

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL
PERÚ
ESCUELA DE POSGRADO**



PONTIFICIA
**UNIVERSIDAD
CATÓLICA**
DEL PERÚ

**“ANÁLISIS DE LA ESTABILIDAD
LABORAL DE LOS TRABAJADORES DE
CONFIANZA SEGÚN EL TRIBUNAL
CONSTITUCIONAL”**

**Tesis para optar el grado de Magíster en Derecho
de la Empresa con mención en Gestión
Empresarial**

AUTOR:

Carlos Ramiro Concha Valencia

ASESOR:

Dr. Orlando De Las Casas De La Torre Ugarte

JURADO:

**Dr. Hebert Tassano Velaochaga
Dr. Carlos Cornejo Vargas**

**LIMA – PERÚ
2014**

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

INTRODUCCIÓN

ABREVIATURAS

SECCIÓN I. LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL PERÚ

1.1 Antecedentes Históricos.....	9
1.2 Concepto de la Estabilidad Laboral.....	10
1.3 Fundamentos Jurídicos de la Estabilidad Laboral.....	11
1.3.1 El Derecho al Trabajo.....	11
1.3.1.1 El Acceso al Empleo.....	12
1.3.1.1.1 El Acceso al Empleo en Sentido Genérico,.....	12
1.3.1.1.2 El Acceso al Empleo en Sentido Específico.....	12
1.3.1.2 La Conservación del Empleo.....	13
1.3.2 El Principio de Continuidad.....	14
1.4 Clases de Estabilidad Laboral.....	15
1.4.1 Estabilidad de Entrada.....	16
1.4.2 Estabilidad de Salida.....	16
1.4.2.1 Propia.....	17
1.4.2.2 Impropia.....	17
1.5 La Estabilidad Laboral en la Legislación Peruana.....	18
1.5.1 El Despido.....	20
1.5.1.1 El Despido y los Derechos Fundamentales.....	20
1.5.1.1.1 El Despido y la Dignidad del Trabajador.....	21
1.5.1.2 Clases de Despido en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.....	22
1.5.1.2.1 Despido Nulo.....	22
1.5.1.2.2 Despido Arbitrario.....	23
1.5.1.2.3 Despido Indirecto o Actos De Hostilidad.....	24
1.5.1.2.4 Despido Justificado o Despido Legal.....	24
1.5.1.2.5 La Impugnación del Despido.....	26
1.5.1.2.6 La Adecuada Protección contra el Despido Arbitrario.....	26
1.5.1.3 Clases de Despido según el Tribunal Constitucional.....	27
1.5.1.3.1 Despido Incausado.....	28
1.5.1.3.2 Despido Fraudulento.....	28

SECCIÓN II. LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA EN EL PERÚ

2.1 Concepto.....	30
-------------------	----

2.2 El Personal de Dirección y su diferencia con Los Trabajadores de Confianza.....	30
2.2.1 Personal de Dirección.....	31
2.2.2 Trabajadores de Confianza.....	31
2.3 Los Trabajadores de Confianza en el Sector Privado.....	32
2.3.1 La Ley de Productividad y Competitividad Laboral.....	32
2.3.1.1 Procedimiento de Designación.....	33
2.3.1.2 Derechos de los Trabajadores de Confianza.....	33
2.3.1.2.1 Horas Extras.....	33
2.3.1.2.2 Vacaciones.....	34
2.3.1.2.3 Período de Prueba.....	34
2.3.1.2.4 Protección contra el Despido.....	35
2.3.1.3 Limitaciones de los Derechos de los Trabajadores de Confianza.....	36
2.3.2 El Proyecto de la Ley General del Trabajo.....	36
2.4 Los Empleados de Confianza en el Sector Público.....	38
2.5 Extinción del Vinculo Laboral de los Trabajadores de Confianza.....	40
2.5.1 Pérdida de la Confianza.....	40
2.5.2. La Situación Especial de los Trabajadores que Acceden a Puestos de Confianza.....	41
2.5.2.1 La Situación del Cargo de Gerente.....	42
2.6 Tratamiento de los Trabajadores de Confianza en la Legislación Comparada.....	44

SECCIÓN III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA

3.1 El Tribunal Constitucional.....	48
3.2 El Proceso de Amparo en Materia Laboral.....	48
3.3 El Criterio del Tribunal Constitucional.....	50
3.3.1 Al Trabajador de Confianza no le corresponde la reposición en su puesto de trabajo sino solamente la indemnización.....	50
3.3.1.1 Análisis de la Sentencia N° 2358-2005-PA/TC.....	51
3.3.1.1.1 Asunto.....	51
3.3.1.1.2 Antecedentes.....	52
3.3.1.1.3 Fundamentos Principales.....	52
3.3.1.1.4 Comentarios a la Sentencia N° 2358-2005-PA/TC.....	54
3.3.2 El retiro de confianza es causa de despido, solamente si el trabajador fue promovido de un cargo de no confianza (común) podía ser repuesto en el cargo previo.....	54
3.3.2.1 Análisis de la Sentencia N° 3501-2006-PA/TC.....	55
3.3.2.1.1 Asunto.....	55
3.3.2.1.2 Antecedentes.....	55

3.3.2.1.3 Fundamentos Principales.....	55
3.3.2.1.4 Comentarios a la Sentencia N° 3501-2006-PATC.....	59
3.3.3 La designación en un cargo de confianza es temporal, no hay estabilidad laboral.....	59
3.3.3.1 Análisis de la Sentencia N° 1042-2007-PATC.....	60
3.3.3.1.1 Asunto.....	60
3.3.3.1.2 Antecedentes.....	60
3.3.3.1.3 Fundamentos Principales.....	60
3.3.3.1.4 Comentarios a la Sentencia N° 1042-2007-PATC.....	61
3.3.4 La Imposibilidad de reponer al trabajador despedido por pérdida de confianza.....	62
3.3.4.1 Análisis de la Sentencia N° 1581-2008-PATC.....	62
3.3.4.1.1 Asunto.....	62
3.3.4.1.2 Antecedentes.....	62
3.3.4.1.3 Fundamentos Principales.....	63
3.3.4.1.4 Comentarios a la Sentencia N° 1581-2008-PATC.....	65
3.4 Reparación del Despido por Retiro de la Confianza.....	66
3.4.1 Propuesta Normativa de Solución.....	67

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

PRESENTACIÓN

“ANÁLISIS DE LA ESTABILIDAD LABORAL DE LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA SEGÚN EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL”

El presente trabajo abordará el tema de la Estabilidad Laboral de los Trabajadores de Confianza, los cuales por su condición especial de acceso a su puesto de trabajo basado en el elemento “confianza”, deben tener al margen del reconocimiento de sus derechos laborales, las condiciones claras para el inicio y término de su vínculo laboral.

Como parte fundamental del presente análisis se desarrollará el concepto de estabilidad laboral, principios y clases, así como su regulación en nuestra legislación, siendo importante conocer también los antecedentes a lo largo de la historia, en razón a que dicho concepto ha ido evolucionando y variando en el tiempo.

En la misma línea se desarrollará el concepto de trabajador de confianza, cuya definición y derechos se encuentran establecidos en la Ley N° 728, Ley de Fomento del Empleo, donde si bien se establece la forma de acceder a un puesto de confianza, no se regula la forma del término del vínculo laboral teniendo en cuenta el elemento esencial de este tipo de trabajadores, como es la confianza.

La polémica de la Estabilidad Laboral de los Trabajadores de Confianza, surge en los últimos años a raíz de los diferentes pronunciamientos que ha realizado el Tribunal Constitucional en sus diferentes sentencias en materia laboral, en las cuales su criterio inicial era que los Trabajadores de Confianza podían ser despedidos por la causal de retiro de la confianza, teniendo solo derecho a indemnización por despido arbitrario, mas no a la reposición, sin embargo con el tiempo dicho criterio ha ido variando en el sentido que el Tribunal consideró que los Trabajadores de Confianza que fueron promovidos a puestos de confianza, al retirárseles la confianza podían regresar a su puesto original, a fin de que no se cometan abusos en los despidos por parte de los empleadores.

La hipótesis planteada en el presente trabajo está referida a que, existe un vacío legal en el ordenamiento jurídico laboral en lo que respecta a la forma de terminación del vínculo laboral de los trabajadores de confianza, lo cual ha originado que dicha situación llegue al máximo organismo constitucional, el cual ha ido expresando diferentes criterios de acuerdo a cada caso, poniéndose así en debate la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza.

Ante la hipótesis planteada, surgen las interrogantes como ¿los trabajadores de confianza tienen estabilidad laboral?, ¿puede alegarse el retiro de confianza como causal de despido de este tipo de trabajadores?, ¿es correcto el criterio del Tribunal Constitucional en cuanto a la reparación en caso de despido de los trabajadores de confianza?.

El objetivo de este trabajo es demostrar el vacío legal que existe en cuanto a la forma de terminación del vínculo laboral de los trabajadores de confianza, situación que ha originado que el Tribunal Constitucional emita diversas sentencias referidas a la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza, las mismas que han sido materia de cuestionamiento en razón a los diferentes criterios expresados para determinar la protección contra el despido por el retiro de la confianza que tienen este tipo de trabajadores, planteándose finalmente una propuesta de solución al problema.

Para la elaboración del estudio se utilizará el Método Deductivo, con el que se analizará inicialmente el marco normativo existente en materia de estabilidad laboral, así como la regulación de los trabajadores de confianza y sus derechos en la legislación peruana, analizándose además los pronunciamientos del Tribunal Constitucional a través de sus sentencias emitidas en relación a la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza, posteriormente se identificarán los efectos y problemas generados, para concluir planteando una solución a los mismos.

Ramiro Concha Valencia.

INTRODUCCIÓN

En los últimos años la presencia del Tribunal Constitucional como órgano colegiado que defiende el respeto de la Constitución Política ha sido de gran importancia en el sistema jurídico de nuestro país, mas aún por la relevancia de sus fallos, los cuales en algunos casos han ayudado a consolidar instituciones del derecho y en otros han generado polémica.

Algunos de los fallos que han causado mayor polémica son los emitidos en materia laboral, principalmente los referidos a la estabilidad laboral, respecto de los cuales existen varios cuestionamientos a los criterios adoptados por el Tribunal Constitucional, en el sentido que este órgano colegiado considera que la forma de reparación establecida en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la cual señala como única reparación contra el despido arbitrario el pago de una indemnización, no es compatible con la “adecuada protección” contra el despido arbitrario contemplada en nuestra Constitución Política de 1993, ya que para el Tribunal Constitucional la adecuada protección contra el despido arbitrario es la reposición del trabajador en su puesto de trabajo.

Sin embargo, esto no resulta siempre así, ya que recientemente el Tribunal Constitucional se ha referido a la estabilidad laboral que tienen los Trabajadores de Confianza, señalando que cuando esta clase de trabajadores son despedidos por pérdida de la confianza, no tienen derecho a la reposición en su puesto de trabajo a través de una acción de amparo, sino sólo al pago de una indemnización por despido arbitrario a través de la vía laboral ordinaria.

De ahí que, resulta necesario comprender y entender la naturaleza especial de los Trabajadores de Confianza, los cuales desarrollan un rol especial dentro de la empresa, justamente debido al elemento que los caracteriza como es la confianza, siendo por esta razón que se encuentran regulados en un régimen especial de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en donde se encuentra contemplado el procedimiento especial de designación, así como los derechos especiales y las limitaciones de este tipo de trabajadores.

De otro lado, es importante señalar que las primeras sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes N° 746-2003-AA/TC y N° 4492-2004-AA/TC, sirvieron de alguna manera de base a las sentencias que les sucedieron, las cuales señalaron que al trabajador de confianza despedido sin expresión de causa o por el retiro de la confianza, no le corresponde la reposición, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de accionar en la vía correspondiente, lo que significa que nada impide al trabajador de confianza que reclame su derecho a una indemnización por despido arbitrario como

cualquier otro trabajador.

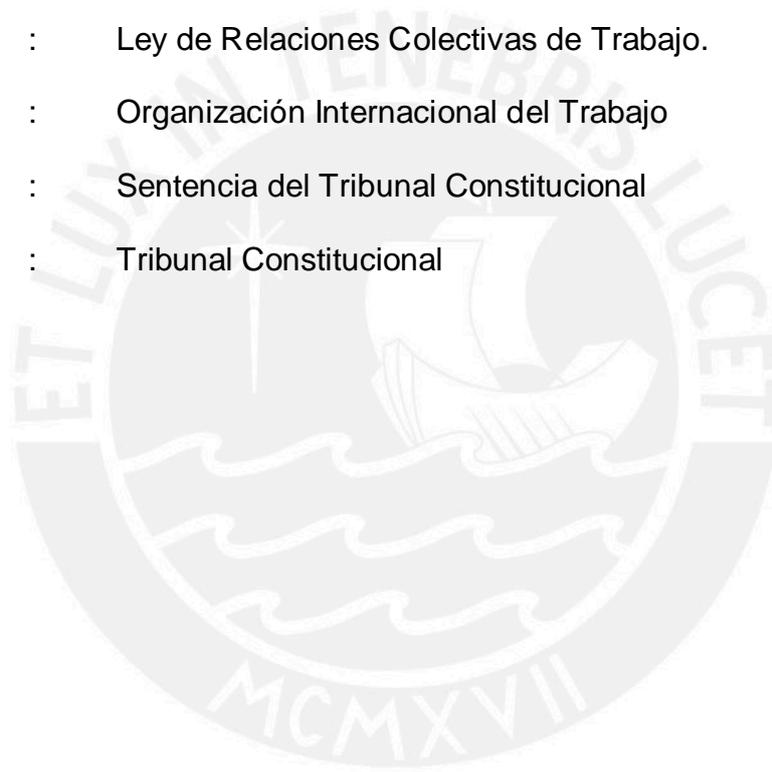
Es importante mencionar que en países como Argentina, Brasil, Italia, España y México, si bien se ha regulado en sus respectivas legislaciones laborales, al Trabajador de Confianza, esta regulación no es lo suficientemente profunda en lo referido a los aspectos del régimen de los Trabajadores de Confianza. Y es en México, en donde se desarrolla la extinción del vínculo laboral de los Trabajadores de Confianza, estableciendo que cuando este tipo de trabajadores sea despedido por pérdida de la confianza, le corresponde el pago de una indemnización, salvo en el caso de Trabajadores de Confianza que hayan sido promovidos a estos puestos, en cuyo caso correspondería la reposición en el puesto de trabajo original.

Asimismo, resulta pertinente analizar “la pérdida de confianza” como causal del despido de los Trabajadores de Confianza en la medida que presupone una afectación al elemento principal de este tipo de trabajadores, y que en muchos casos dio inicio a la relación laboral, siendo una consecuencia que esto repercuta en el normal desempeño de la empresa. En tal sentido es un tema fundamental la reparación del despido de los Trabajadores de Confianza, por lo que se realizará el análisis y las propuestas necesarias que permitan reparar adecuadamente este despido, cuidando no vulnerar los derechos de este tipo de trabajadores.

En el presente trabajo es la intención del autor analizar los diferentes aspectos relacionados a la estabilidad de los Trabajadores de Confianza según el criterio del Tribunal Constitucional, con la única finalidad de brindar un aporte que permita regular en nuestra legislación laboral la extinción del vínculo laboral de este tipo de trabajadores, respetando y armonizando sus derechos con los derechos del empleador.

ABREVIATURAS

Constitución	:	Constitución Política del Perú
CPC	:	Código Procesal Constitucional
LPCL	:	Ley de Productividad y Competitividad Laboral
LGS	:	Ley General de Sociedades
LGT	:	Ley General de Trabajo
LMEP	:	Ley Marco del Empleo Público
LRCT	:	Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.
OIT	:	Organización Internacional del Trabajo
STC	:	Sentencia del Tribunal Constitucional
TC	:	Tribunal Constitucional



SECCIÓN I. LA ESTABILIDAD LABORAL EN EL PERÚ

1.1 Antecedentes Históricos

En el Perú, constituyen antecedentes del derecho de estabilidad laboral, la Ley N° 4916, promulgada el 7 de febrero de 1924, durante el gobierno del Presidente Augusto B. Leguía, la cual confirió libertad al empleador de poner término al vínculo laboral, siempre que cumpla con el pre-aviso de 90 días o le facultó el pago de la indemnización equivalente a este lapso; obligó al trabajador en caso de retiro voluntario a dar aviso con 40 días de anticipación; en consecuencia, legisló el pre aviso y el elemento indemnizatorio del derecho de estabilidad laboral¹.

Asimismo, por Decreto Supremo del 5 de junio de 1953, se legisló sobre el derecho que tenían los trabajadores con 20 años o más de trabajo continuo a favor del mismo empleador para no ser despedidos arbitrariamente de su centro de trabajo. Fue el inicio de la protección del trabajador, basada en el criterio de la antigüedad en el trabajo; además, el Decreto Supremo del 04 de noviembre de 1958, estableció que el Ministerio de Trabajo debía aprobar la resolución de los contratos de los empleados con 20 o más años de servicios, lo que fue ratificado por la Ley N° 15542 del 30 de abril de 1965, que rebajando el tiempo de servicios de las empleadas a 15 años, confirmó que la resolución de los contratos de trabajo debía ser aprobada por dicho Ministerio.

En 1962, la Ley N° 14221 estableció que el empleador para poner término a los servicios de un obrero debería darle aviso con 15 días de anticipación, norma que fue derogada por el Decreto Ley N° 14857 de fecha 29 de enero de 1964.

En 1970, durante el gobierno militar del General Juan Velasco Alvarado, mediante el Decreto Ley N° 18471 de fecha 10 de noviembre de 1970, se institucionalizó la estabilidad laboral absoluta para todos los trabajadores asalariados luego de tres meses de iniciados sus contratos. Esta disposición significó que transcurrido el período de prueba el trabajador sólo podía ser despedido por faltas graves o despido colectivo; lo cual requería la autorización de las autoridades laborales, siendo la empresa la que debía demostrar la existencia de la causa justa para el despido del trabajador, y la autoridad administrativa de trabajo determinaba si éste procedía o no, si se determinaba que el despido era injusto, la empresa debía pagar todos los salarios devengados y el trabajador podía elegir entre la reposición o la indemnización correspondiente y la liquidación de

¹ La Estabilidad Laboral en el Perú. Disponible en: <http://www.monografias.com/trabajos10/establab/establab.shtml#ixzz2jL76QEZT> (visitado el 01.07.11)

beneficios sociales. Por lo que para realizar el despido efectivo del trabajador, la empresa debía de negociar con él mismo.

En el año 1978, mediante la Ley N° 22126, el periodo de prueba se extendió de tres meses a tres años, lo cual redujo la importancia de la estabilidad laboral.

En junio de 1986, durante el gobierno de Alan García, se redujo otra vez el periodo de prueba a tres meses a través de la Ley N° 24514 y una gran porción de trabajadores adquirieron súbitamente la estabilidad laboral absoluta. Esta ley implicó un alto grado de rigidez durante el periodo 1986 – 1991².

En 1991 se introdujeron varias modificaciones que tenían como objetivo flexibilizar el mercado laboral y reducir los costos de despido y contratación a través del Decreto Ley N° 728 (Ley de Fomento del Empleo). Una de las intenciones de la reforma era abolir la estabilidad laboral. Sin embargo, la misma era un derecho establecido en la Constitución Política de 1979, por lo que sólo pudo ser eliminada parcialmente, afectando sólo a aquellos trabajadores que fuesen contratados después de la promulgación de la ley. Así, durante el periodo comprendido entre 1991 y 1995, coexistieron dos regímenes. Los trabajadores contratados antes de noviembre de 1991 podían seguir exigiendo la reposición o el pago de la indemnización, si no se lograba mostrar que el despido era justificado, mientras que los trabajadores contratados después de esa fecha debían esperar que el juez apruebe la reposición o la indemnización³.

Bajo el marco de la nueva Constitución de 1993, la Ley N° 26513 de julio de 1995 reemplazó a la estabilidad laboral absoluta por la protección contra el despido arbitrario, eliminando así la posibilidad de reposición del trabajador y otorgándose sólo el pago de la indemnización en caso de despido injustificado⁴.

1.2 Concepto de la Estabilidad Laboral

El concepto de estabilidad laboral ha sido bastante empleado en los últimos años, sobre todo en las sentencias emitidas por el Tribunal

² SAAVEDRA, Jaime y MARUYAMA, Eduardo. *Estabilidad Laboral e Indemnización: Efectos de los costos de Despido sobre el Funcionamiento del Mercado Laboral Peruano*. Grade, Lima, Febrero, 2000.

Disponible en:

<http://www.grade.org.pe/upload/publicaciones/archivo/download/pubs/ddt/ddt28.pdf> (visitado el 01.07.11)

³ *Loc. cit.*

⁴ *Loc. cit.*

Constitucional en materia laboral, las cuales estuvieron referidas principalmente a la protección contra el despido arbitrario, pero también a los Trabajadores de Confianza.

La estabilidad laboral es definida como el derecho que tiene un trabajador a conservar su puesto indefinidamente, siempre que no incurra en faltas previamente determinadas o que no acaezca en especialísimas circunstancias.

También se define como estabilidad laboral el derecho del trabajador a conservar su puesto durante toda la vida laboral, no pudiendo ser declarado cesante antes que adquiriera el derecho de su jubilación, a no ser por causa taxativamente determinada.

Según PÉREZ REY, "la estabilidad en el trabajo o los trabajos constituye la versión más amplia y, a grandes rasgos, consiste en procurar al trabajador continuidad en su estatuto profesional más allá de los límites de una concreta empresa"⁵.

"La estabilidad laboral es un derecho por el cual se busca la conservación del contrato de trabajo –el contrato típico de trabajo tiene vocación de permanencia y ello por el carácter protector del Derecho Laboral- ante las vicisitudes que se presentan en la relación laboral siendo una manifestación del principio de continuidad"⁶.

En palabras de PLÁ, sin la estabilidad laboral, serían mínimas o nulas las posibilidades de ejercicio de los derechos individuales o colectivos y los mecanismos para la tutela de los mismos no tendrían la suficiente "exigibilidad" frente al empleador. Así, la estabilidad laboral, es, como ha dicho VILLAVICENCIO, la "garantía imprescindible para el ejercicio de los demás derechos laborales"⁷.

1.3 Fundamentos Jurídicos de la Estabilidad Laboral

1.3.1 El Derecho al Trabajo

⁵ PÉREZ REY, Joaquín. *Estabilidad en el Empleo*. Editorial Trotta, Madrid, 2004, pág. 22.

⁶ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Instituciones del Derecho Laboral*. 2da. Edición, Gaceta Jurídica, Lima, 2005, pág. 501.

⁷ VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. "PROEM". En: Revista Coyuntura Laboral N° 09. DESCO. Lima, 1996, pág. 9.

El artículo 22° de la Constitución Política de 1993⁸ enuncia que “el trabajo en un deber y un derecho”.

Según DE BUEN, el derecho al trabajo “se traduce en una fórmula que podría ser la siguiente: todo trabajador tiene derecho a conservar el empleo, salvo que hubiere una causa justa para privarle de él. Este principio se identifica como el de la estabilidad en el empleo”⁹.

Al respecto, MARCENARO señala que "lo primero a distinguir cuando hablamos del trabajo como un derecho, es diferenciar entre dos niveles, fases o estadios de éste; el derecho al trabajo, como derecho a obtener un trabajo, de acceder a una ocupación remunerada, y de otro lado, el derecho a conservar el puesto de trabajo que se encuentre desarrollando un trabajador en particular"¹⁰.

En tal sentido, se considera el derecho al trabajo como la base de la estabilidad laboral, en razón, que este derecho tiene dos manifestaciones:

1.3.1.1 El Acceso al Empleo

El cual comprende, a su vez, dos supuestos dependiendo del sentido genérico o específico en el que se entienda el empleo:

1.3.1.1.1 El Acceso al Empleo en Sentido Genérico

Esta referido a las políticas económicas y sociales que debe adoptar el Estado para generar puestos de trabajo. Nos encontramos aquí ante un derecho de preceptividad diferida, puesto que requiere de desarrollo legal para que pueda tener exigibilidad.

1.3.1.1.2 El Acceso al Empleo en Sentido Específico

Viene a ser el derecho a ocupar un puesto cierto. Por ejemplo, esto se verificaría en caso de obtenerse el primer puesto en un concurso para acceder a un empleo. Se trata de un derecho de preceptividad inmediata, ya que para su ejercicio no se necesita una reglamentación legislativa.

⁸ Constitución Política del Perú de 1993, Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf> (visitado el 01.07.11).

⁹ DE BUEN LOZANO, Néstor. *Derecho del Trabajo*. Editorial Porrúa, México, 1981, pág. 80,

¹⁰ MARCENARO FRERS, Ricardo. *El Trabajo en la Nueva Constitución*. Cultural Cuzco, S.A. Editores, Lima, 1995, pág. 45.

1.3.1.2 La Conservación del Empleo

La vulneración de este derecho puede provenir de cualquier extinción del vínculo laboral (como en el caso de la jubilación obligatoria, por ejemplo), y no sólo de las que derivasen de un despido injustificado, como señala el Tribunal Constitucional. Asimismo, se señala que este derecho tiene preceptividad inmediata, por lo cual cabe su defensa mediante la tutela del amparo, si se admite que en el caso peruano esta garantía no tiene carácter residual.

Es en esta segunda manifestación que se cimienta la estabilidad laboral, ya que el trabajador no puede ser despedido sino por causa justa.

Así, en la Constitución Política de 1979 se reguló el derecho al trabajo como un deber social. En la Constitución de 1993 se señala que “el trabajo es un deber y un derecho” (Art. 22º).

En el Protocolo de San Salvador¹¹ se consagra el derecho al trabajo y la estabilidad laboral en los artículos 6º y 7º, respectivamente. Al respecto BLANCAS señala que:

“El Protocolo de San Salvador no sólo consagra el derecho a la estabilidad laboral sino que, además, lo fundamenta en el derecho al trabajo, afirmando la proyección de este derecho no sólo en relación al acceso al empleo – como su versión más tradicional- sino, igualmente, respecto a la conservación del mismo por quien tiene la condición de trabajador”¹².

Este Protocolo ha sido ratificado por el Perú, por lo que forma parte del derecho nacional y constituye fuente obligatoria para la interpretación de las normas constitucionales referentes al derecho al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario, según lo establecido en la Cuarta Disposición Final Transitoria de la Constitución.

El Tribunal Constitucional se ha referido al derecho al trabajo como fundamento para invalidar el despido lesivo de derechos constitucionales y ordenar la reposición del trabajador a su centro de trabajo, señalando:

¹¹ Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”. Disponible en: <http://oas.org/juridico/spanish/Tratados/a-52.html> (visitado el 01.07/11)

¹² BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El Derecho de la Estabilidad en el Trabajo*. Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC, Lima, Junio, 1991. pág. 76.

“(…) la circunstancia de que se haya despedido a los demandantes a través de un acto lesivo a los derechos constitucionales antes señalados, trae consigo también la afectación al derecho al trabajo reconocido por el artículo 22º de la Constitución Política del Estado, en cuanto la conservación de un puesto de trabajo que aquel implica ha sido conculcado por un acto desprovisto de juridicidad, esto es, viciado de inconstitucionalidad”¹³.

En la sentencia del 11 de julio de 2002, el Tribunal Constitucional refiriéndose al derecho al trabajo, señala que éste: “(…) implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte, y por otra, el derecho a no ser despedido, sino por causa justa”¹⁴.

1.3.2 El Principio de Continuidad

Este principio es definido por PLÁ como: “(…) la tendencia actual del derecho del trabajo de atribuirle la más larga duración a la relación laboral desde todos los puntos de vista y en todos los aspectos”¹⁵.

En tal sentido, CARRILLO, señala que por eso al principio de continuidad se le reconocen las siguientes proyecciones:

- “1) Preferencia por los contratos de duración indefinida;
- 2) Amplitud para la admisión de las transformaciones del contrato;
- 3) Facilidad para mantener el contrato a pesar de los incumplimientos o nulidades en que se haya incurrido;
- 4) Resistencia a admitir la rescisión unilateral del contrato por voluntad patronal;
- 5) Interpretación de las inscripciones de contratos como simples suspensiones;
- 6) Prolongación del contrato en casos de sustitución del empleo;”¹⁶.

El principio de continuidad se considera como la base de la estabilidad laboral, pero no debe confundirse el uno con el otro ya que el primero, está referido a la resistencia de la terminación de la relación laboral por la voluntad del empleador, y se encuentra vinculado con la preferencia por los contratos de duración indefinida.

¹³ Sentencia N° 1112-98-AA/TC

Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/1999/01112-1998-AA.html> (visitado el 01.07.11)

¹⁴ Sentencia N° 1124-2001-AA/TC

Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.html> (visitado el 01.07.11)

¹⁵ PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978, pág. 154.

¹⁶ CARRILLO CALLE, Martín. “*La Estabilidad de Entrada y de Salida como expresiones del Principio de Continuidad. Una aproximación desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*”. En *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, Num. 12, enero – junio 2001, pág 181.

Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoSocial/12/cmt/cmt7.pdf> (visitado el 01.04.12)

El Convenio 158 de la OIT¹⁷ expresa textualmente en el numeral 3 del artículo 2° que “se deberán prever garantías adecuadas contra el recurso a contratos de trabajo de duración determinada cuyo objeto sea eludir la protección que prevé el presente Convenio”.

La recomendación 166 de la OIT¹⁸, señala que una de las garantías que pueden adoptarse por las legislaciones nacionales es la de “limitar la utilización de los contratos de duración determinada a los casos en que a causa de las condiciones en que deba realizarse o en razón de los intereses del trabajador, la relación de trabajo no pueda ser de duración indeterminada”.

Comenta BLANCAS refiriéndose al Principio de Continuidad, que:

”La estabilidad en el trabajo, concebida como el derecho del trabajador a no ser despedido sin causa justa o como una limitación a la facultad de poner término discrecionalmente a la relación de trabajo, tiene como fundamento el principio de continuidad y que, más aún, lo presume, ya que carecería de toda lógica establecer esta garantía contra el despido *ad nutum* si la relación de trabajo, como regla general, se pactara por tiempo determinado, en forma independiente de la naturaleza de la labor a realizar”¹⁹.

Asimismo, CARRILLO señala sobre el tema “(...) es del principio de continuidad de donde dimana el concepto de la estabilidad que opera en los dos extremos de la relación laboral: en la contratación (con la llamada “estabilidad de entrada”) y en el despido (con la llamada “estabilidad de salida”)”²⁰.

Debemos señalar que el principio de continuidad, se refiere a aquellas situaciones en que el trabajador tiene un contrato de trabajo a plazo indeterminado. Pues no tendría sentido aplicarlo a los contratos sujetos a modalidad o plazo determinado.

1.4 Clases de Estabilidad Laboral

¹⁷ Convenio sobre la Terminación de la Relación de Trabajo, 1982

Disponible en:

<http://white.oit.org.pe/spanish/260ameri/oitreg/activid/proyectos/actrav/proyectos/aplicum/convenios/c158.html> (visitado el 01.07.11)

¹⁸ Disponible en: <http://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2009/10/r-166-terminacion-de-la-relacion-de-trabajo.pdf> (visitado el 01.07.11)

¹⁹ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Ob. cit.*, pág. 84.

²⁰ CARRILLO CALLE, Martín. “*La Flexibilización del contenido laboral de la Constitución*”. En Balance de la Reforma Laboral Peruana. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2001, pág. 77.

La doctrina señala que la estabilidad laboral tiene dos manifestaciones, y se dividen en:

1.4.1 Estabilidad de Entrada

Es la garantía jurídica por la cual desde el inicio del contrato de trabajo el trabajador tiene derecho a una relación de plazo indeterminado cuando la naturaleza objetiva de sus labores es indefinida²¹. En los contratos de trabajo, hay estabilidad de entrada una vez superado el periodo de prueba (como regla es de tres meses, salvo en el caso de los Trabajadores de Confianza y de Dirección donde puede incrementarse hasta seis y doce meses, respectivamente).

Para NAVA la estabilidad de entrada “consiste en la preferencia por la contratación de duración indefinida sobre la temporal, la que se traduce al admitir la celebración de contratos de duración determinada sólo cuando la naturaleza de la labor que el trabajador va a cumplir sea temporal”²².

Refiriéndose a la Estabilidad de Entrada, CARRILLO señala que:

“Con la “estabilidad de entrada” se pone en evidencia la directa relación que existe entre la naturaleza de la labor a desempeñar y la duración del contrato a celebrar, según la cual, a labores permanentes le corresponden contratos de trabajo de duración indefinida, siendo la temporalidad la excepción, siempre y cuando el supuesto de hecho para recurrir a una modalidad de contrato temporal esté habilitado como causa objetiva por una ley y se cumplan los requisitos de forma por ella exigidos”²³.

1.4.2 Estabilidad de Salida

Es la protección frente al término de la relación laboral y ésta solamente puede darse por causales taxativas. Sin embargo, es necesario reconocer los dos tipos de estabilidad de salida:

- Absoluta (que conlleva la reposición)
- Relativa (que importa protecciones distintas como la indemnización, remuneraciones devengadas, etc.). Esta

²¹ Causas de Extinción del Contrato de Trabajo, Colegio de Abogados de Lima Este.

Disponible en: <http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/causasex.pdf> (visitado el 01.07.11)

²² NAVA GUIBERT, Luis. *El Despido Arbitrario. Efectos de las Resoluciones del Tribunal Constitucional*. García Calderón Industrias Gráficas S.A.C., Lima, 2004, pág. 112..

²³ CARRILLO CALLE, Martín. “La Estabilidad de Entrada y de Salida como expresiones del Principio de Continuidad. Una aproximación desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano”. En Revista Latinoamericana de Derecho Social, Num. 12, enero – junio 2001, pág 182.

última manifestación de estabilidad puede ser propia o impropia²⁴.

La estabilidad de salida conlleva la prohibición del despido injustificado, esto es, carente de una causa contemplada en la ley y acreditada ante un organismo especial.

El artículo 27° de la Constitución²⁵ (“la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”) manda al legislador a otorgar –a través de una ley- la adecuada protección al trabajador contra el despido arbitrario, sin predeterminar la o las modalidades de la protección ni las características que permitan calificar a ésta como adecuada. Con la reserva de ley que impone el mencionado artículo, la eficacia de la reparación en los casos de despido queda subordinada a lo que disponga la ley encargada de su regulación.

1.4.2.1 Propia.-

Este tipo de estabilidad implica un efecto meramente declarativo, es decir se da “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. Hay entonces, reposición ficta pero no efectiva”²⁶.

1.4.2.2 Impropia.-

Se da cuando la protección es la indemnización, y es el sistema que actualmente se encuentra regulado en el Perú. Tiene su excepción en el despido nulo (estabilidad laboral absoluta).

En el Perú, el sistema que predomina como regla es la Estabilidad Relativa Impropia, constituyendo una excepción el caso del despido nulo (estabilidad absoluta) que solo se produce por causales expresas previstas en la ley. Sin embargo, en los últimos años los fallos emitidos por el Tribunal Constitucional, han ampliado los supuestos de reposición, y por ende los casos de estabilidad laboral absoluta, construyendo una tendencia a

²⁴ Causas de Extinción del Contrato de Trabajo, Colegio de Abogados de Lima Este.

Disponible en: <http://www.cal.org.pe/pdf/diplomados/causasex.pdf> (visitado el 01.07.11)

²⁵ Constitución Política del Perú de 1993, Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/constitucion.pdf> (visitado el 01.07.11).

²⁶ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Ob. cit.*, pág. 503.

regresar a la estabilidad laboral absoluta, lo cual, más allá de tener el fin de proteger al trabajador, significaría retroceder a la década de los 80 en donde la legislación laboral era altamente rígida, y tenía efectos negativos en cuanto a la contratación de trabajadores, pues los costos laborales eran muy altos.

1.5 La Estabilidad Laboral en la Legislación Peruana

La Constitución Política de 1979 que contemplaba en su artículo 48º la “estabilidad en el trabajo” como derecho fundamental, fue remplazada por la Constitución Política de 1993, que eliminó el derecho de “estabilidad en el trabajo”, usando una fórmula que otorga al trabajador “adecuada protección contra el despido arbitrario”.

Así, se ha sustituido el concepto rígido de la estabilidad laboral por el concepto flexible de la adecuada protección que la ley dispensa al trabajador contra el despido arbitrario.

Respecto al artículo 27º de la Constitución Política de 1993, BLANCAS señala:

“El mandato al legislador, que contiene esta norma, plantea, en orden a la interpretación de la misma, diversas, cuanto importantes, cuestiones (...) relativas a la preceptividad de dicha norma y la interdicción de la arbitrariedad como su posible contenido mínimo, al sentido del despido que adopta y a la eficacia reparadora del despido arbitrario”²⁷.

Lo contenido en el artículo 27º de la Constitución Política debiera otorgar al legislador la obligación para que éste regule las causas y procesos para la extinción de la relación laboral, creando una protección a favor del trabajador afectado.

La actual Constitución de 1993, establece dentro del Capítulo II dedicado a los derechos sociales y económicos, las pautas de resguardo constitucional del trabajador, cualquiera sea la labor –y la función- que realice, donde obviamente, se encuentra incluido en la protección constitucional, el trabajador de confianza. Al respecto el artículo 22º se enmarca en dejar en claro que *el trabajo es un deber y un derecho*, siendo además, base del bienestar social y un medio de realización de la persona²⁸.

²⁷ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Ob. cit.*, pág. 113.

²⁸ HUAMÁN ÓRDOÑEZ, Alberto. *La Protección Constitucional del Trabajador Estatal de Confianza adscrito al Régimen Privado frente a la Arbitrariedad de Despido*.

Disponible en:

<http://www.derechocambiosocial.com/revista011/despido%20trabajador%20estatal.htm>

(visitado el 01.07.11).

A renglón seguido, el artículo 23° prevé que, el trabajo, como actividad humana y medio de realización de la persona, es, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan; además en el mismo artículo se señala que el Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo; con lo que se establece en la parte final de este primer párrafo de nuestro precepto supra legal, lo que es llamado las «disposiciones constitucionales programáticas», es decir la asunción de actividades que desarrollen en la realidad social, la previsión constitucional a través de la intervención del legislador ordinario, en este caso del legislador laboral²⁹.

Pero lo que resulta más resaltante de esta norma, es que *bajo ninguna circunstancia, ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador*; pues los fueros que goza el trabajador no le son reconocidos en cuanto tal -trabajador- sino como ciudadano, como persona. Además, siguiendo con el artículo 23°, se establece que, nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento³⁰.

En el artículo 26° se regulan o recogen de modo enunciativo, tres principios que son los pilares del Derecho del Trabajo. Con todo, se dice en esta norma que, *en la relación de trabajo se respetan los principios de igualdad de oportunidades sin discriminación, de irrenunciabilidad de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley; y de interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma* o también conocido por la alocución latina *in dubio pro operario*, derivada del clásico principio penal *in dubio pro reo*³¹.

Ahora, el artículo 27° prescribe que la ley otorga al trabajador *adecuada* protección contra el despido arbitrario; con esto, el legislador constitucional deja en manos de la ley sustantiva regulatoria de la relación del trabajo (Ley de Productividad y Competitividad Laboral [LPCL]) la protección en caso de que el trabajador, incluido el trabajador de confianza, sea despedido arbitrariamente³².

El Convenio de Trabajo N° 158 de la OIT, otorga mayor protección que el artículo 27° de nuestra Constitución, al señalar que la legislación de los países puede reconocer la estabilidad laboral de salida absoluta o relativa (Art. 4°).

²⁹ *Loc. cit.*

³⁰ *Loc. cit.*

³¹ *Loc. cit.*

³² *Loc. cit.*

Así también el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales³³, prevé que, en caso de despido injustificado, el trabajador debe tener derecho a la reposición, la indemnización o cualquier otra prestación prevista en la legislación interna (acápito 7 d).

1.5.1 El Despido

El Despido es una forma de extinción de la relación laboral, que se caracteriza porque se encuentra fundada exclusivamente en la voluntad unilateral del empleador.

Al respecto BLANCAS señala: “coinciden en destacar el rol decisivo que juega la voluntad unilateral del empleador en el despido, en forma independiente a la existencia o ausencia de causa justificada o a cual fuera ésta, calificando con dicha expresión a toda extinción de la relación de trabajo que reconozca en la voluntad del empleador su fuente productora”³⁴.

Es por esto que se debe indicar que el despido deviene en una “institución causal”, debido a que existe en la mayoría de los ordenamientos laborales la exigencia de sustentar el despido en una causa justa, poniendo así un límite al poder del empleador para extinguir la relación laboral, el mismo que pasó a considerarse como un poder excepcional.

La estabilidad laboral se sustenta en la causalidad del despido, impidiendo así que se dé la extinción de la relación laboral de forma unilateral por parte del empleador, amparándose en una causal que no sea relacionada con la capacidad o conducta del trabajador.

1.5.1.1 El Despido y los Derechos Fundamentales

Los derechos fundamentales que pudieran ser afectados mediante un despido y dar lugar a la tutela restitutoria son los que PALOMEQUE denomina derechos fundamentales laborales inespecíficos³⁵, esto es, aquellos que resultan inherentes a todo individuo y que por tanto no pueden ser objeto de menoscabo

³³ Disponible en: <http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html> (visitado el 01.07.11)

³⁴ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *Ob. cit.*, pág. 46.

³⁵ PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. “*Derechos fundamentales generales y relación laboral. Los derechos laborales inespecíficos*”. En *Derecho del Trabajo y razón crítica*. Salamanca: Caja Duero, 2004, pág. 163.

por el hecho de encontrarse sujeto a una relación laboral. Como señala VALDÉS DAL-RE, los derechos inespecíficos no surgen de la condición propia del trabajador, sino de su calidad de persona, pero se expresan y reivindican frente al empleador, vale decir, son derechos que corresponden a todos los individuos, pero son ejercidos por quienes son trabajadores y ejercen estos derechos en el marco de una relación laboral³⁶.

Así, el derecho a la libertad de conciencia, a la no discriminación, a la libertad de expresión, a la intimidad, entre otros, son objeto de plena salvaguarda en el marco del contrato de trabajo y, por ende, cualquier despido cuyo propósito entrañe una afectación de estos derechos implicará su ineficacia y, por tanto, abrirá la vía a su impugnación con efecto restitutorio.

Los derechos fundamentales han operado como fuente de integración del régimen jurídico de las relaciones de trabajo, imponiéndole límites que no se encontraban previstos por él. De aquí a reconocer la “doble vertiente” de los derechos fundamentales, como generadores de un “deber negativo de respeto”, susceptible de imponer “efectivos límites al ejercicio del poder de dirección”, y a la vez, como “fuente de deberes positivos o preactivos de protección o prestación”, capaces de permitir una “integración normativa del contenido obligacional del contrato de trabajo”, existe todavía un trecho³⁷.

En ese sentido, OJEDA refiriéndose al despido y los derechos fundamentales del trabajador, señala que éste “tiene también unos derechos fundamentales y una dignidad como persona y como ciudadano que no deben sencillamente ignorarse porque aquel otro muestre el talonario”³⁸.

1.5.1.1.1 El Despido y la Dignidad del Trabajador

El trabajo es para la persona un supuesto importante de su dignidad y de su condición de ciudadano, por lo que su pérdida injustificada lesiona estos derechos.

³⁶ VALDÉS DAL-RE, Fernando. *Los Derechos Fundamentales del Trabajador: un ensayo de noción lógico-formal*. Relaciones Laborales, 2 (2003), págs. 69-76.

³⁷ SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2007, pág. 80.

³⁸ OJEDA AVILÉS, Antonio. “Los despidos radicalmente nulos por fraude de ley”, En: Relaciones Laborales, N° 24, Madrid, 1987, pág. 10.

La Constitución Política de 1993 en su artículo 1° señala que: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Desde esta perspectiva, la pérdida injustificada del empleo que arroja al trabajador a la precariedad y la inestabilidad no puede ser contemplada como un hecho desvinculado de la dignidad y de los demás derechos fundamentales del trabajador ni reducida, exclusivamente, a una cuestión económica referida a la conservación o compensación de sus ingresos. Con razón, BAYLOS anota que “el despido como acto irruptivo expulsa al trabajador a un espacio desertizado -el no trabajo- en donde se plantea la pesadilla del sin trabajo, es decir, de la precariedad como regla de vida, con repercusiones en los vínculos afectivos, familiares y sociales”³⁹.

1.5.1.2 Clases de Despido en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral

1.5.1.2.1 Despido Nulo

“Es el acto por el cual el empleador cesa a un trabajador por motivos discriminatorios. Si el trabajador interpone demanda judicial de nulidad del despido y ésta es declarada fundada, éste tiene derecho a la reposición en su puesto de trabajo y al pago de las remuneraciones dejadas de percibir, salvo que opte por una indemnización por despido”⁴⁰.

La LPCL señala en su artículo 29° como causales de despido nulo, las siguientes:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del artículo 25°;
- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
- e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el

³⁹ BAYLOS GRAU, Antonio & PÉREZ REY, Joaquín. *El despido o la violencia del poder privado*. Editorial Trotta, Madrid, 2009, pág. 49.

⁴⁰ HARO CARRANZA, Julio Enrique. *Derecho Individual del Trabajo*. RAO, Lima, Julio, 2003, pág. 289.

despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir.

Además se considera nulo el despido:

- f) Cuando el trabajador sea portador del SIDA⁴¹.
- g) El Despido basado en la discapacidad del trabajador⁴².

El trabajador que se vea afectado por un despido nulo puede solicitar su reposición o en su defecto puede optar por la indemnización, pudiendo elegir sólo una de estas opciones.

1.5.1.2.2 Despido Arbitrario

El despido arbitrario se produce cuando el empleador da por terminada la relación laboral con el trabajador sin expresión de causa.

También es definido como:

“El despido arbitrario es aquel que se produce al cesar a un trabajador por acto unilateral del empleador sin expresión de causa o porque no se pudo demostrar esta en juicio. En estos casos el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización como única reparación por el daño sufrido, lo que no impide que pueda simultáneamente demandar el pago de cualquier otro derecho o beneficio social aun no hecho efectivo”⁴³.

El artículo 34^o de la LPCL establece que frente al despido arbitrario el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38^o, como única reparación por el daño sufrido. Siendo el monto de la indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones.

El monto de la indemnización por despido arbitrario en el caso de contratos a plazo fijo, es igual a una remuneración y media mensual por cada mes que falte para completar el plazo

⁴¹ De acuerdo a la Ley N° 26626, Artículo 6°: “Es nulo el despido laboral cuando la causa es la discriminación por ser portador del VIH/SIDA”.

⁴² De acuerdo a la Ley N° 27050, Artículo 31.2: “Nadie puede ser discriminado por ser persona con discapacidad. Es nulo el acto que basado en motivos discriminatorios afecte el acceso, la permanencia y/o en general, las condiciones en el empleo de la persona con discapacidad”.

⁴³ ASESORAMIENTO Y ANÁLISIS LABORALES. “Extinción de la Relación Laboral, Condiciones y Procedimientos para el Despido”. JL Impresores, 3ra Edición, Lima, Junio, 2004, pág. 62.

estipulado en el contrato, con un máximo de 12 remuneraciones.

1.5.1.2.3 **Despido Indirecto o Actos De Hostilidad**

Son actos u omisiones realizados por el empleador o sus representantes que molestan o incomodan al trabajador. Como tales constituyen faltas del empleador, y tienen como objetivo, normalmente, la renuncia del trabajador, aunque en algunos casos su fin es obtener algún favor o ventaja en perjuicio del trabajador, que atenta contra su moral, dignidad, economía, etc., salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente demostradas por el empleador.

El artículo 30° inciso a) de la LPCL establece que son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

- a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente demostradas por el empleador.
- b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría. Esta falta es aquella dispuesta por decisión unilateral del empleador que carece de motivación objetiva o legal. En el caso de reducción de remuneración, no se configura la hostilidad por la parte de la remuneración cuyo pago está sujeto a condición.
- c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquél en el que preste habitualmente servicios con el propósito de ocasionarle perjuicio. Esta falta es aquella que importa un cambio a un ámbito geográfico distinto y se configura siempre que tenga el deliberado propósito de ocasionarle perjuicio al trabajador.
- d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad, que pueda afectar o poner en riesgo la vida o la salud del trabajador.
- e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia.
- f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma.
- g) Los actos contra la moral, y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador.
- h) La negativa injustificada del empleador de otorgar la licencia laboral por adopción⁴⁴.

1.5.1.2.4 **Despido Justificado o Despido Legal**

⁴⁴ Artículo 7° de la Ley N° 27409, Ley que otorga Licencia Laboral por Adopción.

Disponible en: http://www.mintra.gob.pe/archivos/file/SNIL/normas/2001-01-25_27409_749.pdf (visitado el 01.07.11)

Este puede ser utilizado por el empleador cuando un trabajador ha incurrido en alguna de las causales señaladas en la norma, que pueden estar relacionadas con la conducta o con la capacidad del trabajador. Siendo para ello necesario que el empleador siga el procedimiento establecido en la ley, es decir, el preaviso correspondiente para que el trabajador se defienda de los hechos que se le imputan o pueda demostrar su capacidad. Una formalidad esencial a cumplir es la comunicación por escrito del despido.

El artículo 23º de la LPCL establece como causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

- a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida determinante para el desempeño de sus tareas. Esta causa deberá ser debidamente certificada por el ESSALUD, el Ministerio de Salud o la Junta de Médicos designada por el Colegio Médico del Perú, a solicitud del empleador. La negativa injustificada y probada del trabajador a someterse a los exámenes correspondientes, se considerará como aceptación de la causa justa de despido.
- b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores bajo condiciones similares. Para su verificación el empleador podrá solicitar el concurso de los servicios de la AAT, así como del sector al que pertenezca la empresa.
- c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a exámen médico previamente convenido o establecido por ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

El artículo 24º de la LPCL establece como causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador:

- a) La comisión de falta grave.
 - b) La condena penal por delito doloso.
 - c) La inhabilitación del trabajador.
- En el Despido por Falta Grave el concepto de “Falta Grave” se refiere a la inconducta del trabajador traducida en una infracción de sus deberes esenciales surgidos del contrato de trabajo, lo cual hace irrazonable la continuación de la relación laboral. Por lo relevante de sus consecuencias, los supuestos de falta grave están restringidos a los señalados por ley, siendo imposible que el empleador pueda alegar una causal que no esté prevista expresamente. Para que se produzca un despido por falta grave, el empleador debe

seguir los procedimientos y formalidades contempladas en la Ley, su omisión conlleva a que el despido sea declarado improcedente.

- El Despido por Condena Penal por Delito, se producirá al quedar firme la sentencia condenatoria y conocer de tal hecho el empleador, salvo que éste haya conocido del hecho punible antes de contratar al trabajador.
- En el Despido por Inhabilitación del Trabajador, la inhabilitación que justifica el despido es aquella impuesta al trabajador por autoridad judicial o administrativa para el ejercicio de la actividad que desempeñe en el centro de trabajo, si es por un periodo de 3 meses o más. Si es por menos de 3 meses sólo hay suspensión del contrato.

1.5.1.2.5 **La Impugnación del Despido**

La LPCL establece en su artículo 36° que el plazo para accionar judicialmente en los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y actos de hostilidad caduca a los treinta días naturales de producido el hecho.

Sin embargo, el Pleno Jurisdiccional aprobado por Acuerdo 01-99⁴⁵, determinó que el cálculo del período de caducidad establecido en el artículo 34° del Decreto Legislativo N° 728° se realiza en función a días hábiles y no a días naturales (calendario), según la definición de Suspensión del Despacho Judicial contenida en el artículo 58° del Reglamento del Decreto Legislativo No. 728° (D.S. 001-96-TR) concordado con el artículo 247° de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La impugnación del despido está referida a la revisión judicial de la gravedad de los hechos cometidos por el trabajador que motivaron la sanción del empleador, correspondiendo durante el proceso al empleador demostrar la causa del despido.

1.5.1.2.6 **La Adecuada Protección contra el Despido Arbitrario**

Mediante la “adecuada protección contra el despido arbitrario” la Constitución Política deja abierta a la voluntad del legislador, la forma de establecer cual es el grado de protección que ha de otorgar al trabajador que sea objeto de un despido arbitrario, teniendo en cuenta que esta protección debe ser “adecuada”, la

⁴⁵ Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral 1999 - Acuerdo N° 01-99 (Caducidad) – Trujillo 14 de agosto de 1999.

misma que puede ser la reposición o la indemnización, dependiendo del tipo de despido.

Refiriéndose a la adecuada protección contra el despido arbitrario VINATEA señala que: “el artículo 27° de la Constitución Política establece que será la Ley la que provea la adecuada protección, y al hacerlo está admitiendo que el grado de protección que corresponda a la violación del artículo 22° no necesariamente será el típico de restitución de un derecho constitucional (retrotraer las cosas al estado anterior de la violación), sino cualquier otro”⁴⁶.

El artículo 34° de la LPCL prevé como regla el pago de una indemnización cuando el despido es arbitrario (despido causado no acreditado judicialmente, incausado, verbal, etc.). La excepción son los casos donde la legislación, expresamente, concede el derecho de reposición a los trabajadores: son los llamados despidos nulos.

La indemnización esta prevista en el artículo 38° de la LPCL, siendo equivalente a una remuneración y media mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce remuneraciones. Las fracciones se abonan por dozavos y treintavos (se deben observar las pautas de la Ley de Compensación por Tiempo de Servicios, aprobado por Decreto Supremo N° 001-97-TR, para la determinación de la remuneración mensual). En tal sentido, el pago de la indemnización en un supuesto de despido arbitrario, es independiente del pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

En conclusión, podemos señalar que de acuerdo a nuestro ordenamiento jurídico, y de acuerdo al mandato constitucional establecido en el artículo 27° de la Constitución Política, las causas de despido y el procedimiento para la terminación de la relación laboral por iniciativa del empleador están regulados por la LPCL.

1.5.1.3 Clases de Despido según el Tribunal Constitucional

Los tipos de despido que pueden generar la reposición derivada de despidos arbitrarios o con lesión de derechos fundamentales

⁴⁶ VINATEA RECOBA, Luís. “La Adecuada Protección Procesal contra el despido Arbitrario: Comentarios a la Sentencia de fecha 13 de Marzo de 2003 emitida por el Tribunal constitucional”. Revista Derecho y Sociedad, N° 23, Lima, Año XV, 2004. pág. 23.

se origina en los tres casos de despido: el despido nulo, el despido incausado y el despido fraudulento.

1.5.1.3.1 **Despido Incausado**

El despido incausado se produce cuando se despide al trabajador, de forma verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique. (STC N° 976-2001-AA/TC).

En tal sentido, un despido se configurará como justificado o injustificado mientras la voluntad de extinguir la relación laboral por parte del empleador se realice con expresión de causa o sin ella, es decir, cuando se indiquen (o no) los hechos que motivan y justifican la extinción de la relación laboral. Por lo tanto, el despido será legítimo sólo cuando la decisión del empleador esté fundamentada en la existencia de una causa justa contemplada en la ley y comprobada debidamente en el procedimiento de despido, en el cual se deben respetar las garantías mínimas que otorga el derecho fundamental al debido proceso.

Al respecto, BLANCAS, señala que “el despido *ad nūtum* o incausado, se entiende a aquel en el cual la sola expresión de voluntad del empleador es considerada suficiente para extinguir la relación laboral”⁴⁷.

1.5.1.3.2 **Despido Fraudulento**

El despido fraudulento se produce cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, consecuentemente, de forma contraria a la verdad y rectitud de las relaciones laborales; aunque se haya cumplido con la imputación de una causal y el procedimiento respectivo, tal como ocurre cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, también, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, o se extingue la relación laboral con vicio de voluntad o mediante la "fabricación de pruebas".

En diversos pronunciamientos, el TC ha otorgado la calificación de despido fraudulento a aquellos despidos cuya causa imputada por el empleador no ha sido demostrada en juicio, no obstante que en otros fallos ha sido enfático en puntualizar que en la vía de amparo no se realiza una calificación del despido.

⁴⁷ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “Flexiseguridad, derecho al trabajo y estabilidad laboral”. En Derecho PUCP N° 68, 2012 / ISN 0251-3420, pág. 392.

En efecto, el TC procede a evaluar si los hechos imputados por los empleadores se subsumen en las faltas graves tipificadas en el artículo 25° de la LPCL, para que, en caso contrario, estime que ha existido una infracción al principio de tipicidad y, por ende, que el despido califica como fraudulento.



SECCIÓN II. LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA EN EL PERÚ

2.1 Concepto

Para definir a los Trabajadores de Confianza se debe partir por comprender la calidad especial que tienen éstos en relación a los demás trabajadores, ya que no todos los trabajadores desempeñan en la empresa puestos de confianza. Los Trabajadores de Confianza ocupan un lugar especial en la empresa en medida de la responsabilidad en ellos delegada por el empleador teniendo en cuenta el elemento “confianza”.

BARAJAS define a los Trabajadores de Confianza como “aquellos que se incorporan a la planta de empleados administrativos y se le asignan determinadas funciones o se le otorga una posición de representación patronal (...)”⁴⁸.

DE BUEN define a los Trabajadores de Confianza como “aquellos cuya actividad se relaciona de forma inmediata y directa con la vida misma de las empresas, con sus intereses, con su dirección, administración y vigilancia generales (...)”⁴⁹.

2.2 El Personal de Dirección y su diferencia con Los Trabajadores de Confianza

Para PUNTRIANO, “los trabajadores de dirección o de confianza ocupan un status especial en la empresa en razón no a su condición personal sino a las características del trabajo que realizan. Un trabajador de dirección posee la condición de trabajador de confianza, pero no todo trabajador de confianza es a su vez personal de dirección”⁵⁰.

Con el Decreto Legislativo N° 728, Ley de Fomento del Empleo, nuestra legislación laboral incluyó dentro de las divisiones que se hacían entre los trabajadores a dos categorías especiales, según el cargo que desempeñan o la labor que realizan, siendo:

- Los trabajadores de dirección y
- Los trabajadores de confianza.

⁴⁸ BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. *El Contrato de Trabajo*. Universidad Nacional Autónoma de México. México. 1992. pág. 74.

⁴⁹ DE BUEN, Néstor. *Los Derechos del Trabajador de Confianza*. Instituto de Investigaciones Jurídicas. México. 2009. pág. 47.

⁵⁰ PUNTRIANO ROSAS, César. “Los Trabajadores de Confianza o de Dirección no dejan de ser trabajadores y gozan de la protección contra el despido injustificado”. En Revista jurídica del Perú Tomo 117- Noviembre 2010. pág. 16.

Así tenemos que anteriormente sólo se distinguía a los trabajadores entre empleados y obreros, siendo lo que los diferenciaba el tipo de labor que realizaban, ya que en el caso de obreros prevalecía la labor manual, y en el caso de empleados prevalecía la labor intelectual. Sin embargo, la citada división actualmente va quedando en desuso, pues ahora ese señala que hay tres categorías de trabajadores: los de dirección, los de confianza y los demás trabajadores.

2.2.1 Personal de Dirección

Nuestra legislación define a esta categoría de trabajadores de la siguiente manera: “personal de dirección es aquél que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que los sustituye, o que comparte con aquél las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial”⁵¹.

Si partimos de la definición, podemos colegir lo siguiente⁵²:

- a. Que todo trabajador de dirección es de confianza, pero que el cargo de dirección importa una categoría mayor que la de simplemente ser un trabajador de confianza.
- b. Los trabajadores de dirección ejercen facultades de representación frente a terceros o frente a otros trabajadores. Por tanto, debe tratarse de trabajadores premunidos de poderes que les permitan ejercer la representación del empleador.
- c. Ejercen funciones de administración y control. Ello significa que dentro de la estructura de la empresa, detentan cargos importantes, como gerencias, subgerencias, jefaturas, etc.
- d. También son de dirección aquéllos de cuyo nivel de responsabilidad depende los resultados de la actividad de la empresa. Este aspecto, debe ser entendido no como un hecho vinculado con una labor productiva o de servicio (como el caso de un gran programador en una empresa que elabora programas o softwares), sino como un aspecto de administración o toma de decisiones.

2.2.2 Trabajadores de Confianza

Nuestra legislación define a esta categoría de trabajadores de la siguiente manera: “trabajadores de confianza son aquéllos 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

⁵¹ Artículo 43º del TUO D. Leg. N° 728, Ley de Fomento del Empleo.

⁵² OBREGÓN SEVILLANO, Tulio, “*Los Trabajadores de Dirección y de Confianza*”. En Actualidad Empresarial, N° 178, Lima, Marzo, 2009.

directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales”⁵³.

Si partimos de la definición, podemos colegir lo siguiente⁵⁴:

- a. Para nuestra legislación, el trabajador de confianza es diferente del trabajador de dirección. Hacemos esta precisión, pues la jurisprudencia suele utilizar los calificativos de dirección y de confianza como si fueran sinónimos.
- b. Los trabajadores de confianza que “laboran en contacto directo con el empleador o personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales, y en general, a información de carácter reservado”, son aquéllos que sirven de apoyo o son asistentes, que en el desempeño de sus labores tienen acceso a información confidencial y reservada de la empresa. Estos cargos son, por ejemplo, los de asistente de gerencia, la secretaria del gerente, el contador, y casos similares. También se incluirían en esta categoría a ciertos trabajadores de sistemas, a los que desarrollan fórmulas o nuevos productos, a los que manejan costos y presupuestos.
- c. Los trabajadores de confianza “cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales”, son los trabajadores que, debido a su nivel profesional, tienen funciones de investigación, de desarrollo de nuevos productos, servicios, búsqueda o ampliación de nuevos mercados, etc.

2.3 Los Trabajadores de Confianza en el Sector Privado

2.3.1 La Ley de Productividad y Competitividad Laboral⁵⁵

El artículo 43° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR, define:

- a) 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.

⁵³ Artículo 43° del TUO D. Leg. N° 728, Ley de Fomento Del Empleo.

⁵⁴ OBREGÓN SEVILLANO, Tulio, *Ob. cit.*

⁵⁵ MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO
1997 *Decreto Supremo 003-97-TR. Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. 27 de marzo.*

Partiendo de esta definición legal, se desprende que el elemento confianza que existe en las relaciones laborales se acentúa en el caso de los Trabajadores de Confianza siendo un elemento esencial de esta clase de trabajadores, debido a que el empleador deposita en el trabajador un grado de confianza suficiente para hacerlo partícipe de las decisiones y secretos empresariales, lo cual no sucede con el trabajador común.

Así, se puede concluir que al ser la confianza el elemento esencial de los Trabajadores de Confianza, la LPCL estableció un procedimiento especial a seguir por el empleador para designar a este tipo de trabajadores, mas no estableció un procedimiento igualmente especial para proteger a estos trabajadores contra el despido arbitrario.

2.3.1.1 Procedimiento de Designación

El artículo 59° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR, establece el procedimiento que debe seguir el empleador para la calificación de los puestos de dirección y de confianza, siendo dicho procedimiento el siguiente:

- a) Identificará y determinará los puestos de dirección y de confianza de la empresa, de conformidad con la Ley;
- b) Comunicará por escrito a los trabajadores que ocupan los puestos de dirección y de confianza, que sus cargos han sido calificados como tales; y,
- c) Consignará en el libro de planillas y boletas de pago la calificación correspondiente.

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

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

2.3.1.2 Derechos de los Trabajadores de Confianza

2.3.1.2.1 Horas Extras

Si bien los Trabajadores de Confianza que no se encontraban sujetos a un control efectivo del tiempo de trabajo no tenían derecho a su cobro, con la entrada en vigencia del D.S. N° 004-2006-TR no podrán existir Trabajadores de Confianza a quienes no se le controle el tiempo de trabajo, por lo que el empleador deberá abonarles las horas extras que realicen. Una alternativa consistiría en calificar al personal de confianza como no sujeto a fiscalización inmediata, si es que no se encuentran bajo la supervisión inmediata de su empleador o realizan sus labores parcial o totalmente fuera de su centro de trabajo. En este caso, la exclusión del derecho a cobro de horas extras se basará no en la condición de trabajador de confianza sino en no encontrarse sujeto a fiscalización inmediata⁵⁶.

2.3.1.2.2 Vacaciones

La indemnización vacacional por el no goce oportuno del descanso vacacional no alcanza a aquellos que posean la capacidad de decidir la oportunidad de su descanso, por cuanto es lógico que la empresa no se vea perjudicada si dicho personal opta por posponer el mismo. (artículo 23° del Decreto Supremo N° 012-92-TR)⁵⁷.

2.3.1.2.3 Período de Prueba

La LPCL establece un periodo de prueba mayor para los Trabajadores de Confianza, respecto del resto de trabajadores. Así, el periodo de prueba general es de tres (3) meses para todos los trabajadores que laboren bajo el régimen laboral de la actividad privada, luego del cual el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Sin embargo, para los trabajadores de confianza el periodo de prueba puede ser ampliado por el empleador hasta por un periodo de seis (6) meses, incluyendo el periodo inicial de tres meses, Dicha ampliación debe constar por escrito en el contrato de trabajo celebrado con el personal de confianza.

El artículo 17° del Reglamento de la LPCL establece que el exceso del periodo de prueba que pacte el empleador, en el caso del personal de dirección o de confianza, no surtirá efecto legal alguno.

⁵⁶ PUNTRIANO ROSAS, César, *Principales Aspectos Laborales de los Trabajadores de Dirección y Confianza*.

Disponible en: <http://www.munizlaw.com/noticias/articulos/art300506.asp> (visitado el 01.04.12)

⁵⁷ *Loc. cit.*

2.3.1.2.4 Protección contra el Despido

A partir del precedente vinculante del Tribunal Constitucional sobre la protección constitucional del derecho del trabajo, la tutela judicial efectiva para los trabajadores de confianza en sede laboral ordinaria comprende a la indemnización frente a un despido arbitrario y a la reposición ante un despido nulo⁵⁸.

El criterio del Tribunal Constitucional permite analizar cual debe ser el sistema de protección contra el despido arbitrario de los trabajadores de confianza en razón a las características especiales de las funciones que desempeñan en una empresa u organización, teniendo en cuenta que doctrinariamente se conciben dos sistemas: la estabilidad absoluta (en el cual ante un despido arbitrario, el trabajador puede solicitar judicialmente el derecho a reposición) y la estabilidad relativa (ante la impugnación por la vía judicial de un despido arbitrario cabe sólo una reparación indemnizatoria).

En sede constitucional la diferencia radica en que, a criterio del Tribunal Constitucional, los trabajadores de confianza no pueden acceder a través de una acción de amparo a la reposición en su centro de trabajo, como sí lo pueden hacer los demás trabajadores siempre que se trate de un despido incausado, nulo o fraudulento y no exista complejidad en la dilucidación de la controversia⁵⁹.

La mencionada diferencia según el Tribunal Constitucional se sustenta en que los trabajadores de confianza poseen 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 la empresa, con sus intereses, con la realización de sus fines, su administración, entre otras actividades.

Así, se puede concluir que el trabajador de confianza despedido por “el retiro de la confianza”, sólo tiene derecho al pago de la indemnización por despido arbitrario regulada por el artículo 38° de la LPCL, pues el retiro de la confianza no es considerada una causa justa de despido por nuestro ordenamiento laboral.

En las Sentencias N° 746-2003-AA/TC y N° 4492-2004-AA/TC el Tribunal Constitucional reconoce que la LPCL puede prever una protección indemnizatoria para los casos donde los trabajadores decidan cobrar la indemnización por despido arbitrario; en cambio, indica que no es posible construir un modelo de protección

⁵⁸ *Loc. cit.*

⁵⁹ *Loc. cit.*

procesal reparadora.

2.3.1.3 Limitaciones de los Derechos de los Trabajadores de Confianza

En nuestro ordenamiento laboral los Trabajadores de Confianza tienen las siguientes limitaciones:

- No pueden integrar un sindicato salvo que el estatuto del sindicato lo admita expresamente. (artículo 12° del Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, aprobado mediante Decreto Supremo N° 010-2003-TR).

El fundamento de esta limitación se encuentra en que normalmente los Trabajadores de Confianza participan en una negociación colectiva en representación de los empleadores, protegiendo el interés de estos, pudiendo darse un trato imparcial respecto del sindicato de trabajadores. Sin embargo, si producto de una negociación colectiva, el que negocia es un sindicato mayoritario (aquel que representa a la mitad más uno de los trabajadores de una empresa) los beneficios laborales obtenidos, también le serán aplicables a los trabajadores de dirección y de confianza, al tratarse de un sindicato representativo que alcanza a todos los trabajadores, incluso a los que no se encuentran afiliados a dicho sindicato.

En caso contrario, si se trata de un sindicato minoritario, los beneficios obtenidos mediante una negociación colectiva solo serán aplicados a los trabajadores que pertenecen a dicho sindicato.

- No pueden convocar a una huelga (artículo 77° de la LRCT).

2.3.2 El Proyecto de la Ley General del Trabajo

En el Proyecto de la Ley General del Trabajo (LGT) entregado por la Comisión de Expertos al Ministro de Trabajo, llama la atención la eliminación de la figura del Trabajador de Confianza, que inicialmente si se regulaba en el mencionado Proyecto.

El Proyecto omite la definición de trabajadores de confianza que debió ser incluida en el artículo 297°, pues en el citado artículo se consigna una nota en la cual los Dres. De los Heros, Pasco y Zavala propusieron la inclusión de dicha definición, en tanto que los Dres.

Blancas, Neves y Villavicencio no estuvieron de acuerdo con dicho agregado, por lo que no se produjo acuerdo sobre este tema.

Asimismo, las normas sobre período de prueba contempladas en el Proyecto (artículo 94º) indican que el período de prueba general es de tres meses, como en la actual legislación, y que sólo en el caso del personal de dirección dicho período puede ser extendido, por acuerdo de partes hasta por un año, obrando una nota en la que se deja constancia de que el Dr. Jaime Zavala era de la opinión que tratándose de los trabajadores de confianza, como sucede actualmente, el período de prueba debería ampliarse, por acuerdo de las partes, hasta seis meses.

En tal sentido, la consecuencia de no haber incluido la definición de trabajadores de confianza sería que, al no regularse los servicios de este tipo de trabajadores, no tiene por qué existir un tratamiento especial respecto del período de prueba, lo cual resultaría coherente.

Sin embargo, el artículo 237º del Proyecto, respecto de los casos de exclusión de la jornada máxima de trabajo, establece que no se encuentran comprendidos en ella "(...) el personal de dirección y de confianza, los trabajadores que prestan servicios sin fiscalización inmediata y quienes realizan labores intermitentes de vigilancia, custodia o espera que incluyen de manera alternada lapsos de inactividad".

Como se puede apreciar, con este artículo la coherencia de la no definición de a quién se considera trabajador de confianza se pierde, pues expresamente se está excluyendo a ese tipo de trabajador de la jornada máxima de trabajo y si se aprobara así el Proyecto, no sabríamos a qué trabajador se refiere, porque al fin y al cabo, y de manera general, la confianza es uno de los elementos vitales para la adecuada relación laboral y, en tal sentido, comprendería a todos los trabajadores, sin distinción alguna.

Comentario aparte merece el hecho de la exclusión de este tipo de trabajadores de la jornada máxima de trabajo, cuando en la legislación vigente no se encuentran excluidos de la jornada máxima.

Es cierto que el Convenio N° 1 de la OIT⁶⁰, sobre la jornada de trabajo de ocho horas diarias y cuarenta y ocho horas semanales, establece

⁶⁰ Disponible en:

http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312146 (visitado el 01.04.12)

en su artículo 2° que las disposiciones de dicho Convenio “(...) no son aplicables a las personas que ocupen un puesto de inspección o de dirección o un puesto de confianza”. Pese a ello el legislador peruano no incluyó dentro de las exclusiones de la jornada a los trabajadores de confianza pues consideró que el hecho de que un trabajador preste servicios en relación directa con el personal de dirección no puede significar, en principio, que puedan trabajar más de ocho horas diarias sin el pago de sobretiempo, por cuanto su situación económica no es comparable con la del trabajador de dirección. Otro tema es que se trate de un trabajador de confianza sin fiscalización inmediata, en el cual está excluido de la jornada máxima no por ser de confianza sino por no estar sujeto a fiscalización inmediata.

Sorprende entonces esta regresión que, de aprobarse el Proyecto, traería como consecuencia que los trabajadores de confianza sujetos a fiscalización inmediata puedan trabajar jornadas muy superiores a las ocho horas diarias sin el pago de horas extras, cuando ahora lo perciben, lo cual sería muy complicado.

Por último y como muestra de una nueva incoherencia en el tratamiento de este tema, en el artículo 314-b del Proyecto, sobre requisitos para que un trabajador sea miembro de un sindicato, se establece textualmente que se requiere “no formar parte del personal de dirección o de confianza. Estos trabajadores podrán constituir su propio sindicato”.

Se puede apreciar entonces que nuevamente el Proyecto se refiere expresamente a los trabajadores de confianza y otra vez estaríamos en el problema de no poder identificar a estos por no haberse incluido la definición de a qué trabajadores se les considera como de confianza, lo cual causa un impacto negativo en las relaciones laborales, en el sentido que desaparecería una de las situaciones especiales de trabajadores, pues si bien se mantendría la regulación del Personal de Dirección, que es aquel que ejerce la representación del empleador frente al trabajador o frente a terceros, o que comparte las funciones de administración, con lo cual aquel personal que trabaje en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, y que tenga acceso a secretos de la empresa, será considerado como un trabajador común, desnaturalizándose así las funciones que realizaban los Trabajadores de Confianza, en razón de su elemento característico como es la confianza.

2.4 Los Empleados de Confianza en el Sector Público

A diferencia del Sector Privado, en la Ley Marco del Empleo Público⁶¹ se utiliza el término Empleado de Confianza, para referirse a los Trabajadores de Confianza. Así, la citada Ley define en su artículo 4º al Empleado de Confianza como aquel que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público, se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad. El Consejo Superior del Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada entidad. En el caso del Congreso de la República esta disposición se aplicará de acuerdo a su Reglamento.

Lo resaltante de la citada Ley es que señala que los Empleados de Confianza “pueden ser designados o removidos libremente”, lo cual significa que el empleador puede decidir de forma libre, en primer lugar, otorgarle la confianza a un trabajador y designarlo como empleado de confianza y posteriormente, revocar la confianza otorgada y remover al funcionario del cargo en que fue designado, mas no puede interpretarse que este acto no tenga como consecuencia aquella prevista en nuestro ordenamiento laboral, cual es el pago de una indemnización por despido arbitrario.

La equivocada interpretación en detrimento de los trabajadores de confianza del sector público, introduciría la figura conocida en la doctrina como “despido libre acausal” o “employment at will”, característica del derecho norteamericano, el cual genera un sin número de inseguridades e incertidumbres para empresarios y trabajadores, y que colisiona con el derecho antidiscriminatorio.

Es importante mencionar que la propia Ley Marco del Empleo Público (LMEP) establece en el numeral 8) del artículo IV de su Título Preliminar, que uno de los principios que rige el empleo público es el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución e Interpretación más favorable al trabajador en caso de duda; asimismo señala en su artículo 15º que el empleado público tiene derecho a una protección adecuada contra el cese arbitrario. En este sentido, bajo ningún punto de vista se puede afirmar que los trabajadores de confianza que laboran en entidades estatales sujetas al régimen de la actividad privada no tengan derecho al pago de una indemnización cuando son cesados por retiro de confianza, toda vez que ello implicaría una abierta vulneración a normas laborales y constitucionales.

Sin perjuicio de lo expuesto, es evidente también que existe un vacío normativo respecto del supuesto en el cual un funcionario público que ocupa un cargo de confianza es cesado para ser trasladado a otra entidad

⁶¹ Ley Marco del Empleo Público, Ley N° 28175, de fecha 19 de febrero del 2004.

estatal y en algunos casos para ejercer un puesto de mayor nivel y jerarquía.

En tal sentido, debe tenerse en cuenta que a pesar de tratarse de entidades públicas diferentes, el empleador continúa siendo el Estado y en virtud de ello, no le correspondería al funcionario el pago de una indemnización por despido arbitrario, toda vez que continuará prestando servicios para el mismo empleador.

De igual forma, si un funcionario público que ocupa un cargo de confianza en una entidad "x" es cesado para posteriormente ser designado con un puesto de mayor jerarquía en la entidad "z", no tendrá derecho a una indemnización por despido arbitrario por cuanto, no existiría retiro de confianza alguno sino que por el contrario una reafirmación de ésta que se manifiesta en el nombramiento por parte del Estado - empleador en un cargo de mayor nivel.

2.5 Extinción del Vínculo Laboral de los Trabajadores de Confianza

2.5.1 Pérdida de la Confianza

Como se ha desarrollado en la presente Sección, el trabajador de confianza, tiene esta calificación no por el nombre que se da al cargo, sino por la naturaleza de las labores que realiza, pues siendo parte de la empresa, conoce sus secretos, por lo cual su confidencialidad y lealtad son cualidades importantes para el buen desempeño del cargo y para la buena marcha de la empresa. En este sentido, la pérdida de confianza constituye una afectación al normal desempeño de la empresa y en ciertas circunstancias podría significar un grave peligro para la misma.

Se debe señalar que la calidad de confianza no reside en el trabajador, sino en el empleador, pues es éste quien decide si el trabajador goza o no de su confianza. Aún cuando el trabajador alegue que sigue siendo leal y de confiar, deja de serlo, sólo por el hecho de que el empleador ya no lo considera como tal. La confianza no tiene absolutamente nada que ver con el afecto, la amistad o el cariño.

El Trabajador de Confianza, al igual que el trabajador común, está bajo el ámbito del derecho laboral, y como tal, puede ser despedido por causas relacionadas con su capacidad o con su conducta. Pero debe tenerse en cuenta que tal como lo regula la LPCL, en el caso de Trabajadores de Confianza se trata de situaciones especiales, por lo cual la naturaleza de este tipo de trabajadores da lugar a que se genere la situación especial. El elemento que genera esta situación es

la confianza, por lo que así como este elemento da lugar en muchos casos al inicio de la relación laboral, pues también el retiro de la misma debe servir para dar por concluido el contrato de trabajo en el caso de Trabajadores de Confianza.

Es necesario remarcar que no se pretende que el retiro de la confianza sea regulada como una causal justa de despido, pues sería un grave error adoptar esta posición, ya que si se consideraría como tal, consecuentemente no existiría ningún tipo de reparación o resarcimiento ante el despido de un trabajador de confianza. Simplemente lo que se pretende en el presente trabajo, no es restringir los derechos de los Trabajadores de Confianza, sino dejar claro y contribuir a que la extinción de las relaciones laborales de este tipo de trabajadores tenga un marco legal que sirva como complemento a las normas ya existentes para las situaciones especiales de los Trabajadores de Confianza.

Refiriéndose al retiro de la confianza como causa de despido, ARCE señala que:

“El retiro de confianza, como es fácil deducir, es un motivo con una fuerte dosis de subjetividad que sin duda agravia el derecho al trabajo, el derecho de defensa y el principio de tipicidad en el despido. Agravia el derecho al trabajo en tanto la pérdida de confianza no configura una causa justa de despido en el orden laboral peruano. El derecho de defensa no puede operar por cuanto el trabajador no conoce con precisión cuál es el motivo de despido. Y, al mismo tiempo, lesiona el principio de tipicidad, en la medida que el retiro de la confianza no se encuentra tipificado como causa justa de despido en el artículo 22 y siguientes de la LPCL.”⁶²

Finalmente debe tenerse en cuenta que esta relación de confianza radica más en un hecho subjetivo que en cuestiones objetivas y que como tal la pérdida de la confianza no requeriría de demostraciones objetivas debidas a su propia naturaleza.

2.5.2 La Situación Especial de los Trabajadores que Acceden a Puestos de Confianza

No todos los trabajadores que ocupan cargos de confianza llegan a estos por designación directa del propio empresario o por los altos directivos de la empresa, sino que en ocasiones acceden a dichos cargos cuando el trabajador es ascendido o promovido en su centro de trabajo.

⁶² ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. “La reposición de los trabajadores de confianza y de dirección”. En: Revista Peruana de Jurisprudencia. Lima. Editorial Normas Legales. Año 8, N° 63, Mayo 2006. pág. 121.

El derecho de ascenso y promoción del trabajador en el empleo se encuentra contemplado tanto en la legislación interna como en los pactos internacionales suscritos por el Estado peruano, sin embargo, consideramos que en el caso de acceso a cargos de dirección o confianza el ejercicio de dicho derecho no puede motivar el recorte de derechos del trabajador.

En efecto, en el ascenso del trabajador a cargos de dirección o de confianza se debe respetar los derechos adquiridos excepto renuncia por parte del trabajador de aquellos derechos que son de su libre disponibilidad.

En el caso de nuestra legislación, el artículo 44° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, LPCL, establece que todos los trabajadores que directamente o por promoción acceden a puestos de dirección o de confianza se encuentran comprendidos en las características y condiciones que para los trabajadores de dirección o confianza se encuentran contempladas en el artículo 43°. Estas características, así como las que a través de nuestra legislación hemos ya indicado que tienen los trabajadores de dirección o de confianza son aplicables entonces para todos los trabajadores que ocupan dichos cargos sin distinción alguna.

Consideramos que nuestra Ley debió contemplar algunas diferencias no solo porque resulta evidente que el acceso a un puesto de confianza debe ser un incentivo para el trabajador y no perjudicarlo en sus derechos adquiridos, sino además y esto específicamente para el caso de la forma de extinción del contrato de trabajo cada caso debía tener tratamientos diferenciados.

En efecto en los casos de despido de trabajadores que ocupan puestos de confianza, por pérdida de ésta, se debería analizar si el trabajador despedido accedió directamente al cargo de confianza o si fue promovido a éste, pues en virtud de ello se podrá determinar el tipo de protección contra el despido.

2.5.2.1 La Situación del Cargo de Gerente

Existe una situación especial de quienes ocupan el puesto de gerente general de una empresa, pues si bien éste es un puesto de dirección, en nuestra legislación mercantil⁶³ existe una

⁶³ Ley General de Sociedades, Ley N° 26887, de fecha 05 de diciembre de 1997.

normativa especial que regula el cese de los trabajadores que desempeñan estos cargos.

Es así, que el artículo 187º de la Ley No. 26887, Ley General de Sociedades (LGS), establece que el gerente puede ser removido en cualquier momento por el directorio o por la junta general, cualquiera que sea el órgano del que haya emanado su nombramiento, siendo nula cualquier disposición del estatuto o el acuerdo de la junta general o del directorio que establezca la irrevocabilidad del cargo de gerente o que imponga para su remoción una mayoría superior a la mayoría absoluta.

En referencia al citado artículo BEAUMONT señala que “destaca en el mencionado artículo 187º el elemento de confianza en que reposa la función del gerente, que torna esencialmente removable el cargo y que impone la nulidad de cualquier cláusula del estatuto o acuerdo que impida la remoción o que imponga mayorías más altas que la absoluta”⁶⁴.

Como hemos visto, existe una regulación especial para los casos de los trabajadores que ocupan cargos gerenciales, estableciéndose un supuesto de libre remoción sin necesidad de expresión de causa o motivación de tal decisión. Sin embargo, esta remoción no implica una exoneración del pago de la indemnización por despido arbitrario regulada en el artículo 38º de la LPCL (pues la pérdida de la confianza no se encuentra regulada como causa de extinción de la relación laboral), la misma que deberá ser pagada por la empresa al ex gerente, pero debe quedar claro que no está reconocida la posibilidad de una reposición de los trabajadores que ocupen estos cargos gerenciales.

En consecuencia, la pérdida de la confianza para el caso de los trabajadores que ocupan cargos gerenciales si bien permite dar por terminada la relación laboral, no exime a los trabajadores desvinculados por esta causal, del pago de la indemnización por despido arbitrario. Así también, debe señalarse que de ser declarada fundada una demanda de amparo de un ex-gerente y se ordenarse su reposición en el cargo que venía ocupando (a pesar de haber sido removido por acuerdo de directorio), se estaría resolviendo contraviniendo directamente lo establecido por la LGS.

⁶⁴ BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. *Comentarios a la nueva Ley General de Sociedades*. Gaceta Jurídica, Lima, 1998, pág. 421.

2.6 Tratamiento de los Trabajadores de Confianza en la Legislación Comparada

El concepto de Trabajador de Confianza no suele merecer demasiada atención en otras legislaciones laborales.

OLEA en su Tratado de Derecho del Trabajo, al tratar el tema del personal Directivo indica que en el ordenamiento jurídico español este personal se divide a su vez en personal directivo no laboral y en personal directivo laboral y dentro de este último grupo distingue a su vez entre directivos de altos rangos y directivos de no tan altos rangos.

Dentro de los primeros a modo de referencia se ubica a los administradores, consejeros y socios de las empresas organizadas en forma societaria, personas físicas que encarnan a los órganos de la persona jurídica y cuya relación con el empresario es de asumir su representación. Estos funcionarios -nos indica el citado jurista- serán considerados dentro de dicha categoría, siempre que desarrollen sus labores exclusivamente como representantes del empleador. En dicho caso, su relación se regulará bajo las normas del derecho civil, estando por tanto, excluidos del ámbito de aplicación del derecho laboral.

Los altos directivos son los que cumplen los roles de empresarios y como tal son los que mandan al interior de la empresa encontrándose limitados por los criterios e instrucciones directas emanadas del propio empresario o en su defecto, de los órganos de gobierno de ésta.

Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercen poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los objetivos generales de la misma, poderes que han de ser ejercitados con autonomía y plena responsabilidad.

Al desarrollar las características de los trabajadores de alta dirección, OLEA nos indica que la consideración del alto directivo como trabajador especial se halla en la singular relación de confianza que lo liga con el empresario que hacen de difícil aplicación las normas comunes del contrato de trabajo, especialmente las de su extinción, porque son justamente los intereses empresariales los confiados al alto directivo en el seno de la empresa.

Para la legislación española, si bien en el caso de los altos directivos nos encontramos ante una relación laboral, prevalece lo regulado en el contrato, que para el efecto celebre el alto directivo con el empresario, las características y derechos particulares de esta relación. Inclusive se

establece que en lo no regulado en el contrato se aplica supletoriamente la legislación civil o mercantil. Nos encontramos pues, ante un régimen jurídico de derecho común con unas pinceladas de derecho laboral.

Esta concepción parte de considerar que existe una situación de equilibrio o casi equilibrio entre las partes basada en la confianza recíproca y reforzada por la percepción de un salario mucho más elevado del que perciben los otros trabajadores de la empresa.

Para FERNÁNDEZ “la principal diferencia con el régimen de los trabajadores comunes se encuentra contemplada en lo referente al término de la relación laboral la cual queda a lo regulado por las partes en el contrato de trabajo pudiendo establecerse la libre voluntad de las partes, la de una de ellas o el pago de una indemnización”⁶⁵.

CABANELLAS, en su trabajo Compendio de Derecho Laboral, cuando hace referencia a los altos empleados y a los Trabajadores de Confianza, no puede invocar antecedentes argentinos y se funda en los conceptos españoles (de altos empleados) y mexicanos (Trabajadores de Confianza). Inclusive, en la Ley de Contrato de Trabajo no se prevén esas categorías (artículo 25, que hace una simple definición del trabajador como persona física que se obligue o preste servicios “cualesquiera que sean las modalidades de la prestación”). Y cuando Antonio VASQUEZ Vialard lista, en su obra de *Derecho del trabajo y de la seguridad social*, algunas situaciones especiales (trabajo a domicilio, profesionales universitarios, deportistas, religiosos y concubinos), no incluye a los de confianza ni a los altos empleados.

En Brasil, de acuerdo con Mozart Víctor RUSSOMANO y su obra *O empregado e o empregador no directo brasileiro*, se establece la diferencia entre el empleado de confianza y el alto directivo de la empresa. Sería de confianza un director técnico y un alto directivo el director general de una sociedad anónima. Éste podrá ser despedido sin limitación alguna y si antes ocupaba un puesto de menor rango, al serle rescindida la relación de trabajo perderá todas las prerrogativas resultantes de su condición anterior. El empleado de confianza no tiene derecho al beneficio de la estabilidad en el empleo pero conserva los demás derechos de los trabajadores.

En la consolidación de las Leyes de Trabajo del Brasil el artículo 499° excluye, precisamente, de la estabilidad en el empleo a los trabajadores encargados de la dirección, gerencia y otros puestos de confianza

⁶⁵ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César. “Alcances de la Protección contra el Despido de los Trabajadores de Dirección y de Confianza”. Normas Legales, Tomo N° 332, Lima, Año LXIII, 2004. pág. 7.

inmediata del empleador, sin perjuicio de considerar el tiempo de servicios para todos los efectos legales.

El derecho laboral español contempla de manera especial la figura del personal de la alta dirección para el que está en vigor el Real Decreto 1.382/1985 ya que están excluidos esos trabajadores de las disposiciones del Estatuto de los Trabajadores aunque se les reconocen los derechos básicos previstos en la Constitución.

José Antonio SAGARDOY en su libro *Prontuario de derecho del trabajo*, señala que no debe confundirse el alto empleado con el personal laboral común “que ejerza funciones de carácter directivo de mayor o menor extensión”. La diferencia, señala el mismo autor, se debe encontrar “por el alcance de los poderes otorgados y ejercitados, así como el grado de autonomía con que se ejerzan”.

El Estatuto de los Trabajadores no contempla situaciones especiales para los Trabajadores de Confianza.

En un amplio estudio sobre la situación de los trabajadores de alta dirección en España, titulado *La relación de trabajo especial de alta dirección*, Carolina Martínez Moreno hace referencia a la categoría diferente de empleado o trabajador de confianza, si bien no con referencia a la legislación española.

Jean – Claude JAVILLIER afirma, en *Droit du travail*, que “En Francia, los cuadros, a partir de que están vinculados a un empleador a partir de un contrato de trabajo, son asalariados. Sin embargo, ciertas disposiciones del derecho del trabajo no se les aplican (por la ley o la jurisprudencia), fundamentalmente porque ejercen funciones de jefe de la empresa, quiere decir, de empleador”. Recuerda, además, que en Canadá y los Estados Unidos, “los cuadros (gerentes) están excluidos del beneficio del derecho del trabajo (que resulta de la negociación colectiva)”.

Una limitación a los cuadros, en Francia, según afirma el mismo autor, es que no tienen derecho a cobrar tiempo extra.

En el derecho italiano a los Trabajadores de Confianza se les denomina “dirigentes”. Dice Edoardo GHERA, en su obra *Diritto del Lavoro. Il rapporto di lavoro*, que se trata de una figura de formación relativamente reciente ya que antes se les conocía como empleados superiores. Es el caso de los directores administrativos y técnicos y sus análogos de los cuales el derecho italiano sólo establece la diferencia con respecto a los

demás trabajadores de que no pueden compartir la misma organización sindical. Se trata, apunta GHERA, de un saldo del sistema corporativo.

No deja de reconocer GHERA que se trata de una figura de difícil identificación, por regla general precisada en los contratos colectivos de trabajo y cuyas características dependerán “del modelo de organización de una cierta empresa”. En todo caso GHERA no admite que estos trabajadores sean el *alter ego* de los empresarios, condición que corresponde “exclusivamente a los máximos niveles de la organización.

Estos ejemplos de legislaciones extranjeras matizadas por opiniones doctrinales ponen de manifiesto que el concepto de trabajador de confianza juega en un campo de dudas al que difícilmente arriba la ley con energía sin que la jurisprudencia lo supere ni la doctrina lo apoye.



SECCIÓN III. EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL Y LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA

3.1 El Tribunal Constitucional

“El Tribunal Constitucional, por el artículo 201º y siguientes de la Constitución Política, es el órgano de control de la Constitución Política y actualmente ha asumido un rol protagónico en la interpretación constitucional en materia de trabajo”⁶⁶.

El Tribunal Constitucional en sus recientes sentencias referidas a la estabilidad laboral, ha sentado su posición de reponer a los trabajadores ante despidos arbitrarios, a pesar que la LPCL y las normas internacionales establecen el pago de una indemnización.

Asimismo, los recientes fallos del Tribunal Constitucional han restado flexibilidad a las relaciones laborales, puesto que ante un despido sin expresión de causa disponen la reposición del trabajador, lo cual constituye una restricción a las facultades del empleador para resolver el vínculo laboral con el pago de una indemnización como reparación.

El Tribunal Constitucional ha señalado que la única protección que tienen los Trabajadores de Confianza en caso sean objeto de un despido injustificado o que afecte derechos constitucionales es el pago de la indemnización por despido arbitrario, no correspondiéndole la readmisión en el puesto de trabajo.

Como se ha desarrollado en las secciones previas del presente trabajo, tenemos que, al no existir norma expresa que señale un trato diferenciado para el trabajador de confianza que es despedido arbitraria o inconstitucionalmente, resultan relevantes los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional, los mismos que serán materia de análisis para ver si se encuentran acordes con la normatividad legal y constitucional vigente.

3.2 El Proceso de Amparo en Materia Laboral

La acción de amparo es la acción de garantía constitucional que se interpone contra los actos que vulneren o amenacen derechos constitucionales, teniendo como finalidad el regreso a la situación anterior a la trasgresión del derecho constitucional. La estabilidad laboral es uno de los derechos más invocados a través de la acción de amparo.

⁶⁶ HARO CARRANZA, Julio. *Ob. cit.*, pág. 92.

En lo referido a las vías paralelas y previas, el Código Procesal Constitucional (CPC)⁶⁷ indica que la acción de amparo es residual, Así, el numeral 2 del artículo 5º del CPC prevé como causales de improcedencia de los procesos constitucionales (dentro de los cuales está la acción de amparo): “No proceden los procesos constitucionales cuando: (...)

2. Existan vías procedimentales específicas, igualmente satisfactorias, para la protección del derecho constitucional amenazado o vulnerado”.

Por lo que nos encontramos ante una acción de amparo residual. “La acción de amparo sólo procede en la medida en que no exista una vía idónea, capaz de tutelar de manera rápida y eficaz un derecho constitucional afectado”⁶⁸.

De acuerdo a la interpretación del Tribunal Constitucional, a los despidos sin expresión de causa no se aplica la limitación prevista en el Código Procesal Constitucional, ya que no existe vía ordinaria donde pueda alegarse el despido incausado o fraudulento que confiera el derecho de reposición, pues solo procede la impugnación por despido nulo por causales taxativas contempladas en la Ley. En consecuencia, la vía que sería igualmente satisfactoria sería la del despido nulo que permite la reposición en la vía ordinaria laboral, por lo que no cabría la procedencia de una acción de amparo por causales de despido nulo en tanto que esta vía es residual.

Con los criterios que estableció el Tribunal Constitucional en sus sentencias referidas a la protección contra el despido arbitrario, en donde procede la reposición de un trabajador despedido arbitrariamente, trajo como consecuencia la interposición de una gran cantidad de acciones de amparo por parte de trabajadores incluyendo a los de confianza, lo cual incrementó la carga procesal del Tribunal Constitucional, dejando de lado la impugnación de un despido arbitrario por la vía laboral, ya que ahí solo cabía una reparación indemnizatoria.

Uno de los pronunciamientos expedidos por el Tribunal Constitucional, que ha delineado criterios para comprender los alcances del artículo 5.2 del Código Procesal Constitucional y el carácter residual del amparo, es la Sentencia dictada con ocasión del proceso promovido por Cesar Baylón Flores, en donde se estableció:

- Expediente N° 0206-2005-PA/TC, Fundamento N° 6
“Consecuentemente, sólo en los casos en que tales vías ordinarias no sean idóneas, satisfactorias o eficaces para la cautela del derecho, o por la necesidad

⁶⁷ Código Procesal Constitucional, Ley N° 28237 de fecha 28 de abril del 2004

⁶⁸ HARO CARRANZA, Julio. *Ob. cit.*, pág. 510.

de protección urgente, o en situaciones especiales que han de ser analizadas, caso por caso, por los jueces, será posible acudir a la vía extraordinaria del amparo, correspondiendo al demandante la carga de la prueba para demostrar que el proceso de amparo es la vía idónea y eficaz para restablecer el ejercicio de su derecho constitucional vulnerado, y no el proceso judicial ordinario de que se trate^{69.}

Como puede apreciarse el Tribunal Constitucional resalta que deberá realizarse un necesario análisis casuístico para determinar cuando la vía judicial ordinaria es igualmente satisfactoria que el amparo, y cuando no lo es.

En conclusión, el proceso de amparo es una vía procesal válida para el tratamiento de temas laborales cuando esté de por medio la violación de un derecho constitucional laboral en el marco de un despido y no exista una vía ordinaria adecuada e igualmente satisfactoria.

3.3 El Criterio del Tribunal Constitucional

3.3.1 Al Trabajador de Confianza no le corresponde la reposición en su puesto de trabajo sino solamente la indemnización

Las Sentencias del Tribunal Constitucional recaídas en los expedientes N° 746-2003-AA/TC y N° 4492-2004-AA/TC, fueron las primeras sentencias emitidas en relación a la estabilidad de los Trabajadores de Confianza, en estas sentencias el Tribunal Constitucional denota el criterio adoptado señalando que al trabajador de confianza despedido sin expresión de causa o por el retiro de la confianza no le corresponde la reposición sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de accionar en la vía correspondiente, lo que significa que nada impide al trabajador de confianza que reclame su derecho a una indemnización por despido arbitrario como cualquier otro trabajador.

Como se ha señalado en las sentencias N° 746-2003-AA/TC y N° 4492-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional elaboró los fundamentos que contenían el criterio, y que sirvió de base para otras sentencias que fueron emitidas posteriormente.

Los fundamentos que sirvieron de base para otras sentencias son los siguientes:

- Expediente N° 746-2003-AA/TC, Fundamento N° 3

⁶⁹ Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/00206-2005-AA.html> (visitado el 01/04/2011)

“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 corresponda⁷⁰”.

- Expediente N° 4492-2004-AA/TC, Fundamento N° 2

“En consecuencia, y con relación a los trabajadores de confianza, tal como lo ha establecido este Tribunal en la Sentencia N° 0746-2003-AA/TC, a quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de accionar en la vía correspondiente⁷¹”.

Se debe considerar que el punto central es cuando el despido se da por la “pérdida” de la confianza por parte del empleador hacia esta clase de trabajadores, ya que resultaba cuestionable que sea repuesto un trabajador de confianza que fue contratado debido a la confianza depositada por el empleador en este o si se vulneraba el principio constitucional de igualdad, por lo que debía ser repuesto aún por esta causal de despido.

Una de las sentencias que desarrolla más ampliamente sus fundamentos en materia de estabilidad de Trabajadores de Confianza, es la recaída en el expediente N° 2358-2005-PA/TC, la misma que se procederá a analizar.

3.3.1.1 Análisis de la Sentencia N° 2358-2005-PA/TC⁷²

3.3.1.1.1 Asunto

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Segundo Juan Argomedo Muñoz contra la Sentencia de la Sala Civil de la Corte

⁷⁰ Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/00746-2003-AA.html> (visitado el 01/07/2011)

⁷¹ Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/04492-2004-AA.html> (visitado el 01.07.11)

⁷² Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02358-2005-AA.html> (visitado el 01.07.11)

Superior de Justicia de Huaura, de fecha 25 de febrero de 2005, que declara infundada la acción de amparo.

3.3.1.1.2 Antecedentes

En fecha 8 de julio de 2004, el señor Argomedo Muñoz interpuso demanda de amparo contra la Empresa Prestadora de Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado Barranca S.A. (EPS SEMAPA BARRANCA S.A.), solicitando que se lo reponga en su puesto de trabajo como Gerente Técnico, puesto al que ingresó a laborar el 2 de mayo de 2002 hasta el 21 de abril de 2004, fecha en que fue despedido arbitrariamente mediante la Carta N° 080-2004-GG-SEMAPA BARRANCA S.A., de fecha 20 de abril de 2004, vulnerándose sus derechos al trabajo, al debido proceso y a la protección contra el despido arbitrario.

La EPS SEMAPA BARRANCA S.A. contesta la demanda señalando que el señor Argomedo Muñoz fue contratado como personal de confianza para que desempeñe el cargo de Gerente Técnico, por lo que al retirársele la confianza no se han vulnerado los derechos que alega;

El Juzgado Mixto de Barranca, con fecha 29 de octubre de 2004, declaró infundada la demanda, por considerar que el cargo de Gerente Técnico que desempeñaba el actor, al tener naturaleza directriz le es aplicable el artículo 187° de la LGS, que señala que el gerente puede ser removido en cualquier momento por el directorio o por la junta general.

La recurrida confirmó la apelada, por los mismos fundamentos, estimando que el demandante no ha sido despedido, sino que sólo se le retiró la confianza, teniendo en cuenta que el cargo que desempeñaba era de confianza.

3.3.1.1.3 Fundamentos Principales

Los fundamentos más relevantes y materia de análisis de la Sentencia N° 2358-2005-PA/TC⁷³, se detallan a continuación:

El Tribunal Constitucional en su Fundamento N° 2, cita la definición de Trabajadores de Confianza establecida en el artículo 43° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, señalando además que *“En buena cuenta, los trabajadores de confianza tienen un mayor grado de responsabilidad en atención a las funciones que desempeñan,*

⁷³ Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02358-2005-AA.html> (visitado el 01.07.11)

ya que se relacionan en forma inmediata y directa con la vida misma de la empresa, con sus intereses, con la realización de sus fines y con su dirección, administración, entre otras actividades.”

Asimismo, en el Fundamento N° 3, refiriéndose a la calificación y formalidad de designación de los Trabajadores de Confianza se precisa que *“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 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”; 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.”*

Teniendo en cuenta lo señalado, el Tribunal Constitucional en el Fundamento N° 4 hace mención a lo postulado por el recurrente quien indica que el cargo de Gerente Técnico que desempeñaba no era de confianza debido a que en sus boletas de pago no se consignaba la calificación correspondiente, sin embargo el Tribunal señala *“(…) que la omisión de la Empresa emplazada de consignar en la boleta del accionante la calificación de trabajador de confianza, no enervaría dicha condición ya que la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas.”*

Asimismo, el Tribunal Constitucional menciona el cuestionamiento del accionante referente a que en el contrato que éste suscribió no se consignó que su cargo era de confianza, sin embargo, esto fue desvirtuado al haberse comprobado que a través de otro documento dicha calificación le fue comunicada por la empresa, tal como lo señala el colegiado en su Fundamento N° 5: *“(…) por lo tanto si bien en el contrato de trabajo no se consignó que el cargo que iba a desempeñar era de confianza, no es menos cierto que el actor tomó conocimiento el mismo día en que iba a iniciar su actividad laboral que el cargo era de confianza.”*

En contraparte, desvirtuando lo señalado por el accionante referido a su desconocimiento de la calificación de su puesto como uno de confianza y la posibilidad de accionar conforme a ley, el Tribunal Constitucional señala en su Fundamento N° 6 lo siguiente: *“En todo caso, si el demandante consideraba que su cargo había sido*

indebidamente calificado como puesto de confianza, debió recurrir ante el Poder Judicial para que deje sin efecto tal calificación, de conformidad con establecido en el artículo 61° del Decreto Supremo N° 001-96-TR.”

Finalmente, y en razón a los fundamentos expuestos, el Tribunal Constitucional concluye en su Fundamento N° 7: *“En consecuencia, no habiéndose acreditado la vulneración de los derechos alegados la presente demandada debe desestimarse.”*

3.3.1.1.4 Comentarios a la Sentencia N° 2358-2005-PA/TC

El Tribunal Constitucional expresa claramente en la citada Sentencia el criterio que al Trabajador de Confianza no le corresponde la reposición en su puesto de trabajo sino solamente la indemnización, para lo cual señala que la formalidad para la calificación de los puestos de confianza debe ser observada por el empleador, sin embargo, su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita, pues la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas y no de la denominación del puesto; asimismo, resalta que el trabajador que considere que su cargo ha sido indebidamente calificado como puesto de confianza, puede accionar ante el Poder Judicial para que deje sin efecto tal calificación. Posición con la cual nos encontramos de acuerdo, en el sentido que la calificación de un puesto de confianza conlleva una formalidad, la misma que puede quedar de lado si de la realidad se acredita la categoría de trabajador de confianza, resaltándose que el trabajador tiene el derecho de cuestionar dicha designación si la considera indebida. Sin embargo, consideramos que en esta Sentencia el TC ha omitido realizar un pronunciamiento sobre la protección contra el despido arbitrario que tiene esta categoría de trabajadores.

3.3.2 El retiro de confianza es causa de despido, solamente si el trabajador fue promovido de un cargo de no confianza (común) podía ser repuesto en el cargo previo.

El Tribunal Constitucional desarrolla esta posición considerando que en el despido de los Trabajadores de Confianza debe tenerse en cuenta dos situaciones a efecto de determinar las consecuencias de la impugnación de despido, para lo cual señala que si el Trabajador de Confianza fue contratado directamente para este puesto y luego se le retira la confianza, ésta es una causal de despido, sin embargo, cuando el Trabajador de Confianza fue promovido a este puesto desde otro puesto dentro de la organización, al retirársele la confianza debe retornar a su puesto anterior, por ello el colegiado a través de la

Sentencia N° 3501-2006-PA/TC y Sentencia N° 3926-2007-PA/TC, desarrolla más ampliamente su posición.

3.3.2.1 Análisis de la Sentencia N° 3501-2006-PA/TC⁷⁴

3.3.2.1.1 Asunto

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Ricardo David Chávez Caballero contra la Sentencia de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, de fecha 11 de noviembre de 2005, que declara infundada la demanda.

3.3.2.1.2 Antecedentes

En fecha 22 de setiembre de 2004, el recurrente interpone demanda de amparo contra el Banco Central de Reserva del Perú, solicitando se le reponga en el cargo de Subgerente de Desarrollo de Sistemas de la referida entidad, pues indica que fue despedido de manera injustificada, imputándosele hechos falsos, como el ser responsable de participar en la irregular adquisición de software, cuando él no participó en dicha operación, habiéndose invocado como causal de despido el “retiro de confianza”, la cual no está prevista como tal en la legislación laboral. Asimismo, el emplazado contestó la demanda argumentando que la grave irregularidad laboral cometida por el demandante consiste 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.

En fecha 09 de febrero de 2005, el Primer Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, declaró infundada la demanda en todos sus extremos, por considerar que el demandante era un trabajador de confianza, que no tenía estabilidad laboral y que, por tanto, no hubo despido sino que el vínculo laboral terminó por el retiro de la confianza, no existiendo ninguna afectación a sus derechos constitucionales. Dicha Sentencia fue confirmada en segunda instancia por similares argumentos.

3.3.2.1.3 Fundamentos Principales

Los fundamentos más relevantes y materia de análisis de la

⁷⁴ Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03501-2006-AA.html> (visitado el 01.07.11)

Sentencia N° 3501-2006-PA/TC⁷⁵, se detallan a continuación:

El Tribunal Constitucional en el Fundamento N° 2, cita la normativa constitucional referida a la contratación, derecho al trabajo, así como a la protección frente al despido arbitrario, establecidos en el artículo 2º, incisos 14 y 15, y el artículo 27º de la Constitución Política del Perú. Asimismo, en el Fundamento N° 3, haciendo referencia a la Sentencia N° 0206-2005-AA-TC, señala que todo trabajador común tiene derecho a acceder a un puesto de trabajo en el sector público, tiene estabilidad en su trabajo y no puede ser despedido arbitrariamente. Así el Tribunal señala “(...) *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.*”

Teniendo en cuenta esto, el Tribunal en el Fundamento N° 4, indica que el artículo 40º de la Constitución hace referencia a los trabajadores de confianza del sector público mas no a los del sector privado, señalando 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.

Con el fin de aclarar la naturaleza de los Trabajadores de Confianza, el Tribunal en sus Fundamentos 5º y 7º cita algunas definiciones, como la de Néstor de Buen, quien 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 (...)*”

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*

⁷⁵ Loc. cit.

actos merezcan plena garantía y seguridad, y tenga su comportamiento laboral plena aceptación”.

En el Fundamento N° 11 el Tribunal Constitucional desarrolla las particularidades que diferencian a los trabajadores de confianza de los trabajadores “comunes”, tales como:

- “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 naturaleza misma de la función es lo que determina la condición laboral del trabajador.”*
- “e) Impedimento de afiliación sindical, (...).”*
- “f) La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; (...). El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes u ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, (...).”*
- “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 (...).”*
- “h) No tienen derecho al pago de horas extras, (...). 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, (...).”*
- “i) No tienen derecho a una indemnización vacacional. (...).”*

Explicando las formas de acceder a un puesto de confianza, el Tribunal Constitucional señala en el Fundamento N° 14, las dos formas: *“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”.*

En el Fundamento N°15, el Tribunal Constitucional indica el procedimiento para calificar a un trabajador de confianza conforme a la legislación actual:

- 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.”*

En este orden de ideas el Tribunal Constitucional señala que de acuerdo al artículo 61° del Decreto Supremo N° 001-96-TR, 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. Asimismo, indica que el artículo 44° de la LPCL, establece 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.

Refiriéndose al caso concreto el Tribunal Constitucional en los Fundamentos N° 21 y 22 concluye que 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”. Asimismo, indica que se ha verificado que en el Manual de Funciones Generales, se desprende que la Subgerencia de Desarrollo de Sistemas tiene entre otras funciones, participar en la evaluación técnica de las adquisiciones de las herramientas de cómputo para el desarrollo de aplicaciones. entre otras obligaciones.

En el Fundamento N° 23, se indica que la Contraloría General de la República 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”.

El Fundamento N° 24, señala que *“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”.

Finalmente, el Tribunal Constitucional concluye que al determinarse que el recurrente se encontraba en calidad de personal de dirección, el cese en sus labores no vulnera derecho constitucional alguno.

3.3.2.1.4 Comentarios a la Sentencia N° 3501-2006-PA/TC

En la Sentencia analizada el Tribunal Constitucional hace una precisión importante indicando que los que asumen un cargo de confianza están supeditados a la “confianza” del empleador, indicando que el retiro de la misma invocada por el empleador, constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva; complementando dicha afirmación con las dos formas de acceder a un puesto de confianza, tal como: a) aquellos trabajadores contratados específicamente para cumplir funciones propias del personal de confianza; y b) aquellos trabajadores que accedieron a un puesto de trabajo para realizar funciones comunes u ordinarias, y que posteriormente el empleador les asignó el cumplimiento de funciones propias de un trabajador de confianza. Posición con la cual nos encontramos de acuerdo pues permite distinguir dos situaciones que se presentan en los trabajadores de confianza, las mismas que deben tener efectos diferentes ante el retiro de confianza, pues como se señala en el primer caso el trabajador conoce que inicia sus labores en un puesto al que accedió por un elemento subjetivo como es la confianza, elemento que al desaparecer o retirársele por parte del empleador, ocasionaría una situación de extinción del vínculo laboral; de otro lado en el segundo caso, el trabajador promovido de un puesto común y que accede a un puesto de confianza debería retornar a su puesto anterior al que fue promovido luego que el empleador le retire el elemento confianza por el cual fue promovido.

3.3.3 La designación en un cargo de confianza es temporal, no hay estabilidad laboral

El Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 1042-2007-PA/TC considera que 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; precisando además que si el trabajador tenía pleno conocimiento que el cargo al que fue designado era de confianza, no existe despido arbitrario al retirársele la confianza sino conclusión de la referida designación.

3.3.3.1 Análisis de la Sentencia N° 1042-2007-PA/TC⁷⁶

3.3.3.1.1 Asunto

Recurso de agravio constitucional interpuesto por Ordilón Bernabé Janampa Janampa contra la sentencia de la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, de fecha 28 de diciembre de 2006, que declaró improcedente la demanda de amparo.

3.3.3.1.2 Antecedentes

En fecha 13 de octubre de 2006, el señor Ordilón Bernabé Janampa Janampa interpuso demanda de amparo contra el Proyecto Especial Río Cachi, solicitando que se le reincorpore al cargo que venía desempeñando en el área de Subgerencia de Operaciones y Mantenimiento, puesto que ocupaba antes de ser designado como Gerente General de dicho proyecto; indicando que se le retiró la confianza el 15 de setiembre de 2006 mediante la Resolución Ejecutiva Regional N° 505-GRAPRES, por lo que señala haber sido despedido arbitrariamente, ya que se habría convertido su vínculo laboral en una relación de plazo indeterminado.

El Juzgado de Derecho Constitucional de Huamanga, con fecha 18 de octubre de 2006, declaró improcedente la demanda por considerar que la dilucidación de la controversia requería de la actuación de pruebas, por lo que el proceso de amparo no era la vía idónea. La recurrida confirmó la apelada, por el mismo fundamento.

3.3.3.1.3 Fundamentos Principales

⁷⁶ Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/01042-2007-AA.html> (visitado el 01.07.11)

Los fundamentos más relevantes y materia de análisis de la Sentencia N° 1042-2007-PA/TC⁷⁷, se detallan a continuación:

Inicialmente el Tribunal Constitucional hace referencia a la procedencia del cuestionamiento del despido arbitrario mediante una acción de amparo, para lo cual señala en su Fundamento N° 1, lo siguiente: *“En atención a los criterios de procedibilidad de las demandas de amparo relativos a materia laboral individual privada, establecidos en los Fundamentos 7 a 20 de la STC 0206-2005-PA/TC, que constituyen precedente vinculante de conformidad con lo dispuesto en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, este Tribunal considera que, en el presente caso, procede efectuar la verificación del despido arbitrario alegado por el recurrente.”*

Asimismo, en su Fundamento N° 2 hace referencia a las formalidades para la designación de un trabajador de confianza, conforme a lo dispuesto en el artículo 59° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por el Decreto Supremo 001-96-TR, señalando además que sin embargo, de acuerdo al artículo 60° del citado reglamento, *“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”*.

Finalmente, refiriéndose a la designación del trabajador de confianza y su naturaleza, el Tribunal Constitucional señala en su Fundamento N° 3 que *“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”*, asimismo, refiriéndose al caso concreto, señala que el recurrente tenía pleno conocimiento que el cargo al que fue designado era de confianza; en consecuencia, no ha existido despido arbitrario sino conclusión de la referida designación, por lo cual la demanda carece de sustento.

3.3.3.1.4 Comentarios a la Sentencia N° N° 1042-2007-PA/TC

En la Sentencia analizada el Tribunal Constitucional es bastante puntual al señalar que en la designación en un cargo de confianza, se asume cargos de responsabilidad directa o de

⁷⁷ Loc. cit.

confianza con carácter temporal que no conlleva estabilidad temporal. Posición con la que estamos de acuerdo puesto que el sustento es que el trabajador que asume el cargo de confianza tiene el pleno conocimiento que el cargo al que fue designado es de confianza, por lo que el retiro de la misma conlleva a la conclusión de la relación laboral.

3.3.4 La Imposibilidad de reponer a trabajador despedido por pérdida de confianza

El Tribunal Constitucional desarrolla esta posición en la Sentencia N° 1581-2008-PA/TC, en la cual señala que el retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores el trabajador haya ejercido un cargo de confianza, pues en caso haya realizado labores comunes u ordinarias y luego haya sido promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, esto con el fin que no se produzca un abuso del derecho, salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley, con lo cual sería imposible reponer las cosas al estado anterior a la violación.

3.3.4.1 Análisis de la Sentencia N° 1581-2008-PA/TC⁷⁸

3.3.4.1.1 Asunto

Recurso de agravio constitucional interpuesto por don Francisco Germán López Fabián contra la sentencia expedida por la Segunda Sala Mixta Descentralizada de Tarapoto de la Corte Superior de Justicia de San Martín, de fecha 19 de diciembre de 2007, que declaró infundada la demanda de amparo.

3.3.4.1.2 Antecedentes

En fecha 16 de marzo de 2007, el señor Francisco Germán López Fabián interpuso demanda de amparo contra Electro Oriente S. A. solicitando que se deje sin efecto el despido de que ha sido objeto, que se declare inaplicable el contenido de la Carta N.º G-109-2007, del 31 de enero de 2007, y que por consiguiente se lo reponga en su cargo de Jefe de Recursos Humanos de la emplazada o en otro cargo de igual o similar nivel, señalando que ingresó a laborar en la empresa demandada el 1 de julio de 1982, como Jefe de Presupuesto y ocupando diversos cargos hasta el 16 de febrero de 2007, por lo que es un trabajador estable y de carrera; que sin embargo ha sido víctima de despido incausado, aduciéndose un retiro de confianza; y que se ha vulnerado su derecho al trabajo y a la protección adecuada contra el despido arbitrario.

⁷⁸ Disponible en: <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/01581-2008-AA.pdf> (visitado el 01.07.11)

La emplazada propuso las excepciones de incompetencia y de falta de agotamiento de la vía administrativa y contestó la demanda solicitando que se la declare improcedente, expresando que el Tribunal Constitucional ha establecido que a los trabajadores de confianza despedidos no les corresponde la reposición; que los trabajadores de confianza tienen estabilidad laboral relativa; y que el demandante tenía la condición de trabajador de confianza por lo que no le corresponde la reposición.

El Juzgado Mixto de San Martín-Tarapoto, con fecha 27 de abril de 2007 declaró infundadas las excepciones deducidas por el demandado, y con fecha 2 de mayo de 2007 declaró fundada la demanda por estimar que teniendo en cuenta la trayectoria laboral del demandante, sus años de servicios y los diferentes cargos que desempeñó, debe entenderse que su último cargo de Jefe de Recursos Humanos obedeció a una rotación y promoción, sin dejar de tener la condición de empleado contratado a plazo indeterminado, por lo que para ser despedido debió existir una causa justa; y que el cargo de confianza no puede equipararse a un cargo de dirección que sí puede ser cesado por retiro de confianza.

La Sala Superior competente, revocando la apelada, declaró infundada la demanda por considerar que el demandante no solamente desempeñó el cargo de confianza de Jefe de Recursos Humanos, sino que también desempeñó otros cargos de confianza desde el mes de junio de 2003.

3.3.4.1.3 Fundamentos Principales

Los fundamentos más relevantes y materia de análisis de la Sentencia N° 1581-2008-PA/TC⁷⁹, se detallan a continuación:

El Tribunal Constitucional inicia su análisis refiriéndose a la procedibilidad de la demanda de amparo en materia laboral, tomando como criterio los Fundamentos 7 a 20 de la Sentencia N° 0206-2005-PA/TC, la cual constituye precedente vinculante, por lo que considera que en el presente caso procede efectuar la verificación del despido arbitrario alegado por el recurrente.

Asimismo, al delimitar el petitorio el Tribunal Constitucional indica en su Fundamento N° 4 que *“la controversia se centra en*

⁷⁹ *Loc. cit.*

determinar si el demandante ha sido objeto de despido arbitrario o si el retiro de la confianza ha extinguido debidamente su relación laboral con la empresa emplazada”.

Al analizarse la controversia, el Tribunal Constitucional señala que de las boletas de pago se desprende que el recurrente ingresó a laborar para la empresa demandada desde el 1 de julio de 1982 hasta el 31 de enero de 2007, fecha en la cual la empresa emplazada le cursó la Carta N.º G-109-2007, comunicándosele que *“(...) el Directorio mediante Acuerdo y Sesión señalada en la referencia, ha decidido separarle de la Empresa por retiro de confianza (...)”.* determinándose que el demandante laboró para la empresa demandada durante 25 años, siendo el último cargo que desempeñó el de Jefe de Recursos Humanos, que tenía la condición de cargo de confianza.

Refiriéndose a lo afirmado por la empresa demandada, el Tribunal Constitucional indica en su Fundamento N.º 6 que al momento del cese del trabajador tenía una antigüedad mayor a los 15 años como personal de confianza, habiendo desempeñado diferentes cargos de confianza durante este tiempo, concluyendo que el demandante ocupó un cargo que no era de confianza, sino común u ordinario, condición laboral en la que permaneció 10 años de su récord laboral.

El colegiado en su Fundamento N.º 7 refiriéndose al criterio adoptado respecto de las consecuencias del despido de un trabajador de confianza por pérdida de la confianza, hace mención a lo resuelto en la Sentencia N.º 3501-2006-PA/TC en la cual precisó que *“El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores éste trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes u ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda a que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103º de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley”.*

Luego de realizado el análisis del caso, el Tribunal en sus Fundamentos N.º 8 y 9, concluye que si bien al demandante se le asignaron diversos cargos de confianza, inicialmente realizó labores comunes u ordinarias en la entidad emplazada, por lo que sólo correspondía el despido del demandante por causa justa, conforme lo establece la ley, sin embargo, en el caso de autos el recurrente fue despedido sin expresión de causa, en tal sentido se

debe estimar la demanda, debiéndose disponer la reincorporación del demandante en el cargo que ocupaba antes de que se le asigne el primer cargo de confianza; sin embargo, reponer las cosas al estado anterior a la violación es imposible, puesto que como refiere el propio demandante en su escrito de fecha 14 de julio de 2009, después de haber sido repuesto en su cargo gracias a la medida cautelar que se dictó en este proceso, la emplazada mediante Carta Notarial N.º G-186-2008 del 15 de febrero de 2008 lo despidió nuevamente, invocando esta vez, la comisión de falta grave prevista en la ley, al imputarle que habría “suministrado información falsa al empleador con la intención de causarle perjuicio u obtener una ventaja”, siendo que este despido esta relacionado con hechos distintos a los que dieron origen al presente proceso de amparo, y que habrían acaecido cuando laboraba para la emplazada como consecuencia de la mencionada medida cautelar.

Finalmente, el Tribunal Constitucional en su Fundamento N° 10 se pronuncia sobre la situación del recurrente, en atención al despido inicial por pérdida de la confianza y su posterior despido por falta grave, luego de haber sido repuesto mediante una medida cautelar, señalando que: “Por tanto se evidencia que la situación actual del recurrente, esto es la separación de la empresa demandada, no proviene del acto lesivo denunciado en la presente demanda, sino de un acto posterior, lo que no puede ser objeto de pronunciamiento en esta sentencia, puesto que, obviamente, no es materia de la controversia que plantea la pretensión de la demanda de autos”.

Es importante indicar que si bien el Tribunal Constitucional declara fundada la demanda de amparo conforme al segundo párrafo del artículo 1° del Código Procesal Constitucional, también considera que en consecuencia la pretensión ha sido substraída, asimismo, ordena a Electro Oriente S. A. que no obstante la substracción de la materia, no vuelva a incurrir en la conducta que motivó la interposición de la presente demanda.

3.3.4.1.4 Comentarios a la Sentencia N° 1581-2008-PA/TC

El Tribunal Constitucional señala en la Sentencia analizada que el retiro de la confianza conlleva a la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio el trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes u ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley. Posición que compartimos pues debe entenderse que el término de

la relación laboral en el caso de trabajadores de confianza se puede deber al retiro de la confianza, y en el caso de un trabajador común debe sustentarse en una causa justa establecida por la Ley.

3.4 Reparación del Despido por Retiro de la Confianza

Como se ha comentado, las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional referidas a la estabilidad laboral en la cual este órgano colegiado denotaba su tendencia por retornar a la estabilidad laboral absoluta, llevaron a interpretar que se volvería a la rigidez de años anteriores.

Refiriéndose a la estabilidad laboral de los Trabajadores de Confianza FERNÁNDEZ señala que “en este sistema de estabilidad laboral no resulta práctico hacer una distinción entre la estabilidad y los mecanismos de reparación de los trabajadores comunes y de los trabajadores de confianza”⁸⁰.

En efecto la discusión sobre si merecen o no la misma protección contra el despido y cual debe ser el mecanismo de reparación, es un asunto discutible en los sistemas que consagraban uno de estabilidad laboral absoluta.

Con la nueva concepción elaborada por el Tribunal Constitucional sobre el contenido esencial del derecho al trabajo y la protección contra el despido arbitrario, nos llevó a reflexionar si la protección contra el despido arbitrario que ha elaborado el Tribunal Constitucional, es decir, la reposición en el puesto de trabajo, debe ser aplicada también a los Trabajadores de Confianza.

Debemos indicar que desde que nuestra legislación reguló estas relaciones especiales de trabajo, como es la de los Trabajadores de Confianza, estos trabajadores han estado siempre excluidos. No del derecho a la estabilidad misma, pero sí del mecanismo restitutorio al trabajo.

Inicialmente el Tribunal Constitucional falló sobre situaciones laborales de trabajadores comunes y en los que no se ha alegado la situación especial de Trabajadores de Confianza.

⁸⁰ FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César. “Alcances de la Protección contra el Despido de los Trabajadores de Dirección y de Confianza”. Normas Legales, Tomo N° 332, Lima, Año LXIII, 2004, pág. 14.

Debe tenerse en cuenta que la necesidad funcional del empresario de elegir en base a la confianza al personal directivo que labora en su círculo más íntimo, puede permitir alcanzar el éxito de la actividad empresarial.

Refiriéndose a la reparación del despido de los Trabajadores de Confianza, ARCE señala que:

“(...) sería ilógico o irrazonable que no se atienda el hecho de que el trabajador de confianza o dirección mantienen un vínculo de confianza recíproca bastante intenso con su empresario. Incluso en muchos casos el empleador delega en estos trabajadores decisiones de gran trascendencia para la vida de la empresa. Quizá, ésta sería la única razón para negarle la reposición a un trabajador de confianza”⁸¹.

Teniendo en cuenta lo expuesto consideramos que los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional, referidos a la reparación ante un despido arbitrario, para el caso de los trabajadores de dirección y de confianza no resulta aplicable, precisamente por la naturaleza misma de las labores que desempeñan estos; no procediendo en consecuencia que ante un despido arbitrario soliciten su reposición en el puesto de trabajo.

Pese a lo expuesto como ya lo hemos advertido la ley debería distinguir entre los trabajadores que acceden directamente a puestos de confianza y a aquellos que son promovidos a dichos cargos siendo en el caso específico de los segundos nombrados, consideramos si bien no podría operar la reposición en el puesto de dirección o confianza, sí debería producirse en el cargo original que ocupaba el trabajador antes de ser promovido en el puesto de dirección o confianza.

En este orden de ideas, se puede concluir que lo planteado armonizará con las dos posiciones que se enfrentan y subyacen al tema bajo comentario: el de la libertad de empresa y específicamente el de organizar y nombrar al personal de alta dirección que tienen los propios empresarios y el de una adecuada protección contra el despido arbitrario que consagra nuestro texto constitucional como derecho inherente a todos los trabajadores.

3.4.1 Propuesta Normativa de Solución

A lo largo de la investigación se han analizado diferentes aspectos entorno a los Trabajadores de Confianza, determinándose que existe una falta de regulación en cuanto a la extinción de la relación laboral de estos trabajadores por pérdida de la confianza, por lo cual luego de haber abordado aspectos como doctrina, legislación, situaciones

⁸¹ ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. “La reposición de los trabajadores de confianza y de dirección. En: Revista Peruana de Jurisprudencia. Lima. Editorial Normas Legales. Año 8, N° 63, Mayo 2006. pág. 124.

especiales, y finalmente los pronunciamientos del Tribunal Constitucional referidos a la estabilidad laboral de este tipo de trabajadores y su protección contra el despido, hemos podido concluir que la solución al problema identificado es una propuesta normativa..

En tal sentido, la propuesta normativa de solución debería estar redactada de la siguiente manera: “La pérdida de la confianza no constituye una causa justa de despido, sin embargo, conlleva a la extinción de la relación laboral de los Trabajadores de Confianza, siempre que estos hayan accedido a estos puestos desde el inicio de la relación laboral, teniendo derecho a una indemnización por despido arbitrario, mas no a su reposición, salvo que el Trabajador de Confianza despedido haya sido promovido a dicho puesto habiendo ocupando antes un puesto común”.



CONCLUSIONES

1. La estabilidad laboral es un derecho por el cual se busca la conservación del contrato de trabajo ante las vicisitudes que se presentan en la relación laboral siendo una manifestación del principio de continuidad, el cual junto con el derecho al trabajo en sus dos manifestaciones, la de acceder a un puesto de trabajo y la de conservar este empleo, son los fundamentos jurídicos de la estabilidad laboral, y es principalmente en esta segunda manifestación que se cimienta la estabilidad laboral, ya que el trabajador no puede ser despedido sino por causa justa.
2. El tipo de estabilidad que se encuentra regulado en el Perú es el de la estabilidad laboral relativa impropia, en este sistema la protección contra el despido arbitrario del trabajador es la indemnización, Teniendo su excepción en el despido nulo (estabilidad laboral absoluta). Sin embargo los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional han ampliado los supuestos de reposición, y por ende los casos de estabilidad laboral absoluta.
3. Según la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, el despido como forma de extinción de la relación laboral por voluntad unilateral del empleador debe tener una naturaleza causal y para tener una causa justa debe de estar relacionado con la conducta o capacidad del trabajador. La Constitución Política regula la “adecuada protección contra el despido arbitrario” dejando abierta a la voluntad del legislador, la forma de establecer cuál es el grado de protección que ha de otorgar al trabajador que sea objeto de un despido arbitrario, teniendo en cuenta que esta protección debe ser “adecuada”, la misma que puede ser la reposición o la indemnización, dependiendo del tipo de despido.
4. Es importante diferenciar a los trabajadores de dirección de los trabajadores de confianza, pues si bien ambos ocupan un status especial en la empresa, un trabajador de dirección posee la condición de trabajador de confianza, pero no todo trabajador de confianza es a su vez personal de dirección, teniendo el cargo de este último una categoría mayor, debiendo estar premunido de ciertas facultades que le permitan ejercer la representación del empleador, así como administrar y ejercer la toma de decisiones de lo cual dependen los resultados de la actividad de la empresa; por su parte los trabajadores de confianza que laboran en contacto directo con el empleador o personal de dirección, sirven de apoyo o son asistentes y en el desempeño de sus labores tienen acceso a información confidencial y reservada de la empresa, y aquellos cuyas opiniones o informes son presentados al personal de dirección, para la toma de decisiones, son los trabajadores que debido a su nivel profesional, tienen funciones especializadas.

5. Los Trabajadores de Confianza ocupan un lugar especial en la empresa en medida de la responsabilidad en ellos delegada por el empleador teniendo en cuenta el elemento “confianza”. Siendo este un elemento esencial de esta clase de trabajadores, debido a que el empleador deposita en el trabajador un grado de confianza suficiente para hacerlo participe de las decisiones y secretos empresariales, lo cual no sucede con el trabajador común.
6. El procedimiento de designación de los Trabajadores de Confianza comprende la calificación de los puestos de dirección o de confianza, siendo esta una formalidad que debe observar el empleador. Sin embargo su inobservancia no enerva dicha condición, si de la prueba actuada ésta se acredita.
7. De acuerdo a la legislación laboral peruana dentro de los Derechos de los Trabajadores de Confianza se debe mencionar que con la entrada en vigencia del D.S. N° 004-2006-TR no podrán existir Trabajadores de Confianza a quienes no se le controle el tiempo de trabajo, por lo que el empleador deberá abonarles las horas extras que realicen. Y la indemnización vacacional por el no goce oportuno del descanso vacacional no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional, es decir aquellos que posean la capacidad de decidir la oportunidad de su descanso. Asimismo, el periodo de prueba para Trabajadores de Confianza puede ser ampliado por el empleador hasta por un periodo de seis (6) meses, debiendo constar por escrito en el contrato de trabajo celebrado. También el trabajador de confianza despedido por “el retiro de la confianza”, sólo tiene derecho al pago de la indemnización por despido arbitrario regulada por el artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, pues el retiro de la confianza no es considerada una causa justa de despido por nuestro ordenamiento laboral.
8. Algunas limitaciones de los Derechos de los Trabajadores de Confianza son que éstos no pueden integrar un sindicato salvo que el estatuto del sindicato lo admita expresamente. Ya que normalmente los Trabajadores de Confianza participan en una negociación colectiva en representación de los empleadores, Además no tienen derecho a que se les apliquen los convenios colectivos, ni pueden convocar a una huelga.
9. El artículo 27° de la Constitución Política otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario; con esto, el legislador constitucional deja en manos de la ley sustantiva regulatoria de la relación del trabajo (Ley de Productividad y Competitividad Laboral), la protección en caso de que el trabajador, incluido el trabajador de confianza, sea despedido arbitrariamente. La Protección Constitucional

«Adecuada» frente al Despido Arbitrario cuando el Trabajador es de Confianza se denota en las sentencias analizadas del Tribunal Constitucional.

10. 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.
11. El proceso de amparo es una vía procesal válida para el tratamiento de temas laborales cuando esté de por medio la violación de un derecho constitucional laboral en el marco de un despido y no exista una vía ordinaria adecuada e igualmente satisfactoria. La estabilidad laboral es uno de los derechos más invocados a través de la acción de amparo ante el Tribunal de Constitucional, siendo el criterio de este órgano la reposición del trabajador, permitiendo la interposición de una gran cantidad de acciones de amparo por parte de trabajadores incluyendo a los de dirección y de confianza.
12. El criterio del Tribunal Constitucional en las primeras sentencias emitidas en relación a la estabilidad de los Trabajadores de Confianza, es que el trabajador de confianza despedido sin expresión de causa o por el retiro de la confianza no le corresponde la reposición, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de accionar en la vía correspondiente, lo que significa que nada impide al trabajador de confianza que reclame su derecho a una indemnización por despido arbitrario como cualquier otro trabajador. Asimismo, el Tribunal señala que el Trabajador de Confianza que fue despedido por pérdida de la confianza, puede ser repuesto en el cargo, solamente si fue promovido de un cargo de no confianza (común).
13. El Tratamiento de los Trabajadores de Confianza en la legislación de Argentina, Brasil, España, México, Italia y Francia pone de manifiesto que el concepto de trabajador de confianza juega en un campo de dudas al que difícilmente arriba la ley con energía sin que la jurisprudencia lo supere ni la doctrina lo apoye.

14. La pérdida de confianza presupone una afectación al normal desempeño de la empresa y en ciertas circunstancias hasta puede significar un grave peligro para la misma. Teniendo en cuenta que el elemento que genera esta situación es la confianza, por lo que así como este elemento da lugar en muchos casos al inicio de la relación laboral, pues también el retiro de la misma debe servir para dar por concluido el contrato de trabajo en el caso de Trabajadores de Confianza.

15. La imposibilidad de reponer a un Trabajador de Confianza como reparación ante un despido por “pérdida de la confianza” del empleador, encuentra sustento en que al desaparecer el elemento esencial, como es la “confianza”, para la configuración de la relación laboral, resulta irrazonable que se pretenda exigir al empleador readmitir a dicho trabajador, pues siendo la relación laboral tan personalísima y el grado de confianza tan intenso, hace imposible recurrir a la reposición como mecanismo reparador del despido por pérdida de la confianza.

16. La falta de regulación en cuanto a la extinción de la relación laboral de los trabajadores de confianza por pérdida de la confianza, hace necesario plantear una propuesta normativa de solución redactada de la siguiente manera: “La pérdida de la confianza no constituye una causa justa de despido, sin embargo, conlleva a la extinción de la relación laboral de los Trabajadores de Confianza, siempre que estos hayan accedido a estos puestos desde el inicio de la relación laboral, teniendo derecho a una indemnización por despido arbitrario, mas no a su reposición, salvo que el Trabajador de Confianza despedido haya sido promovido a dicho puesto habiendo ocupando antes un puesto común”.

BIBLIOGRAFIA

ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. “*La reposición de los trabajadores de confianza y de dirección*”. En: Revista Peruana de Jurisprudencia. Lima. Editorial Normas Legales. Año 8, N° 63, Mayo 2006.

ASESORAMIENTO Y ANÁLISIS LABORALES. “*Extinción de la Relación Laboral, Condiciones y Procedimientos para el Despido*”. 3ª Edición, JL Impresores, Perú, Junio, 2004.

BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. *El Contrato de Trabajo*. Universidad Nacional Autónoma de México, México. 1992.

BAYLOS GRAU, Antonio & PÉREZ REY, Joaquín. *El despido o la violencia del poder privado*. Editorial Trotta, Madrid, 2009.

BEAUMONT CALLIRGOS, Ricardo. *Comentarios a la nueva Ley General de Sociedades*. Gaceta Jurídica, Lima, 1998.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El Derecho de la Estabilidad en el Trabajo*. Asociación Laboral para el Desarrollo ADEC-ATC, 1era Edición, Lima, Junio, 1991.

BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “*Flexiseguridad, derecho al trabajo y estabilidad laboral*”. En Derecho PUCP N° 68, 2012 / ISN 0251-3420.

CARRILLO CALLE, Martín. “*La Estabilidad de Entrada y de Salida como expresiones del Principio de Continuidad. Una aproximación desde la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Peruano*”. En Revista Latinoamericana de Derecho Social, Num. 12, enero – junio 2001. Disponible en:
<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DerechoSocial/12/cmt/cmt7.pdf>
(visitado el 01.04.12)

CARRILLO CALLE, Martín. “*La Flexibilización del contenido laboral de la Constitución*”. En Balance de la Reforma Laboral Peruana. Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima, 2001.

DE BUEN LOZANO, Néstor. *Los Derechos del Trabajador de Confianza*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1era Edición, México, Julio, 2000.

DE BUEN LOZANO, Néstor. *Derecho del Trabajo*. Editorial Porrúa, México, 1981.

FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, César. “*Alcances de la Protección contra el Despido de los Trabajadores de Dirección y de Confianza*”. Normas Legales, Tomo N° 332, Lima, Año LXIII, 2004.

HARO CARRANZA, Julio Enrique. *Derecho Individual del Trabajo*. RAO, Lima, Julio, 2003.

HUAMÁN ÓRDOÑEZ, Alberto. *La Protección Constitucional del Trabajador Estatal de Confianza adscrito al Régimen Privado frente a la Arbitrariedad de Despido*. Disponible en: <http://www.derechocambiosocial.com/revista011/despido%20trabajador%20estatal.htm> (visitado el 01.07.11).

MARCENARO FRERS, Ricardo. *El Trabajo en la Nueva Constitución*. Cultural Cuzco, S.A. Editores, Lima, 1995,

NAVA GUIBERT, Luis. *El Despido Arbitrario. Efectos de las Resoluciones del Tribunal Constitucional*. García Calderón Industrias Gráficas S.A.C., Lima, 2004.

OBREGÓN SEVILLANO, Tulio, “*Los Trabajadores de Dirección y de Confianza*”. En *Actualidad Empresarial*, N° 178, Lima, Marzo, 2009.

OJEDA AVILÉS, Antonio. *Los despidos radicalmente nulos por fraude de ley*, En: *Relaciones Laborales*, N° 24, Madrid, 1987.

PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. “*Derechos fundamentales generales y relación laboral. Los derechos laborales inespecíficos*”. En *Derecho del Trabajo y razón crítica*. Salamanca: Caja Duero, 2004.

PEREZ REY, Joaquín. *Estabilidad en el Empleo*. Editorial Trotta, 2004.

PLÁ RODRIGUEZ, Américo. *Los Principios del Derecho del Trabajo*. Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1978.

PUNTRIANO ROSAS, César. “Los Trabajadores de Confianza o de Dirección no dejan de ser trabajadores y gozan de la protección contra el despido injustificado”. En Revista jurídica del Perú Tomo 117- Noviembre 2010.

PUNTRIANO ROSAS, César, *Principales Aspectos Laborales de los Trabajadores de Dirección y Confianza*. Disponible en: <http://www.munizlaw.com/noticias/articulos/art300506.asp> (visitado el 01.04.12)

SAAVEDRA, Jaime y MARUYAMA, Eduardo. *Estabilidad Laboral e Indemnización: Efectos de los costos de Despido sobre el Funcionamiento del Mercado Laboral Peruano*. Grade, Lima, Febrero, 2000. Disponible en: <http://www.grade.org.pe/upload/publicaciones/archivo/download/pubs/ddt/ddt28.pdf> (visitado el 01.07.11)

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo. *Derecho Constitucional del Trabajo. Relaciones de Trabajo en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Gaceta Jurídica, Lima, 2007.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Instituciones del Derecho Laboral*. 2da Edición, Gaceta Jurídica S.A., Lima, 2005.

VALDÉS DAL-RE, Fernando. *Los Derechos Fundamentales del Trabajador: un ensayo de noción lógico-formal*. Relaciones Laborales, 2 (2003).

VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. “PROEM”. En: Revista Coyuntura Laboral N° 09. DESCO. Lima, 1996.

VINATEA RECOBA Luís. “La Adecuada Protección Procesal contra el despido Arbitrario: Comentarios as la Sentencia de fecha 13 de Marzo de 2003 emitida por el Tribunal constitucional”. Revista Derecho y Sociedad, N° 23, Lima, Año XV, 2004.