

**PONTIFICIA UNIVERSIDAD
CATÓLICA DEL PERÚ**

Escuela de Posgrado



Los trabajadores comunes ascendidos a puestos de dirección o confianza, y la decisión del empleador de impedir la reincorporación a su anterior puesto de trabajo: El criterio del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional

Trabajo de Investigación para obtener el grado académico de Maestro en
Derecho de la Empresa

que presenta:

Ruly Flores Zagarra

Asesor:

Luis Erwin Mendoza Legoas

Lima, Año 2022


Informe de Similitud

Yo, MENDOZA LEGOAS, LUIS ERWIN, docente de la Escuela de Posgrado de la Pontificia Universidad Católica del Perú, asesor(a) de la tesis/el trabajo de investigación titulado “Los trabajadores comunes ascendidos a puestos de dirección o confianza, y la decisión del empleador de impedir la reincorporación a su anterior puesto de trabajo: El criterio del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional” del/de la autor(a) FLORES ZEGARRA, RULY, dejo constancia de lo siguiente:

- El mencionado documento tiene un índice de puntuación de similitud de 34%. Así lo consigna el reporte de similitud emitido por el software *Turnitin* el 03/10/2022.
- He revisado con detalle dicho reporte y la Tesis o Trabajo de Suficiencia Profesional, y no se advierte indicios de plagio.
- Las citas a otros autores y sus respectivas referencias cumplen con las pautas académicas.

Lugar y fecha:

Lima, 18 de agosto de 2023

Apellidos y nombres del asesor / de la asesora: <u>MENDOZA LEGOAS, LUIS ERWIN</u>	
DNI: 42436623	Firma 
ORCID: 0000-0002-6247-8400	



DEDICATORIA

A Fato, mi madre, quien siempre me inculcó el amor y el trabajo; A mis tíos-hermanos, quienes estuvieron en mis buenos y malos momentos; a Esther, mi amada, por ofrecerme incondicionalmente su amor e impulsarme a seguir creciendo; y a Joselito, mi querido hijo inquieto y amoroso, por ser mi alegría y razón de seguir adelante.

Ruly Flores Zegarra

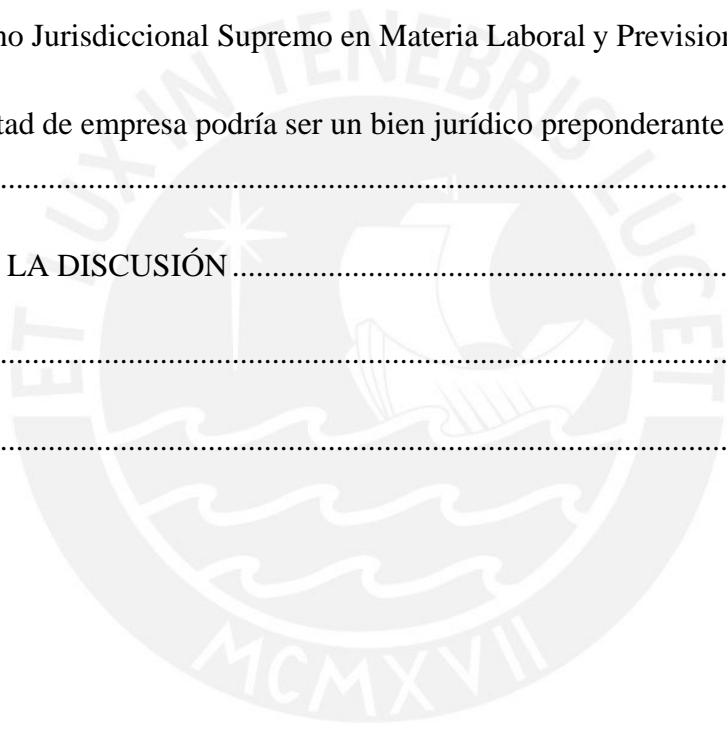
RESUMEN EJECUTIVO

La Corte Suprema del Perú, ha asumido en su jurisprudencia, la posición de que el empleador pueda impedir la reincorporación a su anterior puesto de trabajo, a un trabajador común ascendido a un puesto de dirección o de confianza, después de retirada la confianza, otorgándole solamente una indemnización. Dicha posición, afirmaría el derecho que tiene el empleador de dirigir y organizar la empresa, como expresión del Derecho a la Libertad de Empresa. En el presente trabajo de investigación se cuestiona tal posición, y se sostiene que el poder del empleador de impedir la reposición a su anterior puesto laboral, vulneraría el Derecho al Trabajo y configuraría un Abuso del Derecho, al promover a dichos trabajadores a puestos de dirección o de confianza con la intención de retirarlos posteriormente de la empresa; asimismo al ponerse fin a la relación laboral, solo por su libre voluntad del empleador, se configuraría una especie de autotutela intensa, el cual no puede concebirse en el despido improcedente y menos en el nulo. Dicho todo ello, la Corte Suprema del Perú (hasta antes de la emisión de la posición controvertida que se analiza) y el TC, han sostenido en reiterada jurisprudencia que, los trabajadores comunes ascendidos a un cargo de confianza, al retirársele dicha confianza tendrían que retornar a sus anteriores puestos comunes, a fin de evitar un abuso del derecho. Asimismo, existe una prevalencia del derecho al trabajo sobre el derecho a la libertad de empresa. Del mismo modo, no debe menospreciarse el valor trabajo por una exaltación del valor dinero; sino debería tenerse en cuenta las consecuencias que genera el despido en la vida de quienes lo soportan.

ÍNDICE

Resumen Ejecutivo	1
Índice	2
1. CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN	4
2. CAPÍTULO 2: ESTADO DEL ARTE.....	7
2.1 el Derecho a la Estabilidad Laboral	7
2.2 La estabilidad laboral en los Instrumentos Internacionales	7
2.3 La estabilidad laboral en el Perú	8
2.4 La estabilidad laboral en el Perú de trabajadores de dirección y de confianza	9
2.4.1 Definición de trabajadores de dirección y de confianza, y el concepto de confianza	9
2.4.2 La Estabilidad Laboral de los Trabajadores Comunes Ascendidos	12
2.5 Los límites a la facultad del empleador.....	21
2.6 Los principios, derechos y otras normas que se vulneran ante la negativa a la reposición del TCA a su anterior puesto.....	27
2.6.1 El abuso del derecho	27
2.6.2 Derecho al trabajo	28
2.6.3 Principio de tipicidad	29
2.6.4 Principio de predictibilidad	30

2.7	¿Los TCA, deberían tener el derecho de elegir a volver a su anterior puesto de trabajo ante un retiro de confianza?	32
3.	CAPÍTULO 3: EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN.....	36
3.1	Cuestiones preliminares	36
3.2	Las jurisprudencias del TC sobre la estabilidad laboral de los TCA	37
3.3	Las jurisprudencias de la Corte Suprema sobre la estabilidad laboral de los TCA	39
3.4	El VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional	40
3.5	¿La libertad de empresa podría ser un bien jurídico preponderante sobre el derecho al trabajo?	43
4.	CAPÍTULO 4: LA DISCUSIÓN	48
	Conclusiones	54
	Bibliografías.....	56



1. CAPÍTULO 1: INTRODUCCIÓN

El despido arbitrario es un problema latente en el país, más un cuando existe discrepancia respecto a la manera de proteger cuando un trabajador ha sido víctima del mismo, dado que hay operadores jurídicos que tienen criterios diferentes respecto a la adecuada protección que deberían tener los trabajadores.

El TC realizó la interpretación del derecho al trabajo, en el cual determinó que este derecho tiene 02 aspectos, uno de ellos, el acceso a un puesto de trabajo, y el otro, a no ser despedido sino por causa justa.

En consecuencia, el TC ha declarado inconstitucional el segundo párrafo del artículo 34 de LPCL, por contradecir el derecho al trabajo establecido en el artículo 22 de la Constitución, ordenando la reposición en el puesto laboral. De esta manera, como lo menciona Villavicencio (2013), el TC ha dejado de lado el remedio de la indemnización por despido arbitrario establecido en el artículo 34 de la LPCL ante la vulneración del derecho al trabajo, ordenando la reposición en el empleo ante despidos sin causa (págs. 327-330).

Sin embargo, el TC para aplicar el criterio mencionado en el párrafo anterior, en cuanto al despido arbitrario de trabajadores de dirección y de confianza, dicho órgano en el Expediente N° 3501-2006-PA-TC, ha definido que existen 2 tipos de trabajadores de dirección y de confianza, por su forma de acceso al puesto laboral; 1) Aquellos trabajadores que ingresaron a laborar directamente como trabajadores de dirección o de confianza, y 2) aquellos trabajadores que inicialmente ocupaban un puesto común y que posteriormente fueron promovidos a un puesto de dirección o de confianza. Estos últimos son objeto de estudio del presente trabajo y a quienes en adelante llamaremos TCA (Trabajadores Comunes Ascendidos).

El TC sobre los TCA, ha sostenido en sus reiteradas jurisprudencias que, al retirárseles la confianza, tal hecho no constituye una ruptura del vínculo laboral, por ende, tienen derecho a retornar a su puesto laboral que inicialmente venían ocupando, ya que admitir que el retiro de confianza sea una causa válida de extinción de la relación laboral, sería amparar un posible abuso

del derecho. Por otro lado, respecto al derecho de elegir entre la reposición o la indemnización el TC ha mencionado en sus diversas sentencias que tal derecho le corresponde al TCA, en caso de despido por pérdida de confianza. Entendiéndose tal afirmación como el derecho propio del trabajador de retornar a su anterior puesto laboral, sin contar necesariamente con la voluntad o aprobación del empleador sobre dicha reposición.

Sin embargo, la Corte Suprema del Perú (en adelante Corte Suprema) en su VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, (en adelante VII Pleno Supremo), publicado en Setiembre del 2018, sobre el tratamiento ante un despido arbitrario del TCA, ha mencionado expresamente que, si el empleador impide su reincorporación a su anterior puesto de trabajo ante un retiro de confianza, no será posible la reposición, sino solamente la indemnización. Es decir, de acuerdo a dicho pleno, dependerá de la voluntad del empleador, luego de retirada la confianza, si deja o no retornar al TCA a su anterior puesto laboral común.

Con dicho poder que otorga la Corte Suprema al empleador, se deja abierta la posibilidad de que se cometa un abuso del derecho por parte de los empleadores, cuando promuevan a cargos de dirección o de confianza a trabajadores comunes, con la sola intención de retirarlos posteriormente de la empresa. Asimismo, dicha potestad otorgada, contiene tácitamente el poder de decidir, de acuerdo al libre albedrío del empleador, el goce efectivo o no del derecho constitucional al trabajo, entendiéndose la aplicación de tal derecho, respecto a su puesto común anterior, del cual el trabajador nunca renunció. De la misma manera, al permitirse el pago de una indemnización tarifada al trabajador como forma de reparar el despido arbitrario, se estaría vulnerando el artículo 27 de la Constitución, sobre la adecuada protección contra el despido arbitrario.

Dicho ello, en la presente investigación verificaremos si, ¿Los trabajadores comunes ascendidos a puestos de dirección o confianza, tienen una adecuada protección contra el despido arbitrario, cuando el empleador decide impedir la reincorporación a su antiguo puesto de trabajo, luego de retirada la confianza? Al respecto, creemos que este poder puede conllevar a la exposición de potenciales ascensos de trabajadores comunes a puestos de dirección y de confianza, con el único

fin de despedirlos posteriormente con el argumento de la pérdida de confianza, dejando abierta la posibilidad de perpetrarse un abuso del derecho, proscrito por el artículo 103 de la Constitución.

Asimismo, al otorgarle al empleador el poder de impedir la reincorporación del TCA a su anterior puesto común, ante un retiro de confianza, qué duda cabe que se estaría admitiendo que el goce efectivo de los derechos constitucionales de estos trabajadores dependa de la decisión y voluntad del empleador. Consideramos que el criterio asumido por la Corte Suprema, es errado e incongruente con el derecho constitucional al trabajo. Por ende, si el empleador tiene el poder de impedir la reincorporación del trabajador a su puesto anterior, se estaría evidentemente vulnerando dicho derecho.

Respecto a la adecuada protección contra el despido arbitrario, establecido en el artículo 27 de la Constitución, tal derecho implica, como lo ha mencionado el Tribunal Constitucional, que el despido no debe afectar el contenido esencial del derecho al trabajo y, por ende, otorgar el poder al empleador de impedir la reincorporación de TCA en su anterior puesto laboral común, ante un despido sin causa justa legalmente establecida, vulnera evidentemente la adecuada protección contra el despido arbitrario.

Dicho todo ello, en el presente trabajo de investigación analizaremos si los trabajadores comunes ascendidos a puestos de dirección o confianza, tienen una adecuada protección contra el despido arbitrario, cuando el empleador decide impedir la reincorporación a su antiguo puesto de trabajo, luego de retirada la confianza. Para lo cual utilizaremos en enfoque metodológico jurisprudencial, ya que analizaremos diversas sentencias del TC y de la Corte Suprema, a fin de verificar si los trabajadores que inicialmente ingresaron a laborar en puestos comunes, y posteriormente fueron ascendidos a cargos de dirección o de confianza, tienen una adecuada protección contra el despido arbitrario, cuando el empleador decide impedir la reincorporación a su antiguo puesto de trabajo, luego de retirada la confianza.

2. CAPÍTULO 2: ESTADO DEL ARTE

2.1 el Derecho a la Estabilidad Laboral

2.2 La estabilidad laboral en los Instrumentos Internacionales

La estabilidad laboral es un derecho que ha sido materia de pronunciamiento en diversos instrumentos internacionales, es así que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por el Perú dispone que,

“Los Estados Parte del presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho” (Pac. Inter. D. Econ. Soc. y Cult., 1966, Art. 6).

Asimismo, el Convenio 158 de la OIT, sobre la terminación de la relación de trabajo establece que, no se puede poner fin a la relación laboral de un trabajador salvo causa justificada relacionado con su capacidad o conducta. (Conv. 158., 1982, Art. 4)

De la misma manera, el Protocolo de San Salvador en su artículo 7, sobre la estabilidad laboral de salida, ha establecido que, cuando un trabajador a sido despedido de manera injustificada tendrá derecho a la indemnización o a la reposición en su puesto laboral (Prot. San Salv., 1988, art.7).

Respecto al mencionado Protocolo, Blancas a mencionado que:

“El Protocolo de San Salvador no sólo consagra el derecho a la estabilidad laboral, sino que, además, lo fundamenta en el derecho al trabajo, afirmando la proyección de este derecho no sólo en relación al acceso al empleo – como su versión más tradicional- sino, igualmente, respecto a la conservación del mismo por quien tiene la condición de trabajador” (citado en Concha, 2014, pág. 13).

De esta manera, estos cuerpos normativos, han establecido criterios sobre la estabilidad laboral, reconociéndose el derecho al trabajo y su protección contra el despido; asimismo, no pudiendo

ponerle fin a una relación laboral, salvo por causa justificada que tenga relación con su capacidad o conducta; y además, mencionandose que al ser despedido un trabajador de manera injustificada, deberá tener derecho a la indemnización o a la reposición.

Con dichos instrumentos internacionales se concibe la posibilidad de que los Estados miembros, adopten para sus legislaciones internas una de las dos posibles maneras de protección contra el despido arbitrario, pudiendo ser la indemnización ó la reposición. Por lo que, como lo menciona Ferro (2012), estas opciones a las que se acojan los Estados miembro, dependerán del modelo constitucional y legal que tenga cada ordenamiento, sin perjuicio de que su análisis e interpretación deberá adecuarse a los instrumentos internacionales” (pág. 476).

2.3 La estabilidad laboral en el Perú

Respecto a la estabilidad laboral, la Constitución en su artículo 27 ha establecido que, “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario” (Const., 1993, art. 27). Remitiendo así la norma suprema al legislador a fin de que desarrolle la manera en que se deberá proteger al trabajador contra el despido arbitrario.

De este modo, la LPCL en su artículo 34 ha establecido que: “Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido (...)” (D. Leg. N° 728, 1997, art. 34). De esta forma, legislativamente se optó por la indemnización como la única forma de resarcir el daño causado ante un despido arbitrario.

Sin embargo, el TC al resolver el Expediente 1124-2001-AA/TC, realizó una interpretación del derecho al trabajo, establecido en el artículo 22 de la Constitución, mencionando que, “Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa” (2002, 11 de Julio, f.j. 12). Asimismo, y lo más importante, precisó que el artículo 27

de la Constitución, no es un mandato abierto al legislador para elegir una legislación que vacíe el contenido esencial del derecho al trabajo (Villavicencio, 2013, pág. 329).

De esta manera, para que la norma desarrollada sea coherente con la Constitución, esta no debe vulnerar el contenido esencial del derecho al trabajo desarrollado por el TC. No obstante, el artículo 34 de la LPCL lesionaría dicho contenido esencial. Así también lo menciona Villavicencio (2013) al indicar que, el artículo 34 de la LPCL al establecer el despido libre indemnizado, vacía el contenido esencial del derecho al trabajo en su acepción que prohíbe el despido sin causa justa. Por este razón el TC declaró inconstitucional el segundo párrafo del artículo 34 de LPCL, por ser contrario a la Constitución, permitiéndose la reposición de trabajadores. Así, el TC ha dejado de lado el remedio de la indemnización por despido arbitrario establecido en el artículo 34 de la LPCL ante la vulneración del derecho al trabajo, ordenando la reposición en el empleo ante despidos sin causa (págs. 327-330).

Así pues, a partir de dicha interpretación jurisdiccional, como lo menciona Blancas (2016), ya no se requiere que la tutela restitutoria se encuentre establecida en la ley, ya que de existir una manifiesta vulneración de los derechos fundamentales, el juez puede ordenar la reposición o la indemnización (pág. 342).

2.4 La estabilidad laboral en el Perú de trabajadores de dirección y de confianza

2.4.1 *Definición de trabajadores de dirección y de confianza, y el concepto de confianza*

Antes de hablar sobre la estabilidad laboral en el Perú de trabajadores de dirección y de confianza, primero definiremos a este tipo de trabajadores.

Al respecto, existe definiciones sobre el trabajador de confianza en todo ámbito, así Gutiérrez (2015), define al trabajador de dirección y de confianza como la persona que, por su jerarquía, vínculo, naturaleza de la actividad que realiza, adquiere representatividad y responsabilidad en el

desempeño de sus funciones, los cuales lo vinculan íntimamente al destino de la empresa, de tal forma que su conducta merezca total garantía y seguridad y su comportamiento laboral total aceptación. (pág. 172).

Asimismo, teniendo en cuenta las labores que realizan, Alonso (1998) ha menciona que, ejercen en las empresas, responsabilidades de alta dirección, alto gobierno, o alto consejo (pág. 74).

A nivel jurisprudencial, el TC lo define en el expediente 03501-2006-PA, de la siguiente manera, el personal de dirección actúa en representación del empleador y tiene poder de decisión. Al contrario, el personal de confianza, no tiene poder de decisión, sino únicamente trabaja en contacto directo con el empleador o personal de dirección, teniendo acceso a información reservada y ayudando a la toma de decisiones (2007, 15 de Marzo, f.j. 13).

Del mismo modo, la definición legal la encontramos en la LPCL en su artículo 43, en el cual se define al trabajador de dirección como, aquella persona que ejerce la representación del empleador ante los mismos trabajadores o terceros o comparte labores de administración. También, la norma define al trabajador de confianza como los que laboran en contacto directo con el empleador o personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales (1997, 21 de Marzo).

Ahora, una vez definido a estos trabajadores, es necesario determinar las características que los diferencian de los trabajadores comunes, a fin de que posteriormente evaluemos si ante un retiro de confianza de un TCA, tales características son o no requisitos necesarios para ejercer funciones en su puesto común. Dicho esto, el TC en la sentencia del expediente 03501-2006-PA, ha definido que el trabajador de confianza tiene características que lo diferencian de los trabajadores comunes, tales como:

- a) La confianza depositada por el empleador hacia el trabajador, el cual crea un vínculo laboral especial.
- b) La representatividad y responsabilidad, en la realización de sus funciones, las cuales les ligan con el destino de la empresa.

- c) La dirección y dependencia, al realizar labores directivas y administrativas en nombre del empleador, participando de sus secretos.
- d) No es la persona la que define un cargo de confianza, sino la naturaleza de sus funciones definirá la condición del trabajador como de confianza o no.
- e) El impedimento de la afiliación sindical.
- f) La pérdida de confianza invocada por el empleador, es una situación especial que extingue el contrato de trabajo, a diferencia de despidos por causa grave que son de naturaleza objetiva, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva.
- g) El periodo de prueba es posible extenderse entre 6 meses a 1 año, siendo el primero para trabajadores de confianza y el segundo para los de dirección.
- h) No tienen el derecho al pago por horas extras.
- i) No tienen derecho a la indemnización por vacaciones. (2007, 15 de Marzo, f.j. 11)

Como se puede verificar, una de las primeras particularidades que diferencian a los trabajadores de confianza con los trabajadores comunes, es el concepto confianza, el cual el empleador deposita en el trabajador, el mismo que genera la existencia de un vínculo laboral especial. Asimismo, otra característica importante que lo diferencia del trabajador común es que el empleador al invocar la pérdida de confianza constituirá una situación especial que extinguirá el vínculo laboral; lo cual es diferente de los despidos por causa grave, que son objetivas, siendo en cambio la pérdida de confianza de naturaleza subjetiva (Tribunal Constitucional Peruano, 2007, Exp. 03501-2006-PA/TC, 15 de Marzo, f.j. 11f).

Respecto a este criterio jurisprudencial de la pérdida de confianza, Toyama y Merzthal (2014) han mencionado que; la pérdida de confianza como causa de despido es una invención casi jurisprudencial, ya que no está prevista como falta grave que autorice el despido, de tal manera que invocar dicha causal para extinguir la relación laboral resulta complejo en la realidad, por tener un gran contenido subjetivo (pág. 93).

Por lo tanto, como la pérdida de confianza no está en la LPCL, el empleador al usar dicho argumento en un despido de un TCA al que se le retiró la confianza, estaría incurriendo en un despido arbitrario. Así también lo menciona Gutiérrez (2015) al señalar que; cuando un empleador

recurre a la pérdida de la confianza al ser usado para extinguir un vínculo laboral, sería una decisión unilateral del empleador, calificándose como despido. Pero no sería un despido por causa justa prevista legalmente, por no estar en el artículo 24 de la LPCL. Por ende, este empleador estaría realizando un despido sin causa justa, es decir un despido arbitrario (págs. 176-177).

Sin embargo, debemos tener en cuenta que invocar la pérdida de confianza no producirá los mismos efectos en los trabajadores que ingresaron directamente en puestos de dirección o de confianza, y los que ingresaron inicialmente en un puesto común y luego fueron ascendidos a los de dirección o de confianza. Para definir esta diferenciación, el TC ha establecido dos grupos de trabajadores de dirección o de confianza, diferenciándolos, de acuerdo a la manera de llegar al cargo, así en el expediente N° 03501-2006-PA/TC, ha mencionado:

Se llega de la siguiente manera: a) aquellos trabajadores contratados específicamente para cumplir funciones propias del personal de confianza y que, en consecuencia, desde el inicio de la relación laboral tienen pleno conocimiento de lo que ello implica; y b) aquellos trabajadores que accedieron a un puesto de trabajo para realizar funciones comunes u ordinarias, pero que posteriormente, por determinados factores, el empleador les asignó el cumplimiento de funciones propias de un trabajador de confianza (2007, 15 de Marzo, f.j. 14).

De esta manera, el TC ha definido estos grupos de trabajadores, a fin de determinar efectos diferentes ante un retiro de confianza, por lo que en la presente investigación nos centraremos en el segundo grupo de trabajadores, por ser ellos el objeto del presente trabajo de investigación.

2.4.2 *La Estabilidad Laboral de los Trabajadores Comunes Ascendidos*

La Constitución y la LPCL no han establecido expresamente en su cuerpo normativo el tipo de protección que les correspondería a los TCA en caso de despido arbitrario. Sin embargo, el TC a través de sus diversas jurisprudencias ha determinado el tipo de protección ante el despido arbitrario que correspondería a estos trabajadores. Es así que en la sentencia del expediente N°

03501-2006-PA/TC, se ha establecido que les correspondería retornar a su puesto laboral que anteriormente venían ejerciendo, de lo contrario sería amparar la posibilidad de que se genere un abuso del derecho, al intentar abusar de su facultad de retirarle la confianza con la finalidad de separarlo definitivamente de su centro laboral, mencionando lo siguiente:

(...) cuando un trabajador es promocionado, este no puede perder su derecho al empleo del que es poseedor, pues al realizarse una promoción de esta naturaleza cabría la posibilidad de que se genere un abuso del derecho, tal como lo declara el artículo 44° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, pues este no renuncia a las labores que realizaba, sino que sigue bajo la subordinación de su empleador, sin perder su carácter de trabajador común que ostentaba. Esto en bien de la paz social y armonía de los derechos constitucionales que podrían vulnerarse cuando el empleador abusando del jus variandi que posee le retirase la confianza posteriormente al ser promovido” (2007, 15 de Marzo, f.j. 20).

Asimismo, en la referida sentencia el TC ha mencionado que el TCA no podrá retornar a sus labores comunes ante un retiro de confianza, si este a “cometido una causal objetiva de despido indicada por ley” (2007, 15 de Marzo, f.j. 11-f).

Con tales criterios, el TC ha mencionado que el trabajador promocionado es poseedor del derecho al trabajo, entendiéndose dicha posesión respecto de su puesto común anterior, porque es ahí donde el TC le permite retornar ante un retiro de confianza. Además, dicho órgano ha indicado que no renuncia a las labores que anteriormente realizaba, sino sigue subordinado a su empleador, manteniendo su condición de trabajador común que ostentaba. Del mismo modo, se menciona que el TCA no podrá retornar a su anterior puesto laboral si ha cometido una causa objetiva de despido indicada por ley. Con esta afirmación es posible entender que una vez revocada la confianza a estos trabajadores y al mantener su carácter de trabajador común, no sería posible la reposición a su anterior puesto laboral común si cometiera una causa objetiva de despido establecida en la ley, tal como se aplica dicha regla para todos los trabajadores comunes.

En otra ocasión, el TC en la sentencia del expediente N° 08257-2006-PA/TC, refiriéndose a un TCA a quien se le retiró la confianza, ha mencionado:

(...) 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 (2007, 13 Noviembre, f.j. 8).

En otra jurisprudencia, en la expediente N° 01581-2008-PA/TC, el mismo órgano jurisdiccional ha aplicado similar criterio de reposición ante un despido por pérdida de confianza de estos trabajadores, mencionando que; el demandante al realizar labores comunes en la empresa, asignándole posteriormente diversos cargos de confianza, implica una relación laboral con la empresa respecto a su puesto común, en consecuencia solo corresponde el despido del trabajador de dicho puesto por causa justa; entonces al ser despedido sin expresión de causa, corresponde la reincorporación del trabajador en el cargo que ocupaba, antes de que se le asigne el primer cargo de confianza. (2010, 11 de Junio, f.j. 8)

En agosto del 2020, el TC se ha pronunciado manteniendo el criterio que siempre defendió, es así que en la sentencia del expediente N° 2492-2016-PA/TC, ha mencionado que el trabajador tenía un cargo común, y en dicho cargo su contrato se había convertido en uno a plazo indeterminado, por lo que en dicho puesto había adquirido la protección contra el despido arbitrario establecido en el artículo 10 de la LPCL, debiendo corresponderle una vez retirado la confianza en el cargo de dirección, retornar a sus actividades comunes y ordinarias que anteriormente realizaba (2020, 11 de Agosto, f.j. 18). Sin embargo, al haberse despedido al trabajador sin expresarle una causa justa vinculado a su capacidad o conducta, "(...) procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales, por haberse vulnerado el derecho al trabajo reconocido en el artículo 22 de la

Constitución” (Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N° 2492-2016-PA/TC, 2020, 11 de Agosto, f.j. 18).

Ahora, entrando a verificar los pronunciamientos de la Corte Suprema, este órgano no ha sido ajeno en sus pronunciamientos respecto a la estabilidad laboral de los TCA, quien se ha pronunciado en varias ocasiones sobre esta clase de trabajadores. Es así que en la Casación Laboral N° 18450-2015 Lima, a indicando lo siguiente:

(...) 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'. (Corte Suprema, Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, 23 Agosto del 2016, f.j. 3.10).

Del mismo modo, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, en la Casación Laboral 8993-2016 Lima, sobre un trabajador de dirección ascendido, al retirarsele la confianza, ha establecido que, debería retornar al puesto inicial que ocupó antes de ser designado en el cargo de confianza, y no, al retiro de dicho puesto común (2016, 31 de Octubre, f.j. decimo). De esta manera, “se previene el que la promoción laboral, puede ser mal utilizada, generando un abuso del derecho (...)” (Corte Suprema de Justicia de la República, Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, Casación Laboral N° 8993-2016, 31 de Octubre, f.j. Decimo primero).

Sin embargo, en Setiembre del 2018 la Corte Suprema publicó el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, en el cual cambió el criterio que dicho órgano había sostenido por varios años respecto al tratamiento de la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza directa y los TCA ante un despido arbitrario, asumiendo a todas luces una posición flexibilizadora sobre su estabilidad laboral. Acordando en dicho pleno lo siguiente:

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 (2018, 22 de Mayo, acuerdo IV).

Respecto a los trabajadores que ingresaron directamente a puestos de dirección o de confianza, la Corte Suprema ha establecido que no les corresponde ni siquiera el pago de la indemnización por despido arbitrario ante un retiro de confianza, a pesar que antes de la emisión de dicho pleno, la misma Corte Suprema mencionó en sus diferentes sentencias que si corresponde tal indemnización ante un retiro de confianza para estos trabajadores.

Dicho esto, en el presente trabajo nos referiremos exclusivamente a los TCA, por ser ellos el objeto de la presente investigación. Al respecto, la Corte Suprema en el mencionado pleno ha establecido que para estos trabajadores procederá la indemnización si el empleador les impida reincorporarse a su anterior puesto de trabajo. Es decir, si el empleador lo desea, es posible que el trabajador retorne a su anterior puesto de trabajo, pero si el empleador no está de acuerdo en que dicho trabajador vuelva a sus labores anteriores, entonces solo tendrá derecho al pago de la indemnización.

Cabe mencionar que esta postura asumida por la Corte Suprema ha sido realizada sin mayor fundamentación jurídica que permita dotarle de validez constitucional, ya que dicho órgano jurisdiccional para asumir tal postura tuvo como uno de sus principales argumentos lo siguiente:

(...) corresponderá el pago de la indemnización por despido arbitrario, solo si luego de retirada la confianza, a dichos trabajadores no se les permite reincorporarse a su antiguo

puesto laboral, pues, en dichos casos, al haber realizado labores comunes u ordinarias previamente a su designación, una vez que el empleador les retire la confianza tendrían que regresar a realizar sus labores habituales anteriores. Así, en dichos casos no hay una terminación de la relación laboral, pues la misma continúa con sus anteriores condiciones de trabajo.

De igual forma corresponderá el pago de la indemnización por despido arbitrario para dichos trabajadores, en caso los trabajadores opten por no regresar a su antiguo puesto laboral y decidan alejarse de la empresa y/o institución privada. En este caso corresponderá al trabajador elegir entre reincorporarse a su antiguo puesto laboral o solicitar la indemnización correspondiente. En estos casos lo que se busca evitar es el abuso del empleador de promover a trabajadores a cargos de dirección y/o confianza y luego retirarles la confianza y terminar la relación laboral sin cumplir con el pago de la indemnización correspondiente” (Poder Judicial del Perú, 2019, pág. 164).

Primeramente, como se puede verificar, del argumento usado por la Corte Suprema menciona que corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario, solamente cuando al retirarles la confianza, a estos trabajadores no se les permite regresar a su puesto laboral, ya que estos TCA tendrían que regresar a su anterior puesto laboral, debido a que no hay una finalización de la relación laboral, continuando la relación laboral anterior y también sus anteriores condiciones laborales. En segundo lugar, se menciona también que corresponderá el pago de la indemnización cuando los mismos trabajadores opten por no regresar a su anterior puesto de trabajo, debiendo elegir el trabajador entre retornar a su anterior puesto laboral o solicitar la indemnización. De esta parte se puede entender que dicha decisión del trabajador de elegir entre el retorno o la indemnización solo será posible siempre en cuando el empleador no se oponga a la reincorporación. De lo contrario conforme al primer párrafo del argumento en comentario, solamente tendrá derecho a la indemnización. Y finalmente, se menciona que, lo que se busca evitar con el pago de la indemnización es el que el empleador no promueva a trabajadores comunes a cargos de dirección o de confianza a fin de retirarlos de la empresa y finalizar la relación laboral sin cumplir con el pago de la indemnización, buscando así prevenir el abuso del derecho. Quizá esta parte del argumento usado sea el que determinó tomar el acuerdo en el VII Pleno Supremo,

porque conforme a lo mencionado, para la Corte Suprema el pago de la indemnización es suficiente para evitar o desincentivar que el empleador ascienda a trabajadores comunes a cargos de dirección o de confianza con la finalidad de posteriormente retirarlos definitivamente de la empresa.

Como se puede ver, la Corte Suprema menciona que con la indemnización lo que busca es evitar el abuso del empleador de promover a trabajadores comunes a puestos de dirección o confianza con la única finalidad de retirarlos posteriormente. Al respecto consideramos que el pago de una indemnización no es suficiente para desincentivar al empleador de ascender a trabajadores dolosamente para posteriormente retirarlos de la empresa por el argumento de la pérdida de confianza. Consideramos que los argumentos de la Corte Suprema no tienen mayor justificación legal ni constitucional, quien olvida el contenido esencial del derecho al trabajo de esta clase de trabajadores, teniendo ganada la estabilidad laboral en su puesto común anterior y para el cual no es necesaria la confianza del empleador, olvidando que el elemento confianza se condiciona con el puesto y no con la persona.

Este es un grave problema de algunas decisiones judiciales, como son los plenos jurisdiccionales, pues deberían cumplir un estándar mínimo de motivación, y cuando restringen derechos, con mucha más razón dicha garantía adquiere un carácter urgente.

Entonces, como se puede verificar, la posición defendida en las jurisprudencias emitidas durante varios años por la Corte Suprema ha variado a partir de la emisión del VII Pleno Supremo, flexibilizando el tratamiento de la estabilidad laboral de los TCA. Sin embargo, cabe resaltar que la posición asumida históricamente por el TC no ha variado, ya que dicho órgano jurisdiccional ha mantenido el criterio de reponer a los TCA a sus anteriores puestos labores, en aras del respeto al derecho constitucional al trabajo y que no se deje abierta la posibilidad de que se cometa un abuso del derecho al intentar promover a trabajadores comunes a puestos de dirección y de confianza con la finalidad de retirarlos posteriormente de la empresa con el argumento de la pérdida de confianza.

No obstante, también es importante mencionar que la posición entre los magistrados del TC sobre la reposición en el anterior puesto laboral del TCA no ha sido uniforme, dado que existen magistrados que difieren respecto a la manera de proteger contra el despido arbitrario de estos

trabajadores. Así al resolver el expediente N° 02492-2016-PA/TC, sobre despido arbitrario por retiro de confianza de un TCA, los magistrados Blume Fortini, Ramos Núñez y Espinoza Saldaña Barrera, han mencionado que, “procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales, por haberse vulnerado el derecho al trabajo reconocido en el artículo 22 de la Constitución” (2020, 11 de Agosto). Sin embargo, los magistrados Ferrero Costa y Sardón de Taboada, en sus votos singulares, refiriéndose al artículo 34 de la LPCL, el cual establece que ante un despido arbitrario el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización como única reparación por el daño sufrido, han declarado improcedente la demanda de reposición. Mencionando el magistrado Ferrero Costa lo siguiente:

(...) el despido arbitrario (“por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio”) se resarce con la indemnización; no con la reposición del trabajador. A mi juicio, esta disposición resulta constitucional, pues, como hemos visto, la Constitución faculta al legislador para concretar la “adecuada protección contra el despido arbitrario”. Y, conforme con los tratados mencionados, el legislador tiene la posibilidad de brindar esa protección ordenando la reposición del trabajador o su indemnización. Nuestro legislador ha optado por esta última modalidad, lo cual es perfectamente compatible con la Constitución y las obligaciones internacionales del Perú (2020, 11 de Agosto).

Asimismo, el magistrado Sardón de Taboada, declarando también improcedente dicha reposición, ha mencionado que la LPCL establece que; “corresponde indemnizar —no reponer— al trabajador despedido arbitrariamente. No hay nada inconstitucional en ello, ya que el legislador está facultado por la Constitución para definir tal *adecuada protección*” (Tribunal Constitucional Peruano, Exp. 2492-2016-PA/TC, 2020, 11 de Agosto).

Como se puede advertir, los argumentos de los referidos magistrados, al eludir que la Constitución autoriza al legislador al desarrollo de la adecuada protección contra el despido arbitrario, y quienes en mérito a este mandato constitucional han determinado legislativamente que la protección sería únicamente la indemnización, es necesario recordar lo que ha señalado el TC sobre la adecuada protección contra el despido arbitrario y el contenido esencial del derecho al trabajo, quien ha mencionado lo siguiente:

(...) cuando se precisa que ese desarrollo debe ser "adecuado", se está resaltando -aunque innecesariamente- que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. (Exp 1124-2001-AA/TC, 2002, 11 de Julio, f.j. 12 c.).

Con ello, el solo hecho que la Constitución autorice al legislador a desarrollar la adecuada protección contra el despido arbitrario, no supone que deba colisionar con el contenido esencial del derecho al trabajo, pues de afectar dicho derecho, devendría en inconstitucional tal desarrollo legislativo, tal como lo señala el TC.

Así también lo menciona Gonzales (2012), al referirse sobre la eficacia directa de los derechos fundamentales, mencionado que este tipo de derechos, pueden ser regulados por ley, pero dicha regulación no es indispensable para su efectivización, y además la intervención del legislador siempre debe respetar el contenido esencial del derecho, ya que el contenido esencial del derecho sirva además como limitación constitucional a la actuación del legislador (Págs. 32-33).

Sin embargo, para la Corte Suprema, conforme a su VII Pleno Supremo, es adecuada la protección contra el despido arbitrario si está en manos del empleador decidir reponer a su anterior puesto laboral o indemnizar al TCA cesado por pérdida de confianza. Es decir, para dicho órgano jurisdiccional, la reposición o la indemnización, cualquiera de estas posibilidades, no vulnera el contenido esencial del derecho al trabajo, ni tampoco existe riesgo de la comisión de un abuso del derecho por parte del empleador, argumentos que defendió en sus jurisprudencias emitidas antes del mencionado pleno.

No obstante, nosotros consideramos que el VII Pleno Supremo al otorgarle al empleador la posibilidad de decidir por la reposición o la indemnización, se estaría vulnerando evidentemente el contenido esencial del derecho fundamental al trabajo desarrollado por el TC, debiendo necesariamente reponerse a su anterior puesto laboral al TCA. En consecuencia, no es adecuada la protección contra el despido arbitrario lo definido en el VII Pleno Supremo. Esto teniéndose en cuenta, que el artículo 27 de la Constitución, no es una autorización de desarrollo legislativo sin

limitación alguna, con la cual se puede facultar al empleador de despedir arbitrariamente, tal como ha precisado el TC quien mencionó que, “(...) no debe considerarse el citado artículo 27° como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una "facultad de despido arbitrario" hacia el empleador” (Exp. 1124-2001-AA/TC, 2002, 11 de Julio, f.j. 12 c). Por ende, el desarrollo legislativo debe limitarse a no vulnerar el contenido esencial del derecho al trabajo, de lo contrario no se admitiría por ser inconstitucional, debiendo reponerse al trabajador. Así también lo menciona Toyama y Merzthal (2014), al mencionar que; el despido que lesione derechos fundamentales de cualquier trabajador, trae como efecto la reposición en el puesto laboral. Ya que los derechos fundamentales de cualquier trabajador deben ser asegurados, no siendo razonable que un monto dinerario restaure el daño ocasionado por un despido inconstitucional. Independientemente de que nos encontremos ante un cargo de dirección o un puesto de confianza (pág. 95).

2.5 Los límites a la facultad del empleador

La libertad de empresa es un derecho fundamental reconocido en el artículo 59 de la Constitución, del cual se derivan de manera amplia diversos derechos propios del empleador, tales como el derecho de dirección y de organización de la empresa, las cuales se traducen en diversas facultades de manera amplia. Entre ellas, elegir las actividades que quiera desarrollar, organizar tales actividades, reestructurarla, dirigirla, entre otras. De esta manera, el empleador para cumplir con los fines de su organización, está investido de facultades a fin de desarrollar adecuadamente sus objetivos, entre ellas decidir respecto al personal que trabajará en su organización, respecto a las condiciones laborales que regirán el vínculo laboral, así como terminar la relación laboral de sus trabajadores, entre muchos otros más.

Ahora refiriéndonos particularmente al despido, es claro que dicha decisión genera discrepancias entre trabajadores y empleadores, pues para los primeros, los supuestos de despido son limitados y están debidamente precisados en la normativa respectiva; mientras que, para los segundos, la dificultad legal para efectuar un despido constituye una preocupante afectación al poder directivo y su capacidad de organizar el trabajo de acuerdo a sus objetivos (Tribunal

Constitucional Peruano, Voto singular Ferrero Costa, Exp. N° 2492-2016-PA/TC, 2020, 11 de Agosto).

Consideramos importante indicar tal argumento, ya que a partir de dicha posición jurisdiccional podremos buscar o verificar la validez o congruencia contitucional del acuerdo adoptado en el VII Pleno Supremo. Puesto que, como hemos mencionado anteriormente, la Corte Suprema no ha desarrollado mayor fundamentación jurídica para sustentar su congruencia constitucional de dicho pleno.

Dicho esto, y verificando lo expuesto por el magistrado Ferrero Costa, el despido al estar limitado por la norma, desde la óptica del empleador, constituye una alarmante afectación al poder de dirección y organización del trabajo. Ya que, conforme a sus fines, la empresa debe organizar adecuadamente sus actividades, entre ellos, debiendo definirse quienes, y por cuanto tiempo deberán estar ligados a la empresa, conforme a sus capacidades de adaptación a las exigencias de la empresa y de los cambios que exige el mundo globalizado para garantizar la permanencia de la empresa en el mercado, buscando la mayor rentabilidad como consecuencia natural de su existencia. Esta postura desde un punto de vista inicial es lógicamente congruente y atendible, ya que es legítimo que el empleador busque a los trabajadores más idóneos para garantizar la buena marcha de la empresa.

Ahora, sobre dicha posición cabe preguntarse, ¿Es suficiente el argumento de su derecho de organizar y dirigir la empresa para poder poner fin unilateralmente al vínculo laboral de un trabajador?, al respecto Baylos y Pérez Rey (2009) mencionan que, al ponerse fin de manera anticipada al vínculo laboral, sin nada mas que el argumento de su libre voluntad del empleador, se estaría creando una formula de autotutela particularmente intensa, el cual puede concebirse, pero solamente dentro de los límites del despido procedente. Jamas en el ámbito del despido improcedente y mucho menos en el nulo, por el cual el juez podría imponer la readmisión del trabajador (págs. 27-28). Siendo esto así, al despedirse a un TCA, y no permitirse su reposición en su anterior puesto laboral común, dicha decisión no constituiría una forma de autotutela válida o procedente del empleador. Debido a que tal decisión, en el caso concreto, no solose encontraría

en el ámbito del despido improcedente, sino peor aún, estaría en el ámbito del despido nulo, por vulnerar el contenido esencial del derecho al trabajo, establecido en el artículo 22 de la Constitución, correspondiendo la reposición en el puesto laboral común que anteriormente venía ocupando.

Por otro lado, también creemos importante resaltar la peligrosa posición y percepción cultural y social del despido, sobre el cual Baylos y Pérez Rey (2009) han señalado que, existe un entorno cultural que ha cambiado enormemente lo relacionado con el acto del despido, y lo que ello significa en términos sociales. De esta manera, desde la óptica de los valores socialmente dominantes, se percibe al despido como un acto banal que carece de importancia significativa en la organización de las relaciones laborales a cargo de la empresa y que, aísla al acto del despido de las consecuencias que generan sobre las condiciones de vida de los trabajadores. El cual se puede considerar como una tendencia de depreciación del valor trabajo, y paralelamente una glorificación del valor dinero como lógica de la condición social. Desarrollándose así, una cultura de empresa, en el que se hace apología del cambio, de la movilidad, la adaptabilidad y el cambio personal, conceptuados estos como valores sumamente positivos, en el que el despido no tiene estatus problemático, sino que se concibe solo como pérdida del puesto de trabajo, poniéndose con ello énfasis en la capacidad de adaptabilidad y recalificación profesional (págs. 35-36).

Y de esta manera, los trabajadores despedidos son considerados como, “«excedentes» de mano de obra, «recortes» de empleo, o «ajustes» de planilla desde un punto de vista, o, desde el otro, son definidos como fracaso e inadaptación personal” (Baylos y Pérez Rey, 2009, pág. 37). Así pues, con tal percepción existiría el potencial peligro de atentar contra el derecho a la dignidad de la persona, por considerarse al trabajador como un objeto de realización económica de la empresa y no como persona en sí.

Por otro lado, pasando al plano de la determinación concreta de la afectación de un derecho fundamental respecto al otro, debemos mencionar que al realizarse un despido de un TCA, ante un retiro de confianza, se deberá verificar la afectación del derecho al trabajo (artículo 22 de la Constitución) que se realiza con dicha decisión; así como verificar la afectación de su derecho del empleador en caso se le prive de decidir entre la reposición o la indemnización, como expresión

de su derecho de organización y dirección emanadas de su derecho fundamental a la libertad de empresa (artículo 59 de la Constitución). Dicho de otra manera, debemos verificar la prevalencia del derecho a la libertad de empresa del empleador, sobre el derecho al trabajo del trabajador.

De esta manera, para verificar si el derecho a la libertad de empresa, tenga que limitar o interponerse al derecho al trabajo, se deberá evaluar el principio de proporcionalidad, según el cual, como lo menciona Sanguineti (2012), el principio de proporcionalidad está fundamentada en constatar algo básico; las normas constitucionales reconocen con carácter amplio diversos derechos y principios potencialmente contrarios entre si (libertad de empresa , derecho al trabajo, libertad de expresión, derecho al honor, etc.), por ende estos no pueden aplicarse de manera absoluta e ilimitada, sino deberán estar condicionadas a la compatibilidad del resto de bienes y derechos que reconoce la Constitución (pág. 6).

Dicho esto, en el caso concreto del presente trabajo de investigación, la colisión de derechos sería de un lado, el derecho a la libertad de empresa (decidir no reponer al trabajador, como expresión del derecho a organizar y dirigir) que el empleador va ejercer limitando el derecho al trabajo (no ser despedido salvo por causa justa). De esta manera, a fin de darle solución a esta colisión de derechos, tendría que aplicarse las técnicas del mencionado principio de proporcionalidad, conforme al cual; el sacrificio del derecho fundamental al trabajo del trabajador solo será admisible desde la óptica constitucional en la medida que sea imprescindible para la satisfacción del derecho fundamental a la libertad de empresa, el cual debe resultar prevalente conforme al sistema de valores que consagra la Constitución y las circunstancias del caso concreto (Sanguineti, 2012, pág. 6).

Así pues, para determinar qué derecho debe ceder sobre cual, se deberá aplicar el señalado principio de proporcionalidad, el cual como se sabe, se descompone en 3 sub principios, los cuales son el juicio de idoneidad o adecuación, el juicio de necesidad y el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Entonces, el primero de ellos, es decir el juicio de idoneidad, se va centrar en analizar si la medida empresarial (decidir no reponer) que limita el derecho fundamental del trabajador (no ser despedido salvo por causa justa) tiene el poder de provocar el efecto que se propone. De tal manera que esta medida sea apta o adecuada para la protección del interés constitucional de la libertad de empresa, el cual entra en conflicto con el derecho fundamental que se limita, es decir el derecho al trabajo. Por lo tanto, se valora si existe una adecuada relación entre medios y fines, es decir, una conexión directa de utilidad (Gonzales, 2012, págs. 39-40).

En el caso concreto, el derecho de despedir del empleador (decidir no reponer al trabajador), colisiona con el derecho al trabajo del TCA (al ser despedido sin causa justa). Consecuentemente, debemos hacernos la siguiente interrogante ¿Es idónea tal medida, teniendo en cuenta el fin perseguido por el empleador?, para responder a dicha interrogante deberemos verificar el fin perseguido con el despido de un TCA, ante un retiro de confianza.

Teniéndose en cuenta lo mencionado en el acápite 1.1.3.1, tanto por el TC, la Corte Suprema y la misma doctrina, lo que se busca con dicha medida (el despido) es que los puestos de dirección y de confianza sean cubiertos por personal que goce de la absoluta confianza del empleador, pues ellos tienen en sus manos decisiones de gran trascendencia para la vida de la empresa o presentan información importante para la adecuada toma de decisiones. De esta manera, es posible inferir que el fin perseguido con el despido es, la buena marcha de la empresa, como expresión del poder de dirección u organización que se reflejan del derecho a la libertad de empresa reconocido constitucionalmente en el artículo 57 de la Constitución.

Entonces mencionado ello, e ingresando a verificar la idoneidad de la medida del despido, se podría sostener que el despido por retiro de confianza de un trabajador de dirección y de confianza directa, sería idónea porque le permitirá al empleador elegir en estos puestos a personas de su entera confianza y con la capacidad necesaria para llevar adelante la empresa, debido a que sus decisiones determinarán el éxito o fracaso de la organización. Entonces dicha medida permite establecer una adecuada relación entre medio y fin. El cual es, la buena marcha de la empresa (Gonzales, 2012, págs. 39-40).

No obstante, cuando se trate de un TCA que es despedido por retiro de confianza, consideramos que dicha medida (despido) dejaría de ser idónea, pues como se mencionó, el fin del despido por retiro de confianza, es la buena marcha de la empresa. Por ende, al despedirse sin causa justa a un TCA de su anterior puesto laboral, dicha medida no tendría una relación directa con el fin perseguido, por ser un puesto común al que se pretende retornar y en el cual no se toman decisiones de gran trascendencia para afectar en la buena o mala gestión de la empresa. De esta forma, como lo menciona Gonzales (2012), no existe un nexo directo de utilidad entre el medio y fin (págs. 39-40).

En consecuencia, en el caso concreto, la medida del empleador no supera el primer test del juicio de proporcionalidad, no siendo necesario verificar en el presente caso el criterio de necesidad, ni mucho menos el juicio de proporcionalidad en sentido estricto.

Al respecto, es importante dejar claro que el juicio de idoneidad, en realidad prescinde de dejar de lado el derecho fundamental afectado, su entidad y contenido, para centrarse netamente en analizar las medidas limitativas que se proponen. Por lo que, puede afirmarse que el juicio de idoneidad llega a excluir en principio, aquellas medidas arbitrarias, irracionales, inefectivas, inútiles y carentes de una relación sólida con el fin que persigue, y cuya legitimidad ya es en sí misma, sin necesariamente realizar un análisis especialmente preciso, completamente cuestionable (Gonzales, 2012, págs. 39-40).

Dicho esto y para culminar esta parte, debe quedar claro que el ejercicio del poder de organización y dirección del empleador (liberta de empresa), no pueden ser ejercidos sin limitación alguna, sino que se debe respetar los derechos del trabajador reconocidos por la Constitución y otros instrumentos, así se menciona que, “los límites en el ejercicio de los derechos del empleador de organización y dirección se encuentran precisados (...) por los derechos del trabajador protegidos en la Constitución, leyes especiales, convenios colectivos” (Mangarelli, 2013, pág. 18). De esta manera, los derechos fundamentales servirán para modular las facultades de dirección u organización del empleador, a fin de que se limite su actuación al respeto de tales derechos.

2.6 Los principios, derechos y otras normas que se vulneran ante la negativa a la reposición del TCA a su anterior puesto

La no reposición, como derecho propio de trabajadores que anteriormente venían ocupando cargos comunes y posteriormente fueron ascendidos a puestos de dirección y de confianza, vulneran principios y derechos constitucionales. Siendo los siguientes:

2.6.1 *El abuso del derecho*

La reposición de TCA, está fundamentado en diversas razones entre la cuales están, evitar la trasgresión de diversos principios y normas.

De esta manera, el TC en la sentencia N° 3501-2006-PA/TC, ha establecido que, ante un retiro de confianza de un TCA, tendría que regresar a sus labores comunes, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho. Mencionándolo de la siguiente manera: “al haber realizado labores comunes o ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103° de la Constitución)” (2007, 15 de Marzo, f.j. 11f).

Asimismo, el TC en la Sentencia N° 1581-2008-PA/TC, haciendo referencia a la STC N° 3501-2006-PA/TC, ha indicado que: el retiro de confianza trae como consecuencia la pérdida del empleo, siempre que el trabajador desde el principio de sus labores haya asumido un cargo de dirección o confianza; ya que de haber realizado anteriormente labores comunes y luego ser ascendido a un cargo de confianza, tendría que regresar a sus labores habituales a fin de evitar un abuso del derecho. (2010, 11 de Junio, f.j. 7)

Criterio similar a sostenido la Corte Suprema en la Casación Laboral N° 18450-2015 Lima, al mencionar que:

(...) si el trabajador realizó con anterioridad labores comunes y luego es promocionado, luego al retirársele la confianza depositada, retornaría a realizar las labores anteriores y no perder el empleo (...). De esa manera se previene el que la promoción laboral pueda ser

mal utilizada generando un abuso del derecho. (Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, 2016, 23 Agosto, f.j. 3.7.b)

De la misma manera, el mismo organo jurisdiccional, en la Casacion Laboral 8993-2016, Lima, sobre un trabajador de dirección ascendido y retirarse la confianza, ha mencionado que debería retornar al puesto inicial que ocupó antes de ser designado en el cargo de confianza, y no, al retiro de dicho puesto común (2016, 31 de Octubre, f.j. decimo). “De esta manera, se previene el que la promoción laboral, puede ser mal utilizada, generando un abuso del derecho, tal como lo declara el artículo 44° del Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo N° 728 (...)” (2016, 31 de Octubre, f.j. Décimo primero).

Entonces, como se puede verificar uno de las principales razones porque el TC y la Corte Suprema le han otorgado la reposición a su anterior puesto laboral a los TCA, ante el retiro de confianza, tiene una naturaleza preventiva, es decir, con tal posición se busca prevenir que los empleadores abusando de sus prerrogativas legales que pudieran tener, asciendan a trabajadores de puestos comunes a puestos de dirección o de confianza con la finalidad de retirarles posteriormente la confianza y con ello retirarlos de manera definitiva de la empresa.

2.6.2 *Derecho al trabajo*

El retiro de confianza de un TCA, no debe extinguir el vínculo contractual respecto de su puesto común, así lo ha indicado la Corte Suprema en la Casación Laboral N° 18450-2015 Lima, al mencionar que, “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” (Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, 2016, 23 Agosto). Entonces, como lo menciona la Corte Suprema, al retirarse la confianza, sigue latente el vínculo laboral respecto de su puesto común. Entendiéndose de esta manera, es lógico sostener que corresponderá aplicar a dicho trabajador todas las disposiciones referidas a los trabajadores comunes, ya que, lo que busca es retornar a un puesto común y no al de confianza.

Quedando claro la subsistencia de su condición de trabajador común ante un retiro de confianza, corresponderá solamente su retiro de dicho puesto común, por una causa justa legalmente establecida. De lo contrario, se estaría vulnerando el artículo 22 de la Constitución, y su contenido esencial desarrollado por el TC, el cual es no ser despedido sino por causa justa. En consecuencia, corresponderá ante la vulneración de tal derecho, la reposición en su puesto laboral común, del cual nunca renunció y siempre mantuvo su carácter de trabajador común, tal como lo establecen las sentencias del TC y la Corte Suprema. Contrario sensu, al no admitir la reposición al anterior puesto común, al TCA, ante la pérdida de confianza, se estaría vulnerando evidentemente el derecho al trabajo, ya que la pérdida de confianza no es una causa justa legal que autorice el despido de un trabajador vinculado laboralmente a un puesto común. En ese mismo sentido, respecto a la pérdida de confianza Arce (2006) ha mencionado, atenta contra el derecho al trabajo, por no figurar la pérdida de confianza como una causa justa de despido en el ordenamiento laboral peruano (pág. 121).

2.6.3 Principio de tipicidad

Para determinar la vulneración respecto al principio de tipicidad, primeramente, debemos mencionar que, como ya se determinó anteriormente, el TCA, al retirársele la confianza, mantiene aún su relación laboral respecto de su puesto común que anteriormente ocupaba, por ende, las normas a aplicarse para su despido, corresponden todas aquellas aplicables a todos los trabajadores comunes, al buscarse la reposición en un puesto común y ya no en el de confianza.

Entendiéndolo así, debemos determinar si el argumento de retiro de confianza es un argumento válido para evitar reponer a su puesto laboral anterior a un TCA, cesado por retiro de confianza.

Al respecto, el Tribunal Constitucional, en la sentencia del expediente N° 1828-2010-PA/TC, ha considerado sobre el retiro de confianza que, “constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, lo

que es objetivo” (2010, 04 de Octubre, f.j. 5). Es decir, el retiro de confianza, es una creación jurisprudencial, por ende, no está establecida en la ley de manera expresa como una causal de despido, sino que es una situación especial creada por el TC. Además de que dicha causal es totalmente subjetiva, el cual no admite prueba alguna para su configuración, a diferencia de las causas justas de despido, que para su configuración se debe acreditar dicha causa de manera objetiva.

Respecto a este argumento de retiro de confianza como causal de despido, Arce (2006) ha mencionado que, tiene un enorme contenido subjetivo, el cual sin duda alguna vulnera el principio de tipicidad, al no estar establecida en la ley como causa justa de despido (Pág. 121). Asimismo, Toyama y Zarins (2017), han mencionado que, si bien es cierto que el retiro de confianza es considerado válido jurisprudencialmente para extinguir el vínculo laboral de los trabajadores de dirección y de confianza, esto no implica que sea una causa legalmente tipificada (pág. 89).

Entonces, la pérdida de confianza, contradice a los criterios de legalidad y tipicidad. Así respecto a las causas justas de despido y dichos criterios se ha mencionado que, “(...) en nuestro ordenamiento rigen los criterios de legalidad y tipicidad para determinar cuándo nos encontramos frente a una causa justa de despido” (Blancas, 2006, pág. 162).

2.6.4 Principio de predictibilidad

Como se puede examinar, de las sentencias del TC y de la Corte Suprema desarrolladas en el presente trabajo, la tendencia jurisprudencial durante varios años, fue otorgarle la reposición al anterior puesto laboral a los TCA, sin necesidad de contar previamente con la aprobación del empleador sobre dicha reincorporación.

No obstante, como se mencionó anteriormente, la Corte Suprema ha cambiado su posición histórica, ya que en setiembre del 2018 al emitir el VII Pleno Supremo, estableció un criterio diferente al que siempre asumió sobre la reposición de TCA, mencionado que; en caso de despido arbitrario, les corresponderá el pago de la indemnización, cuando el empleador impida su reincorporación a su anterior puesto laboral (2018, 22 de Mayo, Acuerdo IV).

Sin embargo, el TC, no ha cambiado su posición, sobre los TCA, respecto a la reposición a su anterior puesto de trabajo, ante un retiro de confianza, quien en sus diferentes sentencias no ha establecido como requisito previo la aceptación o no del empleador de reincorporar al trabajador a su anterior puesto laboral, lo cual evidentemente implica que dicho órgano, ha asumido que el derecho sobre la decisión de retornar a su anterior puesto laboral o recibir la indemnización, recae en el trabajador, y no en el empleador. Dicha afirmación se puede sustraer de la posición asumida por el TC en la sentencia del expediente N° 1124-2001-AA/TC, al referirse al despido arbitrario vulneratorio del derecho al trabajo, en el cual ordenó la reposición, o en su defecto la indemnización, siempre en cuando así lo decida el trabajador, mencionándolo de la siguiente manera:

La forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad, por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo. La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria **si así lo determinara libremente el trabajador**, pero no la reparación de un acto *ab initio* inválido por inconstitucional (2002, 11 de Julio, f.j. 12c). (la negrita es nuestra)

Si bien es cierto la mencionada sentencia se refiere a trabajadores comunes y no a trabajadores de dirección y de confianza, es pertinente mencionar lo que sostuvo tanto el TC como la Corte Suprema, el TCA, al retirarsele la confianza, no pierde su carácter de trabajador común. En consecuencia es aplicable las disposiciones sobre trabajadores comunes, ya que lo que se busca es la reposición a un puesto común.

Entonces, conforme a lo mencionado, existe 2 posiciones diferentes respecto al tratamiento de este tipo de trabajadores. Una de ellas; asumida de manera similar desde el inicio y hasta la fecha por el TC; y la otra, cambiada por la Corte Suprema, a partir de setiembre del 2018 (con la emisión del VII Pleno Supremo).

Estas posiciones contradictorias entre TC y la Corte Suprema, claramente perjudica la seguridad jurídica y por ende el principio de predictibilidad. Por ende, los empleadores deberán prever

posibles contingencias al retirar la confianza a trabajadores de dirección y de confianza directa y los TCA, ya que existirán jueces que no quieran alinearse con el criterio del VII Pleno Supremo, pero si con las jurisprudencias del TC (Piedra, 2018).

2.7 ¿Los TCA, deberían tener el derecho de elegir a volver a su anterior puesto de trabajo ante un retiro de confianza?

Para responder la pregunta, primera se debe evaluar las razones del porque no se les ha permitido reponerse a su mismo puesto de dirección o de confianza a un trabajador cesado por pérdida de confianza. Es decir, que razones justifica que a estos trabajadores no se les sea aplicable el derecho constitucional al trabajo ante un despido por pérdida de confianza.

Respecto a dicho punto, existe un argumento bastante sólido y razonable del porque no es posible reponer a estos trabajadores en su mismo puesto, al respecto se ha mencionado; “(...) en muchos casos el empleador delega en estos trabajadores decisiones de gran trascendencia para la vida de la empresa. Quizá, ésta sería la única razón para negarle la reposición a un trabajador de confianza” (Arce, 2006, pág. 124).

De la misma manera, respecto a cómo se relacionan estos trabajadores de dirección o de confianza con la empresa el TC a mencionado que:

“los trabajadores de confianza tienen un mayor grado de responsabilidad en atención a las funciones que desempeñan, ya que se relacionan en forma inmediata y directa con la vida misma de las empresas, con la realización de sus fines, y con su dirección, administración, entre otras actividades” (Citado en Ferro, 2012, pág. 484)

Como se puede evidenciar de lo mencionado anteriormente por el autor y por la jurisprudencia, se podría decir que una de las razones más importantes para no permitir la reposición de estos trabajadores en dichos puestos, es porque llevan el rumbo y destino de la empresa, por lo que obviamente sería irrazonable sostener que se repongan en tales puestos a trabajadores que el empleador les ha perdido la confianza, de lo contrario podría ponerse en riesgo la vida misma de

la empresa, pudiendo incluso dicho personal realizar actos contrarios a los intereses de la empresa y del empleador.

Sin embargo, tales argumentos no podrían aplicarse a los TCA, debido a que, al ser despidos por pérdida de confianza, no existiría razón para evitar su reposición en su anterior puesto laboral. Es lógico sostener tal afirmación, ya que, al retirárseles la confianza, estos trabajadores no serán repuestos en el cargo de dirección o confianza, sino en el puesto común que anteriormente venían ocupando y, en el cual no se adoptan decisiones importantes o trascendentales para la vida de la empresa.

Ahora, concretamente sobre el derecho de decidir entre la reposición en el anterior puesto laboral u optar por la indemnización, en diversas sentencias el TC ha mencionado que tal derecho corresponde al trabajador de dirección o confianza. Así también lo mencionó Toyama al señalar que; el TC en reiteradas oportunidades ha aceptado que el trabajador de dirección y de confianza tiene el derecho de elegir entre el retorno a su puesto original o la indemnización por despido (2018).

De esta manera, el TC al constatar que el despido ha vulnerado el derecho al trabajo, ha establecido de manera expresa que el derecho de elegir entre la indemnización o la reposición le corresponde al trabajador. Así en el expediente N° 1124-2001-AA/TC, ha mencionado que; “La indemnización será una forma de restitución complementaria o sustitutoria **si así lo determinara libremente el trabajador**, pero no la reparación de un acto ab initio inválido por inconstitucional” (2002, 11 de Julio, f.j. 12). (La negrita es nuestra)

De este modo, para el TC la forma de protección frente al despido arbitrario que vulnera el derecho constitucional al trabajo, es la reposición del trabajador. Sin embargo, es posible el pago de la indemnización como una forma sustitutoria, únicamente si así lo decide libremente el trabajador. Es decir, solamente el trabajador es poseedor del derecho de decidir entre una u otra opción.

De la misma manera, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, en la Casación Laboral N° 08993-2016-Lima, refiriéndose a las consecuencias

jurídicas de un TCA y respecto a la titularidad del derecho de elegir entre la reposición o indemnización, ha mencionado que, al retirarle la confianza, solamente implica el retorno del trabajador a su antiguo puesto común que ocupó antes de ser ascendido, y no al cese de dicho puesto. Asimismo, ha indicado que, al retirársele la confianza, “(...) traería con él, **a elección del trabajador**, la reposición o indemnización por despido arbitrario (...)” (2016, 31 de Octubre, f.j. Decimo). (la negrita es nuestra)

Por lo tanto, conforme a las jurisprudencias del TC y la Corte Suprema, el derecho de decidir entre la indemnización o la reposición, recae exclusivamente en el trabajador. Esto es congruente con lo que han mencionado dichos órganos jurisdiccionales, al establecer que, los TCA en caso no se permita su retorno, existe la posibilidad por parte del empleador, de cometer un abuso del derecho, ya que, como indican los mismos, podría existir un ascenso que encubra la intención de retirar definitivamente de un puesto laboral a un trabajador, hecho que esta proscrita por la propia Constitución, al mencionarse en el artículo 103 que, “La Constitución no ampara el abuso del derecho” (Const., 1993, art. 103).

Asimismo, la negativa de reponer a su puesto común anterior a los TCA, ante la pérdida de confianza, atenta contra el derecho fundamental al trabajo, constituyéndose en un despido nulo. Por ello, corresponderá la necesariamente la reposición en dicho puesto, salvo que en la ejecución de sentencia el trabajador decida optar por la indemnización. Así lo establece la LPCL en su último párrafo del artículo 38, sobre el despido nulo, al mencionar que, “En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que, en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38” (1997, 21 de Marzo, Art. 38).

Dicho todo ello, nuestra posición, conforme a los argumentos expuestos tanto por el TC, la Corte Suprema, la doctrina y la misma ley, en caso de retiro de confianza de un TCA, este tiene el derecho de decidir entre la reposición o la indemnización, de lo contrario se estaría atentando contra su derecho al trabajo. Con ello, al vulnerarse este derecho, el despido devendría en nulo, debiendo corresponderle la reposición en su anterior puesto, salvo que el mismo trabajador opte de manera libre por la indemnización. De esta manera, conforme a las argumentos expuestos, es el

TCA quien tiene el derecho de elegir entre retornar a su anterior puesto común, como expresión o garantía de una adecuada protección contra el despido arbitrario.

Sin embargo, como se puede evidencia, el VII Pleno supremo trae mas preguntas que respuestas, pues lamentablemente su posición trae mas inseguridad jurídica, por lo que esperaremos la posición del TC cuando un trabajador de dirección o de confianza interponga un proceso de amparo contra alguna de las sentencias de la Corte Suprema que tome el camino de dicho pleno (Puntriano 2018).



3. CAPÍTULO 3: EL PROBLEMA DE INVESTIGACIÓN

3.1 Cuestiones preliminares

En el año 2001 el TC ha elevado a estándares constitucionales la estabilidad laboral en el Perú permitiendo la reposición de trabajadores en sus puestos laborales ante un despido sin causa justa; dicha afirmación constitucional se realizó mediante la interpretación del contenido esencial del derecho al trabajo reconocido en el artículo 22 de la Constitución.

En su análisis el TC al interpretar el mencionado artículo estableció que uno de los contenidos esenciales del derecho al trabajo es: el derecho a no ser despedido sino por causa justa; es decir sin causa establecida expresamente en la Ley.

Asimismo, se sabe que dentro de nuestro ordenamiento laboral se encuentran aquellos trabajadores que ostentan cargos de importancia que difieren tanto en funciones como facultades de los cargos que normalmente la mayoría de trabajadores tienen, estos son cargos de dirección y de confianza que tienen como elemento característico, el vínculo de confianza entre empleador y trabajador, y además ocupan puestos decisivos y estratégicos dentro de las empresas. Sin embargo, estos trabajadores tienen una tratativa bastante cuestionable cuando son objeto de despido por pérdida de confianza.

Puesto que para poder despedirlos, el TC creó en su jurisprudencia la causal de retiro de confianza, el cual es una causal especial que permite extinguir el contrato de trabajo, de un trabajador de dirección y de confianza, permitiéndose el despido de estos trabajadores, otorgándoles solamente el pago de un monto indemnizatorio a los trabajadores que habían accedido directamente a un cargo de dirección o de confianza; y permitiendo la reposición para aquellos que primeramente habían accedido a un puesto común y luego ascendido a uno de dirección o de confianza. Dicho criterio jurisprudencial del TC, como es lógico, fue asumido también por la Corte Suprema en sus diferentes sentencias, otorgándoles una indemnización o la reposición a estos trabajadores, de acuerdo a como habían llegado al cargo de dirección o de confianza.

Sin embargo, a pesar de la posición asumida por varios años, la Corte Suprema en el 2018 emitió el VII Pleno Supremo, variando su posición que había sostenido y defendido por varios años, respecto al tratamiento de la estabilidad laboral de este tipo de trabajadores, el cual detallaremos en el siguiente apartado.

En los siguientes acápite realizaremos la descripción del problema que ha dado lugar a nuestra investigación. En el cual revisaremos las sentencias emitidas por el TC y sus argumentos que ha permitido adoptar el criterio de reposición de los TCA en su anterior puesto laboral, el mismo que a la fecha sigue manteniendo dicho criterio, a pesar de la emisión del VII Pleno Supremo. Asimismo, describiremos los argumentos de la Corte Suprema que le ha permitido reponer a su anterior puesto laboral a los TCA ante un retiro de confianza, claro está, antes de la emisión del VII Pleno Supremo. De la misma manera, describiremos los argumentos por los que la Corte Suprema ha cambiado de criterio a partir del 2018 al emitir el VII Pleno Supremo, permitiendo que la reposición del TCA depende de la voluntad del empleador.

Finalmente, describiremos el problema que origina la posición asumida por la Corte Suprema en la adopción del ya mencionado VII Pleno Supremo.

3.2 Las jurisprudencias del TC sobre la estabilidad laboral de los TCA

El Tribunal Constitucional en la sentencia del expediente N° 03501-2006-PA/TC, ha mencionado que, al retirarle la confianza de un TCA este no pierde su derecho al empleo del cual ya es poseedor, debido a que podría realizarse ascensos con la intención de retirar definitivamente al trabajador de la empresa, generando así un abuso del derecho, en consecuencia, debe corresponderle la reposición en su antiguo puesto laboral (2007, 15 de Marzo, f.j. 20).

Conforme a dicho argumento jurisprudencial, el TC en el mencionado expediente, al reponer a un TCA busca evitar la posibilidad de que el empleador cometa un abuso del derecho, ya que se podría ascender a un trabajador común a un puesto de dirección o de confianza, con la única

intención de retirarlo posteriormente definitivamente de la empresa, con el argumento de la pérdida de confianza. Es decir, lo que se busca es prevenir un potencial acto ilícito por parte del empleador.

De igual forma, en el expediente N° 08257-2006-PA/TC, respecto a un TCA, a quien se le despidió con el argumento de retiro de confianza, el TC ha mencionado que, corresponde el retorno del trabajador al puesto que anteriormente desempeñaba. De lo contrario, permitir que el retiro de la confianza entrañe la ruptura del vínculo laboral, implicaría permitir un abuso del derecho, prohibido por el artículo 103 de la Constitución.

Asimismo, en el expediente N° 1581-2008-PA/TC, el TC ha asumido un criterio también similar, al mencionar que ante el retiro de confianza, los TCA tendrían que retornar a sus labores comunes o habituales a fin de que no se produzca un abuso del derecho (2010, 11 de Junio, f.j. 7). “(...) salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley” (Tribunal Constitucional Peruano, Exp. 1581-2008-AA/TC, 2010, 11 de Junio, f.j. 7).

En el mencionado expediente (N° 1581-2008-PA/TC), el TC al reponer al TCA, además de evitar que no se cometa un abuso del derecho, menciona también que no será posible la reposición si el trabajador ha cometido una causal objetiva indicada por ley. Es decir, solamente no será posible la reposición del TCA a quien se le retiró la confianza, si este cometió una causal objetiva de despido establecida de manera taxativa en la norma. De lo contrario, corresponderá la reposición en su anterior puesto laboral.

Recientemente, en el expediente N° 2492-2016-PA/TC, resuelto en agosto del 2020, en el cual el TC ha seguido manteniendo el criterio de la reposición de los TCA en sus anteriores puestos laborales ante un retiro de confianza. En dicho expediente, el máximo intérprete de la constitución ha mencionado que, el contrato del trabajador en el puesto común en el que laboraba se había desnaturalizado y convertido en uno a plazo indeterminado, adquiriendo la protección contra el despido arbitrario, debiendo corresponderle luego de retirada la confianza, reincorporarse a sus labores comunes que realizada anteriormente (2020, 11 de Agosto, f.j. 18).

Asimismo, en el referido expediente el TC ha referido que, al despedirse al trabajador sin expresión de una causa justa relacionada con su capacidad o conducta, “(...) procede la reposición

como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales, por haberse vulnerado el derecho al trabajo reconocido en el artículo 22 de la Constitución” (Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N° 2492-2016-PA/TC, 2020, 11 de Agosto, f.j. 18).

La comentada sentencia es particularmente importante, ya que nos permitirá confirmar que la posición de reponer a su anterior puesto laboral a los TCA asumida por el TC no ha variado después de la emisión del VII Pleno Supremo publicado en setiembre del 2018.

3.3 Las jurisprudencias de la Corte Suprema sobre la estabilidad laboral de los TCA

La Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, en la Casación Laboral N° 18450-2015-Lima, se ha pronunciado respecto a la reposición de un TCA, así ha señalado que, tratándose de un TCA a quien se le despide por retiro de confianza, debería tener como consecuencia lógica que regrese a su cargo común de origen y no perder el trabajo. De esta manera, se evita que la promoción laboral pueda ser mal utilizada ocasionándose un abuso del derecho. Todo ello en bien de la paz social y armonía de derechos constitucionales que podrían quebrantarse cuando el empleador al abusar del *Ius Variandi* le retire la confianza después de haber sido promovido (2016, 23 Agosto, f.j. 3.7b- 3.10).

Asimismo, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, en la Casación Laboral 8993-2016 Lima, sobre un trabajador de dirección ascendido a quien se le retiró la confianza ha establecido que; debería retornar al puesto inicial que ocupó antes de ser designado en el cargo de confianza, y no al retiro de dicho puesto común (2016, 31 de Octubre, f.j. décimo). Con ello, se busca prevenir que la promoción laboral, pueda ser mal utilizada, produciendo un abuso del derecho, tal como lo señala el artículo 44 de la LPCL (...) (Corte Suprema de Justicia de la República, Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria, Casacion Laboral N° 8993-2016, 31 de Octubre, f.j. Décimo primero).

Como se puede verificar, la Corte Suprema ha asumido hasta setiembre del 2018 una posición similar al del TC sobre el tratamiento de la estabilidad laboral de los TCA, resaltando que ante una negativa a la reposición, se podría incurrir en un abuso del derecho por parte del empleador y quebrantar la paz social y armonía que derechos constitucionales.

De esta manera, tanto la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional han mantenido criterios similares durante varios años respecto a la reposición de los TCA ante un retiro de confianza, quienes en repetidas sentencias han mencionado que estos trabajadores deben retornar a sus anteriores puestos laborales a fin de que no se cometa un abuso del derecho por parte del empleador. Mencionando además el TC que, procede reponer al trabajador como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso contitucional de tutela de derechos fundamentales, por vulnerarse el derecho constitucional al trabajo establecido en el artículo 22 de la constitución (Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N° 2492-2016-PA/TC, 2020, 11 de Agosto, f.j. 18).

Sin embargo, en setiembre del 2018 la Corte Suprema publicó el VII Pleno Supremo, en el cual cambió la posición que siempre había asumido, flexibilizando la estabilidad laboral de los TCA, al permitir que ante un retiro de confianza, dependerá de la voluntad del empleador si estos retornan o no a su anterior puesto laboral. Dicha posición asumida por la Corte Suprema genera un problema jurídico que será descrita en el siguiente apartado.

3.4 El VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional

Como ya se mencionó, en setiembre del 2018 la Corte Suprema publicó su VII Pleno Supremo, en el cual cambió su posición que históricamente había asumido respecto a los trabajadores comunes ascendidos a puestos de dirección o de confianza, acordando lo siguiente:

El Pleno acordó por unanimidad:

- 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 (2018, 22 de Mayo, acuerdo IV).

De esta manera, la Corte Suprema ha establecido que corresponde solamente la indemnización por despido arbitrario, en caso el empleador no les permita reincorporarse a su anterior puesto laboral. Con ello dependerá de la voluntad del empleador, luego de retirada la confianza, si permite o no regresar al trabajador a su anterior puesto donde venía realizando labores comunes.

Consideramos que dicha posición asumida por la Corte Suprema, es particularmente peligrosa y genera un problema jurídico, ya que podría traer consigo la vulneración de normas de carácter constitucional, y poner en riesgo a una gran cantidad de trabajadores que podrían ser ascendidos a puestos de dirección o de confianza con la finalidad de despedirlos definitivamente de la empresa con el argumento de la pérdida de confianza.

Respecto a la vulneración de derechos constitucionales, recordemos lo mencionado en el acápite 1.1.3.2, (Expediente N° 2492-2016-PA/TC- Caso Wilfredo Alegre) en el cual el TC al referirse a un TCA cesado por pérdida de confianza, ha mencionado que, “(...) procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales, por haberse vulnerado el derecho al trabajo reconocido en el artículo 22 de la Constitución” (2020, 11 de Agosto, f.j. 18).

El fundamento jurídico mencionado es importante para entender el problema en la presente investigación. Así, en la mencionada sentencia, el TC consideró que al cesar al TCA por pérdida de confianza, se vulnera el derecho al trabajo reconocido en el artículo 22 de la Constitución, y como tal derecho es un derecho fundamental, procederá la reposición del trabajador en su anterior puesto laboral. En este argumento, es claro que el tratamiento legal que el TC le da a los TCA cesados por pérdida de confianza es el que corresponde a un trabajador común, ya que conforme a sus jurisprudencias vistas en el acápite 1.1.3.2, el TCA es poseedor del derecho al trabajo, y no renuncia a las labores que realizaba anteriormente, sino que conserva su carácter de trabajador común (Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N° 3501-2006-PA/TC, 2007, 15 de Marzo, f.j. 20).

Dicho esto, el acuerdo tomado por la Corte Suprema mediante su VII Pleno Supremo, podría vulnerar el derecho constitucional al trabajo y la adecuada protección contra el despido arbitrario, debido a que el goce efectivo de tales derechos dependería de la decisión del empleador. Ya que, si este no está de acuerdo en que el trabajador retorne a su anterior puesto laboral, solamente le correspondería el pago de la indemnización, mas no la reposición. Así expresamente lo estableció la Corte Suprema en su VII Pleno Supremo al mencionar que, “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” (Corte Suprema de Justicia de la República, VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional 2018, 22 de Mayo, acuerdo IV).

Ahora, del argumento mencionado, se puede verificar que la Corte Suprema le ha dejado al TCA la posibilidad de cobrar una indemnización en caso el empleador impida su reincorporación. Esto se podría entender como una forma de protección contra el despido arbitrario. Sin embargo, es necesario mencionar lo que a dicho Toyama y Merzthal (2014) al respecto; el despido que lesione derechos fundamentales de todo trabajador, trae como consecuencia la reposición en su puesto laboral. Pues los derechos fundamentales de cualquier trabajador deben ser protegidos, no siendo razonable que un monto dinerario restablezca el daño ocasionado por un despido inconstitucional. Al margen de que nos encontremos ante un cargo de dirección o un puesto de confianza (pág. 95).

Ahora, también es necesario resaltar lo desarrollado en el acápite 1.1.3.2, sobre lo afirmado por el TC y la Corte Suprema (este último hasta antes de adoptar el VII Pleno Supremo), quienes han mencionado en reiteradas jurisprudencias que al reponerse al TCA en su anterior puesto laboral ante un retiro de confianza, lo que se busca es evitar que se cometa un abuso del derecho, dado que el empleador podría ascender a trabajadores comunes con la finalidad de despedirlos posteriormente de la empresa, aduciendo la pérdida de confianza.

Respecto a dicho argumento, la Corte Suprema al adoptar el VII Pleno Supremo ha mencionado que, con la indemnización lo que se pretende es evitar el abuso del empleador de promocionar a trabajadores a cargos de dirección o confianza, para más adelante retirarles la confianza y finalizar la relación laboral sin cumplir con el pago de la

indemnización (Poder Judicial del Perú, 2019, pág. 164). Como se puede advertir, la Corte Suprema considera suficiente el pago de la indemnización para evitar que el empleador incurra en un abuso del derecho.

Ahora, dicho todo esto, es posible evidenciar que a la fecha la posición entre el TC y la Corte Suprema no es uniforme respecto al tratamiento sobre la estabilidad laboral de los TCA ante un retiro de confianza, y ello es un problema que debe ser solucionado y/o definido, el cual además genera incertidumbre jurídica tanto para el empresario como para el mismo trabajador, lo cual agrava el problema que se analiza.

Ahora consideramos importante mencionar que la posición de los magistrados del TC respecto a la reposición de estos trabajadores no siempre ha sido uniforme, puesto que han habido magistrados que tienen un criterio diferente del que siempre ha defendido el órgano colegiado. Creemos importante mencionar esto porque de sus argumentos podemos extraer una posición jurisdiccional del porque no es posible la reposición de los TCA. En el cual lo revisaremos más detalladamente en el acápite siguiente.

3.5 ¿La libertad de empresa podría ser un bien jurídico preponderante sobre el derecho al trabajo?

Como hemos mencionado en el acápite 1.2, el TC al resolver el expediente N° 02492-2016-PA/TC, en el voto singular y en contra a la reposición de un TCA del magistrado Ferrero Costa, en el cual ha indicado que, los supuestos de despido para los trabajadores son limitados y están especificados en la normativa respectiva; en tanto que, para los empleadores, la limitación legal para realizar un despido representa una afectación al poder directivo y su facultad de organizar el trabajo (Tribunal Constitucional Peruano, Voto singular Ferrero Costa, Exp. N° 2492-2016-PA/TC, 2020, 11 de Agosto).

Mencionado ello y como hemos indicado, consideramos importante exponer tal argumento, ya que de dicha posición jurisdiccional podemos verificar su validez y/o congruencia constitucional.

De esta manera, podríamos considerar que el cambio de criterio de la Corte Suprema fue por razones similares a la posición del magistrado Ferrero Costa, quien ha afirmado que para el empresario, la dificultad de realizar un despido constituye una afectación al poder de dirección y su capacidad de organizar las labores conforme a sus objetivos, se debe al reconocimiento del derecho a la libre empresa que tiene el empleador como derecho constitucional reconocido en el artículo 59 de la Constitución.

Por ende, es posible afirmar que el bien constitucionalmente relevante que estaría protegiendo con el acuerdo adoptado en el VII Pleno Supremo es el derecho de dirección y organización del empleador, los cuales emanan del derecho fundamental a la libertad de empresa, reconocido en la constitución.

Al respecto, como se expuso en el acápite 1.2, Baylos y Pérez Rey han mencionado que, cuando se pone fin anticipadamente al vínculo laboral con el solo argumento de la libre voluntad del empleador, se esta creando una formula de autotutela particularmente intensa, el cual puede ser válido, pero solamente dentro de los límites del despido procedente. Nunca en el ámbito del despido improcedente, ni mucho menos en el nulo. Pudiendo el juez imponer la reincorporación del trabajador (págs. 27-28).

De esta manera, en el caso concreto, al despedirse a un TCA, dicha forma no constituiría una forma valida de autotulela del empleador, pues dicha decisión de despedir no se encontraría dentro del ambito del despido valido y procedente, dado que en el caso concreto, se situaría tal decisión en el ambito del despido nulo, el cual es peor, por infringir el contenido esencial del derecho al trabajo establecido en el artículo 22 de la Constitución.

Dicho argumento es importante para entender la afectación de los derechos del trabajador, el cual genera un problema en el goce efectivo de un derecho constitucional.

También consideramos importante resaltar el problema de la percepción cultural y social acerca del despido, así como se señaló en el acápite 1.2, en el cual se expuso que desde el punto de vista de los valores sociales, el despido es percibido como un acto que carece de importancia en la empresa, en el cual se aísla al acto del despido de los efectos que causan sobre la vida de los trabajadores. Estableciéndose una cultura de empresa, en el que se glorifica el cambio, la adaptabilidad, la movilidad, el cambio personal, conceptuados todos estos, como valores profundamente positivos, en el que el despido no tiene estatus problemático. (págs. 35-36).

Por otro lado, verificando concretamente sobre la proponderancia del derecho a la libertad de empresa sobre el derecho al trabajo, tenemos que evaluar cuál sería el interés protegido por la Corte Suprema al no permitir la reposición por decisión propia del TCA en su anterior puesto laboral. Dicho ello, y conforme a lo desarrollado en el acápite 1.2, podemos indicar que el interés podría ser preservar el derecho fundamental a la libertad de empresa (derecho de dirección y organización), sobre el derecho fundamental al trabajo del trabajador.

Dicho esto, al realizar un despido de un TCA ante un retiro de confianza, se deberá verificar la afectación del derecho al trabajo (artículo 22 de la Constitución) que se realiza con dicha decisión; así como verificar la afectación de su derecho del empleador en caso se le prive de impedir la reincorporación a su antiguo puesto laboral, como expresión de su derecho de organización y dirección emanadas de su derecho a la libertad de empresa (artículo 59 de la Constitución). Dicho de otra manera, debemos verificar la prevalencia del derecho a organizar y dirigir la empresa como expresión del derecho a la libertad de empresa establecida en el artículo 59 de la Constitución, sobre el derecho al trabajo establecida en el artículo 22 del mismo cuerpo normativo.

Para verificar la prevalencia del derecho a la libertad de empresa del empleador sobre el derecho al trabajo del trabajador, se deberá tener la cuenta el principio de proporcionalidad, desarrollada en el punto 1.2 del presente trabajo.

Entonces, en el caso concreto la colisión de derechos sería, por un lado, el derecho al trabajo que el trabajador quiere ejercer limitando el derecho a la libertad de empresa (derecho a decidir

entre la reposición o indemnización, como expresión del derecho a la libertad de empresa). Entonces corresponde aplicar las técnicas del mencionado principio de proporcionalidad, conforme al cual; el sacrificio del derecho fundamental al trabajo solo será admitido desde la perspectiva constitucional, en la medida que sea indispensable para la satisfacción del derecho fundamental a la libertad de empresa, el cual debe resultar preponderante conforme al sistema de valores que consagra la Constitución, y las circunstancias de cada caso en particular (Sanguinetti, 2012, pág. 6).

Ahora, verificando el test del mencionado principio de proporcionalidad, debemos empezar por el juicio de idoneidad, en esta parte se analiza si la medida empresarial que limita el derecho fundamental del trabajador tiene la capacidad de provocar el efecto que se propone. De tal manera que esta medida sea adecuada para la protección del interés constitucional de la libertad de empresa (dirigir y organizar), el cual entra en colisión con el derecho fundamental que se limita (derecho al trabajo). De esta manera, se evalúa si existe una apropiada relación entre medios y fines. Es decir, una conexión directa de utilidad (Gonzales, 2012, págs. 39-40).

Consecuentemente, debemos hacernos la siguiente interrogante ¿Es idónea la decisión, teniendo en cuenta el fin que persigue el empleador?, para lo cual debemos verificar el fin perseguido con el despido por retiro de confianza de estos trabajadores.

Como se mencionó, en el acápite 1.1.3.1, lo que se busca con dicha medida es que los puestos de dirección y de confianza sean cubiertos por personal que gocen de la confianza del empleador. Por lo que, el fin pretendido sería, la buena marcha de la empresa.

De esta manera, al ser despedido un TCA por retiro de confianza, y este al buscar su reposición a su puesto común anterior, dicha medida dejaría no sería idónea, ya que el fin del despido por retiro de confianza, es la buena marcha de la empresa. Por lo tanto, al no permitirse retornar a un puesto anterior común a un TCA, evidentemente dicha medida no tiene una conexión directa con el fin perseguido, ya que se pretende retornar a un puesto que no es de confianza y en el cual no se toman decisiones importantes para influir directamente en el destino de la empresa. En

consecuencia, la decisión de no permitir la reposición al TCA a su anterior puesto laboral, no permite obtener el fin deseado, por no afectar directamente en la gestión de la empresa.



4. CAPÍTULO 4: LA DISCUSIÓN

Primeramente, cabe mencionar que conforme se desarrolló en el acápite 1.2, sobre límites de la facultad de empresa del empleador, y el acuerdo del VII Pleno Supremo, al no permitir decidir al TCA retornar a su anterior puesto laboral ante un retiro de confianza, le otorga la Corte Suprema con dicha posición, prevalencia al derecho a la libertad de empresa del empleador sobre el derecho al trabajo, del trabajador.

Sin embargo, a fin de determinar de manera precisa si es correcta la prevalencia o no otorgada por la Corte Suprema al derecho de la libertad de empresa (del cual emana el poder de decidir reponer o no al TCA a su anterior puesto laboral) sobre el derecho al trabajo, se ha verificado el principio de oportunidad, pero parcialmente (por no soportar la medida a la evaluación del primer test, idoneidad), con la cual se ha verificado la prevalencia del derecho al trabajo sobre el derecho a la libertad de empresa. Por no pasar este último el test de idoneidad, ya que se verificó, que la medida del despido no tiene relación directa con la finalidad perseguida, el cual es la adecuada marcha de la empresa. En consecuencia, como en el puesto común de un TCA no se toman decisiones trascendentales para la vida de la empresa, no se pone en riesgo la buena marcha de la empresa.

Así, la medida empresarial, en este caso, la medida tomada por la Corte Suprema, que limita el derecho fundamental al trabajo del TCA, no tiene el poder de provocar el efecto que se propone. Por ende, el sacrificio del derecho al trabajo, no puede ser admisible ya que no es imprescindible para la satisfacción del derecho a la libertad de empresa del empleador (expresado como el derecho a decidir entre otorgar o no la reposición al TCA)

En consecuencia, debe prevalecer el derecho fundamental al trabajo del trabajador sobre el derecho fundamental a la libertad de empresa del empleador.

Asimismo, de las diferentes sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, se ha verificado que la adecuada protección contra el despido arbitrario implica que un trabajador no puede ser despedido salvo por causa justa legalmente establecida. En consecuencia:

Primero: En el caso concreto, el TC ha establecido que la adecuada protección contra el despido arbitrario implica que, no debe vulnerar el derecho Constitucional al Trabajo. Este derecho al trabajo establecido en el artículo 22 de la Constitución y su contenido esencial, desarrollado por el TC, establece como uno de sus aspectos es no ser despedido sino por causa justa, entendiéndose como causa tipificada en la ley. Entonces con dicha interpretación, el tribunal constitucional ha establecido que, ante un despido sin causa justa, correspondería la reposición de todo trabajador a su puesto laboral.

Ahora, es cierto que dicha interpretación está dirigida a proteger el despido arbitrario de trabajadores comunes, sin embargo, esta disposición es perfectamente aplicable a los TCA, ya que la reposición que se busca es respecto a su condición de trabajador común, en su puesto común en el que laboraba antes de su promoción al de dirección o confianza.

Segundo: El TC al desarrollar su jurisprudencia respecto a la estabilidad laboral de trabajadores de dirección y de confianza, ha mencionado en sus diversos pronunciamientos que el retiro de confianza: “constituye situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, lo que es objetivo” (Exp. N° 1828-2010-PA/TC, 2010, 04 de Octubre).

Asimismo, la doctrina, respecto a la causal de pérdida de confianza ha mencionado que: es una invención casi jurisprudencial, ya que no está contemplado expresamente como falta grave que autorice el despido, sino que es una causal dotada de un gran contenido subjetivo (Toyama & Merzthal, 2014, pág. 93).

Por ende, al no estar establecido en la ley, y por más que el TC haya validado su uso como una situación especial que extingue el contrato de trabajo, dicha causal está inmersa dentro de la concepción genérica de despido arbitrario, conforme lo establece el artículo 34 de la LPCL, el cual ha mencionado, “(...) el despido es arbitrario por no haberse expresado causa” (D. Leg. N° 728, 1997, art. 34). Por ende, el retiro de confianza, al no estar establecidas en los artículos 23 y 24 de LPCL (las que definen las causas justas de despido) constituye evidentemente un despido arbitrario.

Tercero: Siendo esto así, ante un despido de un trabajador de dirección o de confianza, por retiro de confianza, procede la reposición del trabajador en su puesto laboral de dirección o de confianza, conforme a la interpretación del TC sobre el derecho al trabajo.

Sin embargo, como es lógico, la organización empresarial, es una unidad compleja, el cual para su desarrollo establece políticas estratégicas que tienen que ser concebidas y ejecutadas por personal que tenga las mejores cualidades intelectuales y personales, y estos ocupen puestos laborales estratégicos en el cual se tomen las decisiones más importantes para la vida de la empresa. Por ende, para desempeñar aquellos cargos estratégicos e importantes de la organización, se requiere que el personal que labore en dichos puestos, no solo tenga el conocimiento necesario para el mismo, sino que además el empleador les tenga la confianza absoluta para que en nombre de él tomen las mejores decisiones que impacten en la vida de la empresa.

Entonces, existe una razón congruente y lógica del porque no es posible reponer a trabajadores en sus puestos de dirección y de confianza, así también lo menciona Arce “(...) en muchos casos el empleador delega en estos trabajadores decisiones de gran trascendencia para la vida de la empresa. Quizá, ésta sería la única razón para negarle la reposición a un trabajador de confianza” (Arce, 2006, pág. 124).

De lo contrario, como es coherente, sería exponer a la empresa a decisiones o hechos que pongan en riesgo su desarrollo y existencia. Y con ello, ir en contra del deber constitucional que tiene el Estado, de estimular la creación de riqueza, como mandato constitucional establecido en el artículo 59 de la Constitución.

Cuarto: Dicho esto, y justificado la razón del porque no es posible reponer en puestos de dirección y de confianza, a trabajadores cesados por motivo de confianza; entonces cabe preguntarse respecto al otro grupo de trabajadores lo siguiente, ¿Los TCA al retirárseles la confianza, deberían volver a su anterior puesto laboral común por decisión propia? Para responder la pregunta, debemos hacer un análisis respecto a su puesto de dirección y a su puesto común que anteriormente venía desempeñándose.

En primero lugar, respecto al ascenso y las consecuencias de su vínculo laboral con su puesto común, se debe mencionar que el trabajador al ser ascendido no pierde su derecho al trabajo de su puesto común, dado que en ningún momento renuncia a las labores que realizaba, por lo que sigue bajo subordinación de su empleador, conservando el carácter de trabajador común que ostentaba. De lo contrario el empleador abusando del Ius Variandi, podría ascender a un trabajador común a algún puesto de dirección o de confianza, para posteriormente despedirlo por pérdida de confianza. En dicho caso, existiría la posibilidad de que se genere un abuso del derecho, pudiendo vulnerarse la paz social y la armonía de los derechos constitucionales. (Tribunal Constitucional Peruano, expediente N° 03501-2006-PA/TC, 2007, 15 de marzo, f.j. 20)

Asimismo, en el expediente N° 01581-2008-PA/TC, el TC ha aplicado el mismo criterio, mencionado que; el trabajador común ascendido, implica que aún tiene una relación laboral con la empresa respecto a su puesto común. En consecuencia, solo corresponde el despido del trabajador de dicho puesto por causa justa; entonces al ser despedido sin expresión de causa, corresponde la reincorporación en el cargo que ocupaba antes de que se le asigne el primer cargo (2010, 11 de Junio, f.j. 8).

De la misma manera, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema, en la Casacion Laboral N° 18450-2015 Lima, ha mencionado que; en caso de los TCA al retirárseles la confianza, no implica la extinción del vinculo laboral, sino el trabajador deberá a su puesto común anterior. (23 Agosto del 2016, f.j. 3.10).

En segundo lugar, respecto a las razones de no permitir su reposición a tales trabajadores, al respecto se debe mencionar que conforme se desarrolló en el acápite 1.1.3.1, existen razones justificables y entendibles para no permitir la reposición en puestos de dirección o de confianza ante un retiro de confianza. El cual es principalmente, que en dichos cargos se toman decisiones de enorme importancia para definir el éxito o fracaso de la empresa.

Sin embargo, los puestos comunes donde se realizan meras actividades, que si bien es cierto contribuyen a la operatividad o funcionamiento de la empresa, no es necesaria la confianza del

empleador para que dichos puestos funcionen adecuadamente. Ya que existen mecanismos legales para controlar el rendimiento y conducta de los trabajadores.

En ese entender, en el caso de los TCA, no existe argumento razonable para no permitir la reposición en su anterior puesto laboral, así también se verificó al desarrollar el acápite 1.2, del presente trabajo. Al determinarse la prevalencia del derecho al trabajo sobre el derecho a la libertad de empresa, mediante el juicio de proporcionalidad.

Quinto: La Corte Suprema, en Setiembre del 2018 ha publicado el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, en el cual ha señalado que, corresponderá pagar una indemnización por despido arbitrario, cuando el empleador les impida retornar a su anterior puesto laboral luego de retirada la confianza (Corte Suprema de Justicia de la República, VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional 2018, 22 de Mayo, acuerdo IV).

De esta manera, dicho pleno desarrollado por la Corte Suprema, le otorga la facultad al empleador de impedir o autorizar la reincorporación del TCA cesado por pérdida de confianza a su antiguo puesto laboral. Debemos mencionar que dicha posición, fue asumida sin mayor justificación legal ni constitucional.

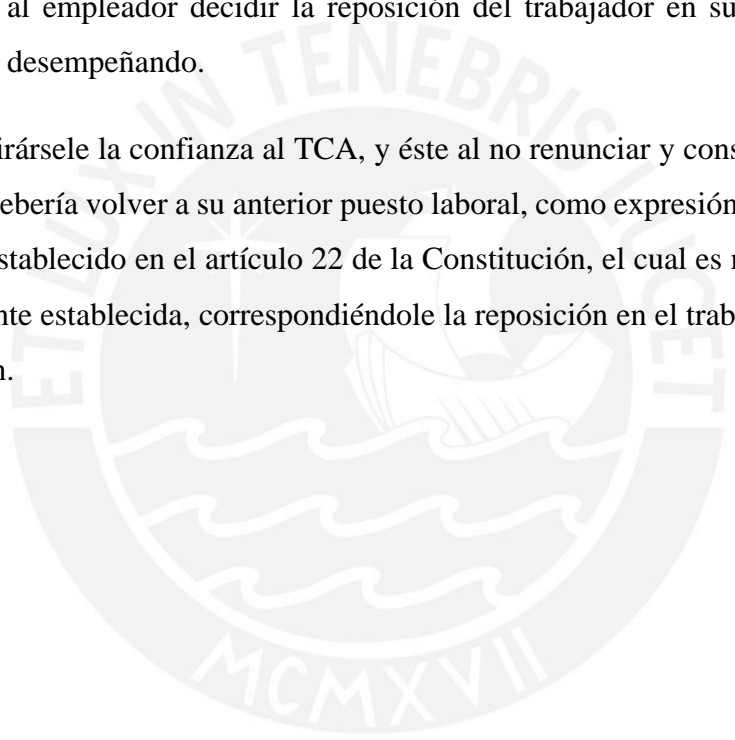
Así, permitir que el empleador tenga en sus manos el poder de decidir la reposición de un TCA cesado por retiró de confianza, es dejar abierta la inminente posibilidad de que el empleador ascienda a trabajadores comunes a cargos de dirección o de confianza con la finalidad de retirarlos posteriormente de la empresa, con el solo argumento subjetivo del retiro de confianza, configurándose así el abuso del derecho, proscrito en el artículo 103 de la Constitución Política del Perú.

Asimismo, permitir que el empleador, con el argumento de la pérdida de confianza, tenga la facultad de impedir reincorporarse a su anterior puesto, es vulnerar el principio de tipicidad, puesto que la pérdida de confianza no está establecida taxativamente en la ley como causal de despido. Por lo que, tal separación definitiva de la empresa, constituiría un despido arbitrario, más aún cuando el trabajador pretenda retornar a su puesto común, donde ya había ganado su derecho a la estabilidad laboral.

De la misma manera, conforme a las numerosas sentencias del TC, el TCA al ser ascendido o promovido, no renuncia ni pierde su carácter de trabajador común que ostentaba. Entonces, la Corte Suprema, al facultar al empleador de no permitir la reincorporación a su anterior puesto laboral común, estaría asumiendo que el ascenso implica una renuncia tácita de su puesto común, y con ellos perdiendo todos los derechos adquiridos en dicho puesto.

También cabe mencionar, conforme a lo desarrollado anteriormente, no es requisito indispensable la confianza para trabajar en el puesto común, por lo que no existe justificación razonable autorizar al empleador decidir la reposición del trabajador en su puesto común que anteriormente venía desempeñando.

Asimismo, al retirársele la confianza al TCA, y éste al no renunciar y conservar su carácter de trabajador común, debería volver a su anterior puesto laboral, como expresión de la aplicación del derecho al trabajo establecido en el artículo 22 de la Constitución, el cual es no ser despedido sin causa justa legalmente establecida, correspondiéndole la reposición en el trabajo, en su condición de trabajador común.



CONCLUSIONES:

1. El TC y la Corte Suprema (hasta antes de la emisión del VII Pleno Supremo) han mencionado de manera uniforme que admitir el despido del puesto común de esta clase de trabajadores, sería ampara un posible abuso del derecho, por el cual el empleador podría ascender a trabajadores comunes a puestos de dirección o confianza, con la finalidad de retirarlos posteriormente de la empresa. En sus sentencias han mantenido el respeto del derecho constitucional al trabajo, con la cual el trabajador no puede ser despedido sino por causa justa.

2. El TC, a pesar de la emisión del VII Pleno Supremo por parte de la Corte Suprema, ha mantenido su posición respecto a la reposición de TCA ante un retiro de confianza. Dado que el 2020 (2 años después de la emisión del VII pleno) ha resuelto un pedido de reposición de este tipo de trabajadores, en el cual conforme a sus argumentos ha mencionado que el retiro de confianza no debe extinguir el vínculo laboral de un trabajador ascendido, ya que este no renuncia al cargo común que ocupaba. De esta manera, no ha tomado en consideración el VII Pleno Supremo, al no usar su argumento en su sentencia. Por lo que es posible concluir que, para el TC el acuerdo contenido en el VII Pleno Supremo, no es incongruente con la Constitución.

3. El tratamiento legal del TCA a quien se le retira la confianza debe ser similar al del trabajador común, debido a que sigue manteniendo el vínculo laboral respecto de su puesto común anterior. Por ende, ante un retiro de confianza de estos trabajadores, deberá proceder la reposición en el anterior puesto laboral, como finalidad eminentemente reparatoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales, al haberse vulnerado el derecho constitucional al trabajo consagrado en el artículo 22 de la Constitución (Tribunal Constitucional Peruano, Exp. N° 2492-2016-PA/TC, 2020, 11 de Agosto, f.j. 18).

4. La doctrina es uniforme en sostener que la eficacia relativa de los derechos constitucionales, implica que estos no son absolutos, sino que pueden verse limitados de acuerdo al otro derecho constitucional que se reclama, por lo que para determinar con claridad la prevalencia entre uno y otro derecho, debemos recurrir a realizar el juicio de proporcionalidad. En el caso concreto, se verificó la colisión de derechos, entre el derecho al trabajo y el derecho a la libertad de empresa, ambos consagrados en la constitución, producto del cual se determinó, la prevalencia del derecho al trabajo, al no existir una adecuada relación entre el medio (no permitir reposición, despido) y el fin (buena marcha de la empresa).

5. El despido que lesione derechos fundamentales de todo trabajador, trae como resultado la reposición en el puesto laboral. Ya que los derechos fundamentales de cualquier trabajador deben ser amparados, no siendo aceptable que una cantidad dineraria restablezca el daño ocasionado por un despido inconstitucional. Todo ello al margen de que nos encontremos ante un cargo de dirección o un puesto de confianza.

6. La percepción cultural y social que existe respecto al despido, concibe al mismo como un acto sin importancia dentro de las relaciones laborales en las empresas, quien aísla al acto del despido de sus consecuencias que están generando sobre las condiciones de vida de los trabajadores que la padecen. Depreciándose el valor trabajo en aras de una glorificación del valor dinero. En el cual es despido no tiene estatus problemático sino se concibe solo como una pérdida de un puesto de trabajo e inadaptabilidad. Y así, los trabajadores que son despedidos se consideran como, recortes de empleo, excedentes de mano de obra, o simplemente ajustes de planilla, desde una perspectiva, o desde la otra son definidos como fracaso e inadaptación personal (Baylos y Pérez Rey, 2009, pág. 37).

BIBLIOGRAFÍAS

- Alonso, M. (1998). Derecho del Trabajo. Madrid.
- Anacleto Guerrero, V. (2012). *Manual de Derecho del Trabajo*. Lima: Grijley.
- Arce, E. (Mayo de 2006). La reposicion de los trabajadores de confianza y de direccion. *Revista Peruana de Jurisprudencia*, 63.
- Baldeon, L. J. (15 de Enero de 2016). *Los criterios constitucionales sobre la estabilidad*.
Obtenido de aempresarial.com/web/revitem/4_18451_73711.pdf
- Barajas Montes De Oca, S. (1992). Los Contratos Especiales de Trabajo. *Serie de Estudios generales*.
- Baylos, A., & Pérez Rey, J. (2009). *El despido o la violencia del poder privado* (Segunda Edicion ed.). Editorial Trotta, S.A.
- Blancas Bustamante , C. (s.f.). Derecho del trabajo y estabilidad laboral en la sentencias del tribunal constitucional. *Analisis Laboral*.
- Blancas, C. (2006). *El Despido en el Derecho Laboral Peruano*. Lima: ARA.
- C158-Convenio sobre la terminacion de la relacion de trabajo, 1982 [Conv. 158.]. (22 de Junio de 1982). Articulo 4 (Parte II). Organizacion Internacional del Trabajo. Obtenido de https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C158
- Concha, C. R. (2014). Analisis de la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza. (*Tesis de Maestria*). Pontificia Universidad Catolica del Peru, Lima. Recuperado el 11 de Setiembre de 2021, de https://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/bitstream/handle/20.500.12404/5244/CONCHA_VALENCIA_CARLOS_ANALISIS_ESTABILIDAD.pdf?sequence=1&isAllowed=y

Constitucion Politica del Peru [Const.]. (1993, 29 Diciembre). *Articulo 27 [Titulo I]*. Congreso de la República. Obtenido de <https://www.congreso.gob.pe/Docs/constitucion/constitucion/Constitucion-politica-Peru.pdf>

Corte Superior de Justicia de Lima, Octava Sala Laboral Permanente en la NLPT. (2020, 27 de Enero). *Expediente N° 19308-2018-0-1801-JR-LA-11*. Obtenido de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/06/Exp.-19308-2018-LP.pdf>

Corte Suprema de Justicia de la República. (01 de Setiembre de 2018, 22 de Mayo). *VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional*. Obtenido de https://static.legis.pe/wp-content/uploads/2018/09/VII-Pleno-Jurisdiccional-Supremo-en-material-Laboral-y-Previsional-Legis.pe_.pdf

Corte Suprema de Justicia de la República, Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. (2016, 23 Agosto). *Casacion Laboral N° 18450-2015, Lima*. Obtenido de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/e76662004475608796b5de01a4a5d4c4/Resolucion_18450-2015.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=e76662004475608796b5de01a4a5d4c4

Corte Suprema de Justicia de la República, Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria. (2016, 31 de Octubre). *Casacion Laboral N° 08993-2016-Lima*. Obtenido de <https://img.lpderecho.pe/wp-content/uploads/2020/06/Cas.-Lab-8993-2016-Lima-promocion-laboral-y-despido-LP.pdf>

Ferro Delgado, V. (03 de 09 de 2012). *Revista Derecho PUCP*. Obtenido de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2843/2772>

Ferro, V. (2012). La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. *Revista de la Facultad de Derecho(68)*. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/2843/2772>

- Gonzales, S. (2012). El Conflicto entre los Derechos Fundamentales del Trabajador y la Libertad de Empresa: El Necesario Tránsito desde el Juicio de Proporcionalidad al Juicio de Ponderación. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Obtenido de <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/view/42770/44732>
- Gutierrez, A. (14 de Abril de 2015). *La protección contra el despido arbitrario de los trabajadores de confianza*. Obtenido de revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/download/12198/12763
- Mangarelli, C. (2013). Derechos del Empleador a la Organización y Dirección de la Empresa, y Límites. *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*. Obtenido de <https://revistatrabajo.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/view/42694/44671>
- Navarrete Maldonado, A. (05 de Mayo de 2013). *Estudios de Derecho Laboral*. Obtenido de <http://estudiosdederecholaboral.blogspot.pe/2013/05/un-imposible-juridico-la-reposicion-de.html>
- Ojeda Aviles, A. (1987). *Los despidos Radicalmente nulos por fraude de la ley*. Madrid: Relaciones Laborales.
- Pacto Internacional de Derechos Economicos, Sociales y Culturales, 1966 [Pac. Inter. D. Econ. Soc. y Cult.]. (16 de Diciembre de 1966). Artículo 6 (Parte III). Obtenido de <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
- Piedra, J. (11 de Diciembre de 2018). *ENFOQUE DERECHO*. Obtenido de https://www.enfoquederecho.com/2018/12/11/la-proteccion-frente-al-despido-arbitrario-para-los-trabajadores-de-confianza-y-direccion-a-la-luz-del-vii-pleno-jurisdiccional-supremo-en-materia-laboral-y-previsional/#_ftn7
- Poder Judicial del Perú. (Noviembre de 2019). V, VI y VII Plenos Jurisdiccionales Supremos en Materia Laboral y Previsional. *Primera*. Lima, Perú: Fondo Editorial del Poder Judicial. Obtenido de V, VI y VII Plenos Jurisdiccionales Supremos en Materia Laboral y Previsional:

https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/7dfd19804e445438b199f374dabbac10/V%2CVI+y+VII+PLENOS+JURISDICCIONALES+SUPREMOS+EN+MATERIA+LABORAL_+web.pdf?MOD=AJPERES

Presidencia de la República del Perú. (1997, 21 de Marzo). *Texto Unico Ordenado del D° Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral. [Decreto Supremo 003-97-TR]*.
Obtenido de

[https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/BE35EA4B0DF56C0A05257E2200538D4C/\\$FILE/1_DECRETO_SUPREMO_003_27_03_1997.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/BE35EA4B0DF56C0A05257E2200538D4C/$FILE/1_DECRETO_SUPREMO_003_27_03_1997.pdf)

Protocolo adicional a la Convencion Americana Sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Economicos, Sociales y Culturales. "Protocolo de San Salvador" [Prot. San Salv.]. (17 de Noviembre de 1988, 17 de Noviembre). *Articulo 7*. Departamento de Derecho Internacional, OEA. Obtenido de

<http://www.oas.org/juridico/spanish/tratados/a-52.html>

Sanguinetti, W. (2012). Derechos de la Persona del Trabajador y Poderes Empresariales. *El blog de Wilfredo Sanguinetti*. Obtenido de

<https://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2008/09/derechos-de-la-persona-del-trabajador-wsanguinetti-relaciones-laborales-2012.doc>

Toyama, J. (05 de Setiembre de 2018). *Gestion*. Obtenido de Gerentes y Personal de Confianza: ¿ ya no hay indemnizacion?: <https://gestion.pe/economia/management-empleo/gerentes-personal-confianza-hay-indemnizacion-243547-noticia/?ref=gesr>

Toyama, J., & Merzthal, M. (14 de Noviembre de 2014). *Themis Revista de Derecho*. Obtenido de revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/10851/11357

Toyama, J., & Zarins, F. (s.f.). Tutela Laboral y Retiro de Confianza. A proposito de una sentencia de la Corte Suprema. *Soluciones Laborales*, 105.

Tribunal Constitucion Peruano. (2004, 18 de Agosto). *Sentencia N° Expediente 1058-2004-AA*. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2004/01058-2004-AA.html>

- Tribunal Constitucional del Perú. (2014, 05 Junio). *Sentencia N° 02939-2012-PA/TC*. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02939-2012-AA.html>
- Tribunal Constitucional Peruano. (2002, 11 de Julio). *Sentencia N° 1124-2001-AA/TC*. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2002/01124-2001-AA.html>
- Tribunal Constitucional Peruano. (2007, 13 Noviembre). *Sentencia N° 08257-2006-AA/TC*. Obtenido de <https://jurisprudencia.sedetc.gob.pe/sentencia/08257-2006-aa>
- Tribunal Constitucional Peruano. (2007, 15 de Marzo). *Expediente N° 03501-2006-PA/TC-LIMA*. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/03501-2006-AA.html>
- Tribunal Constitucional Peruano. (2010, 04 de Octubre). *Sentencia N° 01828-2010-PA/TC-PIURA*. Obtenido de <https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/01828-2010-AA.html>
- Tribunal Constitucional Peruano. (2010, 11 de Junio). *Sentencia N° 01581-2008-PA/TC*. Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/01581-2008-AA.html>
- Tribunal Constitucional Peruano. (2010, 11 de Junio). *Sentencia N° 01581-2008-PA/TC*. Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2010/01581-2008-AA.html>
- Tribunal Constitucional Peruano. (2020, 11 de Agosto). *Sentencia N° 02492-2016-PA/TC*. Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2020/02492-2016-AA.pdf>
- Ulloa Millares , D. (2015). El despido libre de los trabajadores de confianza: a proposito de una curiosa tendencia del Tribunal Constitucionnal. *IUS ET VERITAS*, 198.
- Villavicencio, A. (2013). El Derecho al Trabajo: en tránsito del despido libre al derecho constitucional garantizado. *REVISTA DE LA FACULTAD DE DERECHO*, 309-339. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechopucp/article/view/8906/9311>