”* De lo reseñado, evidenciamos que la propia constitución – y no sólo la ley – excluye al trabajador de confianza de la Carrera Administrativa, en ese aspecto, puede entenderse que si el trabajador de confianza es excluido de la carrera Administrativa, debe ser contratado bajo el régimen público, sin embargo, dicha interpretación carecería de sustento jurídico, más aun si es la propia constitución quién delega a la Ley la potestad para regular la Carrera Administrativa, en ese aspecto, tiene potestad para regular la condición laboral de los trabajadores de confianza en el sector

público. Es así que la Ley de Servicio Civil, no excluye al trabajador de confianza de su regulación, pero siguiendo con lo establecido en la Constitución, no lo considera dentro de la carrera administrativa, por tal motivo, para su contratación no requiere participar de un concurso público, basta con la libre designación, y bajo esta misma discrecionalidad con la que ha sido contratado, también va a ser removido de su cargo a través del retiro de la confianza.

5.3.- Regulación del trabajador de confianza en la Ley del Servicio Civil

La figura del trabajador de confianza se encuentra regulada en el artículo 3° inciso e) en el cual se establece que el trabajador de confianza es un servidor civil que forma parte del entorno directo e inmediato de los funcionarios públicos o directivos públicos y cuya permanencia en el Servicio Civil está determinada y supeditada a la confianza por parte de la persona que lo designó. Lo particular en este caso, es que la norma señala que este tipo de trabajadores ingresa sin concurso de méritos, sobre la base del poder discrecional con que cuenta el funcionario que lo designa. Asimismo, el tercer párrafo del artículo 36° señala que *“No procede reposición ni indemnización en el caso de los servidores de confianza”*, con lo cual se evidencia que dentro del régimen público, los trabajadores de confianza no tienen ninguna protección en caso se decida retirarles la confianza, ello en base a que ingresan directamente a un puesto laboral sin concurso público, es decir, sin mérito alguno para asumir dicho cargo, sino por pura voluntad discrecional de la autoridad que lo contrata, motivo por el cual, su remoción no puede significar la violación del derecho a la estabilidad laboral en base a las consideraciones antes expuestas. Por otro lado, considero que aquellos trabajadores que son contratados por el estado bajo el régimen de la actividad privada, se le debe aplicar el régimen mediante el cual fueron contratados, pese a tener la condición de servidores públicos con cargo de confianza y ejercer sus funciones en el sector público, pues su vínculo laboral se encuentra regido por normas del régimen privado.

6.- CONCLUSIONES

Consideramos que el trabajador de confianza en el Sector Privado, debe tener la misma protección frente a la voluntad extintiva unilateral del empleador, que un trabajador ordinario, debiéndose procurar su estabilidad laboral relativa, pues los

instrumentos legales no validan al retiro de confianza como una causal de extinción de contrato de trabajo, ni tampoco está configurado como una causa justa de despido, al ser una causal subjetiva; por lo que urge efectuar una reforma inmediata que regule claramente la procedencia del despido para esta categoría de trabajadores en el sector privado. En el caso de los trabajadores de confianza del Sector Público, debo indicar que estos trabajadores, por disposición constitucional, no se encuentran comprendidos dentro de la carrera administrativa, motivo por el cual, su estabilidad laboral dependerá del grado de confianza que exista entre este trabajador y el funcionario que lo designó. Considero que la diferencia entre el trabajador de confianza del sector privado, y el del sector público radica en la finalidad de la prestación que brindan, pues mientras que la finalidad de la prestación del trabajador de confianza del sector público está orientado a un fin económico a favor de uno o un grupo de personas que conforman la figura del empleador privado, en el caso del servidor de confianza del Sector Público, su prestación tiene como finalidad el bienestar común, no a favor de un grupo de ciudadanos o de un solo individuo, sino que su prestación va dirigida al interés público, motivo por el cual, si bien se busca incluir las defensas propias del derecho laboral, en contraposición a la postura monista del derecho administrativo en el cual la relación laboral estaba sujeta a la discrecionalidad del estado en su condición de empleador, también es importante diferenciar aquellos cargos públicos de libre designación que por su propia naturaleza dependen mucho de la confianza subjetiva del funcionario encargado de designarlo.

BIBLIOGRAFÍA

NEVES MUJICA, Javier.

“La Constitución Comentada”. Tomo I, Segunda Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 758.

ARCE ORTIZ, Elmer.

“Derechos Individuales del Trabajo en el Perú”. Primera Edición, Palestra editores, Lima, 2008, p. 522.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos.

“El Despido en el Derecho Laboral Peruano”. Juristas Editores, Lima, 2013, p. 65-66.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge.

“La Constitución Comentada”. Tomo I, Segunda Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2013, p. 711.

MUJICA, Javier.

“Introducción al derecho Laboral”, Colección de Textos Universitarios, Pontificia Universidad Católica del Perú. Fondo Editorial 2004, pág. 108.

RODRIGUEZ PIÑERO, Miguel y FERNANDEZ LOPEZ, María Fernanda.

“Igualdad y discriminación”. Madrid, Tecnos, 1986, p. 21.

HERRERA GONZALES-PRATTO, Isabel.

“*Transmisión de Empresas y Principio de Continuidad*”. Asesoría Laboral. CABALLERO Obregón de Flores, N° 67, Lima 1996. pp. 23-24

BECERRA SUAREZ, Orlando

“EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD”

<http://blog.pucp.edu.pe/blog/orlandobecerra/2012/02/18/el-principio-de-proporcionalidad/>

ULLOA MILLARES, Daniel

“*El despido libre de los trabajadores de confianza*”. IUS ET VERITAS. N° 43, Lima 2011. Pp. 196-206