

Chris_Pe_a_-_VERSI_N_FINAL_- _23.03.23.pdf

por

Fecha de entrega: 23-mar-2023 10:47a.m. (UTC-0500)

Identificador de la entrega: 2044526989

Nombre del archivo: Chris_Pe_a_-_VERSI_N_FINAL_-_23.03.23.pdf (652.13K)

Total de palabras: 19932

Total de caracteres: 105003

¹
**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



LA FALTA **DE** PREDICTIBILIDAD JUDICIAL SOBRE **LA**
REDUCCIÓN REMUNERATIVA DEL TRABAJADOR DE
CONFIANZA REPUESTO A SU CARGO ORDINARIO

⁵
Trabajo de Investigación para obtener el grado académico de Magíster en
Derecho de la Empresa que presenta:

Chris Carol Peña Salgado

Asesora:

Claudia Vanessa Mejía Mejía

Lima, 2022

Agradecimiento

A mis padres, quienes siempre me brindan su apoyo para continuar avanzando y con quienes estaré eternamente agradecida.

Resumen Ejecutivo

¹ En el presente trabajo abordamos el tema de la reducción de remuneración para trabajadores de confianza que pierden la calidad de confianza y son retornados a sus puestos originales en donde no mantenían esta calificación; lo cual genera una inseguridad jurídica y sobre todo una falta de predictibilidad legal sobre si afecta o no el derecho a la remuneración al no existir base legal positiva para este caso, habiendo solo jurisprudencia emitida que se contradice entre ella y un Pleno Laboral que no tiene fuerza vinculante pero que ayudará a revisión del problema desde una perspectiva interpretativa; por lo que la doctrina y jurisprudencia serán el pilar del enfoque metodológico del presente trabajo. Por tanto, el objetivo del trabajo es buscar concluir si esta reducción de remuneración para algunos trabajadores afecta un derecho constitucional como lo es el de la remuneración y si debe ser considerado un acto arbitrario o una medida abusiva; teniendo a un lado jurisprudencia para la que prevalece ² el derecho a la remuneración y el derecho a un ingreso que le de una vida digna a los trabajadores, entre otros; y del otro lado una interpretación objetiva a lo que deviene no a una reducción de remuneración sino una adecuación de la misma por las nuevas funciones que ostentaría el trabajador, siendo esta última posición la que apoya mi trabajo.

Índice

I. Introducción	
1. Problema	3
2. Planteamiento de la Hipótesis	8
3. Planteamiento de Objetivos	10
4. Enfoque Metodológico	11
II. Capítulo 1: El trabajador de confianza y dirección	12
1.1 Trabajador de dirección	12
1.2 Trabajador de confianza	14
1.3 Clase de trabajadores de dirección y confianza	21
1.4 El retiro de confianza al trabajador de dirección o confianza	23
1.5 La reducción de remuneración dentro de nuestro ordenamiento legal	30
III. Capítulo 2: Problema de la Investigación	40
IV. Capítulo 3: Discusión	50
V. Capítulo 4: Conclusiones	56
VI. Referencia Bibliográficas	60

INTRODUCCIÓN

1. PROBLEMA

¹⁴ En el régimen laboral de la actividad privada, al día de hoy, tenemos un grupo de ³⁸ trabajadores calificados como de dirección y de confianza quienes en virtud de las funciones que realizan reciben un tratamiento especial como ciertas limitaciones en sus condiciones de trabajo tales como la ampliación de su periodo de prueba, la no fiscalización de horas trabajadas, limitación para su sindicalización, entre otros. Por otro lado, este trato diferenciado también les otorga ciertos beneficios en sus condiciones laborales y en el aspecto económico dado que en la mayoría de los casos reciben un reconocimiento económico adicional a su remuneración ordinaria por este tratamiento especial.

Sobre este grupo de trabajadores, en particular sobre los trabajadores de confianza, ²⁰ el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional del 2018 de fecha 22 de mayo del 2018, en su cuarto ⁴⁸ acuerdo, concluyó que existía la posibilidad de retorno al cargo original de un trabajador promovido a un cargo de confianza; no obstante, no se pronunció respecto a qué remuneración debería percibir el trabajador que retorna a su puesto originario. En este punto estamos ante dos opciones, mantener la última remuneración o reducir la misma a la que percibía antes de ser promovido a un puesto de confianza.

Con respecto a la reducción ¹² de la remuneración, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, ¹ teniendo en cuenta que uno de los fines del recurso de casación es la unificación de la jurisprudencia nacional, ³¹ estableció mediante la Casación Laboral N° 3711-2016-Lima de fecha 23 de setiembre del ³³ 2016, los criterios jurisprudenciales sobre la reducción de remuneración, siendo el primer criterio la aplicación del único artículo de la Ley N° 9463, Ley ²¹ que permite la reducción solo cuando medie un acuerdo libre, expreso y motivado entre el empleador y el trabajador; y siendo la segunda alternativa, la convención de un acuerdo colectivo, ²¹ siempre y cuando sea pactada entre el empleador y la organización sindical mayoritaria y siempre que se presente alguna de las causas objetivas previstas en el artículo 46°

del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo No. 003-97-TR (en adelante, “TUO de la LPCL”). Un requisito de esto último, es que dicho acuerdo se adopte para evitar o limitar el cese de personal y se sujete al procedimiento previsto en el artículo 48° de la misma norma legal.

Por tanto, a primeras luces, no habría forma de realizar la reducción de la remuneración sin atender contra ningún derecho del trabajador, si no se cuenta con el consentimiento expreso del o de los mismos, en caso de una organización sindical. En este sentido, de no cumplir con los requisitos señalados en el párrafo precedente, toda disminución de remuneración será considerada un acto de hostilidad previsto en el literal b) del artículo 30° del TUO de la LPCL, equiparable al despido, el cual se cita de la siguiente manera:

Artículo 30.- Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría

En este sentido, si bien el TUO de la LPCL y la jurisprudencia vinculante, restringen la reducción unilateral siempre que no haya un consentimiento por parte de los trabajadores o un sustento o causa objetiva y razonable en el caso de los acuerdos colectivos, esta regulación hace referencia a los trabajadores ordinarios en general y no señala nada con respecto a los trabajadores denominados de confianza, lo cuales son objeto de la presente investigación, y quienes, a la fecha, no tienen una regulación específica por su tratamiento especial sino que se encuentran regulados por artículos aislados en normas legales y jurisprudencia que se ha ido construyendo con el paso del tiempo, lo cual también será objeto de análisis en el presente trabajo.

Sobre la reducción de la remuneración de los trabajadores de confianza, la Corte Suprema ha discrepado en diversos pronunciamientos. Por un lado, tenemos la Casación Laboral N° 3636-2010-Cusco que concluyó que la reducción de remuneración de un trabajador de confianza que estuvo trabajando en el cargo muchos años vulneraba su derecho a una reducción motivada y que además no respetaba el carácter social del salario; por lo que impulsaba la noción de actos de hostilidad en este supuesto; y por el otro, con un pronunciamiento más reciente, la Casación Laboral N° 23795-2017-Lima, mediante la cual se determinó que la reducción de remuneración

no debe ser considerada un acto de hostilidad propiamente dicho dado que un trabajador no debía continuar percibiendo la antigua remuneración una vez culminada su designación pues dicho monto remunerativo guardaba relación con el grado de responsabilidad de sus funciones; finalmente hacía hincapié de que no se estaba ante una reducción de remuneración sino ante una adecuación remunerativa dada las nuevas funciones del trabajador.

En este sentido y bajo este escenario, en la búsqueda de la estabilidad laboral y seguridad jurídica; los Jueces Superiores de la especialidad laboral se reunieron en un Pleno Jurisdiccional Nacional llevado a cabo los días 25 y 26 de marzo del 2021 con la finalidad de tomar una posición frente al problema originado; concluyendo que la reducción de remuneración no debe ser tomada como un acto de hostilidad frente al trabajador dado que si se retira la condición de pago se pierde el plus remunerativo otorgado por la mayor responsabilidad.

Por tanto, si bien en un panorama actual se podría considerar que ya se tiene la posición en la cual deberían ir dirigidos todos los fallos del Poder Judicial; lo acordado en el citado pleno no tiene carácter vinculante dado que según el artículo 116° de la Ley Orgánica del Poder Judicial, *“los integrantes de las Salas Especializadas, pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial”* (el subrayado es nuestro), es decir, buscan tomar un acuerdo sobre una línea interpretativa.

Además, el artículo 40° de la Nueva Ley Procesal del Trabajo, en adelante NLPT, con el fin de garantizar la uniformidad de criterios en determinados temas, señala que solo la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia encargada de conocer un recurso de casación puede convocar al pleno de los jueces supremos que formen otras salas en materia constitucional y social para que emita una sentencia que constituya o varíe un precedente judicial obligatorio¹; por tanto, siendo que los Plenos Jurisdiccionales no conocen un recurso de casación,

¹ Nueva Ley Procesal de Trabajo

Artículo 40.- “La Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República que conozca del recurso de casación puede convocar al pleno de los jueces supremos que conformen otras salas en materia constitucional y social, si las hubiere, a efectos de emitir sentencia que constituya o varíe un precedente judicial. La decisión que se tome en mayoría absoluta de los asistentes al pleno casatorio constituye precedente judicial y vincula a los órganos jurisdiccionales de la República, hasta que sea modificada por otro precedente. Los abogados pueden informar oralmente en la vista de la causa, ante el pleno casatorio.

sus acuerdos ^{no} tendrán efecto vinculante hasta que sean tomados en cuenta y revisados por algún Pleno Casatorio.

Por su parte, ¹⁵ el artículo 22° de la Ley Orgánica del Poder Judicial señala que:

⁶
Carácter vinculante de la doctrina jurisprudencial.

Artículo 22.- Las Salas Especializadas de la Corte Suprema de Justicia de la República ordenan la publicación trimestral en el Diario Oficial "El Peruano" de las Ejecutorias que fijan principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento, en todas las instancias judiciales.

Estos principios deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que por excepción decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

Los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la República pueden excepcionalmente apartarse en sus resoluciones jurisdiccionales, de su propio criterio jurisprudencial, motivando debidamente su resolución, lo que debe hacer conocer mediante nuevas publicaciones, también en el Diario Oficial "El Peruano", en cuyo caso debe hacer mención expresa del precedente que deja de ser obligatorio por el nuevo y de los fundamentos que invocan.

En este sentido, esta disposición normativa reitera que solo algunas decisiones de ²⁹ las salas especializadas ^{de la Corte Suprema} que plasmen ^{principios jurisprudenciales} serán precedentes ^{de} obligatorio cumplimiento y quienes se aparten del citado precedente deberán asumir la carga de justificar su apartamiento.

Por tanto, coincidimos en señalar que los plenos jurisdiccionales solo “constituyen ²² un mecanismo para «concordar» la jurisprudencia en diversos niveles, es decir, desde una ^{Corte}

Superior de Justicia, por medio de los plenos distritales, hasta alcanzar a todas las Cortes Superiores de Justicia del país a través de los plenos nacionales” (Poder Judicial 2020: 7); lo cual debería obedecer a los principios de igualdad y seguridad jurídica y exigir que los casos sustancialmente iguales sean resueltos de la misma manera por parte del Poder Judicial; más en la realidad, no tienen la fuerza de los precedentes vinculante de la Corte Suprema y por tanto, los jueces pueden apartarse de lo acordado, lo que pone en vitrina la falta de seguridad jurídica dada la posibilidad de que casos sustancialmente iguales sean resueltos de manera diferente por parte del Poder Judicial.

Aunado a lo indicado en el párrafo precedente, existe doctrina que coincide al señalar sobre los plenos jurisdiccionales, que el no tener efecto vinculante no debería implicar que no pueden ser tomados en cuenta al momento de decidir un caso particular. Es decir, la homogeneidad de las sentencias que guarden misma relación, debe ser considerada un beneficio para el sistema jurídico nacional, dado que sumarían a favor de la seguridad jurídica en donde primaría la previsibilidad de las decisiones judiciales, lo cual garantizaría la certeza del derecho al tener una misma orientación interpretativa. El tener diversos pronunciamientos jurídicos que versan sobre los mismos hechos genera mayor incertidumbre jurídica y contraviene el derecho a la igualdad de trato de los ciudadanos. (Taruffo 2016: 54).

En ese sentido, podemos concluir que si bien el Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral del 25 y 26 de marzo de 2021 no tiene efecto vinculante, si puede y debiera tomarse en cuenta por los órganos judiciales con la finalidad de garantizar certeza del derecho; y en este sentido lo indicado en el Pleno señalado en el presente párrafo que concluye que es válido la reducción de remuneración cuando un trabajador de confianza retorna a un puesto ordinario debe ser tomado como una orientación interpretativa.

Independientemente a ello, considero necesario sostener que existe una base legal fundamentada que apoye la posición del Pleno Laboral y que convertiría en obligatorio su cumplimiento; como lo es el artículo 6° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR, el cual señala que se entenderá como remuneración a la contraprestación en dinero o en especies valorables en dinero, que efectúa el empleador *a cambio*

de un trabajo realizado en relación de dependencia por causa ¹ de un contrato de trabajo; y retornando un trabajador de confianza a un puesto anterior donde no tiene esa calificación de confianza no existe una contraprestación similar.

Asimismo, no existe una base legal que prohíba la reducción de remuneración en la situación detallada dado que existe un vacío legal con respecto al tratamiento especial para este tipo de trabajadores, en especial lo referente al retiro de confianza dado que está ligado a la reducción de remuneración y al ser a sola discreción del empleador podría ser visto como una forma arbitraria de reducir la remuneración.

Teniendo en cuenta todo lo antes detallado, esta investigación busca analizar el tratamiento legal a la reducción de remuneración del ¹ trabajador de confianza que es repuesto a un cargo ordinario y detallar una base legal que sustente la reducción de remuneración dado la falta de fuerza vinculante del pleno jurisdiccional; y con ello limitar el pronunciamiento de fallos contradictorios que solo alimentan la inseguridad jurídica que se ve reflejada en la falta de predictibilidad de toda persona de conocer de antemano las consecuencias jurídicas en sus relaciones con el Estado y entre los particulares (empresa – trabajador).

2. Planteamiento de la hipótesis

En este punto, el primer acercamiento de mi hipótesis es señalar que ⁷ la reducción de remuneración en el caso de los trabajadores de confianza que retornan a puestos de trabajo anteriores donde no cuentan con la característica especial de ser “de confianza”, no debe ser visto como una decisión inmotivada o abusiva dado que, el retiro de confianza se da en virtud del ejercicio del *Ius Variandi* que posee el empleador como tal; y es dentro de esta facultad que tiene el empleador en que puede retirar la confianza de manera subjetiva, dado que esta diferenciación o calificación sobre el cargo, se otorga al trabajador con parámetros y requisitos pre establecidos por el propio empleador, lo cual hace ¹ que si bien el retiro de confianza no se encuentre ¹⁷ regulado en el artículo 24° del TUO de la LPCL ¹⁷ como causa justa de despido y no es considerado como falta grave, su regulación se encuentra respalda por su propia calificación especial; y sería por ello que el empleador no necesita explicar el motivo del porqué retira la confianza al trabajador dado

que no se puede reglamentar el criterio subjetivo en el empleador que decide retirar la confianza por su propia naturaleza. De igual manera, no existiría abuso ni arbitrariedad dado que existen mecanismos para utilizar acciones legales en resguardo de derechos laborales en caso se califique a trabajadores ordinarios como de confianza.

En consecuencia, resulta necesario señalar que ¹ el retiro de la confianza por parte del empleador que trae consigo la reducción de la remuneración del trabajador, no es ilegal ni contraviene ningún derecho del mismo dado que estamos ante una adecuación de la remuneración.

En segundo lugar, la reducción remunerativa no debe ser considerada un ejercicio abusivo dado que el trabajador tendrá la facultad en forma voluntaria de retornar a su puesto de trabajo ordinario de menor categoría y como consecuencia de ello a la reducción de remuneración o a terminar ² la relación laboral y optar por la indemnización por despido arbitrario. Por tanto, tiene como decisión personal, aceptar la modificación de sus condiciones de trabajo, con sus antiguas funciones las cuales no tendrán el “plus remunerativo” adicional que tiene todo puesto de trabajo de confianza; por tanto, al aceptar la disminución de funciones y responsabilidades, también está aceptando la reducción de remuneración, la cual será acorde a su trabajo.

Lo mencionado en el párrafo que antecede nos lleva al concepto de remuneración como contraprestación al trabajo realizado y que ⁹ se encuentra regulado también mediante la Ley N° 30709 y Decreto Supremo N° 002-2018-TR, referente a la igualdad salarial en el empleo; en este punto esta base legal apoya mi posición dado que como empleador se está ante la ¹⁶ obligación de pagar una remuneración similar a los trabajadores que realicen la misma función, por lo que el otorgar una remuneración superior a un trabajador que realice mismas funciones que sus pares solamente por haber tenido en algún momento la ¹² calificación de confianza sin una razón objetiva, estaría incumpliendo el ordenamiento que concluye que los empleadores están obligados a pagar igual salario a trabajadores que realicen un trabajo de igual valor.

Finalmente, para completar la hipótesis que se pretende desarrollar con el presente trabajo de investigación, considero pertinente señalar que mediante un procedimiento de reducción de remuneración no se estaría atentando contra la dignidad del trabajador dado que la calificación

como puesto de confianza debe ser aceptada por el mismo ⁴⁷trabajador en cualquier momento de la relación laboral y tal condición implica la temporalidad de su permanencia dado que puede ser retirado con la sola decisión del empleador tal y como se regula en los artículos 59, 60 y 61 ¹del Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo N°001-96-TR. Sobre el particular, es preciso mencionar que es la aceptación que debe nacer del mismo trabajador lo que reemplaza al acuerdo que señala la Ley N° 9463 que exige al trabajador ordinario que, si goza de estabilidad en el puesto de trabajo y por lo tanto cualquier remoción o posible reducción de remuneración debe ser aprobada previamente por este, caso contrario si se podría estar hablando de un acto de hostilidad.

3. Planeamiento de objetivos

3.1 Objetivo general

Establecer si se ²afecta el derecho de la remuneración de los trabajadores de confianza que son retornados a un puesto anterior en donde no tienen esa calificación, como consecuencia de nuestra actual legislación y el ¹desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema.

3.2 Objetivos específicos

- a. Establecer si la reducción de remuneración del trabajador de confianza que es retornado a un puesto ordinario debe ser considerado como un acto arbitrario que atenta contra ⁴el derecho a la estabilidad laboral o es una facultad del poder de dirección que mantiene el empleador.
- b. Establecer si ⁷la reducción de remuneración del trabajador de confianza que es retornado a un puesto ordinario es un medida abusiva, desmotivada y unilateral que atenta contra este tipo de trabajadores o en su poder de decisión entre retornar al cargo o resolver la relación laboral existe su aprobación al cambio de condiciones de trabajo.

- c. Establecer si la reducción de remuneración del trabajador de confianza que es retornado a un puesto ordinario puede ser visto con un acto de hostilidad laboral o atenta contra el derecho a la dignidad del trabajador de confianza, o por el contrario tiene como fin la búsqueda de igualdad salarial con otros trabajadores que realizan la misma función.

4. Enfoque metodológico

Para desarrollar los objetivos planteados en la presente tesina se comenzará haciendo una revisión bajo el método inductivo – deductivo, de la doctrina y jurisprudencia de la seguridad jurídica y de los trabajadores de dirección y de confianza que llegaron a dichos cargos por promoción; asimismo, se efectuará un análisis de la normativa laboral vigente utilizando el método hermenéutico – jurídico, para definir el cambio de condiciones de trabajo de este grupo de trabajadores de dirección y confianza.

Finalmente se revisarán los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema con la finalidad de conocer y evaluar las posiciones de las mismas y que sirvieron de base para el Pleno Jurisdiccional Nacional en el 2021, utilizando un método analítico – sintético.

CAPITULO I: EL TRABAJADOR DE DIRECCIÓN Y DE CONFIANZA

Nuestro sistema legal, a través del TUO de la LPCL, no regula solamente a un tipo de trabajador de confianza, sino, de modo contrario, regula a dos tipos de trabajadores; los trabajadores de confianza y los trabajadores de dirección; ambos si bien coinciden en ciertas características, también se diferencian, en otras, de acuerdo con lo señalado en la acotada ley, las que procederemos a diferenciar a continuación.

1.1 Trabajador de dirección

El artículo 43° del TUO de la LPCL, aprobada por el Decreto Supremo N° 003-97-TR define el personal de dirección como aquel que *“ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquel las funciones de administración y control o cuya actividad y grado de responsabilidad depende del resultado de la actividad empresarial”*.

En este sentido, nuestro ordenamiento en el artículo 43° del TUO de la LPCL determina cuatro características distintivas para este tipo de trabajadores, las cuales no deben recaer en su totalidad sobre un trabajador para ser considerado trabajador de dirección, bastando que solo se verifique una de ellas:

- Alguien que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o terceros, o
- Alguien que sustituye al empleador, o
- Alguien que comparte con otros trabajadores o terceros, funciones de administración y control, o
- Alguien de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial

Por tanto, es debido a las facultades, poderes y atribuciones que este grupo de trabajadores ostenta, que son considerados “superiores” a los trabajadores ordinarios dado que su trabajo y/o funciones obtienen un resultado directo de cada empresa; es decir, estamos ante “la alta dirección de la empresa: gerentes, vicepresidentes, corporativos, jefes, directores, subdirectores, subgerentes, etc.” (Toyama 2015: 409); pudiendo concluir con ello que es quien, de alguna manera, dirige la empresa o toma decisiones con respecto a la conducción de la misma.

En el Perú, según mi punto de vista, la contribución doctrinaria sobre los trabajadores de dirección no es considerable; no obstante, una de las más usadas es la de García Manrique, en su artículo referente a la estabilidad laboral de los trabajadores de dirección y de confianza, quien señala que el cargo de dirección soporta practicar la representación del empleador frente a terceros e incluso frente a los demás trabajadores, compartiendo con aquel los roles de administración y control del negocio y que de sus decisiones depende la buena o mala racha de la actividad empresarial (García 2008:242); por tanto, dentro de este grupo fácil de diferenciar encontraremos al gerente general de la empresa, a los miembros del directorio o a los demás gerentes de la empresa.

Por su parte, en la Sentencia N° 3501-2006-PA/TC de fecha 15 de marzo de 2007, el Tribunal Constitucional concluye que la diferenciación más connotativa entre un personal de dirección y uno de confianza es que “solo el personal de dirección tiene el poder de decisión y actúa en representación del empleador, con poderes propios de él (...), el personal de confianza, si bien trabaja en contacto directo con el empleador o con el personal de dirección, y tiene acceso a información confidencial, únicamente coadyuva a la toma de decisiones por parte del empleador o del referido personal de dirección, son sus colaboradores directos ... ” (Tribunal Constitucional: 2006).

De lo antes señalado por el Tribunal Constitucional, se debe concluir que el personal de dirección lleva implícito la calificación de confianza; no obstante, esto no sería al revés; es decir, un trabajador de confianza no necesariamente es un trabajador de dirección dado que no hay un poder de dirección o de toma de decisión directo o inherente a su cargo.

Por tanto, la característica de este grupo de trabajadores se encontrará ⁵ en los poderes que pueda ejercer y las facultades que sean inherentes a su cargo, lo que le permite estar a cargo de la actividad de la empresa.

1.2 Trabajador de confianza

³⁶ La definición de trabajador de confianza ¹ la encontramos en el artículo 43° del TUO de la LCPL que señala que *“los 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”*.

Por tanto, la figura de “trabajador de confianza” se encuentra subdivido ¹⁸ en dos subtipos, los cuales si bien tienen como característica común el hecho de trabajar mediante contacto directo con un personal de dirección; lo que los diferencia es que o bien:

- Acceden a la información confidencial por la ¹⁸ cercanía con el personal de dirección como los asistentes o puestos no elevados ¹³ en la empresa pero que pueden acceder a la información confidencial como secretaria o chofer entre otros; o bien,
- Acceden a la información confidencial y emiten informes para la toma de decisión como asesores, analistas, jefes o similares.

Coincidiendo en ambos subgrupos en el “*manejo de información clasificada*”, que utiliza por su puesto de cercanía o la utiliza para ² la emisión de informes que ayudan a toma de decisiones. En otras palabras, los trabajadores de confianza ¹⁸ “(...) corresponden a determinadas posiciones establecidas en el organigrama del empleador” (Toyama 2014:83); por tanto, se caracterizan por ser parte ¹ de la toma de decisiones de la empresa y trabaja con la plana directiva.

De la revisión normativa y jurisprudencia nacional del ¹ concepto de trabajador de confianza y de dirección, podemos concluir ¹ que el trabajador de confianza es aquel que trabaja de manera

directa con el personal de dirección o con el propio empleador si estamos ante una empresa unipersonal, como, por ejemplo, un asistente administrativo, una secretaria, un asesor, entre otros. Asimismo, también se incluye como trabajador de confianza, aquellos trabajadores cuyos informes y opiniones ¹ son presentados al personal de dirección y que contribuyen así a la toma de decisiones empresariales; en este grupo podría estar el abogado de la empresa, el contador, el auditor, entre otros.

En este punto, es necesario señalar que nuestra legislación ha optado por caracterizar a través de estos dos elementos, lo que supone ser personal de confianza antes de definir explícitamente que cargos o trabajos son de confianza, es decir, la ley no señala en forma taxativa quienes son personal de confianza, sino que detalla que es lo que hace que un puesto sea personal de confianza.

En la doctrina nacional podemos encontrar múltiples definiciones que nos pueden ayudar a comprender la naturaleza y los alcances del trabajador de confianza; siendo una de ellas las que nos comparte Blancas Bustamante cuando se refiere a este trabajador (trabajador de confianza) como categoría especial de servidor dentro de la empresa conceptualizándolo como un alto mando en la empresa que sin llegar a ser el dueño u accionista de la misma, tiene poder de dirección y fiscalización sobre otros trabajadores y desempeña funciones importantes en la empresa relacionadas a la toma de decisiones y no a la mera operativa (Blancas 2006: 583); es decir, sin ser de dirección desempeña gestiones importantes que coadyuvan con el personal de dirección.

Por lo antes descrito, sería fácil ¹ la calificación de un trabajador como de confianza o no, no obstante, debido al trato diferenciado que esta calidad le puede otorgar a un trabajador, los cuales se verán a continuación, ³⁷ el artículo 60° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 728, ¹⁶ Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, precisa que:

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

Es decir, si ¹⁶ las labores que ejecuta el trabajador no se ajustan a las características antes señaladas, en virtud ¹⁶ del principio de la primacía de la realidad, y sin importar ¹ la denominación que se indique en el nombre del cargo, éste no podrá ¹ ser calificado como trabajador de confianza y el nombramiento sería meramente nominativa y no tendría efectos legales.

Aunado a lo indicado anteriormente, es preciso señalar que ³⁰ mediante la Casación N° 11137-2014, la Corte Suprema concluyó que para considerar a un trabajador como uno de confianza, deben cumplirse los requisitos indicados en el artículo ³⁰ 43° del TUO de la LPCL, es decir que el empleador debe demostrar que el trabajador labora ³⁰ en contacto directo con el personal de dirección, que tiene acceso a información de carácter reservado y que el trabajo efectuado tiene importancia y relevancia sobre el desempeño de la empresa. Por tanto, en este punto se estaría concluyendo que los requisitos no son excluyentes y que deben estar presente todos éstos.

La calificación de un personal como de confianza cobra importancia en la actualidad dado que en muchas ocasiones, el empleador emite la calificación de confianza a un cargo que no merece dicho nombramiento, con la finalidad de limitar sus ¹³ derechos laborales como el pago de horas extras ²⁷ la extensión del periodo de prueba, limitación en sus derechos colectivos y la más relevante, la no ²⁷ protección contra el despido arbitrario, que es ²⁷ lo que origina un tema muy polémico en la actualidad referente a la resolución de contratos laborales por pérdida de confianza sin haber cometido falta grave.

Las limitaciones indicadas en el párrafo que antecede nos hacen concluir que los trabajadores de confianza tienen un trato diferenciado en su regulación; y en este punto es necesario ⁴² indicar que todo trato diferenciado que la Ley establezca debe estar analizado a la luz del ²⁸ “principio de igualdad y no discriminación”, el cual ²⁸ se encuentra regulado en el artículo 2° de la Constitución Política del Perú, la misma ²⁸ que señala:

Artículo 2.- Derechos fundamentales de la persona

Toda persona tiene derecho:

(...)

2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole.”

Por tanto, con respecto al trato diferenciado es necesario detallar si este debe o no considerarse abusivo para este tipo de trabajadores. Considero tres temas los más relevantes en su regulación.

⁷ a. **Periodo de Prueba**

El artículo 10° de la LCPL regula el periodo de prueba; entendiéndose como éste, aquel periodo de tiempo inicial ¹ en una relación laboral donde el trabajador ²⁰ es evaluado para continuar prestando servicios en la empresa; luego del cual, adquiere ²¹ protección contra el despido arbitrario. En el caso del personal de confianza, la ley permite al empleador ampliar el periodo de prueba hasta seis (06) meses como máximo, y es en este punto que es necesario analizar si esto resulta o no un trato diferenciado que atienda causas objetivas y razonables.

De acuerdo con Pacheco Zerga, ¹ el periodo de prueba es “el otorgamiento de un tiempo determinado para que el empresario pueda comprobar la idoneidad del trabajador y para que éste evalúe si el trabajo satisface sus aspiraciones personales y de no estar conforme cualquiera de las partes con el negocio pactado, ponerle fin libremente, sin asumir obligación adicional”. (Pacheco Zerga 2008: 351).

Por tanto, si es razonable o no que se extienda ¹ el periodo de prueba para los trabajadores de confianza, considero que si sería razonable y objetivo dado que siendo consecuentes con la definición que la ley señala a la denominación “de confianza”, parecería razonable que la ley permita que a diferencia que un trabajador ordinario se pueda ampliar por un tiempo mayor la evaluación de esa confianza que debe tener el empleador en el trabajador. Por tanto, el trato diferenciado resulta razonable y por tanto justificado.

Asimismo, cabe señalar que la ampliación de plazo no sería abusiva dado que no es automática por considerarse al trabajador como uno de confianza, la Ley señala que “puede pactarse” por lo que se sobreentiende un acuerdo, debe pactarse por escrito y otorga un tope en el tiempo pactado.

Además, se debe tener presente que la ampliación del periodo de prueba por tratarse de trabajador de confianza será válida siempre que, en virtud del principio de primacía de la realidad, el trabajador sea un trabajador de confianza.

b. Protección frente al despido por retiro de confianza

El segundo tema es el trato diferenciado en la protección frente al despido arbitrario que posee un trabajador ordinario o uno de confianza luego de transcurrido el periodo de prueba, el cual no se encuentra regulado por la ley sino por la aplicación de la misma, es decir, por la jurisprudencia.

En este punto, estamos refiriéndonos sobre los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia referentes a la protección al despido arbitrario para el personal de confianza; quienes concluyeron en su mayoría que mientras un trabajador ordinario tiene abierta la posibilidad de obtener una reposición o el pago de una indemnización por despido arbitrario, un trabajador de confianza solo podrá obtener una indemnización por despido arbitrario en caso de retiro de confianza solo si ingresó al centro de trabajo en un puesto ordinario, pronunciamientos respaldados mediante el VII Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia en Materia Laboral y Previsional, detallado más adelante.

En un primer momento, el Tribunal Constitucional señaló que, si bien para los trabajadores de confianza no existe reposición, los que ingresaron para los trabajadores de confianza que ingresaron a laborar con dicha calificación; no obstante ello, el Tribunal Constitucional dejaba la posibilidad de que la indemnización económica sea la forma de reparar el daño causado por la pérdida del trabajo.

No obstante, mediante el VII Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema de Justicia en Materia Laboral y Previsional, la Corte Suprema va más allá y concluye que los trabajadores de confianza que ingresaron con dicho cargo no tendrán la opción de reposición ni indemnización. Por tanto, en este punto, este trato diferenciado sí resulta ser discutible si se hace un análisis, desde el punto de vista de lo que constituye el contenido esencial del derecho al trabajo y porque termina

consolidándose una figura de despido por retiro de confianza; situación que el TUO de LCPL no constituye una de las causales taxativas señaladas en la Ley.

Cabe señalar que este punto será criticado y discutido más adelante por lo que no nos explayaremos en este literal.

c. Derechos colectivos

Finalmente, como tercera peculiaridad relevante para los cargos de confianza se tiene al aspecto colectivo para con estos trabajadores, siendo la principal la referente a la “libre afiliación” dado que según la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo en su literal b) del artículo 12°; para que un trabajador proceda a afiliarse a un sindicato, no debe ser trabajador de dirección o de confianza “salvo que el estatuto de la organización lo permita”; lo cual se vuelve una garantía o potestad de la organización sindical decidir sobre la afiliación de este tipo de trabajadores especiales, considerando el conflicto de intereses que pudieran generarse y la naturaleza de sus labores; y es este mismo conflicto de interés lo que hace que esta diferencia sea razonal y objetiva.

Esta misma justificación tiene el hecho que los convenios colectivos tengan fuerza vinculante para las partes excluyendo al personal de confianza y que la huelga no les genere el derecho de paralizar sus funciones como si ocurre con los trabajadores ordinarios.

Calificación de los puestos de confianza

Para proceder con la calificación confianza a un trabajador conforme a ley, tenemos lo regulado en el artículo 59° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 728, Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, que señala:

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

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

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

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

No obstante, es necesario señalar que la norma en este aspecto es flexible, dado que, en el supuesto que el empleador no cumpliera con las formalidades antes señaladas y de las funciones del trabajador se advirtiera que cumple con las características antes señaladas como la de trabajar junto a un trabajador de dirección, o de tener acceso a información confidencial, o que sus opiniones se tomen en cuenta para la toma de decisiones de la empresa; automáticamente se le reconocerá como trabajador de confianza, por tanto la norma da el espacio al empleador que pueda probar que el trabajador realizaba actividades propia de un trabajador de confianza en caso no haya realizado el procedimiento de calificación antes detallado. En este sentido, la carga de la prueba del empleador siempre vendrá atado al hecho que el trabajador conocía desde el inicio cuales eran sus funciones.

En este punto podríamos concluir, que la calificación de puesto de confianza si bien se encuentra detallado en nuestra legislación irá atado al principio de primacía de la realidad dado que prevalecerá las funciones reales del trabajador y no un mero nombramiento que podría traer consigo un abuso del derecho por parte del empleador para poder efectuar despidos bajo la justificación del “retiro de confianza” sin corresponder por el tipo de cargo o no pago de horas extras, entre otros.

Recurso impugnatorio

En el supuesto que el trabajador calificado como de confianza considere que su designación como tal no se encuentre justificada ni es objetiva; y por ello se sienta vulnerado y/o perjudicado en sus derechos, podrá accionar judicialmente contra su empleador ante el Poder Judicial de acuerdo a lo señalado en el artículo 61° del Reglamento del Decreto Legislativo N° 728, el cual indica lo siguiente:

²⁹ “Artículo 61°.- Los trabajadores cuyos cargos sean indebidamente calificados como de dirección o de confianza, podrán recurrir ante la Autoridad Judicial, para que deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando la demanda se presente dentro de los treinta (30) días naturales siguientes a la comunicación respectiva”:

Con respecto a los requisitos que deberán cumplir ²² para que se declare fundada la demanda, Toyama y Merzthal señalan que si bien no hay un ordenamiento positivo que regule los mismos, el juzgado a quien le corresponda evaluar la demanda deberá basar sus pronunciamientos de acuerdo a la jurisprudencia emitida, la misma que en todo momento señala que ²⁷ los casos se deben evaluar de manera independiente, donde deberá primar en todo momento el principio de la primacía de la realidad; es decir, ²⁷ no se deberá evaluar solamente si existe o no la comunicación formal de la calificación de cargo al trabajador, sino que se deberá valorar el contexto donde el trabajador brindaba su servicio, la relación directa o no con el personal de dirección y sus labores o funciones propiamente dicha para la empresa. (2014: 7)

Por tanto, podemos concluir que lo que aportará en la resolución del proceso de cuestionamiento de calificación de cargo será ⁴³ el principio de primacía de la realidad dado que ⁴³ buscará identificar las funciones del cargo que ostenta el trabajador

²⁷ 1.3 Clase de trabajadores de dirección y confianza

Las clases de ²⁷ trabajadores de dirección y confianza se encuentra desarrolladas con detenimiento en la ¹³ Casación Laboral N° 18450-2015-Lima; la cual dispuso que ¹ en los casos de despido por “retiro de confianza” del personal ¹ contratado desde el inicio de su ¹ relación laboral como personal de confianza, no procedería el pago ¹ de la indemnización por despido arbitrario.

³⁶ En este sentido, la sentencia hace una diferenciación de los trabajadores de confianza que obtienen esta ³⁶ calificación por promoción y ³⁶ de manera directa; siendo por promoción aquellos trabajadores que ingresan a la planilla en un puesto ordinario y ³⁴ posteriormente ascienden a un puesto de confianza a través ³⁴ de un ascenso, y siendo de manera directa aquellos trabajadores que desde su ingreso obtuvieron la calificación de confianza.

En este punto, ²² la Corte Suprema señala que aquellos trabajadores de confianza por promoción, en caso se le retire la confianza tendrá ¹ derecho a la indemnización por despido arbitrario o a la reposición al puesto anterior al de confianza. Por su parte si estamos ante un ¹ trabajador de confianza que accedió al cargo de manera directa no le corresponde ni la indemnización ni la reposición.

En concordancia con lo señalado en la Casación antes señalada, ¹ el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional del 2018 ⁴¹ señaló con respecto a la indemnización por despido arbitrario de los trabajadores de dirección y de confianza que:

² *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.*

Por tanto, al tener ¹ dos formas de acceder al puesto de calificación de confianza, es necesario precisar que será sobre los trabajadores de confianza que accedan al cargo por promoción, los cuales han tenido relación laboral mixta, es de los que estaremos haciendo referencia en la presente tesina dado que son ellos los que al retornar a sus puestos de trabajo ordinario tendrían una reducción en su remuneración mensual.

⁵ 1.4 El retiro de confianza al trabajador de dirección o confianza

1.4.1 Naturaleza Jurídica del ¹ retiro de confianza que genera ¹ la reducción de remuneración

¹⁵ El Tribunal Constitucional mediante la Sentencia N° 03501-2006-AA/TC de fecha 15 de marzo de 2007 junto con la doctrina nacional dejan una marcada ¹⁷ diferenciación entre los trabajadores de confianza y los trabajadores comunes u ordinarios, siendo la más destacable ²⁷ la naturaleza de la ⁹ relación laboral basada en la confianza depositada en el trabajador por parte del empleador; es decir, sin esa ⁷ relación de confianza, el trabajador no podría realizar sus funciones tomando en cuenta que *“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”*. (Tribunal Constitucional 2006).

En este ⁵ sentido, la situación contractual del personal de dirección y confianza, tal como lo indica Amaro Rubina, se basa en el objetivo que tiene éste en la empresa dado que tiene la facultad de supervisar o de cumplir algún objetivo ligado a la confianza, sin la cual según una perspectiva intuitivamente subjetiva del empleador, devendría en la imposibilidad de continuar ejerciendo su cargo (2009: 288); por ello, al no poder realizar sus funciones lo razonable sería la reducción de remuneración de tener la opción de retornar a un puesto ordinario con diferentes funciones, lo cual no tiene ningún impedimento legal.

Por tanto, el retiro de confianza como tal, al ser aceptado para este tipo de trabajadores por ser considerados “trabajadores especiales”, permite el cambio de condiciones de trabajo como cargo y remuneración como tal, al ser tratado como sujetos de una estabilidad laboral relativa, la cual es detallada más adelante.

Si bien todo empleador cuenta con la facultad en virtud del *ius variandi* de modificar la ⁸ relación laboral derivada de su poder de directriz, que en el presente trabajo sería el retiro de confianza, tal como lo indica el artículo 9° del TUO de la LPCL, que ¹⁵ señala que el empleador puede realizar cualquier cambio a la relación laboral dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las ¹⁵ necesidades del centro de trabajo; considero que el retiro de confianza que conllevará a la

reducción de remuneración se estaría otorgando bajo un criterio razonable para el propio empleador, el cual si bien, no se da en virtud de causas objetivas, no quita la razonabilidad de la medida y tomando ¹ en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

¹⁵ Por su parte, el Tribunal Constitucional en la sentencia emitida en el expediente N° 03501-2006-PA/TC refuerza la relación ¹ entre el retiro de confianza y la naturaleza subjetiva de esta calificación y marca la diferencia con un procedimiento de despido cuyas causas son objetivas y se encuentran enumeradas de manera taxativo en la LCPL. En este sentido, el Tribunal Constitucional establece ³ que:

La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores 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 de que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103 de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley (Tribunal Constitucional: 2006).

1.4.2 ¹³ Consecuencia del retiro de confianza

La consecuencia del retiro de confianza ¹ y trato diferenciado para los trabajadores de confianza no se encuentra regulado ¹³ específicamente en la Ley sino en la aplicación de ésta mediante la Jurisprudencia dado que ¹ el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema de Justicia ha entendido ³ de manera diferente la protección contra el despido arbitrario del personal de confianza, lo cual nos permite constatar ³ la falta de uniformidad de criterios y la inseguridad jurídica en nuestra normativa actual.

¹⁶ Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

Para el Tribunal Constitucional la pérdida de confianza siempre estuvo de la mano con la no reposición al puesto de trabajo dado la importancia de esta característica para el ejercicio de las funciones del trabajador; no obstante, en un primer momento no hizo diferencia entre los trabajadores que obtuvieron el puesto de manera directa o por promoción. Esta posición queda plasmada en la Sentencia del Expediente N° 4492-2004-AA/TC del 17 de febrero del 2005 que señala:

“En consecuencia, y con relación a los trabajadores de confianza, tal como lo ha establecido este Tribunal en la Sentencia N° 0746-2003-AA/TC, **a quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de accionar en la vía correspondiente**” (Tribunal Constitucional: 2005).

En el 2006, el Tribunal Constitucional realiza la diferenciación entre los tipos de personal de confianza por la forma en que llegó a tener tal calidad y lo demuestra en la sentencia recaída en el Expediente N° 03501-2006-PA/TC del 15 de marzo del 2007 previamente citada en el numeral 1.4.1 de la presente tesina y en la sentencia del Expediente 08257-2006-PA/TC que señala en su considerando 9 lo siguiente:

“(…) tal criterio (el retiro de la confianza como causal válida de extinción del vínculo laboral), tiene una excepción por cuanto no procede en el supuesto que el trabajador, después de haber venido laborando en un cargo ordinario, hubiera variado su calidad a personal de confianza, en cuyo caso, de producirse el retiro de la confianza, no corresponderá como consecuencia la ruptura del vínculo laboral sino el retorno del trabajador al puesto que había venido desempeñando anteriormente. Suponer lo contrario, es decir, que incluso en tales casos el retiro de la confianza implica la ruptura del vínculo laboral significaría permitir un abuso del derecho del empleador, el cual es prohibido por el artículo 103° de la Constitución, dado que podría darse el caso de que se varíe la calidad de un trabajador a “trabajador de confianza”, con el propósito de despedirlo más adelante aduciendo la pérdida de la misma” (Tribunal Constitucional:2006).

Aunado a la diferencia de tipo de trabajadores de confianza, el Tribunal Constitucional se pronuncia sobre la consecuencia de la pérdida de la misma en cada clase de trabajador; en este sentido, mientras para el trabajador de confianza que ingreso de manera directa no le corresponde la reposición, para el que tuvo una promoción le corresponde el retorno al puesto anterior, por tanto, en el supuesto que no lo retornen y resuelvan el contrato, podríamos asumir que estamos ante un despido arbitrario.

Jurisprudencia de la Corte Suprema

Según el Informe del Ministerio de Trabajo N° 145-2019-MTPE/2/14.1 de fecha 06 de diciembre del 2016, la Corta Suprema mediante la Casación Laboral N° 13810-2014-LIMA del 23 de Marzo del 2015 y la Casación Laboral N° 15156-2014-LIMA de fecha 3 de Agosto del 2015, “consideró que la pérdida o retiro de la confianza, al no estar prevista en el régimen laboral de la actividad privada como causa justificante de extinción del vínculo laboral, consistía en un despido arbitrario, con el consiguiente otorgamiento de la tutela indemnizatoria al trabajador” (Ministerio de Trabajo: 2016).

El año siguiente un nuevo criterio quedo plasmado mediante la Casación Laboral N° 18450-2015-LIMA, del 23 de agosto del 2016, la cual se opone a lo previsto en las Casaciones señaladas en el párrafo que antecede y niegan la indemnización por despido arbitrario a trabajadores que ingresaron a laborar directamente en un cargo de dirección o de confianza. Es así que la casación indicada señala lo siguiente:

En cuanto a la posición asumida por la Corte Suprema, en la referida sentencia casatoria (Cas. 1489-2000-Lima), considero que no resulta cierto que la regla, tratándose de trabajadores de confianza, sea que su cese, cual fuere el motivo, incluyendo el mero retiro de la confianza, de lugar siempre al pago de una indemnización por despido arbitrario.

(...) si el vínculo contractual se extingue por el retiro de confianza no habrá derecho a la indemnización por despido arbitrario, siendo que por excepción ello será posible en los casos en que estemos frente a trabajadores cuya “relación laboral sea mixta”, es decir

hayan sido trabajadores comunes y luego promovidos a cargos de confianza, en cuyo caso el retiro de confianza no puede ni debe extinguir el vínculo contractual, sino que debe dar lugar a que el trabajador retorne al puesto de trabajo “común”. Y si se le despide, con motivo del retiro de la confianza, del cargo de confianza y del cargo “común” entonces sí correspondería no solo la reposición en el cargo “común”, o la indemnización por despido arbitrario. (Tribunal Constitucional:2016). (Énfasis añadido)

Por lo antes descrito y, dada ³ la falta de uniformidad en los criterios jurisdiccionales, motivó a que este tema fuera abordado en el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, realizado el 22 de mayo del 2018. En dicho pleno, los jueces supremos de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema arribaron en forma unánime:

² (...) en el caso de los trabajadores de dirección o de confianza de empresas del Estado, la designación establecida en el artículo 43° del TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por D.S. N° 003-97-TR, no genera derecho a indemnización alguna para aquellos trabajadores que fueron designados directamente a un cargo de confianza o de dirección y a los cuales posteriormente se les retire la confianza o se les remueva de dicho cargo.

En caso de los trabajadores que han venido desarrollando labores comunes u ordinarias y luego son promovidos a cargos de dirección o de confianza dentro de las mismas entidades públicas o empresas del Estado en las que trabajan, una vez que se les retire la confianza o sean removidos de dichos cargos, les corresponderá el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les impida reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo; o cuando el propio trabajador opte por no reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo.

Por tanto, por lo antes descrito mediante la jurisprudencia descrito y de acuerdo al Ministerio de Trabajo en el informe técnico N° ³⁴ 145-2019-MTPE/2/14.1 de fecha 06 de diciembre del 2016, a la fecha, ³ “la jurisprudencia de la Corte Suprema viene consolidándose una posición que niega el pago de indemnización por despido arbitrario a los trabajadores de dirección y de confianza que

iniciaron labores como tales, resulta relevante la falta de uniformidad en los criterios asumidos por dicho órgano jurisdiccional a lo largo de los años” (Ministerio de Trabajo: 2017).

1.4.3 Estabilidad laboral del trabajador de confianza

La estabilidad laboral en general tiene como fin crear una atmósfera de seguridad jurídica ¹ que se otorga al trabajador para la continuidad de sus labores en un centro de trabajo. Por tanto, tal como lo indica Valderrama, “la estabilidad laboral ¹ es una reparación que genera que la relación laboral existente entre el empleador y su empleado sea disuelta válidamente cuando se presente algún motivo que la justifique” (Valderrama 2013: 45).

En este sentido, la estabilidad laboral podría tomarse en cuenta como el derecho que tienen todos los trabajadores de mantenerse en su puesto de trabajo, es decir, es la protección que tienen los trabajadores en caso el empleador quiera extinguir el vínculo laboral.

Es en virtud de esta estabilidad laboral que en nuestro ordenamiento existen dos tipos de tutelas, la primera es la resarcitoria que hace mención a una indemnización tarifada que señala que en caso de resolución de contrato sin causa justa procede ¹⁶ el pago de una remuneración y media por año de servicio y eso variará según el tipo de contrato, indeterminado o determinado.

La segunda tutela que se maneja es la tutela restitutoria, que es una figura incluida dentro de nuestro sistema a través del Tribunal Constitucional desde el año del 2001, la cual señala que el trabajador en caso de un despido con ciertas características será repuesto a su puesto de trabajo.

No obstante, la pregunta que sería necesaria realizar es saber hasta dónde llega la estabilidad laboral y si esta debe ser vista como un beneficio para el trabajador que llega a perjudicar a la empresa mediante la cual se logra proteger a malos elementos, es decir, se busca es proteger al trabajador o al puesto de trabajo.

En este punto, Valdivieso ha ¹⁰ establecido dos tipos principales de estabilidad laboral: la absoluta y la relativa; siendo la primera aquella obtenida por ³³ los trabajadores que, pasado su periodo de

prueba, solo pueden ser desvinculados por causales tipificadas en nuestra legislación, caso contrario pueden optar por solicitar a su empleador una indemnización por despido arbitrario o solicitar judicialmente una reposición, es decir, cuentan con una protección integral contra el despido arbitrario. No obstante, la estabilidad relativa es aquella obtenida por los trabajadores a las cuales se puede desvincular sin tener que probar la ocurrencia de alguna de las causales tipificadas; por el contrario, para ellos bastará una comunicación de la decisión tomada por el empleador, teniendo solo la opción, dependiendo del tipo de trabajo que realiza, de solicitar una indemnización por despido arbitrario más no una reposición porque el regreso al puesto de trabajo generaría un perjuicio a la empresa. (2019:48).

De la clasificación antes señalada podría concluirse que la estabilidad relativa debería ser aplicada a los trabajadores de confianza dado que existe la facultad por parte del empleador de resolver el contrato sin causa justa objetiva sino por una razón subjetiva; lo cual tiene de respaldo la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 1042-2007-PA/TC, la cual concluyó en su considerando 3) que la designación en un cargo de confianza es temporal y no conlleva estabilidad laboral, operando conclusión en la designación como una causa justa de despido.

“(…) 3. La designación en un cargo de confianza es una acción administrativa por el cual una persona asume cargos de responsabilidad directa o de confianza con carácter temporal que no conlleve la estabilidad laboral (...) en consecuencia, no ha existido despido arbitrario sino conclusión de la referida designación (...)” (Tribunal Constitucional: 2007). (Énfasis añadido)

En el caso de los trabajadores de confianza, esta estabilidad no se da de manera inmediata ni pasados los tres (03) meses de periodo de prueba, sino que se da a los seis (06) meses o un (01) año dependiendo del tipo de trabajador que sea; el cual es acordado para que el empleador evalúe las capacidades del trabajador.

Superado el periodo de prueba, le corresponde al trabajador el “derecho de protección contra el despido arbitrario” que significa que, si el empleador quiere rescindir el contrato de trabajo,

tendrá que pagarle al trabajador, además de los beneficios de ley, una indemnización por despido arbitrario; dicha protección se encuentra plasmada en el artículo 27° de la Constitución del Perú de 1993.

En este punto, es necesario precisar que el Tribunal Constitucional determinó que los trabajadores de confianza, su vínculo y estabilidad dependerá de la confianza que tenga el empleador en ellos. Aunado a ello, la Corte Suprema mediante la Casación Laboral N° 2307-2000-Piura, precisa que el trabajador de dirección y confianza goza únicamente de estabilidad relativa por la naturaleza de su puesto; y por ello no le asiste el derecho de reposición en el puesto de confianza del que lo retiraron, teniendo en consideración que sus funciones y/o labores exigen un factor subjetivo, la cual radica en la confianza del mismo empleador.

Asimismo, la Corte Suprema ahondó más en el tema y en los derechos que tendrían los trabajadores de confianza; y mediante la Casación Laboral N° 6616-2017-Loreto² señaló que el retiro de confianza es de naturaleza subjetiva a diferencia de las desvinculaciones por despido que son dadas por faltas graves.

En ese sentido, podemos concluir que, para este tipo especial de trabajadores, existe solo una estabilidad relativa por las funciones que realizan y la relación que mantienen con la empresa.

1.5 La reducción de las remuneraciones dentro de nuestro ordenamiento legal

En este punto y debido al tema de la presente tesina, consideramos pertinente desarrollar los supuestos en la legislación peruana que aprueba la reducción de remuneraciones.

² f) La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes u ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103º de la Constitución Política del Perú), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley.

1.5.1 ⁹ Definición de remuneración

El literal a) del artículo 1° del Convenio N° 100 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aprobado mediante Resolución Legislativa N° 13284, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el veinticuatro de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve, establece lo siguiente:

«(a) el término remuneración comprende el salario o sueldo ordinario, básico o mínimo, y cualquier otro emolumento en dinero o en especie pagados por el empleador, directa o indirectamente, al trabajador, en concepto del empleo de este último».

En consecuencia, queda entendido que la remuneración es aquella contribución que recibe una persona por su trabajo, pudiendo ser esta contribución pagada en dinero o especie, siendo la característica a resaltar que puede ser pagada directa o indirectamente al trabajador, lo que podría entenderse como otros beneficios económicos que no pueden ser entregados directamente pero generan un beneficio económico al trabajador como el pago de combustible, pago de representación, vales de alimentos, entre otros; los cuales son beneficios que suelen recibir los trabajadores de confianza como beneficios por su cargo.

¹⁵ Por su parte el artículo 7° del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales señala con respecto al derecho a la remuneración lo siguiente:

²⁶ *“Los estados partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:*
a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual; (...)”

En este punto, es necesario resaltar que la contraprestación a la que tiene derecho todo trabajador por la prestación de sus servicios no debe ser voluntaria ni libre a discrecionalidad del empleador, sino que debe ser equitativa e igual por trabajo de similar valor; es decir, dos personas

que realizan el mismo trabajo deben percibir lo mismo para no incurrir en un trato discriminatorio u hostigamiento laboral para una de las partes; incidiendo con ello en derechos constitucionales amparados por nuestro ordenamiento legal.

Es por ello que la remuneración debe ser reconocida como un derecho adquirido por el trabajador por su fuerza de trabajo tal cual se señala en el artículo 24° de nuestra Constitución Política, que indica lo siguiente:

“Artículo 24°.- Derechos del trabajador:

El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual.

El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador.

Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores. (Constitución Política del Perú: 1993)

Por tanto, queda claro que nuestra Constitución señala que todo trabajo debe ser compensado y otorgado de manera equitativa y suficiente. Aunado a ello, el Tribunal Constitucional detalla detenidamente los elementos que componen la remuneración mediante su fundamento dieciséis de la sentencia recaída en el Expediente N° 0020-2012-PI/TC de fecha 16 de abril de 2014, que establece lo siguiente:

“- Acceso, en tanto nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución (artículo 23 de la Constitución).

- No privación arbitraria, como reflejo del acceso, en tanto ningún empleador puede dejar de otorgar la remuneración sin causa justificada.

- Prioritario, en tanto su pago es preferente frente a las demás obligaciones del empleador, de cara a su naturaleza alimentaria y su relación con el derecho a la vida y el principio-derecho a la igualdad y la dignidad (segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución).

- Equidad, al no ser posible la discriminación en el pago de la remuneración (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución).

- Suficiencia, por constituir el quantum mínimo que garantiza al trabajador y a su familia su bienestar (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución)” (Tribunal Constitucional: 2014).

Es así que la remuneración también es considerada un derecho fundamental del trabajador dado que está ligado a la subsistencia del mismo y sus dependientes; y se encuentra ligado al derecho a la igualdad y dignidad. Refuerza la antes citado, la Sentencia del Tribunal Constitucional del expediente N° 04992-2007-PA/TC que señala:

El artículo 24° de nuestra Constitución Política del Perú ha consagrado el derecho de trabajador a percibir una remuneración equitativa y suficiente que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. Por consiguiente la remuneración como retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, debe ser entendida como un derecho fundamental. Además de adquirir una naturaleza alimentaria, tiene una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio - derecho a la igualdad y la dignidad, amen que adquiere diversas consecuencias o efectos que serán de vital importancia para el desarrollo integral de la persona humana. Así tenemos como consecuencias de este derecho: adquirir una pensión en base a los aportes y contribuciones a la seguridad social, servicio de cálculo para efectos de beneficios sociales como vacaciones, compensación por tiempo de servicios, indemnización por vacaciones trucas, o en su caso, ser calculable para la indemnización por despido arbitrario y otros beneficios sociales.

Con lo cual el reconocimiento de derecho humano fundamental también se encuentra vinculado con el derecho a la vida, dado que es la remuneración lo que sostiene el desarrollo personal de un trabajador y el de su familia, otorgándole la posibilidad de darle un proyecto de vida, tal como lo indica Matallana, la remuneración como un ingreso justo para el trabajador es lo que le permitirá su bienestar material, ya que, sin ello, no podría desarrollarse dignamente en nuestra sociedad. (Matallana 2022: 9)

Por tanto, ¹ el derecho a la remuneración se encuentra protegido en diferentes niveles y los supuestos en los cuales será posible la reducción de la misma se encuentran debidamente tipificados y analizados a continuación.

1.5.2 Prohibición de descuento indebido de remuneraciones

¹ La Casación Laboral N° 3711-2016-Lima de fecha 23 de setiembre de 2016, en su Fundamento ¹¹ Décimo Tercero sobre la prohibición del descuento indebido de remuneraciones, señala que:

Dentro del ámbito internacional, encontramos que el derecho a una remuneración ha sido objeto de pronunciamiento por parte de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), a través de distintos convenios dentro de los cuales tenemos los siguientes:

- El Convenio N° 95 sobre protección del salario, que entró en vigor el veinticuatro de setiembre de mil novecientos cincuenta y dos, el cual si bien no ha sido ratificado por el Perú; sin embargo, deviene en parámetro normativo al tener la calidad de recomendación, en la cual se fijan las garantías para la protección del salario acordado con anterioridad; así como se prohíbe cualquier descuento de los salarios que se efectúe para garantizar un pago directo o indirecto por un trabajador al empleador o a su representante que tenga por objeto obtener o conservar el empleo.

- El Convenio N° 100 sobre igualdad de remuneración, ratificado por el Perú mediante Resolución Legislativa N° 13284, publicada en el Diario Oficial “El Peruano” el veinticuatro de diciembre de mil novecientos cincuenta y nueve, reguló la aplicación del principio de igualdad en materia de remuneraciones, estableciendo pautas para la aplicación de dicho principio – derecho; así como la prohibición de toda discriminación salarial relativa a los hombres y mujeres que no se encuentre basada en causas objetivas y que sea contraria al principio de igualdad de remuneración. (Poder Judicial: 2016).

Por tanto, como un primer acercamiento a la reducción de remuneración se puede indicar que existe una protección internacional que garantiza el pago a favor del trabajador de la remuneración que previamente acordó con su empleador y una prohibición taxativa de la reducción de la misma para garantizar conservar el empleo; no obstante, no realizan ninguna mención con respecto al objeto de la presente tesina referente al retiro de confianza, lo cual se encuentra regulado en la legislación nacional mediante jurisprudencia e interpretación normativa que a continuación procederemos a detallar.

1.5.3 Causales de reducción de las remuneraciones

De acuerdo a lo detallado anteriormente, se debe considerar a la reducción de remuneración como un supuesto de excepción, tal como se procederá a detallar mas adelante. No obstante ello, con un antecedente sobre este tema, según lo indicado por la doctora Pizarro Díaz, en el sistema legal, las únicas excepciones que existían para proceder a la reducción de remuneración era la celebración de acuerdos donde medie una libre aceptación, no se afecte al trabajador con descuentos de periodos anteriores y no se afecten derechos del trabajador establecidos por normativa legal (2021: 1-2).

Lo cual demuestra el carácter proteccionista que siempre tuvo el Estado con el derecho a la remuneración de los trabajadores, la misma que no puede suprimirse o reducirse a solo requerimiento del empleador. Esto último se ve reflejado en el artículo 24° de nuestra Constitución, previamente citado, mediante el cual se puede concluir que el derecho a la remuneración no solo es un derecho para la subsistencia del trabajador, sino que alcanza otro nivel extendiendo el derecho a su familia y a un nivel espiritual.

Es por ello que, a la fecha, se encuentra presente en nuestro ordenamiento la Ley N° 9463 de fecha 17 de diciembre de 1941, la cual no ha sido derogado a pesar de la antigüedad de la misma, y de la cual, se puede desprender las consecuencias de los acuerdos de reducción de remuneración, lo que concluiría que la suscripción de convenios de reducción de remuneración se encuentra permitidos, siendo el artículo pertinente el siguiente:

Artículo único. - La reducción de remuneraciones aceptada por un servidor, no perjudicará en forma alguna los derechos adquiridos por servicios ya prestados, que le acuerden las Leyes Nos. 4916, 6871 y 8439, debiendo computársele las indemnizaciones por años de servicios de conformidad con las remuneraciones percibidas, hasta el momento de la reducción.

Las indemnizaciones posteriores se computarán de acuerdo con las remuneraciones rebajadas.

En el caso de servidores a comisión, se les computarán las indemnizaciones tomándose el promedio que arroje el período de tiempo comprendido entre los cuarenta y ocho meses anteriores a la reducción.

En este mismo ¹⁷ sentido, el Tribunal Constitucional en la Resolución del Expediente N° 009-2004-AA/TT señala que:

⁵ “(...) 3. En cuanto a la rebaja de remuneraciones, con las boletas de pago obrantes de fojas 11 a 15 de autos, han quedado acreditado que el actor siguió percibiendo la misma remuneración que recibía como Asesor de Gerencia General hasta el mes de diciembre de 1999, y que la referida reducción se sustenta en el convenio suscrito con fecha 25 de octubre de dicho año. Al respecto, la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada expresamente por la Ley N° 9463, del 17 de diciembre de 1941, siempre que media aceptación del trabajador (...)”

⁴ Por tanto, queda claro que el Tribunal Constitucional como órgano máximo de nuestro ordenamiento jurídico, reconoce como válidos los acuerdos de reducción en donde obviamente debe primar el consenso y acuerdo previo; y no deben ir contra derechos mínimos del trabajador como beneficios o derechos laborales.

No obstante lo indicado, en este punto, cabe preguntarse qué pasaría en las situaciones en las que no se cuente con un acuerdo de reducción de remuneración entre las partes pero ocurran

situaciones críticas en una empresa como lo es una crisis financiera en la que es necesaria una reducción para beneficio de todos. Ante este supuesto,²¹ la Corte Suprema, mediante la Casación Laboral N° 00489-2015¹⁹ señaló dos supuestos válidos para la reducción de remuneraciones

¹⁵“(i) al existir acuerdo entre trabajador y empleador (reducción consensuada), acorde a lo dispuesto en artículo único de la Ley N° 9463; y, (ii) cuando la rebaja solo la dispone el empleador (reducción no consensuada), siempre y cuando sea una medida excepcional (cuando solo suceda en ocasiones especiales) y razonable (si no implica un aminoramiento importante de la remuneración)”.

Por tanto²² se deja abierta la posibilidad de una reducción de remuneración no consensuada,²² siempre que haya una causa razonable que la respalde y que la reducción sea de carácter provisional hasta que el empleador pueda justificar la medida. Siguiendo la línea de esta casación,²⁴ el Tribunal Constitucional mediante la sentencia emitida en el Expediente N° 0020-2012.PI/TC⁹ también sostuvo que es posible la reducción de remuneración siempre que la medida tenga carácter excepcional y razonable.

Finalmente, nuestro ordenamiento legal también regula un acuerdo de remuneración con una organización colectiva; en este sentido se indica que²⁴ solo podrá efectuarse la reducción de remuneración,¹⁵ siempre y cuando sea pactada entre el empleador y el sindicato; y siempre que se incurra en una de las causales tipificadas en el artículo 46° del TUO de la LCPL, y siempre que la reducción se de con la finalidad de evitar un cese de personal. En este sentido, el artículo 46° señala:

²⁵**Artículo 46.- Son causas objetivas para la terminación colectiva de los contratos de trabajo:**

- a) El caso fortuito y la fuerza mayor;
- b) Los motivos económicos, tecnológicos, estructurales o análogos;
- c) La disolución y liquidación de la empresa, y la quiebra;
- d) La reestructuración patrimonial sujeta al Decreto Legislativo N° 845.

Al igual que el acuerdo individual, la norma no exige en un acuerdo colectivo del requisito de la formalidad del acuerdo y se requiere un documento firmado entre el empleador y la organización sindical.

1.5.4. ³² La reducción de remuneraciones como acto de hostilidad

a) Actos de hostilidad

Los actos de hostilidad regulados en nuestro ordenamiento son aquellos que son realizados por el empleador hacia el trabajador y que tienen como finalidad que éste renuncie y así evitar realizar un procedimiento adecuado de desvinculación laboral. Cabe precisar que estos actos son considerados por el legislador como una forma de despido indirecto y por ello son equiparables al despido.

Estos actos son definidos como ¹ aquellos supuestos en donde el empleador, en virtud de su facultad de dirección y del ejercicio del *ius variandi*, puede excederse en su trato para con sus trabajadores, dañando su dignidad y generándole un perjuicio emocional o material.

⁵ En nuestro ordenamiento, los actos de hostilidad laboral se encuentran tipificados en el artículo 30° del TUO de la LPCL y dentro de ellos, específicamente en el literal b) se indica que ² “la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría” es considerado un acto de hostilidad por sí mismo. Por tanto, existe una obligación tácita de no reducir de manera unilateral la remuneración de cualquier trabajador, ¹⁴ de manera inmotivada, caso contrario, le correspondería la indemnización por despido arbitrario.

En este punto, es necesario precisar que existe una interpretación doctrinaria que señala que los supuestos tipificados en el artículo 30° del TUO de la LPCL, no serían los únicos dado que la mala aplicación del ⁵ *ius variandi* que se desarrolla en el artículo 9° del mismo cuerpo normativo, podría ²² derivar en actos de hostilidad.

Ante un acto de hostilidad, el trabajador no se encuentra desprotegido ya que como primera medida ante un acto así, éste deberá informar al jefe inmediato los actos que consideres hostiles; en caso no haya una respuesta favorable, puede presentar una carta de cese de hostilidad laboral para que haya repuesta favorable en un plazo de seis (06) días; finalmente, en caso no se cesen con los actos indicados, el trabajador podrá darse por despedido y con ello estará facultado para iniciar un proceso judicial solicitando la indemnización por despido arbitrario, daño moral, lucro cesante y daño emergente.

Por tanto, se debe tener en cuenta que el procedimiento legal para cualquier acto de hostilidad si se encuentra regulado a diferencia de la reducción de remuneración por pérdida de confianza.

CAPITULO II: PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

Si bien la presente tesina hace referencia a la disminución de remuneración, es necesario también señalar que este escenario se genera porque a la fecha continúan emitiéndose críticas referentes al retiro de confianza como tal, el cual es considerado por algunos como un acto de hostilidad cuando estamos ante una reducción de categoría, o ante un acto inconstitucional cuando se da una desvinculación sin pago de indemnización, por discriminatorio al establecer que una categoría de trabajadores no tiene derecho a ninguna protección en caso de despido arbitrario y otros sí; además porque trasgrede el principio de igualdad de trato ante la Ley, haciendo distinciones entre tipos de trabajadores.

Ante esto, la jurisprudencia señala que los trabajadores de confianza constituyen un “tipo especial” de trabajadores basado en la confianza y el retiro de la misma es una decisión netamente del empleador, lo cual traería consigo una decisión que modifica el cargo del trabajador o un despido válido y no arbitrario, por lo que correspondería una reducción de la remuneración en el primer caso o el pago de indemnización por despido arbitrario en el segundo. Por tanto, lo que vendría a discutir en este punto es si el retiro de confianza a pesar de no estar regulado *per se* en nuestra legislación o dentro de las causales de falta grave para despido puede utilizarse para dichos fines.

Asimismo, como se ha presentado preliminarmente en la introducción, el problema en la presente tesina es la inseguridad jurídica que se genera al existir fallos judiciales contradictorios con respecto al caso de trabajadores de confianza que pierden esta condición y al retornar a su puesto de trabajo anterior, sufren la reducción de su remuneración.

Para ello, se ha elegido dos fallos contradictorios que se analizarán en el transcurso del presente capítulo, los cuales nos ayudarán a llegar a las conclusiones que se detallarán en el siguiente capítulo y nos harán tener claro las posiciones contrapuestas y sus respectivos fundamentos legales. Esto con la finalidad de concluir si existe o no existe un abuso de derecho en esta

reducción de remuneración y si existe o no una base legal con efecto vinculante que ayude a eliminar la inseguridad jurídica que a la fecha rodea este tema.

El primer fallo que se analizará será la Casación Laboral N° 3636-2010-Cusco que concluye que la reducción de remuneración de un trabajador de confianza que estuvo trabajando en el cargo muchos años vulnera su derecho a una reducción motivada y que además no respetaba el carácter social del salario; por lo que impulsa la noción de actos de hostilidad en este supuesto.

La citada casación aborda la figura de reducción inmotivada de la remuneración y/o categoría, como actos de hostilidad, previstos así por la legislación laboral peruana, relacionada directamente con el régimen especial de los trabajadores de confianza. Según la Corte Suprema la carrera ascendente del trabajador hasta ser considerado un trabajador de confianza justifica que este haya incorporado a su patrimonio un estatus remunerativo laboral y estatus social, que no pueden ser afectados inmotivadamente por el empleador sin que medie una aceptación expresa, pues ello implicaría respaldar una decisión arbitraria e inconstitucional.

Cabe señalar que en este expediente el trabajador hizo hincapié que el acto de hostilidad propiamente dicho se debía a que luego de haber tenido una carrera profesional ascendente y alcanzar una jefatura, se le regresó al cargo anterior por el solo retiro de confianza, reduciéndosele la categoría y la remuneración. Ante ello, con la finalidad de justificar su posición, la Corte Suprema hace mención al Expediente N° 009-2004-AA/TC, mediante el cual el Tribunal Constitucional manifestó que no existe norma o disposición que autorice al empleador a reducir unilateralmente la remuneración del trabajador y por ello, el empleador cometió un acto de hostilidad contra el trabajador.

En este punto, es preciso señalar que la sentencia previamente citada no hace ninguna referencia a los trabajadores de confianza y/o dirección, sino solamente a los trabajadores ordinarios; con los cuales tenemos claro que existen formas de reducción de remuneración señalados en el capítulo I que antecede y resumidos en la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema; no obstante de lo detallado en el capítulo anterior, al estar frente a trabajadores

de confianza la resolución debió tomarse de manera diferente por la estabilidad relativa y subjetividad en la calificación de su cargo.

Asimismo, en la justificación de su fallo, la Corte Suprema hace referencia a lo inconstitucional que podría resultar la reducción de la remuneración dado que conforme a lo dispuesto en el artículo 23° de la Constitución Política del Estado “ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”; de igual manera, el artículo 24° señala que “el trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente”; y finalmente el numeral 2) del artículo 26° del mismo cuerpo normativo garantiza el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley. Por ello, la Corte considera necesario que cualquier acto de reducción de la remuneración se debe observar, principalmente, las normas constitucionales que sobre este aspecto existen, es decir, relacionada la reducción de la remuneración del personal de confianza con el derecho constitucional a la dignidad, con el derecho a una remuneración equitativa y suficiente y el derecho de los trabajadores de no renunciar a sus derechos adquiridos; los cuales serán los pilares de revisión al momento de emitir la discusión central en el presente trabajo.

Por otra parte, tenemos a la Casación Laboral N° 23795-2017-Lima que concluye que la reducción de remuneración no debe ser considerada un acto de hostilidad por parte del empleador, debido a que un trabajador no debía continuar percibiendo la antigua remuneración una vez culminada su designación pues dicho monto remunerativo guardaba relación con el grado de responsabilidad de sus funciones. Asimismo, se sostiene que no se está ante una reducción de remuneración, sino ante una adecuación remunerativa dada las nuevas funciones del trabajador y que sí existe una aceptación a las nuevas condiciones de trabajo del trabajador.

La Corte Suprema en la citada ejecutoria, valida la reducción del salario de un trabajador de confianza que retorna a su puesto anterior que tiene la calidad de ordinario, al considerar que dicha medida correspondería ser proporcional a sus nuevas funciones o responsabilidades, las mismas que no tendrán el plus adicional remunerativo, de ser considerado de confianza, lo cual determina la adecuación del monto remunerativo y; por tanto, no constituiría un acto de hostilidad propiamente dicho; asimismo señala que dicha decisión, tanto el de reducción de remuneración

como el del retiro de confianza, resulta propia de la facultad de dirección que tiene el empleador, el ya mencionado *ius variandi*.

En la citada casación el empleador en distintos periodos, y ³² en uso de su poder de dirección ³² designó al trabajador en diversos cargos de confianza, promoviéndolo consecutivamente, lo que de ninguna manera implica que una vez culminada su designación deba continuar manteniendo la misma remuneración, pues esas promociones le denotaron de diversas funciones y mayor responsabilidad en las mismas; por tanto, es evidente que su remuneración fue incrementándose, no teniendo la misma calidad el cargo que desempeñara en un puesto ordinario.

Asimismo, la Corte insiste ¹⁶ que la adecuación de la remuneración no ³² constituye un acto de hostilidad tipificado en la norma, pues, tal decisión se toma en virtud de la facultad de dirección inherente a la condición de empleadora y para el ejercicio eficaz y eficiente de sus actividades. Lo más relevante en este punto es que la reducción de remuneración en el caso objeto de estudio, guardará relación con la realidad del cargo desempeñado; siendo injusto para sus demás trabajadores que una persona que realice las mismas funciones que ellos reciba una remuneración mayor por funciones que no desempeña. Acercándose de esta manera a ⁴⁰ la Ley N° 30709, Ley que ² prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres; que a la fecha del fallo todavía no había sido emitida; la cual, si bien fue concebida para ² eliminar las diferencias de remuneración entre hombres y mujeres, se basa en todo tipo de diferencia salarial.

Por lo antes descrito, el problema de justificar la reducción de la remuneración se basa en que si bien esta reducción podría justificarse en tanto la causa objetiva por la cual el trabajador percibía una remuneración adicional desaparece con la pérdida de confianza, también podría resultar válido indicar que no se puede generalizar todas las situaciones que podrían suceder en torno a este supuesto dado que podría generarse un abuso de derecho en agravio ⁹ a los trabajadores en el caso de aquellos trabajadores que pierden la confianza de manera arbitraria e injustificada al poder el empleador retirar la confianza sin un procedimiento administrativo regulado con la posibilidad de algún tipo de descargo del trabajador.

Como se ha indicado en el capítulo anterior, la pérdida de confianza, siempre se da por razones subjetivas que no se encuentran tipificadas en la legislación como si lo están las faltas graves.

En este punto, considero recaemos en la pregunta ya realizada anteriormente en el presente trabajo: ¿el retiro de confianza de manera unilateral y sin mediar justificación es un abuso de derecho o no? La normativa peruana no regula este tema como si lo hace de manera prudente el sector público cuando en el artículo 4° de la Ley de Fomento del Empleo Público refiere que la designación y/o remoción del empleado de confianza se encuentra en torno de quien lo designe o remueva libremente; y esto hace que la sombra del abuso de derecho sobre esta figura siempre esté presente.

El primer párrafo del artículo 9° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala:

“Artículo 9°.-

“Por subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.

... ”.

Por tanto, se puede concluir que la adopción de decisiones que tome el empleador debiera tener referencia a la razonabilidad como eje limitante de las decisiones; siendo ello así, podríamos concluir que la decisión de promover o remover el cargo de confianza y con ello modificación la reducción del trabajador resultaría distante al criterio de razonabilidad si es que no media una justificación o una motivación previa. Lo cual sería crucial, no obstante, como un punto de vista personal, considero que el hecho que el retiro de confianza no se encuentre normado dentro de un procedimiento no quiere decir que tiene una razón de ser y que esa decisión sea inmotivada.

Es más, es necesario precisar que las dos casaciones antes detalladas no cuestionan el retiro libre de la confianza, la única diferencia estará en el impacto sobre la remuneración dado que

ninguna señala en que situaciones estaría prohibido el retiro de confianza; es más en la primera casación que está en contra ²¹ de la reducción de la remuneración señala “*el empleador tiene la libertad de poder otorgar un puesto de dirección o de confianza, así como lo tiene para retirarlo*”.

Como otros argumentos de la primera casación, la cual está en contra de la reducción de la remuneración y que adiciona problema en el presente tema es que no hay regulación para trabajadores de confianza y dirección como lo hay en otras regulaciones como la española, en la que se regula a los trabajadores de dirección en una normativa especial que dice que si uno va a pasar de un puesto ordinario a un puesto de dirección, debe o bien suspender la relación laboral ordinaria o resolverla; lo cual sería una buena salida dado que o bien estas en un régimen especial o en un régimen general, pero no se mezcla; lo cual es lo que deviene en diversos problemas.

Por otra parte, si bien como se indica en los párrafos que anteceden, ² la Ley N° 30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, ¹⁸ podría dar luces para resolver el problema de la reducción de remuneración inmotivada, se debe tomar en cuenta que, dentro de las disposiciones de la citada Ley y su Reglamento, se exigen cuadros de categorías y funciones, en donde se acuerdan ² las remuneraciones correspondientes a cada categoría de trabajo sin mediar ² tratos de diferenciación lo cual se regula en virtud del artículo 26.1 de nuestra Constitución Política que señala como principio de las relaciones laborales la igualdad de oportunidades sin discriminación y que mediante la Ley N° 28983, Ley de Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, desde el 2007 se estableció el principio de idéntica remuneración por trabajo de igual valor.

No obstante, ¹⁵ el artículo 6° del Reglamento de la Ley N° 30709, aprobado por el Decreto Supremo N° 002-20018-TR, señala que ² “por excepción”, los trabajadores pertenecientes a una misma categoría pueden percibir remuneraciones diferenciadas, siempre que la distinción se justifique en criterios objetivos tales como antigüedad en el centro de labores, el desempeño, la escasez de oferta de mano de obra calificada para un puesto, la experiencia, ² el perfil académico, entre otros. Dando con ello luz verde para que el empleador pudiera mantener la remuneración de un trabajador en un particular nivel o estatutos ² cuando se produzca una modificación de la estructura salarial u organización, aunque el valor del puesto o categoría haya decrecido o caso

contrario el nuevo puesto corresponda a una categoría inferior, como es el caso que nos corresponde.

En este punto, cabe la pregunta si es que el tiempo de un trabajador siendo personal de confianza o la experiencia asumida por el puesto, daría la opción de mantener a los trabajadores de confianza con su misma remuneración, aunque ya no ostente el cargo revestido de confianza; o si directamente se podría concluir que la experiencia en un puesto de confianza no tiene relevancia a su nuevo puesto de trabajo dado que las funciones serían diferentes al igual que el alcance; y si es esto un trato diferenciado.

Podríamos considerar que zanja esta interrogante “la justificación razonable de un trato diferenciado” que se desprende de la Resolución de Intendencia de la SUNAFIL, N° 563-2015-SUNAFIL/ILM, la misma que señala:

“No obstante lo expuesto, tanto la prohibición de discriminación como el derecho a la igualdad ante la ley pueden implicar trato diferenciados, siempre que posean justificación objetiva y razonable, es decir, que el tratamiento desigual no conduzca a un resultado injusto, irrazonable o arbitrario. El derecho a la igualdad no importa que todos los sujetos de derecho o todos los destinatarios de las normas tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones. Es decir, no todo trato desigual constituye una discriminación, sino solo aquella [que] no está razonablemente justificada.”

No obstante, se puede concluir que no todo trato desigual constituye una discriminación sino solo aquella que no está justificada; siendo este retiro de confianza una justificación al trato diferenciado entre trabajadores del mismo rango. De lo contrario, de mantener la remuneración a un trabajador que retornó a su puesto ordinario, se estaría perjudicando por trato diferenciado a otro trabajador que, realizando funciones similares, percibe menos remuneración.

Finalmente, con la finalidad de abordar el problema de la presente tesina a nivel constitucional, es necesario señalar que, el Tribunal Constitucional, antes de promulgarse la modificación del artículo 30° del TUO de la LPCL del año 2017 que señalaba como acto de hostilidad la reducción

de categoría y de la remuneración en general, es decir, sin discriminar si es motivada o inmotivada, mediante el Expediente N° 0020-2012-PI/TC advertía la posibilidad de reducir la remuneración, no solamente por acuerdo de partes como se detalló en el capítulo anterior, sino, también, por decisión unilateral del empleador, teniendo para ello que estar fundamentada la reducción de manera objetiva para que sea constitucionalmente válida.

Es así que el Tribunal señala los siguientes fundamentos en su pronunciamiento:

⁴
“(i) Reducción consensuada

38. La reducción de la remuneración es consensuada si es realizada de manera voluntaria, es decir, si existe un acuerdo libre, espontáneo, expreso y motivado entre el trabajador y el empleador.

39. La posibilidad de reducción consensuada no es nueva en el derecho interno. A esta conclusión se puede llegar de la lectura del artículo único de la Ley 9463, del 17 de diciembre de 1941, que señala que "La reducción de remuneraciones aceptada por un servidor, no perjudicará en forma alguna los derechos adquiridos por servicios ya prestados (...), debiendo computársele las indemnizaciones por los años de servicios de conformidad con las remuneraciones percibidas, hasta el momento de la reducción. Las indemnizaciones posteriores se computarán de acuerdo con las remuneraciones rebajadas", sobre lo cual este Tribunal ha tenido oportunidad de manifestar que la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada por la Ley 9463 siempre que medie la aceptación del trabajador (fundamento 3 de la STC 00092004 AA/TC).

40. También se ha admitido jurisprudencialmente que puede existir una reducción de la remuneración a través de un descuento aceptado por el trabajador (fundamento 6 de la STC 0818-2005- PA/TC).

(ii) Reducción no consensuada

41. La reducción de la remuneración también puede ser adoptada por una decisión unilateral por parte del empleador, particular o el Estado mismo, es decir, sin aceptación previa del trabajador.

42. Esta posibilidad de reducción, aparte de la afectación de las planillas de pago por orden judicial (consentido en el fundamento 6 de la STC 0818-2005-PA/TC), de otro lado,

se encuentra contemplada en el derecho interno y resulta de la interpretación y aplicación a contrario sensu del artículo 30.6 del Decreto Supremo 003-97-TR y del artículo 49 de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 001-96-TR, que consideran que la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría es un acto de hostilidad equiparable al despido si es dispuesta por decisión unilateral del empleador que carezca de causa objetiva o legal. Desde esta perspectiva, resulta válida -en términos constitucionales- la reducción de la remuneración o de la categoría por decisión unilateral del empleador si es que posee una causa objetiva o legal.

43. Este Colegiado ergo considera viable la reducción no consensuada de remuneraciones por causa objetiva y justificada, siempre que dicha disminución de haberes refleje la expresión de los motivos o razones por los que se procede a la reducción de la remuneración o la invocación de la regulación legal que la justifique.

Por tanto, existía una posición a nivel Constitucional que señalaba que sí procedía una reducción de remuneración al efectuar una interpretación contraria al no vigente literal b) del artículo 30° del TUO de la LPCL que señalaba que estábamos ante un acto de hostilidad siempre que se realice una reducción inmotivada; es decir, mientras se hiciera una reducción motivada de la remuneración o categoría, no se estaría ante un acto de hostilidad propiamente dicho, con lo cual el colegiado concluía que no solo existe la posibilidad de reducir la remuneración mediante un acuerdo entre las partes sino existía la posibilidad de reducir unilateralmente la remuneración siempre que el empleador tenga una “causa objetiva y justificada para hacerlo”, y será en caso de cumplir con estos requisitos que se estaría hablando de un tema de hostilización.

En este mismo sentido, se emitió otra sentencia del Tribunal Constitucional en el Expediente N° 009-2004-AA/TC que indicó:

“(…) la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada expresamente por la Ley N.º 9463, del 17 de diciembre de 1941, siempre que medie aceptación del trabajador. Igual situación es contemplada, contrario sensu, por el artículo 30º, inciso b), del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, y el artículo 49º de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-

96-TR, que consideran la reducción INMOTIVADA de la remuneración o de la categoría como acto de hostilidad equiparable al despido. (...)"

Por tanto, la reflexión para tener en cuenta con respecto a la reducción de remuneración del trabajador de confianza que retorna a un puesto ordinario es que, según el criterio del Tribunal Constitucional, que es previo a la modificación del artículo 30, literal b) del TUO de la LPCL es que, procede el *ius variandi* del empleador en cuanto a la decisión de reducción de remuneración, pero para que esto sea efectivo, la decisión debe ser motivada. Sin perjuicio de lo anterior, resulta también importante mencionar que la Corte Suprema de Justicia, en reiterada jurisprudencia previamente citada, ha señalado que, además de respetar el contenido esencial de la remuneración, la reducción deberá ser consensuada, excepcional y razonable.

No obstante lo indicado; y siendo ya desarrollo del próximo capítulo, es necesario precisar que el objeto de la presente tesina es el grupo de trabajadores de confianza, a quienes no se les reduce la remuneración por causas motivadas en la Ley sino que esto se da como consecuencia a un retiro de confianza por el cargo que ostentan.

CAPITULO III: DISCUSIÓN

Por lo antes detallado y habiendo revisado el marco teórico desarrollado en el capítulo II que antecede, nos corresponde absolver primero si el retiro de confianza como tal es un acto que debe ser considerado abusivo o inconstitucional, y posteriormente absolver si existe o no un abuso de derecho en la reducción de remuneración de los trabajadores de confianza que retornan al puesto de trabajo ordinario.

Con respecto al retiro de confianza como tal, considero que este puede tomarse como inconstitucional solo en el extremo que tenga como consecuencia un despido y no se le otorgue el pago de una indemnización, dado que no hay norma que diga que los trabajadores de confianza son de libre remoción y no les corresponda indemnización; por lo tanto, debe aplicarse la regla general que es que ante un despido debe proceder el pago de una indemnización. Asimismo, es necesario precisar que estamos ante un derecho constitucional; el artículo 22° de la Constitución señala que toda persona tiene derecho al trabajo y de esto devendría el derecho a la protección del mismo.

Por otro lado, con respecto al retiro de confianza que tiene como consecuencia el retorno al puesto anterior y por ende a la reducción de remuneración, es necesario absolver si esto se puede o no dar en virtud del ejercicio de dirección del empleador, es decir, del *ius variandi*.

Según el artículo 9°³ del TUO de la LPCL, el *ius variandi* es percibido como la facultad del empleador de modificar unilateralmente ciertos elementos del contrato; no obstante, esta modificación no puede ser libre y sin limitaciones dado que podría contravenir derechos adquiridos de los trabajadores; por tanto, esta facultad estará sujeta a límites propios del Derecho del Trabajo

³ Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador.
El empleador está facultado para introducir cambios o modificar turnos, días u horas de trabajo, así como la forma y modalidad de la prestación de las labores, dentro de criterios de razonabilidad y teniendo en cuenta las necesidades del centro de trabajo.

como lo son ¹ la razonabilidad, proporcionalidad, tipicidad y el respeto al contrato de trabajo dentro del cual se encuentra la remuneración.

Como indica Toyama Miyagusuku, no todos los actos pueden realizarse en virtud del denominado *ius variandi*, por tanto solo se podrán modificar sin la autorización del trabajador, aquellos acuerdos que por Ley no se encuentren prohibido variar de manera unilateral y no sean esenciales ni sustanciales de las condiciones de trabajo pactadas (TOYAMA 2008: 222); como por ejemplo el horario de trabajo, el lugar donde se prestará el servicio, etc.; por tanto, siendo la remuneración un ¹ aspecto sustancial y esencial de las condiciones de trabajo, su modificación no podría realizarse ¹ en virtud de la facultad *ius variandi* del empleador.

Reafirmando lo indicado en el párrafo que antecede, la doctora Pizarro Díaz cita al doctor Gonzáles Hunt, quien comparte la posición e indicó que ¹⁵ la facultad del *ius variandi* no da derecho al empleador de modificar de manera unilateral partes ¹⁵ esenciales del contrato de trabajo como la remuneración ni en el escenario que esto se vea justificado por un tema de índole económico que lo afecte, no obstante, hace hincapié a que no puede “disminuir” mas no señala nada referente a la modificación por adecuación que es un tema que se desarrollará más adelante.(Pizarro 2021: 251)

En este sentido, habiendo concluido que el *ius variandi* no facultaría al empleador de modificar el monto remunerativo de manera unilateral en los contratos, considero que ante los casos revisados en las jurisprudencias detalladas en el capítulo II, que el poder de dirección del empleador no es lo que estaría avalando la ¹ reducción de la remuneración ni el retorno del puesto de trabajo; sino lo que avala es la facultad ¹ del empleador de retirar la confianza al trabajador en quien ya no confía para que dirija su empresa en un puesto de vital importancia para él; y es en este punto que podemos dilucidar que tanto la modificación del puesto de trabajo como la reducción de la remuneración dejan de estar en el dominio del empleador y pasan al dominio del trabajador quien tendrá que elegir entre aceptar retornar al puesto anterior ¹ con la nueva remuneración y condiciones de trabajo o no aceptar el retorno y requerir ¹ el pago de la indemnización por despido arbitrario de acuerdo con ley.

Por tanto, al ser la reducción de remuneración una consecuencia del retiro de confianza lo que se requiere en este punto es concluir si el retiro de confianza llega a considerarse como abusivo o no. Aquí estamos ante dos posturas; la de aquellos que consideran que éste debe ser un acto fundamentado y/o motivado y aquellos que no lo consideran necesario.

El primer grupo que apoya la postura que el retiro de confianza debe ser motivado sustenta su posición por un tema de seguridad y respeto de derecho ¹⁶ de los trabajadores en virtud del artículo 26° de la Constitución Política del Estado; dado que por esta vía podrían darse casos de abuso de derecho si el empleador no tiene límites para el retiro de confianza, lo cual se agravado dado que no existen procedimientos ni supuestos que regulen el procedimiento de retiro de confianza; es así que se puede desvincular libremente y en cualquier momento utilizando la figura del retiro de confianza.

Desde mi perspectiva, la naturaleza del retiro de confianza debe ser visto desde otro enfoque en el cual debe prevalecer su carácter subjetivo; esto debido a que no estamos ante una falta grave que deviene un procedimiento de despido, sino ante ciertos hechos que ocurrieron y que a la vista del empleador hace imposible continuar trabajado juntos en puesto de vital importancia para él. La confianza es relativa en todos los aspectos; lo que para uno es importante para otros no y puede verse relacionado desde aspectos de valores o desempeño, los cuales no pueden ser medidos de igual manera por distintas personas.

En este sentido, el retiro de confianza no calza como una falta grave dado que así fuera deberá tener un carácter probatorio y con ello se limitará al empleador de conducir su empresa de la manera que considere pertinente. El juez ni nadie puede sustituirse en el criterio subjetivo del empleador para retirarle la confianza; no hay como trazar o medir el retiro de confianza dado que se basa en un criterio subjetivo del empleador. En este sentido, el retiro de confianza se da en virtud del ejercicio del *Ius Variandi* que posee el empleador como tal; y es dentro de esta facultad que tiene el empleador en que puede retirar la confianza de manera subjetiva, dado que esta diferenciación se otorga al trabajador con parámetros y requisitos pre establecidos del propio empleador; y, por tanto, no necesita explicar el motivo del porqué se le retira.

En este punto nos damos cuenta que sería la situación más positiva que existiera una normativa que uniformice el criterio jurisdiccional y regule el procedimiento del retiro de confianza y más aún que señale la forma en la que el trabajador de relación mixta deba decidir sobre si retorna a su puesto de trabajo anterior o prefiere la indemnización; pero, a la fecha, esto no existe; y por tanto puede ser una propuesta normativa que de luces de la manera más eficiente a la regulación de los trabajadores de dirección y confianza.

Por tanto, la reducción de la remuneración en el caso de los trabajadores de confianza que retornan a puestos de trabajo anteriores donde no cuentan con la característica especial de ser “de confianza”, no debe ser visto como una decisión inmotivada o abusiva del derecho por la naturaleza propia de los trabajadores de confianza; y la consecuencia de dicho retiro de confianza que es la reducción de la remuneración no debe ser vista como una modificación unilateral del empleador, sino como una decisión del trabajador al tener dos opciones entre las cuales elegir.

Ahora bien, como se indicó líneas arriba, si bien no hay un procedimiento de retiro de confianza que regule de manera taxativa las causas para la pérdida de confianza, o indique cuando aplicaría una reducción de remuneración en caso se retorne al trabajador a un puesto ordinario o cuando le corresponde una indemnización; lo que se tiene sentado es el derecho del trabajador de elegir que alternativa prefiere.

Y es la opción de decidir, de manera directa o mediante un procedimiento de cese de hostigamiento, lo que hace que el retiro de confianza y sus alcances no sean considerados actos abusivos dado que se tiene una vía legal mediante la cual el trabajador podrá encontrar una vía indemnizatoria o resarcitoria.

Por otro lado, otro argumento con el cual se sustenta que no estamos ante un abuso de derecho es que el mantener a un trabajador de confianza en un puesto ordinario con la misma remuneración cometería, desde mi punto de vista, un acto de discriminación remunerativa, regulada por la Ley N° 30709 y Decreto Supremo N° 002-2018-TR. Esta ley de igualdad remunerativa se ha aprobado con el propósito de garantizar que los trabajadores que realicen las mismas funciones perciban lo mismo; es decir, el empleador tiene la obligación de pagar por igual a todos los trabajadores que

presten servicios de igual valor, pudiendo hacer excepciones solo cuando medien causas objetivas y razonables; y a mi parecer el haber sido un trabajador de confianza no es una causa ni objetiva ni razonable para un trato diferenciado en el pago de su remuneración como lo podría ser la antigüedad, la mayor capacitación u otras detalladas en la norma.

La calificación de confianza otorga al trabajador el manejo de información confidencial y la toma de decisión; características que no son necesarios cuando se deja de ejercer el puesto de confianza; por tanto, si retornas a un puesto diferente, donde no es imprescindible la información para ejercer tu nueva función, entonces no puede ser considerada como causa objetiva ni razonable para un trato diferenciado.

Por otra parte, es necesario volver a revisar ²³ el artículo 6° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la cual ²⁸ señala que se debe entender por remuneración a la contraprestación, en dinero o en especies valorables en dinero, que efectúa el empleador a cambio de un trabajo realizado en relación de dependencia por causa del contrato de trabajo. En este punto es necesario tener presente que lo que te indica la norma es que la remuneración no es consecuencia de un contrato de trabajo propiamente dicho sino ¹ de las prestaciones que surgen de la relación laboral.

⁵ Es decir, que la remuneración es la contraprestación por los servicios efectivamente realizados por el trabajador; por tanto, si el trabajador dejó de realizar un trabajo que tenía como plus una mayor responsabilidad y volvió a realizar trabajos con menos responsabilidad laboral, entonces no existe abuso de derecho al realizar la reducción de remuneración dado que ésta ⁹ debe guardar relación con las condiciones de exigencia, responsabilidad y complejidad.

Siendo esto así, debe existir proporcionalidad entre las tareas de un trabajador y su contraprestación, el cambio de funciones y/o categoría pueden traer como consecuencia la modificación en la remuneración y esto no atentaría contra ningún derecho fundamental dado que no existiría algún elemento prohibido que lo vulnere, como, por ejemplo, el acceso a la remuneración, dado que percibiría la retribución correspondiente, o, la privación arbitraria de la remuneración, debido a que la modificación estaría motivada; equidad, siempre que la

remuneración recibida resulte ser igual a la de otro trabajador que realice las mismas funciones y, por último, suficiente, siempre que la remuneración no sea menor a lo mínimo establecido por ley.

No obstante lo indicado, otra perspectiva de ver la modificación de reducción, sería como una adecuación a las nuevas funciones que asumirá el trabajador de confianza mas no una reducción como tal dado que esto se daría si el trabajador mantuviera las mismas funciones y responsabilidad frente a su empleador.

Finalmente, no podemos olvidar ⁴ la sentencia del Tribunal Constitucional citada en el capítulo II ² que antecede que señala que la reducción de remuneración sería posible de manera excepcional unilateral del empleador, con el único requisito que esto se de en virtud de una causa objetiva y razonable; lo ² cual es una corriente apoyada a pesar de que para llegar a esa conclusión se ha tomado una interpretación a contrario del artículo 30 literal b) del TUO de la LPCL, antes de su modificación en el 2017.

Aunado a ¹⁵ la interpretación dada por el Tribunal Constitucional ²¹ señalada en el párrafo que antecede, la doctora Pizarro Díaz también considera ²⁴ que la reducción de remuneración debe poder darse de manera unilateral ² siempre que exista una causa objetiva que lo justifique; posición que ha mantenido cuando ha criticado la acción de inconstitucionalidad presentada en contra de la Ley de Reforma Magisterial, agregando que se debe tener en cuenta que ésta debe tener un carácter extraordinario y siempre que estén vinculados a una necesidad del Estado o a la subsistencia de la misma empresa.

¹⁵ No obstante, es necesario precisar que si bien consideramos ³⁴ que si es posible la reducción de remuneración unilateral de manera motivada; es necesario ¹⁴ precisar que la reducción de remuneración para los trabajadores de confianza que retornan a un puesto ordinario, se da como una adecuación a su nuevo cargo luego del retiro de confianza; y considero, será la decisión de aceptar el nuevo cargo su consentimiento a las nuevas condiciones de trabajo, caso contrario, el trabajador siempre tendrá abierta la opción de requerir ¹⁴ la indemnización por despido arbitrario, con lo cual se resarciría el daño que el trabajador considere se le ha podido causar, lo que no calificaría en ninguna medida como abuso de derecho.

CAPITULO IV: CONCLUSIONES

De acuerdo con el presente trabajo podemos concluir en lo siguiente:

1. De acuerdo a la investigación realizada concluimos que al no existir sentencias que tengan la calidad de precedentes vinculantes sobre el tema de la reducción de remuneración de trabajadores de confianza que son retornados a puestos ordinarios por la pérdida de la misma, o uniformidad de criterios jurisdiccionales; se genera una inseguridad jurídica en el ordenamiento legal peruano que se ve reflejada en la falta de garantía objetiva de aplicación de la ley o de criterios uniformes que dejan en estado de indefensión a los trabajadores que intenten recurrir a la vía judicial en caso de considerarlo pertinente por sentir vulnerados sus derechos.

2. Si bien a la fecha, el Pleno Jurisdiccional Laboral Distrital de Lima realizado el 7 de diciembre del 2017 y la mayoría de jurisprudencia nacional actual incluida la Casación Laboral N° 18450-2015-LIMA, concluyen que el retiro de confianza da lugar al pago de una indemnización por despido arbitrario siempre que estemos ante un trabajador que ingresó a laborar a un puesto de trabajo común u ordinario y fue promovido a la condición de trabajador de confianza y siempre que el empleador no le permita retornar al puesto de trabajo anterior, lo cual denotaría un tratamiento especial por su condición de confianza; con respecto a la reducción de remuneración, el tratamiento legal en base a jurisprudencia creada y consensuada no es “firme”; habiendo dos posturas opuestas que basan su posición en derechos constitucionales como a la dignidad, a la igualdad y no discriminación; con lo cual se deja abierta la posibilidad de asumir una conclusión distinta a los criterios de la Corte Suprema. Por tanto, en este punto podemos concluir que existe un vacío legal que genera incertidumbre e inseguridad jurídica, por lo que resulta necesario que exista una normativa legal especializada que construya los pilares e instrumentos jurídicos para regular a este tipo de trabajadores.

3. Por otro lado, de lo revisado, es necesario concluir que la asignación de funciones a una categoría de confianza trae consigo una mejora en las condiciones de trabajo y un incremento de remuneración. Por tanto, consideramos, en primer término, que el trabajador al tener una promoción de su categoría modifica su status tanto laboral como social; pero ello no quiere decir que, por esa mejora, las condiciones de trabajo y la calificación de confianza no puedan modificarse en virtud del desempeño del trabajador durante la relación laboral y del poder de dirección del empleador respecto a esta calificación, siendo el retiro de confianza una potestad del empleador de carácter subjetivo, por lo cual no es exigible que se pruebe que el retiro de confianza se encuentre sustentado.

No obstante, siempre queda abierta la oportunidad del trabajador que considere se ha visto afectado su derecho a la remuneración, la opción de tomar acciones legales para restituir su derecho o requerir una indemnización, por tanto, en este supuesto sería necesario que el empleador tenga las pruebas suficientes para sustentar el motivo de la pérdida de confianza que trajo consigo la reducción de remuneración, lo cual desnaturaliza la figura de la confianza per se; y reitera la necesidad de una regulación específica para este tipo de trabajadores.

En este punto, de lo que se ha podido revisar, la única opción que tendrían las partes con la finalidad de no entrar a una situación de desventaja, desconocimiento o incertidumbre podría ser que se suscriban en los contratos de trabajo, cláusulas preventivas o indemnizatorias en el caso de pérdida de confianza o resolución automática del contrato; no obstante, esto en cierto punto, esto también podría ser debatible dado que siempre existiría una puerta abierta a que el trabajador señale que por el principio de irrenunciabilidad de derechos desconoce los acuerdos que traigan como consecuencia la reducción de remuneración.

4. Asimismo, considero que por un tema de estabilidad jurídica, la reducción de remuneración debe ser vista como una “adecuación” de remuneración y como una consecuencia de la pérdida de confianza decidida de manera unilateralmente por el empleador, sin invocar causa motivada en la legislación; con lo cual bajo lo antes revisado, no se estaría quebrantando principios de buena fe laboral y seguridad jurídica dado que el empleador realizará un retiro de confianza en virtud de su *ius varianti* y será el trabajador quien decida el retorno al puesto de trabajo con

sus nuevas condiciones o decida resolver la relación laboral y solicitar una indemnización según corresponde por cualquier daño que sintiera le pudieran haber causado. En otras palabras, será el trabajador quien elija la consecuencia que giran en torno del retiro de confianza previamente señalada.

Por tanto, es debido a la elección que realiza el trabajador de modificar sus condiciones de trabajo al retornar al puesto ordinario o solicitar ¹ el pago de la indemnización por despido arbitrario que no hay acto de hostilidad dado que no se le impone ninguno de las opciones señaladas. Sin perjuicio a ello, consideramos que debe existir una norma que regule un procedimiento ²⁷ para que el trabajador ejerza su derecho a elegir entre estas dos alternativas, la misma que actualmente se regula en virtud de jurisprudencia y doctrina.

5. Por otra parte, se concluye que no existe acto arbitrario o medida abusiva en la reducción de remuneración porque el trabajador puede elegir en diferentes partes ¹⁷ de la relación laboral, las condiciones que le ofrece el empleador cuando le consigna un cargo de confianza. En este punto el trabajador sabe lo que la calificación “de confianza” acarrea en un cargo y si es que acepta dicho nombramiento deberá afrontar las consecuencias de un ¹ retiro de confianza.

En el caso de trabajadores que ingresan directamente a un puesto de confianza tienen la opción de negociar las condiciones en la etapa de contratación y para aquellos que ya se encuentran laborando y sienten que la calificación del cargo se modifica únicamente con la finalidad de ²⁷ atentar contra su derecho a la protección contra el despido arbitrario, existe la posibilidad de cuestionar la calificación del cargo a nivel judicial o a nivel administrativo, en caso el trabajador considere que hay una calificación indebida en su cargo.

6. Finalmente, en virtud de la investigación realizada en el presente trabajo podemos concluir que no existe ²⁷ afectación del derecho a la remuneración de los trabajadores objeto del presente estudio, dado que la reducción de la remuneración se realiza respetando los marcos constitucionales relacionados al derecho de la remuneración y aplicando de manera complementaria los mecanismos que nos da el ordenamiento legal vigente de manera limitada; por ello, durante la presente investigación se recomienda la promulgación de una ley que regule

los derechos y deberes de los trabajadores de confianza que, a la fecha, afrontan algunos vacíos legales que crean inseguridad jurídica respecto de su ¹³ estabilidad en el empleo, protección contra el despido arbitrario y reducción de remuneración.

Referencias Bibliográficas

AMARO RUBINA, Jorge

2009 *El despido en los trabajadores de confianza. Apreciaciones de la jurisprudencia constitucional sobre la amistad y la productividad*". Lima: Diálogo con la Jurisprudencia. Lima. Volumen 14, Número 124.

BLANCAS, Carlos.

2013 *El despido en el Derecho Laboral peruano*. Lima: Jurista Editores.

GARCIA, Álvaro.

2008 *La estabilidad laboral de los trabajadores de dirección y de confianza*. Lima: Dialogo con la Jurisprudencia. Volumen 14, Número 122.

MATALLAYA, Roberto

2022 *Rebaja de Remuneraciones: Regulación y Jurisprudencia Comparada*. Lima: Laborem. Número 16.

PACHECO ZERGA, LUZ

2008 *El período de prueba: naturaleza y régimen jurídico*. Lima: JUS Doctrina y Práctica. Número 7.

PIZARRO, Mónica

2021 *La reducción de la Remuneración del Trabajador en la Ley y la Jurisprudencia*. Lima: Laborem. Número 16.

PODER JUDICIAL

2020 *Guía Metodológica Plenos Jurisdiccionales Superiores*

<https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7407c18043eb77c79256d34684c6236a/Gu%C3%ADa+Metodol%C3%B3gica+de+Plenos+Jurisdiccionales+Superiores+2020+%28aprobada%29.pdf?MOD=AJPERES>

TARUFFO, Michele

2016 *Consideraciones sobre el Precedente*. Lima: Revista Ius Et Veritas. N° 53.

TOYAMA, Jorge

2015 *El derecho individual del trabajo en el Perú: Un enfoque teórico y práctico*. Lima: Gaceta Jurídica.

TOYAMA, Jorge y MERZTHAL, Marilú.

2014 *Reflexiones sobre el tratamiento jurisprudencial del personal de dirección y de confianza*. Lima: Themis, 65.

TOYAMA, Jorge.

2008 *Los contratos de trabajo y otras instituciones del Derecho Laboral*. Lima: Soluciones Laborales. Gaceta Jurídica.

VALDERRAMA, Luis

2008 *Derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores de dirección y confianza: ¿pago de indemnización o reposición?* Lima: Soluciones Laborales.

VALDIVIEZO, Marco

2019 *La Regulación del Periodo de Prueba Laboral y su influencia en el derecho a la estabilidad laboral en el Perú. Tesis para optar al título de abogado en Legislación y Ciencias Políticas. Piura. Universidad Nacional de Piura, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas.*

VITTERI, J

2016 *Derecho a la indemnización vacacional del personal de dirección*. Lima: Soluciones Laborales. Número 106.

INFORME DE ORIGINALIDAD

38%

INDICE DE SIMILITUD

38%

FUENTES DE INTERNET

9%

PUBLICACIONES

22%

TRABAJOS DEL
ESTUDIANTE

FUENTES PRIMARIAS

1	hdl.handle.net Fuente de Internet	5%
2	www.spdtss.org.pe Fuente de Internet	4%
3	lpderecho.pe Fuente de Internet	4%
4	www.tc.gob.pe Fuente de Internet	2%
5	pirhua.udep.edu.pe Fuente de Internet	2%
6	tesis.pucp.edu.pe Fuente de Internet	1%
7	Submitted to Universidad Cesar Vallejo Trabajo del estudiante	1%
8	Submitted to Universidad Católica de Santa María Trabajo del estudiante	1%
9	ebin.pub Fuente de Internet	

1 %

10

Submitted to Universidad Catolica Los Angeles de Chimbote

Trabajo del estudiante

1 %

11

docplayer.es

Fuente de Internet

1 %

12

pt.scribd.com

Fuente de Internet

1 %

13

tesis.ucsm.edu.pe

Fuente de Internet

1 %

14

gacetalaboral.com

Fuente de Internet

1 %

15

busquedas.elperuano.pe

Fuente de Internet

1 %

16

idoc.pub

Fuente de Internet

1 %

17

repositorio.unp.edu.pe

Fuente de Internet

1 %

18

inba.info

Fuente de Internet

1 %

19

Bismarck Jefferson Seminario Morante.
"REDUCCIÓN DE LA REMUNERACIÓN NO
CONSENSUADA ENTRE TRABAJADOR Y EL
EMPLEADOR EN EL CONTEXTO PERUANO",

1 %

Unisul de Fato e de Direito: revista jurídica da Universidade do Sul de Santa Catarina, 2019

Publicación

20	repositorio.unc.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
21	repositorio.ucp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
22	doku.pub Fuente de Internet	<1 %
23	www.munizlaw.com Fuente de Internet	<1 %
24	vbook.pub Fuente de Internet	<1 %
25	Submitted to Universidad Católica San Pablo Trabajo del estudiante	<1 %
26	kupdf.net Fuente de Internet	<1 %
27	qdoc.tips Fuente de Internet	<1 %
28	Submitted to usmp Trabajo del estudiante	<1 %
29	derecho.usmp.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
30	www.ciedcusco.com Fuente de Internet	<1 %

31	leyes.congreso.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
32	magazinjurisprudencial.com Fuente de Internet	<1 %
33	jurisprudenciacivil.com Fuente de Internet	<1 %
34	actualidadlaboral.com Fuente de Internet	<1 %
35	Submitted to Universidad Andina del Cusco Trabajo del estudiante	<1 %
36	Submitted to Universidad del Pacifico Trabajo del estudiante	<1 %
37	www.yumpu.com Fuente de Internet	<1 %
38	Submitted to Universidad Tecnologica del Peru Trabajo del estudiante	<1 %
39	informatica.upla.edu.pe Fuente de Internet	<1 %
40	cdn.www.gob.pe Fuente de Internet	<1 %
41	img.lpderecho.pe Fuente de Internet	<1 %
42	www.scribd.com	

Fuente de Internet

<1 %

43

edoc.pub

Fuente de Internet

<1 %

44

"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 27 (2011)", Brill, 2015

Publicación

<1 %

45

scc.pj.gob.pe

Fuente de Internet

<1 %

46

"Inter-American Yearbook on Human Rights / Anuario Interamericano de Derechos Humanos, Volume 36 (2020) (VOLUME I)", Brill, 2022

Publicación

<1 %

47

repositorio.unap.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

48

repositorio.usmp.edu.pe

Fuente de Internet

<1 %

Excluir citas

Apagado

Excluir coincidencias

Apagado

Excluir bibliografía

Activo