

Pontificia Universidad Católica del Perú

Facultad de Derecho



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

**EFFECTOS DE LA EXTINCIÓN DEL VÍNCULO LABORAL POR PÉRDIDA DE
LA CONFIANZA EN EL SECTOR PRIVADO**

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

**AUTOR:
Christian Lavi Tejada**

**ASESOR:
María Katia García Landaburu**

**CÓDIGO DEL ALUMNO:
20183631**

2018

RESUMEN

En el presente artículo se pretende analizar la figura de la pérdida de la confianza en el régimen privado laboral, con una visión crítica frente a la manera en la que se viene abordando esta problemática a nivel jurisdiccional en nuestro país. Partiremos analizando la doctrina clásica del derecho del trabajo con la finalidad de tener un concepto claro de trabajador de confianza, continuaremos analizando el concepto de trabajador de confianza en nuestra legislación remontándonos a los primeros dispositivos que regulaban esta figura. Posteriormente revisaremos la legislación actual que regula el régimen privado laboral para analizar cómo se encuentra actualmente regulada la figura del trabajador de confianza y al mismo tiempo revisaremos la ley general de sociedad en el extremo que autoriza la extinción del vínculo laboral con el gerente mediante la aplicación de la remoción. Asimismo, tendremos en cuenta el contenido de las resoluciones que consideran a la pérdida de confianza como una causal válida de la extinción de la relación laboral lo cual nos permitirá sustentar nuestra postura, para finalmente arribar a nuestras conclusiones.

Palabras clave: Trabajador de confianza, trabajador de confianza pura, trabajador de confianza-dirección, retiro de la confianza, despido, tutela indemnizatoria, remoción.

Contenido: I. Introducción; II. Sujetos sometidos a una relación especial con el empleador; III. Formas unilaterales de extinguir la relación laboral; IV. La remoción del gerente por el directorio; V. Conclusiones.

ÍNDICE

Introducción	4
1. Sujetos sometidos a una relación especial con el empleador.	
Noción de relación especial, clasificación y características, derechos.	6
1.1 Sobre la relación especial con el empleador: Noción de confianza	7
1.2 El personal de dirección y de confianza en la relación de trabajo: Regulación y problemática	13
1.3 Derechos laborales específicos e inespecíficos	26
1.3.1 El derecho a la igualdad	28
1.3.2 El derecho al trabajo	31
2. Formas unilaterales de extinguir la relación laboral	35
3. La remoción del gerente por el directorio: ¿Califica como despido?	39
4. Conclusiones	41

EFFECTOS DE LA EXTINCIÓN DEL VÍNCULO LABORAL POR PÉRDIDA DE LA CONFIANZA EN EL SECTOR PRIVADO

INTRODUCCIÓN

La estructura organizacional de una compañía se conforma de manera piramidal. Esa afirmación nos permite advertir que dentro de una relación laboral podemos encontrar a trabajadores que se sitúan en la base de la pirámide y otros en la cima. Mientras más arriba de la estructura piramidal se encuentre el trabajador, la prestación de servicios se desarrollará de manera más cercana al empleador y nos encontraremos con una menor cantidad de trabajadores que ostenten esta condición. Los trabajadores que llegan a estos niveles se encontrarán revestidos de la confianza del empleador, dentro de estos niveles podremos identificar a dos tipos de trabajadores de confianza; por un lado, a los de confianza-dirección que son aquellos que por su cargo y función se encuentran en el alto mando directriz representando al empleador ante los trabajadores y terceros; por otro lado, encontraremos a los trabajadores de confianza pura que son aquellos que, a pesar de no estar a la cabeza de la empresa, mantienen un contacto directo con el alto mando empresarial y ocupan cargos de mediana responsabilidad¹. Para efectos de la presente investigación nos encargaremos de estudiar a aquellos trabajadores que se ubican en la cima de la estructura piramidal, es decir, los trabajadores denominados de confianza pura y a los trabajadores de confianza-dirección.

De acuerdo a nuestra legislación un trabajador podrá ostentar cualquiera de las condiciones antes señaladas desde el inicio de la relación laboral o a través de la promoción. La calificación del trabajador respecto de su condición de confianza dependerá de la naturaleza del cargo y de las funciones que realiza, nuestra legislación es muy exigente con el aspecto formal de la calificación tan es así que el artículo 44° del TUO del D.L 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por D.S 003-97-TR señala que en la designación o promoción del trabajador, la ley no ampara el abuso de derecho.

¹ *Toyama Jorge, Derecho Individual del Trabajo*. Lima: Gaceta Jurídica. Pag. 18-19

Así, con la presente investigación buscamos analizar la naturaleza de esta categoría de trabajadores y estudiar sus principales características. Asimismo, analizaremos cómo se viene manifestando en la práctica el acceso a un cargo de confianza, de cara con lo regulado en nuestra legislación y los efectos del “retiro de la confianza” como instrumento de extinción de la relación jurídica laboral, el mismo que viene utilizándose de manera continúa dentro de muchas organizaciones. Cabe precisar que se viene consolidando como criterio uniforme, dentro del Poder Judicial, no otorgar ningún tipo de protección para los trabajadores de confianza que desde el inicio se desempeñaron como tales, lo cual es preocupante.

De esta manera, en la primera parte nos ocuparemos de analizar la condición especial de confianza como requisito que acompaña a esta categoría de trabajadores durante el transcurso de la relación laboral, su clasificación, características y derechos lo cual nos permitirá advertir cuando nos encontramos frente a un trabajador cuyo vínculo laboral tiene como presupuesto a la confianza.

Asimismo, en este punto se analizarán los derechos laborales específicos e inespecíficos de los trabajadores con la finalidad de determinar si los mismos pueden ser limitados por el empleador al momento de decidir extinguir la relación laboral o por el contrario si frente a tal limitación se estaría vaciando el contenido esencial de alguno de esos derechos.

Posteriormente, una vez delimitada la noción de trabajador de confianza, su clasificación, características y derechos, la segunda parte tocará el punto medular de nuestra investigación, pues en ella se buscará analizar las posibilidades que tiene el empleador para extinguir la relación laboral de un trabajador de confianza.

El análisis realizado en este apartado buscará confrontar la figura del despido frente al retiro de la confianza. Al mismo tiempo, nos permitirá conocer si nos encontramos frente a figuras similares, es decir, si el retiro de la confianza se equipara a un despido. Lo último es muy importante para entender si las consecuencias y la protección que el ordenamiento laboral otorga a esta figura podrían ser aplicables frente a la pérdida de la confianza. La finalidad de este apartado es determinar ¿qué es la pérdida de la confianza? Y si la sola

presencia de esta figura es suficiente para extinguir válidamente la relación laboral.

A fin de poder dar respuesta a las interrogantes que motivan la presente investigación analizaremos la importancia del principio de causalidad y del principio de legalidad frente a una posible vulneración de los derechos fundamentales originada por la decisión unilateral del empleador de extinguir el vínculo laboral. No cabe duda que estos derechos, sobre todo estos principios, actúan protegiendo al trabajador como parte débil de la relación laboral y su manifestación cobrará vital importancia para constituirse como un freno a cualquier acto arbitrario promovido por el empleador que tenga como consecuencia, entre otras, la desaparición del vínculo laboral.

Finalmente, la tercera parte abordará una modalidad especial de extinción de la relación laboral que se encuentra regulada por la Ley General de Sociedades² como es la remoción de los gerentes por parte del directorio o de la junta general al interior de una compañía lo que en buena cuenta equivale a la extinción de la relación laboral por retiro de la confianza. La pregunta que corresponderá responder en este apartado es si ¿la remoción de los gerentes debe evaluarse únicamente a la luz de lo dispuesto por la ley general de sociedades o debe efectuarse en armonía con las disposiciones establecidas por la legislación laboral.

1. Sujetos sometidos a una relación especial con el empleador. Noción de relación especial, clasificación y características, derechos.

Esta investigación tiene como objeto determinar cuáles son los efectos de la extinción del vínculo laboral de los trabajadores de confianza, ello como consecuencia de la preocupante manera en la que vienen resolviendo las distintas instancias del Poder Judicial respecto a esta problemática donde en muchos casos se ha resuelto dejando en un evidente estado de indefensión a los trabajadores, vulnerando disposiciones

² Artículo 187 de la Ley General de Sociedades.-

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.

Es nula la 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.

constitucionales, legales y tratados internacionales que deben ser observados por el estado Peruano al momento de abordar un conflicto jurídico. No podemos ser ajenos a esta problemática ya que la misma se encuentra estrechamente relacionada con los derechos fundamentales de muchos trabajadores: derecho al trabajo, derecho a la igualdad, derecho a la dignidad. Es importante señalar que estos trabajadores (trabajadores de dirección y de confianza) requieren de la misma protección constitucional otorgada a los trabajadores comunes.

Antes de adentrarnos en el análisis de dicha cuestión, es necesario tener en cuenta que para realizar un adecuado estudio tendremos que empezar delimitando la categoría de trabajador de confianza, identificar sus clasificaciones, características y derechos de acuerdo a la doctrina autorizada, legislación nacional y jurisprudencia. Solo así podremos saber con claridad cuáles son aquellos trabajadores que pueden ver afectada la continuidad de su prestación de servicios por la pérdida de la confianza.

1.1 Sobre la relación especial con el empleador: Noción de confianza

En armonía con lo señalado en la parte introductoria advertimos que las organizaciones empresariales son muy complejas pues se constituyen como estructuras piramidales, siendo posible identificar al interior de la misma una gran cantidad de trabajadores los cuales pueden estar dentro del grupo de obreros o empleados. La calificación de obrero y empleado es cada vez menos usada, esta distinción se remonta a la época industrial en donde se utilizaba la expresión obrero para denominar a aquella persona que realizaba una labor predominantemente manual que implicaba un gran esfuerzo físico mientras que un empleado era el encargado de las labores intelectuales, administrativas o de oficina que no exigían de la fuerza física para su ejecución. A pesar de tratarse de una distinción tan antigua, en palabras del profesor Toyama³, no es extraño apreciar que en la “jerga” laboral profesional se realiza aun esta distinción la cual no tiene mayor relevancia jurídica.

³ TOYAMA, Jorge. *Derecho Individual del Trabajo*. Lima: Gaceta Jurídica: Pág. 19-25

Ahora bien, dentro de los empleados es posible destacar a aquellos que se encuentran en la cima de la estructura piramidal y desempeñan sus funciones dentro de una relación de confianza con el empleador. Así, vemos que como primer rasgo característico de los trabajadores de confianza es que se encuentran en las altas esferas de la organización empresarial y, consecuentemente, se desempeñan de manera muy cercana al empleador.

Antes de señalar la definición otorgada por nuestra legislación y jurisprudencia a esta categoría de trabajadores, considero importante citar algunas definiciones dadas desde la doctrina clásica. Así tenemos, la definición del reconocido jurista Nestor de Buen⁴, quien señala que el trabajo de confianza no es un trabajo especial sino una relación especial entre el patrón y el empleador, en razón de las funciones que este 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.

En palabras de Mario de la Cueva⁵: debe hablarse de trabajado de confianza cuando están en juego la experiencia de la empresa, sus intereses fundamentales, su éxito, su prosperidad, la seguridad o el orden esencial que debe reinar entre sus trabajadores.

Por su parte, Francisco de Ferrari⁶ considera a los trabajadores de confianza como aquellos trabajadores que asociados al poder de dirección patronal, se encuentran en capacidad de ejercer potestades disciplinarias de las que es titular el empleador y tratan en representación de él con los terceros, de modo tal que los empleados comunes o subalternos, en el orden social y profesional, no consideran a las personas que ejercen funciones tan elevadas

⁴ DE BUEN, Nestor. *Derechos del Trabajador de Confianza*. Cámara de Diputados, LVIII Legislatura – Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, pp. 14 y 15.

⁵ DE LA CUEVA, Mario. *Derecho Mexicano del Trabajo*. México: Editora Porrúa. Pág. 55-67.

⁶ DE FERRARI, Francisco. *Teoría y Nociones generales del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires: Editorial de Palma. Pág. 180-185

como parte de la clase asalariada, e incluso piensan que existe entre el empleador y los altos empleados una comunidad de intereses, de tendencia y cultura que los presenta como elementos extraños a la clase trabajadora.

De acuerdo a Guillermo Cabanellas⁷ “son empleados de confianza los que por la responsabilidad que tienen, las delicadas tareas que desempeñan o la honradez que para sus funciones se exige cuentan con el apoyo especial por parte del empresario o dirección de la empresa. Por su concepto, la posición de empleado de confianza es distinta a la de los restantes trabajadores; como su nombre lo indica, para ellos basta la pérdida de confianza, principalmente en los casos de inamovilidad del trabajador en el empleo, que algunas legislaciones establecen”.

Por otro lado, el jurista Santiago Barajas Montes de Oca⁸ define estos trabajadores 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.

En este sentido, desde la doctrina clásica, es posible advertir de manera inicial que la noción de trabajador de confianza implica la presencia de ciertos elementos importantes: i) relación de naturaleza especial entre el empleador y el trabajador, ii) la especial responsabilidad en el desempeño de las funciones, iii) la ejecución de tareas delicadas, iv) la representación del empleador frente a los demás trabajadores y frente a terceros. Es importante tener en cuenta los elementos señalados ya que serán estos los que nos permitirán advertir, desde la doctrina clásica, cuándo nos encontramos frente a un trabajador de confianza. Cabe resaltar que los autores citados consideran dentro de la denominación trabajador de confianza a los trabajadores que ejercen la representación del empleador.

⁷ CABANELLAS, Guillermo. *Compendio de Derecho Laboral*. Dos Volúmenes. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba. Pág. 127

⁸ BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. *El Contrato de Trabajo*. México. 1992. Pág. 74 y siguientes.

Por otro lado, se podría decir que la responsabilidad resulta ser un elemento insignificante para calificar al trabajador de confianza ya que toda persona al ostentar la condición de trabajador dentro de una relación laboral tiene como deber actuar con responsabilidad, sin embargo, en el caso de los trabajadores de confianza esta responsabilidad va más allá del simple deber del trabajador ya que su labor se encuentra estrechamente vinculada con el funcionamiento interno y externo de la organización, actuando en representación del empleador frente a terceros, ejerciendo la facultad de control y fiscalización frente a los trabajadores comunes. En efecto, el trabajador de confianza posee una doble responsabilidad; por un lado, la responsabilidad que emana por la sola celebración del contrato de trabajo y, por otro lado, la responsabilidad especial otorgada por el empleador para gestionar la organización de manera interna (respecto a los trabajadores) y de manera externa (respecto a terceros que pueden ser aspirantes a trabajadores, clientes o proveedores, etc.).

Debe quedar claro que la confianza no se encuentra supeditada a la persona del trabajador, sino a la naturaleza de la prestación del servicio, es decir, a las funciones que realiza. En este sentido, si encontramos una relación laboral en donde se advierta una mayor cantidad de responsabilidades vinculadas con la organización, que incorporen en la prestación ordinaria del servicio la ejecución de funciones de representación, la asignación de tareas sensibles dentro y fuera de la organización es evidente que nos encontraremos frente a un trabajador de confianza.

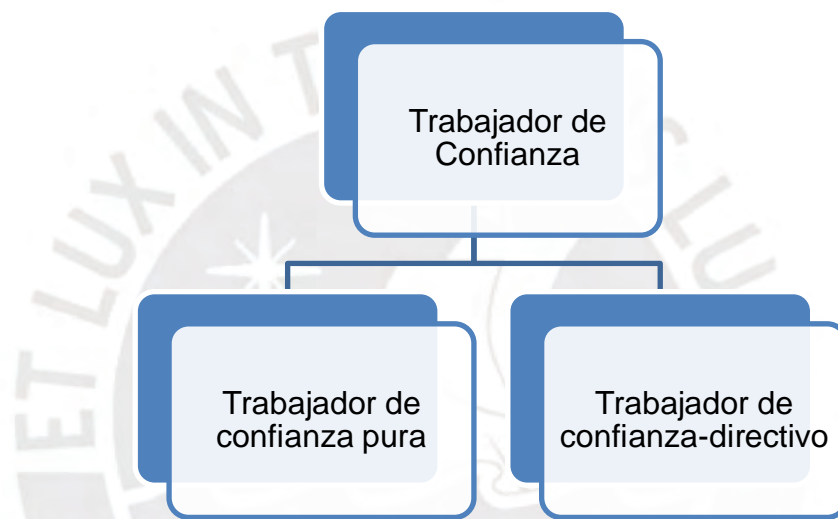
De acuerdo con los autores citados, existe una estrecha vinculación entre los trabajadores de confianza y el empleador al interior de la empresa lo cual muchas veces daría la impresión que se tratan de la misma persona a tal punto que dispositivos legales de carácter nacional e internacional han optado por restringir a estos trabajadores el ejercicio de algunos derechos. Por ejemplo, el artículo 12° del D.S N° 010-2003-TR TUO de la Ley de

Relaciones Colectivas de Trabajo impide que los trabajadores de confianza formen parte del sindicato, el artículo 24° del D.S 012-94-TR Reglamento de la ley de descansos remunerados señala que la indemnización por falta de descanso vacacional no alcanza a los gerentes y representantes que hayan decidido no hacer uso de su descanso vacacional, el artículo 11° del D.S 007-92-TR TUO de la Ley de jornada de trabajo, horario y trabajo en sobretiempo y el artículo 11° de su Reglamento excluyen del cumplimiento de la jornada máxima de 8 horas diarias o 48 horas semanales a los trabajadores de confianza. Por su parte, el convenio 1 de la OIT ha señalado en el literal a) del artículo 2° que la jornada de 8 horas diarias y 48 horas semanales *“no son aplicables a las personas que ocupen un puesto de inspección o de dirección o un puesto de confianza”*.

De este modo, es evidente que estas restricciones han sido reguladas teniendo en cuenta la cercanía con la que estos trabajadores desempeñan sus funciones en la organización empresarial a tal punto que pueden llegar a tener los mismos intereses que el empleador, comprometiéndose tanto de manera interna como externa con el funcionamiento del negocio. Si bien estas restricciones terminan limitando el goce de determinados derechos no debemos olvidar que estos trabajadores al encontrarse en la cima de la estructura de puestos tienen acceso a una mayor remuneración o incluso a beneficios que las organizaciones de manera unilateral deciden otorgar a sus directivos. Por ejemplo, se da el caso de las organizaciones que deciden otorgar a sus directivos aparatos electrónicos, celulares, una unidad para que se movilicen o el ingreso a centros de esparcimiento. Así las cosas, es posible advertir que las limitaciones legales se ven compensadas por las prerrogativas otorgadas por el empleador.

Ahora bien, en este apartado nos encargamos de investigar cuál es la noción del trabajador de confianza y no queda duda que este trabajador es aquel que se desempeña con una responsabilidad mayor en las altas esferas de la organización. Sin embargo, de los autores citados, hemos logrado advertir

que dentro de las generalidades del trabajador de confianza y su especial responsabilidad se manifiesta que, además, estos trabajadores pueden adquirir la representatividad del empleador. Lo último nos lleva a señalar que, desde lo señalado por la doctrina clásica, la denominación trabajador de confianza es una generalidad pues en realidad la misma se clasifica de la siguiente manera:



En primer lugar, tenemos a los trabajadores de confianza pura; nos encontramos frente a trabajadores que se encuentran en la cima de la organización empresarial, tienen una relación especial con el empleador debido a la naturaleza de las funciones que desempeñan y, además, cumplen con desempeñar labores delicadas vinculadas al funcionamiento de la organización. Dentro de esta categoría de trabajadores se encuentran aquellos que, según los autores citados, no adquieren la representatividad del empleador o que no se encuentran asociados al poder de dirección patronal.

En segundo lugar, encontramos a los trabajadores de confianza-dirección; se trata de aquellos trabajadores que además tener una relación especial con el empleador por la naturaleza de sus funciones, tienen a su cargo la

representación del empleador frente a los demás trabajadores e incluso frente a terceros. Este es el caso del trabajador que comparte con el empleador el poder de dirección ya que ostenta facultades de representación, administración y control.

Nuestra legislación actual se ha encargado de regular estas dos categorías de trabajador de confianza: Por un lado; tenemos la definición de trabajador de confianza y, por otro lado; tenemos la definición de trabajador de dirección. No cabe duda que ambas definiciones guardan armonía con la clasificación propuesta a la luz de lo señalado por la doctrina clásica.

1.2 EL PERSONAL DE DIRECCIÓN Y DE CONFIANZA EN LA RELACIÓN DE TRABAJO: Regulación y problemática

Como antecedente, es menester señalar que antes de la Ley de Fomento del Empleo nuestra normativa solo hacía referencia al personal con cargo de confianza, buscando identificar dentro de dicho concepto incluso a aquellos trabajadores con cargos directivos. La finalidad desde aquellos tiempos al considerar a un trabajador bajo la condición de confianza era privarle del derecho a la reposición frente al despido arbitrario pues del artículo 15° de la derogada Ley N° 24514 llamada “Ley de Estabilidad Laboral” señalaba lo siguiente:

“Los trabajadores empleados que desempeñen cargos de confianza, están amparados por esta ley, pero solo podrán ejercitar la acción indemnizatoria que se refiere el artículo anterior (artículo 14 sobre las indemnizaciones).

Son considerados cargos de confianza los que se ejercen a nivel de dirección, los que conllevan poder decisorio o importan representación general del empleador.

Los cargos de confianza deberán ser objeto de calificación por el empleador con conocimiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo y de sus trabajadores, debiendo anotarse esta calificación en la planilla correspondiente.

En los centros de trabajo que cuenten con menos de cincuenta trabajadores, el personal de confianza no excederá del quince por ciento del total de trabajadores de dicho centro. Si se tratara de centros de trabajo con cincuenta o más trabajadores, el porcentaje no podrá exceder del diez por ciento”.

Conforme se desprende de lo citado, la legislación antecedente limitaba el “derecho” a la reposición de los trabajadores de confianza y de manera confusa hacía mención a los trabajadores de dirección, generando confusión entre el trabajador de confianza pura y confianza-directivo lo cual hoy en día se encuentra correctamente diferenciada por nuestra legislación.

A pesar de la confusa o ambigua redacción de esta legislación respecto a los trabajadores de confianza, no podemos ser ajenos a su contenido por lo que cabe preguntarnos ¿existe el derecho a la reposición en sentido estricto? O ¿la reposición no es más que un mecanismo de tutela o de salvaguarda del “derecho al trabajo”? Considero que la respuesta debe inclinarse por el sentido de la segunda pregunta ya que ni a nivel constitucional ni a nivel legal existe el derecho a la reposición. Por el contrario, es imposible negar la existencia dentro del ordenamiento nacional y extranjero (tratados internacionales) de mecanismos de protección que hacen referencia a la reposición como un mecanismo de tutela del derecho al trabajo de aquel que pueda ser despedido arbitrariamente.

Volviendo al tema que nos corresponde desarrollar en este punto, conforme a lo mencionado precedentemente, la llegada de la Ley de Fomento al Empleo significó una novedad⁹ en innumerables aspectos del régimen que regula actividad privada laboral. Una de aquellas innovaciones fue la distinción entre trabajador de dirección y de confianza.

La actual legislación regula en sus artículos 43° y 44° del TUO del D.L 728 aprobado por D.S 003-97-TR Ley de productividad y competitividad

⁹ TOYAMA Jorge. *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. 2015. Lima: Gaceta Jurídica*

laboral, la definición de trabajador de confianza; en su manifestación de confianza pura y confianza dirección, decantándose por la clasificación personal de dirección y personal de confianza.

Así las cosas, el artículo 43° y 44° señalan lo siguiente:

“Artículo 43°.- Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquel las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.

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

“Artículo 44°.- Todos los trabajadores que directamente o por promoción acceden a puestos de dirección o de confianza se encuentran comprendidos en los alcances de artículo anterior.

En la designación o promoción del trabajador, la ley no ampara el abuso del derecho o la simulación.

De lo citado se advierte que nuestra legislación define claramente las funciones y características de los trabajadores de dirección y de confianza. Por un lado, considera determinante para los trabajadores de dirección: i) que ejerzan la representación del empleador, ii) que compartan facultades de administración con el empleador. Por otro lado, respecto del trabajador de confianza, i) laborar en contacto personal y directo con el empleador y personal de dirección, ii) tienen acceso a información confidencial, iii) sus opiniones o informes son presentadas al personal de dirección y contribuyen a la formación de decisiones empresariales.

En este sentido, es posible advertir que nuestra legislación delimita las

características respecto de los trabajadores de dirección y confianza, pero no se limita a señalar las características de este tipo de trabajadores, de manera adicional establece dos formas de acceso a las categorías objeto de análisis en la presente:

- Por un lado: señala que un trabajador puede acceder a este tipo de puestos a través de la designación, es decir, cuando un trabajador inicia desde el primer día prestación de servicios en la calificación de dirección o de confianza.
- Por otro lado: señala que el acceso también es posible a través de la promoción, es decir, cuando un trabajador inicia prestando servicios en un puesto común u ordinario y, posteriormente, es promocionado a un puesto de confianza o de dirección.

Al respecto, el Tribunal Constitucional ha establecido lo siguiente con respecto al acceso al puesto de dirección o de confianza:

- Relación laboral de exclusiva confianza: 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.
- Relación laboral mixta: 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 dirección o de confianza.

La calificación para el acceso o promoción a esta categoría de puestos debe ser verdadera, es decir, no debe ser utilizada de manera fraudulenta por el

empleador con la finalidad de evadir el pago de determinados derechos laborales, por ejemplo, horas extras, indemnización vacacional, entre otros. Al respecto, del contenido de la LPCL se advierte una posición drástica con respecto a la calificación fraudulenta pues del artículo 44° se desprende que en la designación o promoción del trabajador (al puesto de confianza), **la ley no ampara el abuso del derecho.** Esta protección en contra de la calificación fraudulenta se ve reforzada por el reglamento (D.S 001-96-TR) cuando señala en el artículo 61° que los trabajadores cuyos cargos sean indebidamente calificados como de dirección o de confianza, podrán recurrir ante la Autoridad Judicial, para que se deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando la demanda se presente dentro de los (30) días naturales siguientes a la comunicación respectiva.

Ahora bien, es importante tener en cuenta que nuestra legislación no se ha limitado en desarrollar las características del personal de dirección y de confianza. Además, conforme a lo señalado precedentemente, ha desarrollado las formas de acceso a este tipo de puestos. Sin embargo, consideramos que el legislador, de la misma manera en que se preocupó por regular el acceso, debió haberse preocupado en regular la salida de estos trabajadores a fin de salvaguardar su derecho a la estabilidad laboral de salida y otorgarles protección por su condición de trabajadores, ello en armonía con lo dispuesto por nuestra constitución y disposiciones internacionales. Esta es una deficiencia que hoy en día viene afectando el derecho al trabajo de los trabajadores que por sus funciones desarrollan labores de confianza ya que muchos órganos jurisdiccionales a nivel nacional consideran que no tienen ningún tipo de protección al haber sido designados a través de la confianza.

A manera de ejemplo citaremos algunos pronunciamientos en donde se advierte la problemática que abordamos en la presente investigación, esto es, la protección del derecho al trabajo de los trabajadores de confianza.

La segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la Republica mediante la Cas. Lab. N° 001097-2008, ha establecido lo siguiente:

“Considerando octavo: Que, habiendo tenido la demandante la condición de trabajadora de confianza le alcanza la protección contra el despido arbitrario a través de la tutela resarcitoria a que se refiere el artículo 38 del Texto Único Ordenado del D.L 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por D.S 003-97-TR, no pudiéndose negar la misma alegando su condición de trabajadora de confianza, pues, nuestro ordenamiento jurídico no reconoce la pérdida de la misma como causal de despido”.

Por otro lado, en la sentencia recaída en el Expediente N° 03501-2006, ha señalado lo siguiente:

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

La sentencia recaída emitida por el Tribunal constitucional recaída en el exp. N° 003397-2015-PA/TC del 19 de octubre del 2016, señala lo siguiente:

“La designación en un cargo de confianza es una acción administrativa por la cual una persona asume cargos de responsabilidad directa de confianza con carácter temporal, lo cual es independiente del hecho de que entre las partes pueda existir o no una relación laboral de naturaleza indeterminada, como ocurre en el presente caso, pues es cese del vínculo laboral se debió al retiro de la confianza, y ello no implica una vulneración del derecho al trabajo del demandante”.

Conforme se puede apreciar, desde ya hace muchos años tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema vienen emitiendo pronunciamientos totalmente contradictorios respecto del mecanismo de protección que

merecen los trabajadores de confianza. Lo preocupante es que estos pronunciamientos muchas veces se encuentran sesgados, no tienen fundamento jurídico ni mucho menos responden a la naturaleza intrínseca del derecho del trabajo, incluso han llegado a emitir pronunciamientos citando doctrina que no es aplicable a nuestro contexto. Asimismo, los órganos jurisdiccionales al momento de resolver cometen el grave error de sentenciar sin advertir la distinta solución por la que se debe optar al tratarse de un trabajador de confianza del sector público o del sector privado. Evidentemente, por la diferente naturaleza del régimen laboral público y régimen laboral de la actividad privada, la diferencia de los valores que cada uno alberga, la solución y/o mecanismos de protección no puede ser la misma. Dejamos en claro que en el sector público, a diferencia del sector privado, si existe la premisa de la libre designación y libre remoción precisamente por los valores que intrínsecamente alberga el acceso a la administración pública (carrera administrativa).

Coincidimos con el Tribunal Constitucional cuando señala en la STC N° 03501-2006-PA/TC que el trabajador de confianza tiene particularidades que lo diferencian de los trabajadores comunes. Eso es cierto, el trabajador de confianza tiene condiciones subjetivas que lo diferencian de un trabajador común, por ejemplo; diferencia en el cumplimiento de una jornada máxima, limitación del derecho a la libertad sindical con la finalidad de evitar actos de injerencia, autonomía para decidir cuándo disfrutar o no del descanso vacacional, incluso, en muchas oportunidades perciben una retribución mayor que un trabajador de común. Sin embargo, no comparto el argumento de que la pérdida de la confianza es una forma especial de extinción de la relación laboral ¿Dónde encontramos regulada aquella “causal especial” de extinción laboral? En ningún lugar de nuestro ordenamiento, no cabe duda que en esta sentencia y en las que mantienen esta posición se vulnera de manera evidente el principio que informa que toda extinción válida de la relación laboral debe obedecer a una causa justa, esto es, el principio de causalidad. Lo preocupante de esta decisión es que se vulnera el principio de

legalidad, el mismo que informa a todo nuestro ordenamiento jurídico y señala que toda actuación debe encontrarse en armonía con lo regulado por la ley lo que no sucede cuando se actúa afirmando que el retiro de la confianza es una causal especial de extinción de la relación laboral.

Otro punto que me llama la atención de esta sentencia es que el tribunal constitucional resuelve utilizando doctrina extranjera lo cual es totalmente aceptable. Sin embargo, considero un error utilizar doctrina extranjera, como la española, en donde existe una tendencia un tanto flexible en cuanto a la protección contra el despido. Con la finalidad de no incurrir en este tipo de errores es importante que los órganos de administración de justicia analicen, entre otros puntos, que la doctrina citada para resolver al caso sea compatible con el contexto jurídico en el que se pretende aplicar. Caso contrario, podríamos encontrarnos frente a una resolución incompatible con nuestro sistema jurídico e incluso desprotectora.

Ahora bien, considero que sí existe una diferencia entre los trabajadores comunes y los trabajadores de confianza, sin embargo, ello se limita al aspecto subjetivo del puesto de confianza más no al ámbito objetivo de protección, máxime cuando el capítulo de la LPCL que define a los trabajadores de dirección y de confianza se titula “de las situaciones especiales”. Con lo último quiero que quede claro que el hecho que existan diferencias entre esta categoría de trabajadores con los trabajadores comunes respecto al acceso y goce de determinados beneficios legales no conlleva a marcar una diferencia respecto al contenido del derecho fundamental al trabajo y los mecanismos de protección para salvaguardar el mismo, máxime cuando nuestra constitución en el artículo 27º y el Convenio 158 de la OIT reconocen la existencia de mecanismos de protección por el fin del servicio.

Como si no fuera suficiente, el día 22 de mayo del 2018 se reunieron los Jueces Supremos integrantes de la Primera y Segunda Sala de Derecho

Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República para realizar la audiencia del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional. Como consecuencia de las ponencias abordadas en el pleno respecto al punto de si corresponde indemnización por despido arbitrario de los trabajadores de dirección y de confianza, el pleno acordó por unanimidad una postura preocupante, la cual cito a continuación:

“En el caso de trabajadores de dirección o de confianza de empresas y/o instituciones del sector privado:

Aquellos trabajadores que ingresaron directamente a un cargo de confianza o de dirección, no les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les retire la confianza.

Aquellos trabajadores que ingresaron inicialmente a un cargo en el que realizaban funciones comunes u ordinarias, y que accedieron con posterioridad a un cargo de confianza o dirección dentro de la misma empresa o institución privada, les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les impida reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo luego de retirada la confianza; o cuando el propio trabajador opte por no reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo.

Lo resuelto en este pleno en el extremo citado es totalmente cuestionable; en primer lugar, la redacción del segundo párrafo es totalmente confusa respecto a la protección otorgada por el retiro de la confianza de los trabajadores que iniciaron en un puesto común, en segundo lugar; el argumento preocupante se encuentra en el primer párrafo **en donde se señala expresamente que los trabajadores que iniciaron en puestos de dirección y de confianza no gozan de protección contra el despido arbitrario en caso el empleador les retire la confianza.**

El acuerdo consignado en el primer párrafo de este pleno viene a consolidar las distintas posturas contradictorias que han sido emitidas con respecto a la protección de los trabajadores de confianza que iniciaron en dichos puestos.

Si bien, los plenos jurisdiccionales no son vinculantes es sabido que en nuestro sistema judicial es una costumbre acatarlos lo cual es preocupante ya que este pleno es desprotector. Más allá de haber consolidado esta problemática lo cuestionable es cómo lo hace, esto es, señalando que por tener la condición de trabajador de confianza frente a la extinción del vínculo laboral por decisión del empleador sin mediar causa justa (despido) no corresponde otorgar ningún tipo de protección. Parece que los Jueces Supremos participantes del pleno olvidaron el mandato constitucional del artículo 27° que señala que la ley otorga al trabajador una adecuada protección contra el despido arbitrario el mismo que debe aplicarse teniendo en cuenta el contenido esencial del derecho al trabajo. En reiterada jurisprudencia el Tribunal Constitucional ha señalado que el contenido esencial del derecho al trabajo tiene dos aspectos, por un lado; el derecho acceder a un puesto de trabajo, por otro lado; el derecho a no ser despido sino por causa justa. En este sentido, no cabe duda que lo resuelto por el pleno es incompatible con la constitución y contraviene el contenido esencial del derecho al trabajo.

El sustento de los Jueces Supremos para suprimir cualquier tipo de protección para este tipo de trabajadores es que, a diferencia de los trabajadores comunes, se encuentran en una situación especial, lo cual es cierto. Sin embargo, conforme a lo señalado precedentemente, tal situación especial se vincula al goce y acceso a determinados beneficios de contenido netamente económicos, y no puede servir para otorgar un trato diferenciado entre unos y otros trabajadores con respecto al contenido esencial del derecho al trabajo en el sentido de no ser despedido sino por causa justa expresada en la ley, eliminándose cualquier tipo de protección para estos trabajadores.

En efecto, la formula por la que han optado los Jueces Supremos no respeta el contenido esencial del derecho al trabajo ya que el personal de confianza

en su condición de trabajadores también tienen derecho a acceder a mecanismos de protección contra el despido lo cual, además, se encuentra implícitamente señalado en nuestra legislación. En todo caso, en el supuesto que consideremos válida la decisión del pleno ¿De qué sirve que se haya regulado un periodo de prueba para los trabajadores de confianza y dirección? ¿Cuál es la finalidad del periodo de prueba? El TUO del D.L 728 en el artículo 10° señala lo siguiente:

“Artículo 10°.- El periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término alcanza el trabajador derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un periodo de capacitación o de adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad pueda resultar justificada. La ampliación del periodo de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el periodo inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección”

En armonía con lo citado, es posible concluir que la finalidad del periodo de prueba es otorgar al trabajador protección contra el despido arbitrario y nuestra legislación regula un periodo de prueba para los trabajadores de dirección y de confianza por lo que se entiende que superado dicho periodo estos cuentan con protección contra el despido, correspondiendo determinar cuál es el tipo de protección que les asiste. Queda claro que lo resuelto en el pleno contraviene nuestro ordenamiento jurídico.

Es evidente que al haber regulado un periodo de prueba para esta categoría de trabajadores, una vez superado el mismo, les corresponde acceder a la protección contra el despido y en respeto al contenido esencial del derecho al trabajo no pueden ser despidos sino a través de la imputación de una causa justa de despido, caso contrario nos encontramos frente a un despido arbitrario tutelable por nuestra legislación.

Por otro lado, negar protección a una determinada categoría de trabajadores

constituye una grave contravención a lo señalado por la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “Protocolo de San Salvador”. El Perú es un país signatario de la convención, por lo tanto internamente debemos observar sus disposiciones en materia de protección de derechos humanos, como tal; el derecho al trabajo. Al respecto el artículo 7° del Protocolo de San Salvador establece lo siguiente:

“Artículo 7° Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo

Los estados partes del presente Protocolo reconocen del derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

(...)

*d. La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de la industria y profesiones y con las causas de justa separación. **En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional***

El artículo 7° del Protocolo, dentro de lo citado, establece dos aspectos importantes: i) toda persona debe gozar de condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo, ii) la protección que debe otorgar la legislación de cada país frente al despido. En nuestro país existe la protección contra el despido arbitrario armónicamente a lo señalado por el Protocolo, sin embargo, el problema surge cuando internamente incumpliendo el deber de garantizar condiciones justas, equitativas y satisfactorias de trabajo se decide otorgar protección contra el despido a unos y excluir de dicha protección a otros sin que medio ningún fundamente válido que habilite tal situación.

Así las cosas, la decisión de excluir de protección contra el despido a los trabajadores de confianza no es válida ya que contradice lo regulado en la constitución y la ley, ignora el contenido constitucionalmente protegido del

derecho al trabajo y contraviene claramente lo dispuesto por la Convención Americana de Derechos Humanos y el Protocolo de San Salvador.

Finalmente, considero que los jueces al momento de impartir justicia y resolver casos que corresponde a la problemática que venimos abordando deben observar lo dispuesto por el artículo IV del Título Preliminar de la Ley N° 29497 el cual señala que los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. En resumen, aquellos que desvirtúan la protección que merecen los trabajadores de confianza frente al despido desconocen el sustento constitucional, legal e internacional de la protección. No cabe duda que esta categoría de trabajadores merecen tutela protectora, no es posible otorgarles un trato distinto utilizando como sustento la confianza pues dicho argumento los coloca en total estado de indefensión y desventaja, configurándose un acto de discriminación.

Finalmente, cabe preguntarnos ¿Qué tipo de protección merecen los trabajadores de confianza frente al retiro de la misma? Consideramos que la protección que debe asistir a estos trabajadores es la indemnizatoria tanto para los que han iniciado en dicho puesto como para los que han sido promovidos, no es posible que un trabajador de confianza (sea confianza pura o confianza-dirección) por las características de su cargo y su amplio manejo de información muy sensible dentro y fuera de la organización pueda mantenerse en la misma,

1.3 DERECHOS LABORALES ESPECÍFICOS E INESPECÍFICOS: SITUACIÓN DEL PERSONAL DE DIRECCIÓN Y DE CONFIANZA FRENTE AL RETIRO DE LA CONFIANZA

Conforme a lo mencionado líneas arriba, al dejar sin protección a los trabajadores de confianza se vulneran específicamente dos categorías de

derechos, derechos específicos laborales; el derecho al trabajo en su manifestación de derecho a la protección contra el despido y, derechos inespecíficos laborales: el derecho a la igualdad en la aplicación de la ley. Para efectos de este apartado vamos a diferenciar entre los derechos laborales específicos y los derechos laborales inespecíficos. Como primera aproximación podríamos diferenciar a esta categoría señalando que los derechos laborales específicos son aquellos que corresponden a la persona del trabajador y nacen con el contrato de trabajo, mientras que los derechos laborales inespecíficos son aquellos que corresponden a la persona humana y su nacimiento sobreviene a la existencia del contrato de trabajo, sin embargo, estos derechos son reconocidos y ejercidos dentro de la relación laboral.

Sobre los derechos específicos laborales, Palomeque y Alvarez¹⁰ de la Rosa señalan lo siguiente:

“Su origen específico o razón de ser (exclusiva o principalmente) en el ámbito de las relaciones laborales, de modo que no es posible técnicamente su ejercicio fuera de las mismas. La relación de trabajo, activa o como referencia pretérita o de futuro, se convierte de este modo para aquellos en presupuesto insoslayable de su nacimiento y ejercicio”.

Así, se tratan de derechos que surgen en el contexto de la relación laboral y no pueden ser ejercidas fuera de ellas, por ejemplo; el derecho a la asignación familiar, CTS, gratificaciones, vacaciones, jornada de trabajo de ocho horas diarias o 48 horas semanales, protección contra el despido arbitrario. En efecto, estos derechos son aquellos que surgen al inicio de una relación de trabajo con el contrato de trabajo, es decir, en aquellas relaciones donde el trabajador se subordina y pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo a cambio de una remuneración.

¹⁰ PALOMEQUE LOPEZ, Juan Carlos y Manuel ALVAREZ DE LA ROSA. Derecho del Trabajo. Novena edición. Centro de Estudios Ramón Aceres S.A. Madrid, 2001.

Por otro lado, tenemos a los derechos inespecíficos laborales los cuales han sido definidos por la doctrina de la siguiente manera:

“Otros derechos constitucionales de carácter general y, por ello, no específicamente laborales (que) pueden ser ejercidos, sin embargo, por los sujetos de la relación de trabajo en el ámbito de las mismas, por lo que en tal caso adquieren un contenido o dimensión laboral sobrevenidos. Se produce una impregnación laboral de derechos de titularidad general o inespecífica por el hecho de su ejercicio por trabajadores asalariados a propósito y en el ámbito de un contrato de trabajo”.

Se trata de derechos fundamentales de titularidad de todas las personas pero que adquieren una connotación importante al ser ejercidos dentro de una relación laboral, por ejemplo; el derecho a la libertad de pensamiento, libertad de religión, libertad de asociación, derecho a la intimidad, derecho a la dignidad, derecho a la igualdad y no discriminación. Es así que se produce la impregnación de los derechos fundamentales dentro de la relación laboral.

Ahora bien, conforme a lo mencionado, dentro de estas dos categorías de derechos encontramos al derecho a la protección contra el despido arbitrario y el derecho a la igualdad, ambos derechos son vulnerados cuando se elimina cualquier tipo de protección para los trabajadores de confianza.

1.3.1 El derecho a la igualdad

En nuestro ordenamiento jurídico, el principio de igualdad ha sido reconocido como principio rector y valor fundamental, y como derecho subjetivo posible de ser exigible por cualquier ciudadano.

A propósito de los pronunciamientos jurisdiccionales y del último pleno en donde se aborda la protección de los trabajadores de confianza; se advierte una aplicación diferenciada del mecanismo de protección contra el despido arbitrario entre trabajadores que pertenecen a un mismo régimen, esto es, el régimen privado laboral. Con la finalidad de resolver esta problemática, es

importante que tengamos en cuenta las clases de igualdad a fin de ubicar el contenido de este concepto que está siendo vulnerado. En este sentido, tomaremos la clasificación desarrollada por el profesor Renato Mejía¹¹ igualdad ante la ley, igualdad de trato e igualdad de oportunidades.

De acuerdo a lo señalado por el profesor Renato Mejía, el principio de igualdad posee dos dimensiones; una formal y otra sustancial. Dentro de la dimensión formal podemos ubicar a la igualdad ante la ley e igualdad de trato, y dentro de la dimensión sustancial a la igualdad de oportunidades.

1. Igualdad ante la ley.- Representa el aspecto formal de la igualdad; garantiza que todas las personas sean tratadas por igual desde la creación y aplicación de la ley. Así las cosas, impone al Estado a observar dicha igualdad en todas sus actuaciones.

Es importante resaltar que la dimensión formal implica el trato igual entre los iguales y desigual entre los desiguales. Sin embargo, la dimensión formal no exige un trato igual para todos sino la justificación en caso de existir un trato desigual. Por ello, la igualdad ante la ley tiene relevancia en la producción y aplicación de la misma.

1.1 Igualdad en la producción de la ley.- Busca encaminar la actuación del poder público que ostenta la facultad legislativa, lo cual implica que, en principio, al momento de emitir una norma no debe existir diferenciación. Sin embargo, como lo mencionamos líneas arriba, la dimensión formal en estricto no exige un trato igual para todos, sino que se justifique toda diferenciación, de no existir justificación tal diferenciación se traducirá en discriminación. Lo último encuentra sustento en el artículo 103° de la Constitución que prescribe lo

¹¹ MEJIA, Renato. Igualdad de Remuneración por Trabajo igual. Revista IUS. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2009, p. 126

siguiente: “Pueden expedirse leyes porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de las personas”.

- 1.2 **Igualdad en la aplicación de la ley.-** Este aspecto de la igualdad busca que los órganos que aplican el derecho (ejecutivo y legislativo) lo apliquen de manera igual para todos. Es importante tener en cuenta que la norma no contiene diferencias, sin embargo, en casos excepciones podrá aplicarse de manera desigual siempre y cuando dicho trato se encuentra sustentada de manera objetiva y razonable.
2. **Igualdad de trato.-** Este aspecto de la igualdad formal busca encaminar la actuación de los particulares pues se trata de una igualdad formal que prescribe la obligación de respetar el mandato de igualdad de las diversas fases de la autonomía privada. Por mandato de este extremo de la igualdad, los particulares no podrán tratar de manera diferente a las personas, salvo que exista una razón objetiva y razonable que justifique dicho trato.
3. **Igualdad de oportunidades.-** Es la dimensión sustancial de la igualdad, legitima la intervención del estado para corregir las diferencias injustificadas. El estado debe intervenir ejecutando acciones/políticas positivas en aras de garantizar el objetivo de un Estado Social de Derecho: la igualdad sustancial.

De lo expuesto es posible concluir que las manifestaciones del derecho a la igualdad (igualdad ante la ley, igualdad de trato e igualdad de oportunidad) tienen un contenido diferente ya que buscan regular el comportamiento de distintos actores frente contextos determinados. La diferencia entre estas manifestaciones garantiza la efectividad del principio de igualdad. En el tema materia de investigación advertimos que a nivel jurisdiccional se ha eliminado cualquier tipo de protección para los trabajadores de confianza que desde el inicio de sus labores se hayan desempeñado en dicha condición,

sin embargo, frente a esta situación cabe preguntarnos ¿Existe alguna justificación razonable y objetiva que permite limitar el derecho al trabajo de estos trabajadores sin justificación alguna? ¿Es legítimo considerar al retiro de la confianza como una causal válida de extinción del contrato de trabajo? La respuesta, evidentemente, es negativa. No existe fundamento constitucional ni legal que permita eliminar el sistema de protección prescrita por nuestra legislación para los trabajadores frente a un despido sin causa justificada.

La aplicación diferenciada del sistema de protección contra el despido para trabajadores del régimen privado (trabajadores comunes y trabajadores de confianza) se traduce en una vulneración evidente al principio de igualdad ante la ley y la igualdad de trato, ambas ubicadas dentro de la igualdad formal. Como bien manifestamos al inicio, este aspecto formal busca que todo trato desigual se encuentre justificado, sin embargo, el trato diferenciado en la aplicación del sistema de protección de salida entre trabajadores de un mismo régimen no contiene una justificación objetiva y razonable lo cual nos permite concluir que nos encontramos frente a un evidente acto de discriminación. Cabe señalar que la igualdad de trato no se encuentra recogida expresamente en nuestra constitución, pero esta sí reconoce el mandato de no discriminación señalando en el artículo 2.2 que “Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.

Volviendo a la evidente situación de discriminación en la que nos encontramos, pareciera que los jueces, al momento de otorgar un trato diferenciado sin justificación objetiva y razonable, hubiesen olvidado por completo que el mandato de no discriminación se constituye en un elemento fundamental para asegurar la igualdad entre los humanos, protegiendo ciertos grupos desfavorecidos.

Advertida esta evidente colisión con el aspecto formal de la igualdad, el

mandato de no discriminación debe funcionar como un puente con el aspecto sustancial de la igualdad, esto es, con la igualdad de oportunidades. La dimensión sustancial legitima la intervención del estado para corregir la desigualdad creando una nueva igualdad.

De lo expuesto, es posible concluir que urge la intervención del estado para corregir esta situación discriminatoria la misma que debe manifestarse a través de acciones/políticas positivas que concuerden con salvaguardar la finalidad de un Estado Social de Derecho: la igualdad sustancial. En atención a lo señalado por nuestra constitución y por los distintos tratados internacionales citados en la presente no cabe duda que todos los trabajadores tiene el derecho de acceder a un sistema de protección contra el despido, máxime cuando pertenecen a un mismo régimen.

1.3.2 El derecho al trabajo y su contenido constitucionalmente protegido: Protección contra el despido arbitrario

De acuerdo a lo mencionado líneas arriba, la supresión de un mecanismo de protección contra el despido para los trabajadores de confianza no solo importa la vulneración de derechos laborales inespecíficos (igualdad, no discriminación) pues también es posible advertir de esta situación la vulneración del derechos laborales específicos. El permitir la extinción del vínculo laboral sin justificación alguna colisiona directamente con el mandato del derecho al trabajo en el extremo de su contenido que proscribe extinguir el vínculo laboral sino por causa justa.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el exp. N° 00263-2012-AA/TC ha señalado lo siguiente:

“El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22° de la Constitución. Este tribunal estima que el contenido esencial de este

*derecho constitucional 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.** En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. **El segundo aspecto del derecho trata del derecho al trabajo entendido como la proscripción de ser despedido salvo por causa justa.***

(Resaltado agregado)

En armonía con lo citado, específicamente el segundo aspecto del contenido esencial del derecho al trabajo, no cabe duda que en nuestro sistema normativo el despido como tal solo opera de manera legítima siempre y cuando se realice alegando alguna de las causas justas de despido, las mismas que se encuentran reguladas en el artículo 22° del TUO del D.L 728-LPCL:

*“**Artículo 22.-** Para el despido de un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de una causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada.*

La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador.

La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pueda interponer para impugnar su despido”.

A mayor abundamiento, el profesor Blancas Bustamante¹² ha resaltado de manera enfática que el aspecto individual del derecho al trabajo supone la vigencia del principio de causalidad como exigencia ineludible para la validez del despido, descartando, de este modo, del ordenamiento jurídico el despido *ad nutum o incausado*, entendiendo por tal aquel en el cual la sola expresión de voluntad del empleador es considerada suficiente para extinguir la relación laboral. Todo despido que se realice inobservando el principio de causalidad tiene como consecuencia una flagrante vulneración del derecho al trabajo.

¹² BLANCAS, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral Peruano*. Lima: Jurista Editores

De lo expuesto es posible concluir que, la extinción del vínculo laboral por pérdida de la confianza sin otorgar ningún tipo de protección colisiona con el contenido esencial del derecho al trabajo. Esta extinción no puede considerarse como válida ya que se ejecuta vulnerando el principio de causalidad razón por la cual deben aplicarse los mecanismos de protección en aras de salvaguardar el derecho constitucional al trabajo. Es importante resaltar que, desde el punto de vista constitucional y legal, la prohibición de la facultad del empleador de despedir libremente contiene no solo el respeto al valor fundamental del trabajo, además, refleja una política de garantía del derecho de ocupación (contenido económico y profesional) y de la dignidad social.

En la doctrina Latinoamericana, De Buen¹³ señala que el derecho al trabajo posee varias manifestaciones. Por un lado, el derecho a adquirir un empleo. Por otro, el derecho a conservar el empleo. Sobre esta última manifiesta que conlleva a determinar que todo trabajador tiene derecho a conservar un empleo, salvo que hubiere una causa justa para privarle de él. Este principio (causalidad) se traduce, además, como en la estabilidad en el empleo.

En este sentido, podemos concluir que el despido sin expresión de causa de trabajadores de confianza instaurado a nivel jurisdiccional vulnera el derecho al trabajo, máxime cuando de lo señalado en la constitución se desprende que el trabajo es un deber y un derecho, es base de bienestar social y un medio de realización de la persona. Sin embargo, esta no es la única norma del ordenamiento que reconoce el derecho al trabajo, pues, conforme a lo mencionado línea arriba, se encuentra además consagrado en el artículo 6 inciso 1 del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos Sociales y Culturales, conocido como Protocolo de San Salvador, que señala; “*Toda*

¹³ DE BUEN, Nestor. *Derechos del Trabajador d Confianza. México: Universidad Autónoma de México. Pág. 98 y siguientes.*

persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada”.

En efecto, en razón a las normas del bloque de constitucionalidad dispuesto por la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución en virtud a la cual: *“las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas ratificadas por el Perú.,* Así las cosas, es evidente que la interpretación del artículo 22 de nuestra constitución debe realizarse en armonía con las disposiciones relevantes del Protocolo de San Salvador.

El protocolo de San Salvador, luego de enunciar en su artículo 6° el contenido del Derecho al Trabajo, desarrolla sus alcances en el artículo 7° señalando lo siguiente:

“Los Estados Partes en el presente protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos estados garantizaran en sus legislaciones, lo siguiente:

(...)

d) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

De este modo, es evidente que al nivel nacional como internacional se reconoce que los trabajadores merecen un mecanismo de protección frente al despido injustificado, premisa que vienen omitiendo los jueces laborales al eliminar el sistema de protección para los trabajadores de confianza, creando

situaciones diferenciadas que conllevan a la vulneración del principio de igualdad, del mandato de no discriminación y del valor fundamental del derecho al trabajo.

2. Formas unilaterales de extinguir la relación laboral: El retiro de la confianza y el despido. Mecanismo de protección.

Conforme a lo señalado precedentemente, la extinción del vínculo laboral sin que exista una causa justificada configura un despido inválido, injustificado, etc. Lo natural frente a este tipo de situaciones es que el mecanismo de protección del derecho al trabajo se active con la finalidad de salvaguardar este derecho reconocido en nuestra constitución y en dispositivos internacionales. Si bien, la idea central de esta investigación sustenta que no existe justificación objetiva y razonable que permita eliminar cualquier tipo de protección contra el despido para los trabajadores de confianza, consideremos que sí existe una justificación objetiva que permita establecer un sistema de protección diferenciado para estos trabajadores, frente al despido.

Por las características del vínculo laboral de confianza consideramos que nos encontramos frente a una relación de naturaleza especial por elevado nivel de responsabilidad. Por ello, se puede decir válidamente que estas relaciones merecen un trato diferenciado al momento de la extinción del vínculo laboral, sobretodo cuando nos encontremos frente a un despido arbitrario. Cabe recordar que hace muchos años, antes de la Ley N° 26513, en nuestra legislación se establecía un trato diferenciado de protección en caso se configure un despido arbitrario; se permitía la reposición en el empleo excluyéndose de esta protección a los trabajadores de confianza por la naturaleza especial del cargo.

Ahora bien, a diferencia de la experiencia comparada (México, España) en nuestra legislación no existe una causal especial de extinción de la relación laboral por pérdida de la confianza. Desde la entrada en vigencia de la Ley N° 26513, nuestro ordenamiento no establece un sistema diferenciado de despido de los trabajadores de

confianza frente a los trabajadores comunes. En este sentido, la única modalidad de extinción válida de la relación laboral, en ambos casos, encuentra justificación en lo dispuesto por el artículo 16° del TUO del D.L 728, aprobado por D.S 003-97-TR LPCL:

“Artículo 16°.- Son causas de extinción del contrato de trabajo:

- a) El fallecimiento del trabajador o del empleador si es persona natural;*
- b) La renuncia o retiro voluntario del trabajador;*
- c) La terminación de la obra o servicio, el cumplimiento de la condición resolutoria y el vencimiento del plazo en los contratos legalmente celebrados bajo modalidad;*
- d) El mutuo disenso entre trabajador y empleador;*
- e) La invalidez absoluta permanente;*
- f) La jubilación;*
- g) El despido, en los casos y forma permitidos por la Ley;*
- h) La terminación de la relación laboral por causa objetiva, en los casos y forma permitidos por la presente ley.*

Es así que, en aquellos casos en donde el empleador invoque la pérdida de la confianza para extinguir el vínculo laboral nos encontraremos frente a una decisión unilateral, es decir, frente a un despido. Siendo así, cabe preguntarse ¿Nos encontramos frente a un despido válido o frente a un despido que requiere de protección por el ordenamiento jurídico? Con la finalidad de dar respuesta a ambas interrogante es necesario acudir a lo dispuesto por los artículos 22°, 23° y 24° de la LPCL:

“Artículo 22.- Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada.

La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador.

La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido”.

“Artículo 23.- Son 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;*
- b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares;*
 - c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen 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.*

“Artículo 24.- Son 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 armonía con lo citado, se advierte que el retiro de la confianza no se encuentra tipificado como mecanismo de extinción de la relación laboral, ni mucho menos como causa justificada de despido. Nuestro ordenamiento se regula por el principio de legalidad y causalidad para determinar cuándo nos encontramos frente a un despido válido, por lo que, al invocar el retiro de la confianza con causal de extinción de la relación laboral se estaría imputando una causa no prevista en nuestra legislación lo cual nos conlleva a determinar que evidentemente nos encontramos frente a un despido sin causa justa. Al encontrarnos frente a un despido que requiere de protección (sin causa justa), resulta de aplicación en artículo 27° de la Constitución Política del Perú: *“La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”* Como consecuencia de esta disposición constitucional, nuestra legislación estableció la protección indemnizatoria frente al despido arbitrario; una indemnización y media por cada año completo de servicios con el máximo de 12 remuneraciones.

En este punto es importante recordar brevemente que, en los primeros años de la década del 2000, en la sentencia recaída en el exp. N° 1124-2001, el Tribunal Constitucional modificó el sistema de protección de los trabajadores permitiendo la reposición de trabajadores ordinarios-comunes que habían sido despedidos sin expresión de causa justa en aplicación de la figura del despido pagado, es decir, como consecuencia de un despido arbitrario. Posteriormente, mediante la sentencia 976-

2003, el Tribunal Constitucional extendió la protección para el despido fraudulento, esto es; cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios; se le atribuye una falta no prevista legalmente; se produce la extinción del vínculo laboral con vicio de la voluntad; o, mediante la “fabricación de pruebas”.

De lo expuesto, se advierte que con la intervención el Tribunal Constitucional se amplió el sistema de protección contra del despido arbitrario, permitiendo que los trabajadores despedidos sin expresión de causa justa puedan optar, excluyentemente; por la reposición o por la indemnización. Así, es posible colegir que en el régimen privado laboral existen dos medidas de protección frente al despido arbitrario; i) reposición o ii) indemnización.

Ahora bien, desarrollado el sistema de protección legal y jurisprudencial contra el despido, cabe preguntarnos ¿si los trabajadores de confianza, frente al cese por retiro de la misma, pueden optar por la reposición o la indemnización? Conforme a lo mencionado precedentemente, no existe justificación objetiva-razonable para suprimir el sistema de protección contra el despido establecido por nuestra legislación y jurisprudencia respecto a los trabajadores de confianza. Sin embargo, consideramos –sin suprimir la protección para un grupo- que sí es posible aplicar de manera diferenciada este sistema de protección contra el despido respecto a los trabajadores comunes y trabajadores de confianza. De todo lo expuesto, es evidente que el retiro de la confianza se equipará a un despido que no cumple con los requisitos establecidos en nuestra legislación para ser considerado válido razón por la cual debe aplicarse el mecanismo de protección que busca salvaguardar el derecho fundamental al trabajo.

Desde el derecho del trabajo todos los trabajadores merecen protección contra el despido arbitrario. En el tema materia de investigación, este mecanismo de protección puede ser aplicado de manera diferenciada (lo cual no supone supresión) teniendo en cuenta un elemento objetivo importante: la naturaleza de las funciones-cargo. Es posible realizar una aplicación diferenciada objetiva del mecanismo de protección contra el despido entre los trabajador de confianza y trabajadores comunes

sin llegar a vaciar el contenido del derecho al trabajo, esto es, permitiendo que frente al retiro de la confianza, por la especial naturaleza del cargo, los trabajadores de confianza tengan derecho únicamente a la indemnización. La reposición se constituye en un mecanismo de protección incompatible con los puestos de confianza.

Lo último se encuentra en armonía con lo dispuesto en el bloque de constitucionalidad que establece que los derechos consagrados en nuestra constitución se interpretan de acuerdo a los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos aprobados por el Perú. En nuestro caso, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre derechos humanos, ratificado por el Perú, establece que, frente al despido arbitrario, el trabajador tiene derecho a la reposición, indemnización, o cualquier otra prestación prevista en la legislación interna.

En efecto, resulta constitucional limitar la protección indemnizatoria a favor de los trabajadores de confianza como mecanismo de protección contra el despido. Por la naturaleza de sus labores de confianza consideramos que no es admisible la reposición en el empleo.

3. La remoción del gerente por el directorio: ¿Califica como despido?

El artículo 187° de la Ley General de Sociedades prescribe lo siguiente:

“El gerente general puede ser removido en cualquier momento por el directorio o por la junta general, cualquiera que sea el órgano del que haya emanando su nombramiento.

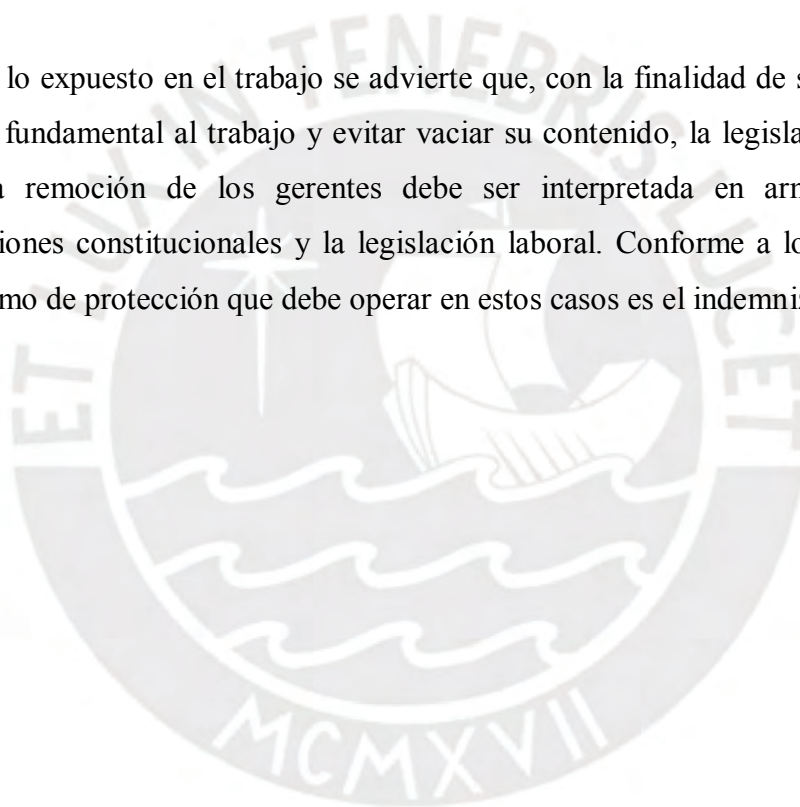
Es nula la disposición del estatuto o el acuerdo de la junta general o del directorio que establezca la irrevocabilidad del cargo de gerente o que imponga para su remoción una mayoría superior a la mayoría absoluta”.

Del artículo citado se desprende que el directorio de una empresa está facultado para remover al gerente cuando lo considere conveniente, sin embargo, cabe preguntarnos si dicha remoción debe realizarse de manera aislada del derecho del trabajo, es decir, considerando como válida la extinción de la relación laboral con el gerente con la

sola remoción.

Es evidente que la aplicación de la remoción responde a la pérdida de la confianza del directorio en el gerente. Conforme a lo expresado previamente la pérdida de la confianza, como decisión unilateral del empresario, se configura en un despido por lo que al no encontrarse expresada como causa justa nos encontramos frente a un despido arbitrario. Sin perjuicio de la disposición societario sobre la remoción de los gerentes, consideramos que es pertinente recurrir a la legislación laboral al momento de su aplicación.

De todo lo expuesto en el trabajo se advierte que, con la finalidad de salvaguardar el derecho fundamental al trabajo y evitar vaciar su contenido, la legislación societaria sobre la remoción de los gerentes debe ser interpretada en armonía con las disposiciones constitucionales y la legislación laboral. Conforme a lo expresado, el mecanismo de protección que debe operar en estos casos es el indemnizatorio.



CONCLUSIONES

1. El derecho del trabajo es un derecho que en nuestro contexto jurídico posee reconocimiento constitucional e internacional. El ejercicio de este derecho permite que la persona humana pueda satisfacer sus necesidades básicas razón por la cual su limitación debe efectuarse en los términos estrictos prescritos por la ley.
2. Todos los trabajadores, sean comunes o de confianza, tiene derecho al goce pleno del derecho al trabajo entendido esto como; el derecho a acceder a un puesto de trabajo y a permanecer en el mismo siempre que no se configure una causa justa expresada por la ley que autorice el despido.
3. La calificación de los puestos de confianza debe realizarse atendiendo de manera estricta a la naturaleza de las funciones. Cualquier calificación que se realice solo para disminuir los costos laborales, es nula.
4. Lo resuelto en el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional es ilegal, no es posible suprimir toda protección contra el despido de los trabajadores de confianza, máxime cuando a nivel constitucional e internacional existe el reconocimiento expreso del derecho al trabajo. Los magistrados del pleno omitieron las disposiciones relativas al derecho al trabajo al momento de emitir su decisión, esta decisión solo refleja un trato diferenciado y, por tanto, discriminatorio entre trabajadores que pertenecen a un mismo régimen.
5. La protección adecuada contra el despido arbitrario de los trabajadores de confianza es la indemnización. La reposición en estos casos, por la naturaleza sensible de la funciones, resulta incompatible. Considerar solo como mecanismo de protección a la indemnización no resulta discriminatorio toda vez que este trato diferenciado obedece a una razón objetiva y justificada; la naturaleza especial de las funciones y la cercanía con el núcleo de la organización.

BIBLIOGRAFIA

- BLANCAS, Carlos
2013 *El despido en el derecho laboral peruano*. Tercera edición. Lima: Jurista Editores
- BRICEÑO, Alberto
1985 *Derecho Individual del Trabajo*. México: Industria Editorial Mexicana.
- BOZA, Francisco
1998 *Derecho Individual del Trabajo*. Tomo I. Lima: Editorial Rodhas.
- CABANELLAS, Guillermo
1968 *Compendio de derecho laboral*. Dos volúmenes. Buenos Aires: Bibliográfica Omeba.
- CONGRESO DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS
1970 Ley Federal del Trabajo. México, 1 de abril. Consulta: 10 de abril de 2018
<https://www.juridicas.unam.mx/legislacion/ordenamiento/ley-federal-del-trabajo>
- DE LA CUEVA, Mario
1964 *Derecho Mexicano del Trabajo*. Tomo I. Octava Edición. México: Editorial Porrúa.
- DE BUEN, Nestor
2001 *Derechos del trabajador de confianza*. Segunda edición. México: Universidad Nacional Autónoma de México
- FERRO, Victor
2012 *La Protección frente al despido en la evolución de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Derecho PUCP. Lima.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/viewFile/2843/2772>
- OBREGON, Tulio
2009 *Los trabajadores de dirección y de confianza*. Actualidad Empresarial. Lima.
- PALOMEQUE LOPEZ, Juan Carlos y Manuel ALVAREZ DE LA ROSA.
2001 *Derecho del Trabajo*. Novena edición.
- PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

2002 Código de Trabajo. Chile, 31 de julio. Consulta: 10 de abril de 2018.

http://www.dt.gob.cl/legislacion/1624/articles-95516_recurso_1.pdf

- TOYAMA, Jorge
2014 *Reflexiones sobre el tratamiento jurisprudencial del personal de dirección y de confianza.*
- ULLOA, Daniel
2011 *El despido libre de los trabajadores de confianza: a propósito de una curiosa tendencia del Tribunal Constitucional.* Ius et Veritas.
<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12061>
- MEJIA, Renato
2008 *La igualdad de remuneración por trabajo de igual valor.* Lima: Ius et Veritas.

