



Daniel Ulloa Millares(\*)

## El **despido libre** de los **trabajadores de confianza**

A propósito de una curiosa tendencia del Tribunal Constitucional

“ASÍ, EL TC ESTABLECIÓ QUE SI SE ACREDITABA EN EL PROCESO QUE EL CARGO QUE OCUPABA EL DEMANDANTE ERA DE CONFIANZA (EN ESTE CASO, UN GERENTE DE ADMINISTRACIÓN Y FINANZAS), SU CESE POR LA PÉRDIDA DE DICHO ELEMENTO NO SUPONÍA “LA VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES INVOCADOS” (...)”

No resulta novedoso afirmar que en la última década el derecho laboral peruano ha sufrido una importante transformación como consecuencia de la labor del Tribunal Constitucional (en adelante TC). Coincidamos o no con sus conclusiones, el TC ha reestructurado temas tan esenciales para el trabajo como la eficacia de un despido, la procedencia de las jornadas acumulativas de trabajo, la constitucionalidad de determinados regímenes especiales, etcétera, sin necesidad de cambios normativos que lo sustenten. Acogiendo con pasión su rol de “órgano de control de la Constitución”<sup>(1)</sup>, ha establecido decisiones que ninguna persona que desee conocer el derecho del trabajo peruano debe obviar.

Uno de los puntos que en los últimos años ha merecido la atención del TC, y que viene generando un efecto importante en las relaciones de trabajo sujetas al régimen laboral de la actividad privada, es la procedencia del despido del personal de dirección y de los trabajadores de confianza por la causal del “retiro de confianza”. Esto es, en por lo menos cuarenta sentencias emitidas en los últimos siete años<sup>(2)</sup>, el TC ha reiterado una posición ya conocida por nuestra jurisprudencia desde hace más de tres décadas<sup>(3)</sup>, cual es entender que para el caso

---

(\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Magister en Empleo, Relaciones Laborales y Diálogo Social en Europa, Universidad Castilla La Mancha (España). Profesor ordinario de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociado Senior de Rebaza, Alcázar & de las Casas.

(1) Artículo 201 de la Constitución Política de 1993.

(2) Revisión realizada hasta el 30 de noviembre de 2011.

(3) La Resolución Sub Directoral No. 569-80-917000, de fecha 13 de mayo de 1980, señalaba que *siendo la confianza el elemento generador y sustancial de la relación laboral en el cargo de gerente técnico, es también la pérdida de este elemento el que motiva su conclusión*. Asimismo, la resolución del Tribunal del Trabajo, de fecha 23 de enero de 1981, indica que *por la*

## El despido libre de los trabajadores de confianza. A propósito de una curiosa tendencia del Tribunal Constitucional

de los trabajadores contratados desde el inicio de sus labores como de dirección y de confianza (o que realmente califiquen como tales) basta el retiro de dicha condición realizado por su empleador para finalizar eficazmente la relación laboral, causal que el TC expresamente ha establecido que no es objetiva sino *subjetiva*.

De entrada, debemos indicar que coincidimos que en estos casos puede resultar justificado que la decisión de despido injustificado del empleador sea eficaz y tenga efectos extintivos que no puedan ser revocados por este tipo especial de trabajador en la vía judicial, salvo que estemos ante un despido nulo (según lo tipifica el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR, en adelante la LPCL) o que lesione groseramente determinados derechos fundamentales.

En lo que no estamos de acuerdo (y que deseamos cuestionar con este trabajo) es que esta decisión empresarial, este ejercicio violento del poder privado<sup>(4)</sup> no genere alguna compensación al trabajador de confianza ilegalmente cesado; esto es, por lo menos la procedencia del pago de una indemnización monetaria, consecuencia que ya existe en nuestro ordenamiento para los casos del denominado despido arbitrario y que resulta tarifada legalmente en el artículo 38 de la LPCL<sup>(5)</sup>.

En este sentido, nuestra posición supone negar que el despido por la causal del “retiro de confianza” sea un derecho del empleador o que aquel pueda ser válido en el régimen laboral

de la actividad privada: este despido es un cese sin sustento legal que afecta derechos constitucionales<sup>(6)</sup>. Y, por tanto, su existencia debe generar una compensación al trabajador, no necesariamente la reposición (por la especial naturaleza del cargo), pero sí alguna que le permita superar la finalización de su relación laboral y permitir respetar, en esencia, su derecho constitucional al trabajo.

Repasemos, brevemente, la situación normativa actual sobre el despido para que nuestra posición pueda ser comprendida.

### 1. El esquema constitucional y legal

Nadie discute que la norma suprema de un ordenamiento es la Constitución. Tanta importancia genera en una sociedad que no resulta inusual que un gobierno busque cambiar su texto cuando no se adapta a sus objetivos<sup>(7)</sup>.

No obstante, hay algunas reglas que no han variado en las últimas constituciones peruanas. Una de ellas es la del derecho al trabajo, que aparece en el artículo 22 de la Constitución Política del Perú de 1993 (en adelante “la Constitución”), el mismo que establece: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del

---

*peculiaridad de la prestación, basta la pérdida de confianza en el empleado para que el empleador no prosiga con el contrato de trabajo.* Ambas sumillas en: DE LA TORRE UGARTE LUNA, Carlos. *Jurisprudencia del trabajo*. Vol. 2, 1980-1982. Lima, 1983; p. 72-73.

(4) En palabras de BAYLOS GRAU, Antonio y PEREZ REY, Joaquín. *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Ed. Trotta, 2009.

(5) Artículo 38.- La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba.

(6) Nótese que este tema ha sido precisado de manera contraria para el sector público en la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público, cuyo artículo 4 señala, al definir al empleado de confianza, que este “se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente”, posición ratificada por la Autoridad Nacional del Servicio Civil, SERVIR, en el Informe No. 486-2011-SERVIR/GG-OAJ de fecha 3 de junio de 2011.

(7) En Latinoamérica tenemos muchos ejemplos. Son recientes los casos de Bolivia (2009), Ecuador (2008) y Venezuela (1999). En Perú, además, las últimas constituciones han estado temporalmente vinculadas a gobiernos de facto (la de 1933 finalizado el Oncenio de Leguía, la de 1979 luego de la dictadura militar y la de 1993 luego del golpe de estado realizado por Alberto Fujimori).



## Daniel Ulloa Millares

bienestar social y un medio de realización de la persona”. Otra es la de la estabilidad laboral, hoy prevista en el artículo 27, que señala: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

Como se puede ver, mientras que el titular del derecho a una adecuada protección contra el despido es el trabajador, el derecho al trabajo no tiene un titular asignado por la norma pues este derecho pertenece a todos, trabajadores y no trabajadores, hombres y mujeres, peruanos y extranjeros, mayores y menores de edad, interpretación que se sustenta en la consagración de este precepto en la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>(8)</sup>, ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa No. 13282.

De otro lado, del texto del artículo 27 se desprende que el despido arbitrario no es válido ni es lícito y que, por tanto, el trabajador que lo sufra debe ser protegido de manera adecuada, no mereciendo cualquier protección que pueda cuestionar el contenido esencial o la razón de ser de este derecho. En este sentido, el mandato constitucional establece que la protección la determinará la ley, y ella podrá ser una suma de dinero, la nulidad del despido o cualquier otra forma de compensación, tal como lo prevén normas internacionales<sup>(9)</sup>.

No obstante, la legislación peruana deja de lado a dos grupos de trabajadores de esta adecuada protección, lo cual puede generar dudas respecto de su constitucionalidad. Así, y sin que la doctrina nacional haya cuestionado mayoritariamente estos supuestos, no tienen el derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario (según el artículo 22 de la LPCL) los trabajadores en periodo de prueba y los que laboran menos de cuatro horas diarias<sup>(10)</sup> de manera directa o en promedio semanal.

Lo anterior no es inusual pues internacionalmente se permiten algunas exclusiones al derecho al trabajo. Así, el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) 158 señala en el numeral 2 de su artículo 2 lo siguiente:

“2. Todo Miembro podrá excluir de la totalidad o de algunas de las disposiciones del presente Convenio a las siguientes categorías de personas empleadas:

- a) los trabajadores con un contrato de trabajo de duración determinada o para realizar determinada tarea;
- b) los trabajadores que efectúen un período de prueba o que no tengan el tiempo de servicios exigido, siempre que en uno u otro caso la duración se haya fijado de antemano y sea razonable;
- c) los trabajadores contratados con carácter ocasional durante un período de corta duración.”

Como se puede ver, las exclusiones previstas en esta norma se basan en el periodo inicial del servicio, el periodo de prueba y en la duración del contrato, pero no en el número de horas del servicio - rezago histórico de nuestra inicial legislación laboral del sector privado, la cual utilizaba el número 4 para definir quiénes podían gozar de los derechos y beneficios

(8) El artículo 23 de la indicada Declaración señala que “toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo” (el énfasis es nuestro).

(9) Al respecto puede revisarse el artículo 12 del Convenio 158 de la OIT, norma no ratificada por el Perú y que tiene valor de recomendación, o el literal d) del artículo 7° del Protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales, “Protocolo de San Salvador”, ratificado por el Perú el 17 de mayo de 1995 y, por tanto, norma vigente en nuestro ordenamiento. Sobre estos temas se puede ver el texto de NEVES MUJICA, Javier. *Libertad de trabajo, derecho al trabajo y estabilidad en el trabajo*. En: *Asesoría Laboral*. Lima, mayo de 2002; p. 10-12, o el texto de VILLAVICENCIO RIOS, Alfredo. *Los tratados sobre derechos humanos y sus interpretaciones como parte del bloque de constitucionalidad*. En: *Temas centrales del derecho del trabajo en el siglo XXI*. Lima: Ara Editores, 2009; pp. 59-89.

(10) Exclusión presente mucho tiempo atrás desde el Decreto Ley 22126 (21 de marzo de 1978).

## El despido libre de los trabajadores de confianza. A propósito de una curiosa tendencia del Tribunal Constitucional

establecidos por ella y quiénes no<sup>(11)</sup> - ni mucho menos en el tipo de servicio o en el nivel de confianza prestado por el servidor.

Precisado lo anterior, veamos la peculiaridad de los trabajadores de dirección y de confianza, sujetos excluidos de la adecuada protección constitucional y legal ante un despido arbitrario según el TC.

### 2. El personal de dirección y los trabajadores de confianza

Actualmente, la definición de estas categorías de trabajadores se encuentra en el artículo 43 de la LPCL<sup>(12)</sup>. Esta dualidad apareció en noviembre de 1991 (y sin mayor discusión entre los actores sociales<sup>(13)</sup>) con la publicación de la Ley de Fomento del Empleo, Decreto Legislativo 728, dado que las normas anteriores que regulaban la estabilidad laboral no contemplaban estas categorías de trabajadores (ni el Decreto Ley 18471 ni el Decreto Ley 22126 incluían estos conceptos), siendo que la Ley 24514 solamente conceptuó a los trabajadores de confianza<sup>(14)</sup> para excluirlos de la posibilidad de obtener su reposición ante un despido sin causa justa.

Cabe destacar que lo que la Ley 24514 llamaba “cargos de confianza” equivale a lo que luego la Ley de Fomento del Empleo renombró como “personal de dirección”, dejando la frase “trabajadores de confianza” para identificar a otro grupo totalmente diferente al primero, según puede verse de la definición prevista en la LPCL.

Por tanto, lo que a noviembre de 1991 eran solamente trabajadores ocupando cargos de confianza, el Decreto Legislativo 728 los denominó personal de dirección, creándose una segunda categoría (los propiamente de confianza) para así evitar que dichos trabajadores tampoco puedan reclamar judicialmente su reposición, sino solamente el pago de una indemnización<sup>(15)</sup>. Esto es, dado que en 1991 se pensaba que “la normatividad vigente aún mantiene un marco formal rígido e ineficiente, que representa un verdadero obstáculo para las mayorías nacionales que carecen de trabajo”, según se señalaba en el tercer considerando de la citada norma, podemos deducir que la creación de esta dualidad buscó facilitar la rotación de más trabajadores y evitar que algunos colectivos pudieran gozar de la denominada *estabilidad absoluta*.

Debe señalarse que mientras la Ley 24514 limitaba porcentualmente el número de trabajadores que podía existir en cada empresa que ocuparan cargos de confianza (en la terminología actual, de dirección), el Decreto Legislativo 728 eliminó esa restricción. Este esquema es el que se mantiene actualmente a fines de 2011, esto es, veinte años después.

(11) Ver, al respecto, el artículo 5 del reglamento de la Ley 4916, aprobada por Resolución Suprema del 22 de junio de 1928, aplicable solamente a los empleados “de comercio”.

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

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

(13) Como la mayoría de las normas laborales que nos rigen actualmente y que tuvieron su origen en el centenario de Decretos Legislativos emitidos en el segundo semestre de 1991.

(14) Segundo párrafo del artículo 15 de la Ley 24514: “Se consideran cargos de confianza los que se ejercen a nivel de dirección, los que conllevan poder decisorio o importan representación general del empleador”.

(15) Artículo 84.- Los trabajadores de las empresas que cuenten hasta con veinte (20) trabajadores, el personal de dirección y los trabajadores de confianza sólo pueden accionar para el pago de la indemnización, mas no para su reposición. Este artículo fue derogado por la Ley 26513, en 1995, cuando –al no estar vigente la Constitución de 1979- el régimen de protección contra el despido pasó a ser uno de estabilidad relativa, el cual es el que tenemos hoy en la LPCL.



Daniel Ulloa Millares

### 3. Las sentencias del TC y sus aproximaciones sobre el tema

Mucho antes de la emisión de la famosa sentencia del caso Telefónica (Exp. No. 1124-2001-AA), personal de dirección y trabajadores de confianza que consideraban vulnerados sus derechos constitucionales solicitaron su reposición. Así, al director de administración de la Municipalidad del Rímac, cesado el 18 de mayo de 1995, que acudió en busca de tutela, vía acción de amparo, se le indicó que como el artículo 40 de la Constitución excluye de la carrera administrativa al personal que desempeña cargos de confianza en la Administración Pública, “ese status especial permite que el servidor público de confianza pueda ser removido del cargo según criterio discrecional del designante (sic) y en atención a los fines del servicio para el que es requerido”<sup>(16)</sup>.

Lo mismo se le indicó al despedido asesor II, nivel F-1, de la Municipalidad Distrital de Castilla, pues el TC señaló que a un funcionario de confianza del sector público “no le alcanza el derecho a la estabilidad laboral establecido por el artículo 100 del Decreto Supremo 005-90-PCM<sup>(17)</sup>”, lo mismo que a un vocal del Tribunal de Aduanas<sup>(18)</sup>. No obstante, debemos precisar una excepción en estos casos, que es el de la despedida jefe de oficina de presupuesto y planificación del Concejo Provincial de Ascope<sup>(19)</sup>, en cuyo caso se señaló que “el servidor de carrera designado para desempeñar cargos políticos o de confianza tiene derecho a retornar a su grupo ocupacional y nivel de carrera al concluir tal designación, toda vez que la pérdida de confianza no se encuentra contemplada como causal de cese ni de pérdida de la estabilidad laboral en la Administración Pública”.

Cabe precisar que en este último caso el TC declaró fundada la demanda y ordenó la reposición al puesto de trabajo que venía desempeñando la demandante hasta antes de ser designada trabajadora de confianza, dado que, a diferencia

de los casos anteriores, la funcionaria de confianza fue promovida y no contratada inicialmente como tal.

Nótese que en todos estos procesos el régimen laboral aplicable a los demandantes era el del sector público, aspecto que no se repite en otro caso. A modo de ejemplo, podemos citar el reclamo presentado por la jefa de la oficina de administración de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, sujeta al régimen laboral de la actividad privada, cuya demanda fue declarada infundada, no porque se haya tolerado su despido, sino porque el TC consideró que en ese caso “no se ha acreditado fehacientemente la calificación del cargo de la demandante a fin de determinar si le corresponde su reposición o, por haber ejercido un puesto de confianza, sólo la acción indemnizatoria”<sup>(20)</sup>, dejando a salvo su derecho para reclamar en la vía ordinaria laboral.

En esa oportunidad, y ya emitida la citada sentencia del caso Telefónica y también la generada por la demanda del Sr. Llanos Huasco (Exp. No. 976-2001-AA/TC) que define los tipos de despido tutelados vía acción de amparo, el TC estableció que el retiro de confianza que suponía el cese de un trabajador en el régimen laboral de la actividad privada no suponía una causal válida de cese pero, y esto es lo curioso, dicho cese no generaba la reposición sino solamente el pago de la indemnización legal respectiva.

Dicho criterio se manifiesta expresamente a partir del año 2005 en el reclamo presentado

(16) Sentencia emitida en el expediente No. 330-96-AA/TC de fecha 2 de setiembre de 1997. Todas las sentencias mencionadas en el presente trabajo se pueden revisar en la página web del TC: [www.tc.gob.pe](http://www.tc.gob.pe), sección “consulta de causas”. Esta facilidad supone un gran acierto del TC en el uso de las nuevas tecnologías, el cual también ha sido asumido por el Poder Judicial, aunque sin el nivel que existe en otros países (Chile por ejemplo. Ver [www.poderjudicial.cl](http://www.poderjudicial.cl)).

(17) Sentencia emitida en el expediente No. 501-96-AA/TC de fecha 1 de diciembre de 1997.

(18) Sentencia emitida en el expediente No. 320-96-AA/TC de fecha 21 de enero de 1998.

(19) Sentencia emitida en el expediente No. 216-95-AA/TC de fecha 18 de noviembre de 1998.

(20) Sentencia emitida en el expediente No. 746-2003-AA/TC de fecha 19 de abril de 2004.

## El despido libre de los trabajadores de confianza. A propósito de una curiosa tendencia del Tribunal Constitucional

por el gerente de operaciones de una empresa privada que fue cesado por retiro de confianza. El TC señaló, citando el caso comentado anteriormente, que “a quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de accionar en la vía correspondiente<sup>(21)</sup>” y, en consecuencia, declaró infundada la demanda.

Puede verse, entonces, que sin mayor cuestionamiento el TC trasladó el criterio asumido que tenía sobre el cese por retiro de confianza en el régimen laboral público al régimen laboral privado, creando una excepción en este ámbito a la tutela del derecho al trabajo vía acción de amparo. Excepción justificable por la normativa internacional, pero contradictoria con la posición que pocos años antes había adoptado drásticamente el TC sobre el despido no basado en alguna causa legal, cuando declaró inconstitucional el segundo párrafo del artículo 34 de la LPCL.

En este sentido, y sin que se haya generado mayor discusión al respecto, el TC continuó esta curiosa línea de interpretación en la protección del personal de dirección y de los trabajadores de confianza. Así, el TC estableció que si se acreditaba en el proceso que el cargo que ocupaba el demandante era de confianza (en este caso, un gerente de administración y finanzas), su cese por la pérdida de dicho elemento no suponía “la vulneración de los derechos constitucionales invocados” (derecho al debido proceso, al trabajo, de defensa y a la protección contra el despido arbitrario) y, por tanto, la demanda resultaba infundada<sup>(22)</sup>.

En estos casos, la calificación del cargo no resulta relevante porque la condición de confianza se ve en los

hechos, siendo infundado el reclamo vía amparo si ella se acreditara<sup>(23)</sup> o fundado si la realidad demostrara que el cargo no era de confianza<sup>(24)</sup>. Si bien en algún momento el ingresar por concurso público evitaba la posibilidad de que un trabajador pueda ser calificado de dirección o de confianza<sup>(25)</sup> (otro indebido reflejo de la aplicación de los criterios del sector público a relaciones privadas), el TC ha variado recientemente esa posición<sup>(26)</sup>.

Es con la sentencia emitida en el Expediente No. 3501-2006-PA/TC, de fecha 15 de marzo de 2007, en que el TC, en sesión de Pleno Jurisdiccional<sup>(27)</sup> (todas las sentencias de la década pasada mencionadas anteriormente fueron emitidas por alguna de las salas), adopta una posición pedagógica y, a propósito del reclamo del subgerente de desarrollo de sistemas de una entidad financiera, trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada y despedido por retiro de confianza, señala que:

“3. Los trabajadores comunes gozan del derecho de acceder a un puesto de trabajo en el sector público, tienen estabilidad en su trabajo y no pueden ser despedidos arbitrariamente, según la STC 0206-2005-AA/TC. Mientras que los que asumen un cargo de confianza están supeditados a la “confianza”, valga la redundancia, del

(21) Sentencia emitida en el expediente No. 4492-2004-AA/TC de fecha 17 de febrero de 2005.

(22) Sentencia emitida en el expediente No. 4516-2004-AA/TC de fecha 4 de marzo de 2005.

(23) Sentencias emitidas en el expediente No. 1651-2005-AA/TC de fecha 19 de abril de 2005, en el expediente No. 2358-2005-PA/TC de fecha 12 de mayo de 2005, en el expediente No. 8146-2005-PA/TC de fecha 23 de noviembre de 2005, en el expediente No. 1789-2006-AA/TC de fecha 17 de diciembre de 2007 y en el expediente No. 2504-2009-PA/TC de fecha 18 de agosto de 2010.

(24) Sentencias emitidas en el expediente No. 8086-2005-AA/TC de fecha 28 de febrero de 2006, en el expediente No. 8177-2005-AA/TC de fecha 11 de abril de 2007, en el expediente No. 4743-2009-AA/TC de fecha 30 de marzo de 2010, en el expediente No. 3823-2008-AA/TC de fecha 16 de junio de 2010, en el expediente No. 936-2009-AA/TC de fecha 30 de setiembre de 2010, y en el expediente No. 4045-2010-PA/TC de fecha 7 de octubre de 2011.

(25) Ver sentencia emitida en el expediente No. 3349-2007-PA/TC de fecha 9 de enero de 2008. El empleador era la Corte Suprema de Justicia de la República.

(26) Mediante sentencia emitida en el expediente No. 1568-2011-PA/TC de fecha 4 de julio de 2011.

(27) Sin que constituya un precedente vinculante, según lo define el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, Ley 28237.



## Daniel Ulloa Millares

empleador. En este caso, el retiro de la misma es invocada por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos”.

Lo mencionado es entendible en el sector público, tal como se ha señalado anteriormente, pero no en el régimen privado. La sentencia en cuestión, define al trabajador de confianza (concepto doctrinal que en Perú, reiteramos, comprende dos grupos de trabajadores en la actividad privada: el personal de dirección y los trabajadores de confianza), así como describe la regulación incluida en la LPCL y su reglamento, para luego señalar:

“16. De la misma manera la calificación de dirección o de confianza es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita. Por lo que si un trabajador desde el inicio de sus labores conoce de su calidad de personal de confianza o dirección, o por el hecho de realizar labores que implique tal calificación, estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en su empleo, de lo contrario solo cabría la indemnización o el retiro de la confianza depositada en él, tal como viene resolviendo este Colegiado (...).

19. De forma 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, salvo que se determine que cometió una falta grave que implique su separación de la institución”.

Esto es, el TC traslada al régimen privado y sin mayor reflexión o raciocinio un criterio del régimen público que se construyó en otros fundamentos. Así, analizando el caso presentado por el demandante en este proceso, la sentencia decide que como “el recurrente se encontraba en calidad de personal de dirección, de acuerdo a los fundamentos expuestos, el cese en sus labores no vulnera derecho constitucional alguno”<sup>(28)</sup> y, por tanto, su demanda es infundada.

Consideramos cuestionable la afirmación antes indicada, pues señalar que el cese por retiro de confianza de un trabajador sujeto al régimen laboral de la actividad privada “no vulnera derecho constitucional alguno” supone contradecir toda la doctrina jurisprudencial que el mismo TC estableció pocos años atrás sobre la tutela ante un despido no basado en alguna causa justa, perjudicando no solamente al personal de dirección sino también a cualquier otro trabajador que pueda realizar una labor de confianza, quienes no necesariamente representan al empleador ni tienen mayor autonomía como los primeros.

La posición del TC en la sentencia antes comentada no se entiende si luego leemos la emitida un mes después, en el Expediente No. 78-2006-PA/TC, con fecha 13 de abril de 2007, en la cual resuelve como infundado el reclamo del jefe del área académica y *trainer* de una empresa privada señalando que “en las sentencias recaídas en los Expedientes No. 0746-2003-AA/TC, 4492-2004-AA/TC y 1651-2005-AA hemos precisado que quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición, sino la indemnización”. Si el cese de un trabajador de confianza no lesiona derecho constitucional alguno ¿por qué procedería la indemnización legal? A contrario, todo empleador tendría derecho a despedir a su personal de dirección o a sus trabajadores de confianza cuando les pierda la confianza, y como dicho cese no lesiona derecho alguno, entonces el trabajador no podría reclamar compensación.

Evidentemente esto último no resulta coherente, menos aún si lo establece quien debe velar por el respeto de los derechos constitucionales del trabajador. Es por ello que, a partir de la sentencia emitida en el

(28) Lo mismo señala en el noveno considerando de la sentencia emitida en el expediente No. 1828-2010-PA/TC de fecha 4 de octubre de 2010.

## El despido libre de los trabajadores de confianza. A propósito de una curiosa tendencia del Tribunal Constitucional

expediente No. 8257-2006-PA/TC, de fecha 13 de noviembre de 2007, el TC hizo una atenuación de su idea del despido por retiro de confianza<sup>(29)</sup>, asumiendo el criterio existente en el sector público para los casos de trabajadores promovidos:

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

Como en este caso la demandante ingresó a la empresa como “servidora ordinaria”<sup>(30)</sup> para luego asumir puestos de confianza, el TC acepta que proceda la reincorporación, pero al puesto que venía desempeñando antes de variar su calidad a personal de confianza.

Esta salvedad, en estricto, complica más el esquema pues pareciera ratificar que el despido de un trabajador por retiro de confianza es válido siempre que el trabajador haya ingresado desde el inicio bajo esa calificación. Algo así como decirle al trabajador en su última entrevista previa al inicio de su relación laboral: “como vienes a laborar en mi empresa en un puesto de dirección o de confianza, tu permanencia en el trabajo depende de la confianza que me generes. Cuando ella desaparezca

tú perderás el trabajo, no tendrás derecho a reposición ni tampoco a indemnización”.

Lo anterior no es fantasía. En la sentencia de fecha 9 de junio de 2009, emitida en el expediente No. 1042-2007-PA/TC, se declaró infundada la demanda señalándose que:

“3. La designación en un cargo de confianza es una acción administrativa por el cual (sic) una persona asume cargos de responsabilidad directa o de confianza con carácter temporal que no conlleva la estabilidad laboral. En el presente caso, el recurrente tenía pleno conocimiento que el cargo al que fue designado mediante Resolución N° 018-06-GRA/PRES, de fecha 18 de enero de 2006, que corre a fojas 29, era de confianza; en consecuencia, no ha existido despido arbitrario sino conclusión de la referida designación.

### **4. En consecuencia, no se ha acreditado la vulneración de los derechos invocados, razón por la cual la demanda carece de sustento**

Y eso que el empleador estaba sujeto al régimen laboral de la actividad privada<sup>(31)</sup>.

Esta posición fue confirmada meses después por el TC en la sentencia de fecha 18 de agosto de 2010, emitida en el expediente

(29) Criterio que repitió en la sentencia emitida en el expediente No. 756-2007-PA/TC de la misma fecha (13 de noviembre de 2007), proceso que involucró a un trabajador de una empresa del Estado sujeta al régimen laboral de la actividad privada y luego en las sentencias emitidas en el expediente No. 443-2008-PA/TC de fecha 10 de setiembre de 2008, en el expediente No. 3494-2007-PA/TC de fecha 13 de noviembre de 2008, en el expediente No. 5220-2007-PA/TC de fecha 23 de marzo de 2009, en el expediente No. 4219-2008-AA/TC de fecha 3 de diciembre de 2009 y el expediente No. 3043-2009-PA/TC de fecha 17 de mayo de 2010.

(30) Así la denomina el TC en la sentencia reseñada.

(31) El mismo criterio se aplicó en la sentencia emitida en el expediente No. 2089-2010-PA/TC, de fecha 18 de enero de 2011, aunque en este caso el empleador fue una entidad pública sujeta al régimen laboral de la actividad privada.



## Daniel Ulloa Millares

No. 641-2010-PA/TC, proceso iniciado por la directora de administración de una entidad también sujeta al régimen laboral de la actividad privada. En dicho caso, el TC concluyó:

“6. Por tanto, considerando que el cargo de Director de Administración III es uno de dirección, según la Resolución Directoral Ejecutiva N° 01-2009-GR CUSCO PER IMA/DE, se concluye que las funciones realizadas por la actora estaban sujetas a la confianza del empleador; por consiguiente, no se ha producido un despido incausado, por lo que debe desestimarse la demanda”.

El TC declaró infundada la demanda de amparo en este caso “al no haberse acreditado la vulneración de los derechos al trabajo y a la adecuada protección contra el despido arbitrario”. En otras palabras, el cese por retiro de confianza no resulta un despido arbitrario para el TC<sup>(32)</sup> ni tampoco incausado, como se vio en el caso anterior y se reitera expresamente en el cuarto fundamento de la sentencia emitida en el expediente No. 2504-2009-PA/TC, de fecha 18 de agosto de 2010<sup>(33)</sup>, así como en el sexto considerando de la sentencia que resuelve el expediente No. 584-2010-PA/TC, de fecha 30 de setiembre de 2010<sup>(34)</sup>. Hay que resaltar que en estos dos últimos casos cada empleador era una empresa privada y no una entidad del Estado.

Podemos confirmar entonces que, en el desarrollo de su jurisprudencia sobre este tema, el TC ha terminado por establecer que el retiro de confianza permite extinguir válidamente el contrato de trabajo de quien ingresa a laborar en un puesto de dirección o de confianza<sup>(35)</sup>:

“5. Este Colegiado ha considerado que los trabajadores que asumen un cargo de confianza están supeditados a la “confianza” valga la redundancia del empleador. En este caso, el retiro de la misma puede ser invocado por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, lo que es objetivo”.

Alguien podrá decir que este es un riesgo aplicable solamente a trabajadores cualificados pues los “ordinarios” siempre tienen la protección constitucional. Pero lo cierto es que el derecho al trabajo, en su acepción de permanencia en el empleo, es de todos y no solamente de los trabajadores “ordinarios”.

Adicionalmente, esta interpretación del TC genera otro inconveniente<sup>(36)</sup>: el trabajador que reingresa a la empresa ocupará el puesto previo a su calificación como personal de dirección o trabajador de confianza. ¿Y este retorno no afectará su dignidad? ¿No es una reducción de categoría? ¿Y a cuánto ascenderá su remuneración: a lo que venía percibiendo meses o años atrás? Asimismo, como señala Gutiérrez<sup>(37)</sup>, ¿acaso en todos los casos de cese de trabajadores promovidos se

(32) Este criterio se reitera en la sentencia emitida en el expediente No. 1012-2010-PA/TC, de fecha 12 de abril de 2011, en el cual recomendamos ver también el voto singular del vocal Álvarez Miranda.

(33) “4. Por tanto, considerando que la Gerencia de Recursos Humanos corresponde a un cargo de dirección y confianza de la Empresa Agroindustrial Tumán S.A.A., por la naturaleza del cargo y las funciones realizadas, el puesto del demandante estaba sujeto a la confianza del empleador; por consiguiente, no se ha configurado un despido incausado, por lo que debe desestimarse la demanda”.

(34) “Por tanto, considerando que el cargo de Asistente Social era uno de confianza, el puesto de la actora estaba sujeto a la confianza del empleador; por consiguiente, no se ha producido un despido incausado y debe desestimarse la demanda”.

(35) Sentencia emitida en el expediente No. 1828-2010-PA/TC, de fecha 4 de octubre de 2010. El criterio se repite en la sentencia emitida en el expediente No. 4045-2010-PA/TC, de fecha 7 de octubre de 2011, siendo el empleador una empresa privada. Empero, en este último caso la reposición fue amparada porque la demandada no acreditó que el cargo desempeñado por su trabajador era de confianza.

(36) Analizado por GUTIÉRREZ GONZALES, Armando. *La protección contra el despido arbitrario de los trabajadores de confianza*. En: *IUS ET VERITAS*, N° 38; pp. 170-182.

(37) GUTIÉRREZ GONZALES, Armando. *Op.cit.*; pp. 180-182.

## El despido libre de los trabajadores de confianza. A propósito de una curiosa tendencia del Tribunal Constitucional

presume el abuso del derecho descrito en la sentencia No. 8257-2006-PA/TC antes citada? De esta manera, algunas interrogantes quedan sin resolver por la incompleta resolución de estos casos por parte del TC, importando criterios de la legislación laboral pública a situaciones que en la realidad no tienen los mismos supuestos<sup>(38)</sup>, esto es:

- Los nombramientos en el sector público de los trabajadores de confianza no tienen la misma naturaleza que en el régimen privado. En el primer caso básicamente hablamos de cargos políticos o de representación del empleador más que de puestos laborales.
- Las facultades u obligaciones de los trabajadores de confianza del sector público no son similares que las del sector privado. Recordemos que existen dos categorías en este último: personal de dirección y trabajadores de confianza, dualidad que no es compartida por la legislación comparada<sup>(39)</sup>.
- Quien realiza un trabajo subordinado regulado por el derecho laboral y que no califique como personal de dirección no debería sufrir consecuencias diferentes si su empleador es el Estado o una empresa privada: En ambos

casos el prestador labora por cuenta ajena y de manera subordinada para obtener una remuneración. Que el Estado no siga estas reglas<sup>(40)</sup> y solamente se las exija al sector privado no tiene amparo en nuestra Constitución vigente.

### 4. La vía a seguir

El Poder Judicial no ha confundido los supuestos comentados. En varias sentencias<sup>(41)</sup> y sin importar quién era el empleador, bastaba que el trabajador acreditase que se regulaba por el régimen laboral de la actividad privada para que la Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República haya determinado que la falta de confianza no es una causal de despido, que el cese por retiro de confianza es inválido o que la indemnización por despido arbitrario resulta procedente ante una extinción injustificada del contrato de un trabajador de dirección o de confianza<sup>(42)</sup>.

(38) Por lo que no compartimos el concepto amplio de trabajadores de confianza que señala FARFÁN SOUSA, Ronnie. *Sobre la diferencia del concepto de cargo de confianza en el sector privado y en el sector público: apuntes respecto de la procedencia de indemnización por cese o despido*. En: *IUS ET VERITAS*, N° 42; p. 306-319. En especial cuando afirma "así como existe una libre designación de esta clase de trabajadores (los de dirección y de confianza), también se entiende que su remoción deba ser tan libre como cuando la confianza ya no existe más" (p. 314). En todo caso, su opinión podría ser pertinente si solamente se limitara al personal de dirección, y dentro de ellos, a quienes ocupen cargos de representación o políticos, esto es a un grupo limitado de trabajadores que se asimilan más al empleador.

(39) En España, por ejemplo, se regula el trabajo del personal de alta dirección como un régimen laboral especial (Real Decreto 1382/1985 de 1 de agosto). Pero no comprende en ella a choferes, secretarías, asistentes o cualquier otro trabajador que no tenga representación del empleador y que en nuestra realidad pueden calificar como "de confianza".

(40) La cuestionable constitucionalidad del régimen CAS mediante la sentencia emitida en el expediente No. 2-2010-AI es un ejemplo reciente. O el régimen laboral especial de la micro y pequeña empresa, cuyo Texto Único Ordenado figura aprobado por Decreto Supremo 7-2008-TR, mediante el cual se traslada el riesgo del negocio al trabajador. Mientras la mayoría de los trabajadores no estén capacitados, mientras no generen productividad y se mantengan como bienes fungibles, la mayor parte de la legislación laboral peruana no pasará de ser una serie de beneficios económicos que no se cumplen en la realidad y que se aplica a un pequeño número de la población económicamente activa.

(41) Podemos citar la casación No. 1489-2000 de fecha 1 de diciembre de 2000, la casación No. 498-2005 de fecha 23 de enero de 2006, la casación No. 2634-2009 de fecha 10 de marzo de 2010 y la casación No. 4298-2009 de fecha 19 de noviembre de 2010, en la cual expresamente se señala que si "la pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo, ello es una argumentación que no contiene una fundamentación jurídica suficiente y justificada conforme al ordenamiento jurídico laboral vigente y a la jurisprudencia de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional respecto al despido arbitrario y la indemnización especial pretendida por el actor".

(42) Cada una de estas ideas figuran, respectivamente, en las casaciones citadas en la nota anterior.



## Daniel Ulloa Millares

Pero lo cierto es que el TC influye en las primeras instancias del Poder Judicial, a pesar que ninguna de las sentencias anteriormente citadas constituya un precedente vinculante. Así, conociendo la posición del Tribunal sobre este tema no es sorprendente que el Juez Especializado en Derecho Constitucional de Huamanga señale, mediante sentencia de fecha 17 de enero de 2011, que la reposición laboral de un trabajador de confianza no es tutelable a través del proceso de amparo porque “no forma parte del contenido esencial del derecho al trabajo”<sup>(43)</sup>. Y esto porque el TC sigue afirmando, tal como lo ha hecho en una sentencia de octubre último, que si “el puesto del demandante estaba sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en el empleo; por consiguiente, (en todo cese por retiro de confianza) no se ha producido un despido sin expresión de causa y debe desestimarse la demanda”<sup>(44)</sup>.

Por lo tanto, consideramos que resulta urgente que el TC separe lo que por naturaleza es diferente: el concepto de servidor público no equivale al de trabajador y el concepto de funcionario de confianza del sector público no equivale al de personal de dirección o trabajador de confianza del sector privado<sup>(45)</sup>. Son cosas disímiles, que responden a criterios dispares que lamentablemente se están confundiendo, contraviniendo disposiciones legales y constitucionales y, al mismo tiempo,

dejando sin una adecuada tutela a un buen número de trabajadores con un único pecado: ser personal no “ordinario”.

Reiteramos que coincidimos que el personal de dirección, los cargos políticos o de confianza (en el lenguaje del sector público), esto es, los trabajadores que están más del lado del empleador, no tengan la misma tutela que aquellos que prestan su servicio de manera subordinada, que son (usando la terminología del TC) “ordinarios”<sup>(46)</sup>. Pero de ahí a permitir el despido libre de quienes formalmente son trabajadores, o (peor aún) dejar sin tutela restitutoria o resarcitoria a un grupo de trabajadores que pueden ser de confianza (en la terminología de la LPCL) pero que, en modo alguno, generan alguna influencia en la marcha empresarial resulta, por decir lo menos, cuestionable.

Esperemos que en sentencias posteriores el TC tenga la oportunidad de corregir esta situación y que trate desigual lo que en la realidad es desigual, para así evitar incurrir en discriminaciones, sin que sea un criterio diferenciador el hecho que el empleador sea el Estado cuando la relación laboral está sujeta (por mandato legal) al régimen laboral de la actividad privada. Ya venimos viviendo varios lustros de centralización de las relaciones laborales, unificando la regulación de todo aquel que presta un servicio de manera personal y subordinada para que vía inventos esporádicos<sup>(47)</sup> se perjudique a quien normalmente no tiene mayor libertad económica para decidir si trabaja o no. El derecho administrativo y sus conceptos (como lo es el del trabajador de confianza) deben ser la excepción en lo que se refiere a la regulación de servicios, para así tener un solo derecho del trabajo, con obvias peculiaridades atendiendo objetivos especiales, pero con una sola base sustentada en la dignidad de quien trabaja.

(43) Ver antecedentes de la sentencia de fecha 18 de agosto de 2011, emitida en el expediente No. 2774-2011-PA/TC, que avala lo señalado por dicho Juez, aunque declara infundada la demanda, y no improcedente.

(44) Sentencia de fecha 14 de octubre de 2011 emitida en el expediente No. 3098-2011-PA/TC.

(45) Líneas atrás hemos señalado en la nota a pie de página No. 6 la estipulación prevista para el personal del empleo público.

(46) El criterio de la norma española es sugerente: libre resolución del contrato con un simple aviso remitido con tres meses de anticipación (artículo 11 del Real Decreto 13582/1985).

(47) Por ejemplo, el contrato administrativo de servicios, cuya vigencia actualmente viene evaluando el Congreso.