



Ronnie Farfán Sousa^(*)

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**

“(…) LA APLICACIÓN DEL RÉGIMEN LABORAL DE LA ACTIVIDAD PRIVADA AL SECTOR PÚBLICO NO IMPLICA NI DEBE ENTENDERSE COMO UNA TRASLACIÓN MECÁNICA DE LAS NORMAS Y PRINCIPIOS QUE INSPIRAN A DICHO RÉGIMEN LABORAL, EN LA MEDIDA QUE, AL SER APLICADAS EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO, DICHAS NORMAS REQUIEREN SER MODULADAS Y MATIZADAS EN ARAS DE RESPETAR LA NATURALEZA JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, ASÍ COMO LAS CARACTERÍSTICAS DE SU PROPIA OPERATIVIDAD Y FUNCIONAMIENTO.”

1. Introducción

Como bien se ha advertido en más de una ocasión, uno de los grandes temas pendientes dentro de la reforma de la Administración Pública, es el referido a la reforma del empleo público⁽¹⁾. Así, no cabe duda de que una de las claves del correcto funcionamiento de la Administración Pública radica en la necesidad de contar con un adecuado régimen de carrera administrativa y, en general, con un marco legal consistente para todos los funcionarios públicos, que incentive que los mejores cuadros técnicos y profesionales se vuelquen a ejercer funciones en la Administración, asegurando su estabilidad y un correcto régimen de ascensos.

En nuestro país, actualmente, existen diversos regímenes de contratación del personal que labora para el sector público, con condiciones y sistemas remunerativos diversos, sin criterios uniformes para el ingreso y salida de personal. De este modo, lejos de fortalecerse el régimen de carrera administrativa, éste se ha ido debilitando tanto por el desfase

(*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Administrativo de la Universidad del Pacífico. Asociado de Estudio Echeopar Abogados.

(1) Véase: DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *El régimen de la carrera administrativa y la necesidad urgente de su reforma*. En: *El Derecho Administrativo y la modernización del Estado peruano, Ponencias presentadas en el Tercer Congreso Nacional de Derecho Administrativo*. Lima: Grijley, pp. 499-543.

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



del cuerpo normativo que lo regula como por la creación de regímenes especiales -de constitucionalidad cuestionable como en el caso del Contrato Administrativo de Servicios- o la regulación de buena parte de los funcionarios del sector público por el régimen laboral de la actividad privada.

La Ley Marco del Empleo Público, Ley 28715, tuvo por finalidad establecer la base normativa para esta reforma, buscando actualizar muchos de los desfases que existen en la regulación vigente y, además, tratando de construir los espacios necesarios para uniformizar y homogeneizar el tratamiento de los funcionarios públicos, de modo que éstos se encuentren directamente sujetos a los principios que la Constitución de

1993 prevé específicamente para el ejercicio de la función pública y que los diferencia de los trabajadores del sector privado.

No obstante, a efectos de completar su desarrollo, resultaba necesaria la aprobación de cinco leyes adicionales de acuerdo con su Primera Disposición Transitoria, Complementaria y Final. Entre ellas se encontraba una ley que debía regular el tratamiento de los trabajadores de confianza y que, entendemos, debía buscar facilitar la transparencia en la selección y la profesionalización de los cuadros que ocuparan estos cargos. Sin embargo, estas cinco normas, no han sido aprobadas hasta el día de hoy.

Debido a la importancia que reviste el tema de los trabajadores de confianza en el sector público, en el presente artículo pretendemos esbozar algunas de sus características partiendo de su diferenciación con los trabajadores de confianza propios del régimen laboral de la actividad privada, refiriéndonos particularmente a su falta de estabilidad y a la procedencia de una indemnización ante su cese o despido.

2. Empleo Público y Derecho Laboral

El Capítulo IV de nuestra Constitución establece las disposiciones que regulan la función pública. Así, de la revisión de los artículos 39 al 42 del texto constitucional se obtienen algunas de las reglas básicas que caracterizan el desarrollo de ésta. Las referidas disposiciones empiezan por señalar que “Todos los funcionarios y trabajadores públicos están al servicio de la Nación”, para luego reconocer que, en atención a sus características particulares, “La Ley regula el ingreso a la carrera administrativa, y los derechos, deberes y responsabilidades de los servidores públicos”.



Ronnie Farfán Sousa

Ambas disposiciones podrían resultar suficientes para comprender que el régimen de los funcionarios públicos no es el mismo que corresponde a los trabajadores del sector privado. Y es que si bien uno y otro comparten puntos en común, lo cierto es que cuentan con características propias y particulares que terminan por dibujar grandes diferencias entre ellos, las mismas que justifican la sujeción a regímenes distintos. De aquí también que los denominados trabajadores de confianza del sector privado y del público cuenten con características distintas que impiden otorgarles el mismo tratamiento.

En efecto, los funcionarios públicos reciben, usualmente, en la mayoría de ordenamientos jurídicos, un tratamiento distinto al establecido para los trabajadores del régimen laboral privado. Esta premisa puede encontrar distintas justificaciones, pero todas ellas redundan en una sola: la diferencia del interés que se configura en las relaciones que se establecen en uno y otro caso. Así, mientras en el caso del Derecho Laboral nos encontramos ante la regulación de un contrato de trabajo que solo involucra intereses individuales, en el caso del ejercicio de la función pública, como sucede siempre en el Derecho Administrativo, se encuentra en juego el interés público.

En ese sentido, no cabe duda de que la Administración Pública no responde a los mismos intereses que las empresas privadas. En el caso de éstas, existe un natural instinto comercial, vinculado a la rentabilidad y la ganancia -legítimo, sin duda-, mientras que en el caso de aquella, su actuación está siempre guiada por el servicio a unos intereses colectivos o el ejercicio de funciones públicas a las que no resultan aplicables *mutatis mutandis* el concepto fabril o empresarial de la productividad⁽²⁾.

Consecuentemente, resulta plenamente atendible que del reconocimiento de la asimetría entre las posiciones de empleado y empleador, surja el Derecho Laboral pretendiendo buscar un equilibrio en esta relación, de modo que se puedan asegurar derechos para el trabajador y, al mismo tiempo, legitimar los objetivos empresariales. A diferencia de ello, el Derecho de la función pública, nace con la finalidad de crear un cuerpo de funcionarios sujetos a un régimen especial

compuesto por una extensa serie de reglas que permitan coadyuvar al objetivo de la Administración de compatibilizar, de la manera más eficiente, el ejercicio de los derechos de los administrados con el interés público.

De este modo, puede afirmarse que pesa en los hombros del funcionario público una mayor responsabilidad que en el caso del trabajador privado, en la medida que los intereses involucrados en su relación trascienden una bilateral relación laboral. Es entonces, a partir de esta premisa, que se reconoce la necesidad de establecer un régimen especial, con características particulares, para los trabajadores del sector público.

En ese sentido, por ejemplo, el régimen de los funcionarios públicos obliga a que éstos sean seleccionados a través de un concurso público por regla general. En ese sentido, señala la doctrina que existen "(...) en el Derecho de la función pública, imperativos constitucionales como el principio de igualdad y mérito como técnica de acceso y de promoción en el servicio del Estado. Así, mientras el empresario privado puede escoger a su personal en la forma que tenga por conveniente, atendiendo a razones objetivas o subjetivas, sin necesidad de garantizar en la asignación del empleo la igualdad de todos los ciudadanos y sin la exigencia imperativa de nombrar o promocionar al más idóneo, para la Administración esto no es posible; más aún, es algo ilegítimo y antijurídico, estando siempre obligada a seleccionar y a promocionar al mejor"⁽³⁾.

Al mismo tiempo, se entiende que el funcionario público es la persona que se vincula con la Administración a través de una relación mucho más duradera y exigente que la que

(2) PARADA VÁSQUEZ, Ramón. *Derecho Administrativo*. Tomo II. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 396.

(3) *Ibid.*; p. 394.

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

es frecuente en las relaciones privadas y que, además, le ofrece expectativas de ascenso o carrera, hecho que no necesariamente se encuentra en una relación laboral privada. Por lo demás, se advierte la necesidad de otorgarle estabilidad en la carrera administrativa a fin de no dotar de un abierto contenido político en el empleo público, de modo que los funcionarios de carrera no puedan ser despedidos o cesados con cada cambio de gobierno. Este hecho se sustenta en el reconocimiento de la necesidad de que la Administración deba contar con un sólido cuerpo de funcionarios para garantizar que su capacidad de gestión trascienda al simple cambio de mandato político⁽⁴⁾.

En relación al régimen de ascensos y remuneraciones, se entiende que también existen reglas especiales en cuanto al empleo público. De este modo, en él se tiene un régimen absolutamente reglado -o con aspectos discrecionales mínimos- para definir el ascenso o incremento remunerativo de los funcionarios. En ese sentido, debe entenderse que las reglas de ascensos o mejoras remunerativas deben estar vinculadas a criterios claramente objetivos (educación, especialización, tiempo de prestación de servicios), tomando en cuenta lo que la Administración pretenda incentivar en sus funcionarios. Por lo demás, los ascensos y remuneraciones se encuentran sujetos a reglas organizativas de la Administración tales como los límites presupuestales⁽⁵⁾.

No obstante, además de las características que podrían ser consideradas positivas o beneficiosas para los funcionarios del sector público, lo cierto es que sobre ellos recae también, a modo de contrapeso, una serie de obligaciones o gravámenes que se originan en la mayor responsabilidad que informa el desarrollo de sus labores. En esa medida, se establecen una serie de restricciones para ellos, como es el caso de su régimen de incompatibilidades, prohibiciones de doble percepción de ingresos, responsabilidad disciplinaria y penal, presentación

de declaraciones juradas para los funcionarios que manejan recursos públicos, etc.

Pese a estas diferencias, en las últimas décadas, se puede observar como resulta cada vez más frecuente que en los ordenamientos jurídicos se permita que algunos funcionarios públicos se sujeten a las normas laborales del sector privado y se alejen del régimen de carrera administrativa. Este fenómeno, conocido como la “laboralización” de la función pública, no ha sido ajeno a nuestro país en el que, actualmente, buena parte de los funcionarios públicos se encuentra sujeto a las normas laborales propias de la actividad privada.

En nuestro caso, el vuelco hacia el régimen laboral privado se inició con los trabajadores de las empresas del estado en la década del ochenta para luego involucrar a otros organismos en la década del noventa en la que se puede observar cómo un número creciente de importantes instituciones del Estado fueron autorizadas por normas con rango de ley para que las relaciones con sus trabajadores se sujeten al régimen laboral privado. De este modo, esta laboralización terminó tomando un carácter bastante amplio en la medida que se puso en práctica en entidades que fueron consideradas prioritarias para el proceso de reformas estructurales emprendido por el gobierno de entonces, especialmente en las que fueron creadas por la liberalización de la mayor parte de servicios y actividades económicas y la consiguiente mutación del

-
- (4) Uno de los grandes problemas en el empleo público radica en la alta rotación de funcionarios que importa muchas veces el cambio de mandatarios políticos. Muchas veces, durante un mandato, se busca capacitar a los funcionarios contratados, invirtiéndose en su educación y especialización, no obstante, estos terminan siendo removidos cuando concluye el mandato, empezándose nuevamente a capacitar a nuevos funcionarios y creándose un círculo interminable que no hace más que atentar contra la capacidad de gestión de este cuerpo de funcionarios y, en buena cuenta, de la Administración.
- (5) Al respecto, existen diversos límites que vienen dados por los instrumentos de gestión de personal que son aprobados por las entidades públicas y, además, por las normas presupuestales que se publican cada año en las cuales usualmente existen disposiciones sobre remuneraciones y contratación de personal.



Ronnie Farfán Sousa

rol del Estado en la economía (organismos reguladores de servicios públicos, de la banca, de los fondos de inversión, de la libre competencia, etcétera)⁽⁶⁾.

Este hecho si bien se fundó en razones prácticas que pudieron tener asidero en algún momento, lo cierto es que contribuyó a debilitar el régimen de carrera administrativa. En esa medida, la idea de la sujeción de los funcionarios públicos al régimen laboral privado nació con la finalidad de esquivar los obstáculos organizativos y presupuestales propios de la Administración Pública que no permitían muchas veces seleccionar a los mejores cuadros o incentivar su continuación una vez contratados. No obstante, en lugar de promoverse una reforma también respecto de estos límites que afectan la solidez de un régimen de carrera administrativa, y plantearse cuestionamientos y propuestas para tornarlos más eficientes sin sacrificar la legalidad, se prefirió mirar a un costado y tomar la puerta de escape que ofrecía el régimen laboral de la actividad privada.

Pese estas premisa, actualmente, no puede entenderse que en el caso de los funcionarios públicos que se encuentren sujetos al régimen laboral de la actividad privada corresponda aplicar este régimen sin tomar en cuenta matizaciones que busquen concretizar las diferencias que por naturaleza existen entre trabajadores públicos y privados. En otras palabras, la aplicación del régimen laboral de la actividad privada al sector público no implica ni debe entenderse como una traslación mecánica de las normas y principios que inspiran a dicho régimen laboral, en la medida que, al ser aplicadas en el ámbito administrativo, dichas normas requieren ser moduladas y matizadas en aras de respetar la naturaleza jurídica de la Administración Pública, así como las características de su propia operatividad y funcionamiento.

Por lo demás, así lo reconoce claramente la doctrina cuando señala que: “En realidad, el derecho del trabajo no se ha aplicado nunca ni puede aplicarse en el ámbito de la Administración sin importantes matices, modulaciones o excepciones, pues, dada su naturaleza jurídica, una de las partes de la relación laboral, la Administración, no puede regirse por la autonomía de la voluntad o colectiva con la misma extensión que en el ámbito privado”⁽⁷⁾.

3. El régimen general de los trabajadores de confianza del sector privado

En el régimen laboral de la actividad privada, establecido en el Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR (en adelante, LPCL) los trabajadores de confianza reciben un tratamiento especial por su cercanía con el empleador y por las funciones que desempeñan. En este sentido, el segundo párrafo del artículo 43⁽⁸⁾ de la referida norma, define la especial naturaleza del vínculo laboral del trabajador de confianza. En atención a la definición allí contenida, se considera personal de confianza a:

- a) Aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal

(6) DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *Op. cit.*; p. 525.

(7) SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. *Derecho de la Función Pública*. Quinta Edición. Madrid: Tecnos, p. 87.

(8) Decreto Supremo 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

“Artículo 43.-

(..)

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.”

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

de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado.

- b) Aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones de la empresa o institución.

En efecto, los trabajadores de confianza, a diferencia de los trabajadores ordinarios, por la función que desempeñan, tienen un mayor grado de responsabilidad y están sujetos a un menor nivel de subordinación frente al empleador. En ese sentido, la doctrina señala que: “El trabajo de confianza no es un trabajo especial sino una relación especial entre el patrón y el trabajador, en razón de las funciones que éste desempeña. (...) En rigor, los trabajadores de confianza son *trabajadores con un mayor grado de responsabilidad* en atención a la tarea y de alguna manera hacen presente el interés del patrón (...)”⁽⁹⁾.

En la misma línea, se advierte también que el concepto de trabajador de confianza “(...) está referido necesariamente a un campo más estricto que la genérica confianza que debe tener todo empleador frente a sus trabajadores (...) ya que este empleado alcanza una mayor y más directa vinculación con el empleador, goza de su máxima confianza y apenas está sujeto a una limitadísima subordinación (...), tiene la representación del empleador, actúa en su nombre haciendo sus veces, tiene poder de dirección y responde por cada uno de dichos actos (...)”.

Así pues, en el régimen laboral privado, los trabajadores de confianza gozan de tal cercanía con el empleador que se les

permite acceder a información reservada o emitir opiniones que contribuyan a la toma de decisiones de la empresa. Por estos motivos, la designación de un trabajador en un cargo de confianza se configura como una decisión *discrecional* del empleador, en la medida que se basa primordialmente en el nivel de *confianza* depositada en la persona que desempeñará dicho cargo.

Ahora bien, a efectos de la calificación de un trabajador de confianza como tal, nuestro ordenamiento exige que el empleador lleve a cabo el siguiente procedimiento⁽¹⁰⁾:

- a) Primero, debe identificar y determinar los puestos de dirección y de confianza de la empresa o institución;
- b) Luego, debe comunicar por escrito a los trabajadores que ocupan los puestos de dirección y de confianza, que los cargos han sido calificados como tales;
- c) Finalmente, debe consignar en el libro de planillas y boletas de pago la calificación correspondiente.

Por lo demás, si un trabajador considera que la calificación de su cargo resulta inadecuada, puede recurrir ante la autoridad judicial para que deje sin efecto la misma, para cuyo efecto deben presentar su demanda dentro de los treinta (30) días naturales siguientes a la comunicación respectiva⁽¹¹⁾.

(9) DE BUEN, Néstor. *Derecho del trabajador de confianza*. Cámara de Diputados. México: LVIII Legislatura-Universidad Nacional Autónoma de México, 2000. pp. 14 y 15.

(10) Decreto Supremo 001-96-TR, Reglamento del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728: “Artículo 59.- Para la calificación de los puestos de dirección y de confianza, señalados en el Artículo 77 de la Ley [Artículo 43 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral], el empleador aplicará el siguiente procedimiento:
a) Identificará y determinará los puestos de dirección y de confianza de la empresa, de conformidad con la Ley;
b) Comunicará por escrito a los trabajadores que ocupan los puestos de dirección y de confianza, que sus cargos han sido calificados como tales; y,
c) Consignará en el libro de planillas y boletas de pago la calificación correspondiente.”

(11) Cabe destacar que, de acuerdo con el artículo 60 del Decreto Supremo 001-96-TR, si bien la calificación del cargo es una formalidad exigida por ley, su inobservancia no enerva la condición real del trabajador, la misma que puede ser acreditada por otros medios



Ronnie Farfán Sousa

Por otro lado, respecto al procedimiento o régimen legal establecido para extinguir el vínculo laboral con trabajadores de confianza en el régimen privado, debemos señalar que a lo largo de toda la LPCL y demás normas que regulan el régimen laboral de la actividad privada, no se establece un tratamiento distinto para la extinción del vínculo laboral de los trabajadores de confianza, como sí existe en otros aspectos, tales como: el periodo de prueba, descanso vacacional, trabajo en sobretiempo y derechos colectivos.

Siendo ello así, debe entenderse que la conclusión del vínculo laboral con un trabajador de confianza del sector privado debe sujetarse a las normas y procedimientos generales establecidos para los trabajadores ordinarios. En tal sentido, para extinguir válidamente, y sin incurrir en responsabilidad alguna, el vínculo laboral de un trabajador de confianza a través de un despido⁽¹²⁾, éste deberá basarse en alguna causa justa, calificada como tal por la ley. Ello ha sido reconocido expresamente en el artículo 22 de la LPCL, el mismo que establece que: “(...) para el despido de un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada”. Tal causa, agrega la norma, “(...) puede estar relacionada a la capacidad o la conducta del trabajador”. En

este sentido, los artículos 23⁽¹³⁾ y 24⁽¹⁴⁾ de la LPCL establecen aquellas situaciones que, ya sea por capacidad o por conducta, califican como “causas justas” en nuestro ordenamiento jurídico.

Más aún, para alegar la existencia de un despido arreglado a ley, el empleador debe no sólo sustentar el mismo en alguna de las causales señaladas en los artículos antes mencionados, sino que además debe emplazar al trabajador con una carta de preaviso en la que indique los motivos de su decisión, otorgándole, como mínimo, seis (6) días naturales para que realice sus descargos o treinta (30) días para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia (artículo 31 de la LPCL).

Así, de acuerdo a la norma referida, se configura un despido arbitrario cuando no se comunique al trabajador la causa del despido (para lo cual debe seguirse el trámite antes citado) o la misma no se pueda demostrar en un proceso judicial⁽¹⁵⁾.

(12) El despido es un acto unilateral y recepticio que contiene la voluntad extintiva del empleador. El despido, según la ley peruana, es un acto extintivo de aplicación individual y que debe ser comunicado por escrito. Además, como ya se dijo, el acto de despido requiere causa justa y seguir un procedimiento tasado en la ley.” ARCE, Elmer. *Derecho Individual del trabajo en el Perú. Desafíos y deficiencias*. Lima: Palestra, 2008. p. 522.

(13) Artículo 23 del Decreto Supremo 003-97-TR

Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

- a) El detrimento de la facultad física o mental o la ineptitud sobrevenida, determinante para el desempeño de sus tareas;
- b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares;
- c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

(14) Artículo 24 del Decreto Supremo 003-97-TR:

Son causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador:

- a) La comisión de falta grave;
- b) La condena penal por delito doloso;
- c) La inhabilitación del trabajador.

(15) Artículo 34 del Decreto Supremo 003-97-TR:

“El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

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

Ahora bien, el artículo 27 de la Constitución, establece que “(...) la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”. A partir de ello, a nivel legal, la LPCL regula un sistema de protección reparador (resarcitorio) frente al despido arbitrario, el mismo que consiste en el pago de una indemnización equivalente a una remuneración y media por cada año de servicios, en el caso de los trabajadores con contrato a tiempo indefinido⁽¹⁶⁾, y a una remuneración y media por cada mes restante para la conclusión del contrato, en el caso de los trabajadores contratados temporalmente⁽¹⁷⁾. En ambos casos, la indemnización tiene como límite el equivalente a doce (12) remuneraciones.

Sin embargo, en este punto, es importante mencionar que el Tribunal Constitucional ha reconocido un sistema de protección restitutorio (a partir de la Sentencia 976-2001-AA/TC y la Sentencia 0206-2005-PA/TC), según el cual ante un despido incausado, fraudulento o nulo, procede la reposición del trabajador, consagrando el derecho a la estabilidad laboral absoluta⁽¹⁸⁾ como la regla general. No obstante, dicho sistema no es aplicable a los trabajadores de confianza, salvo que hubiesen ingresado a laborar en un puesto común, situación en la cual, la reposición será a dicho puesto.

En conclusión, puede afirmarse que los trabajadores de confianza del sector privado gozan de una estabilidad laboral relativa⁽¹⁹⁾, en la medida que ante un despido

arbitrario únicamente tienen derecho a recibir una indemnización económica a cargo del empleador, salvo en el caso de aquellos que no hubieran ingresado a laborar directamente en un cargo de confianza, en cuyo caso ante un despido arbitrario corresponde su reposición al puesto originario que ocupaban y que no era calificado como de confianza⁽²⁰⁾.

4. La diferencia con los trabajadores de confianza del sector público

A diferencia del concepto del concepto de cargo de confianza del régimen laboral privado, en el que se establecen normativamente las características principales que debe tener un cargo de confianza para calificarlo como tal, en el caso del sector público no se señalan estas características, de modo que son cargos de confianza aquellos que se encuentran calificados como tal en los instrumentos de gestión de personal de cada entidad. Por lo demás, en el caso del sector público, los trabajadores de confianza suelen encontrarse en los altos cargos dentro del organigrama de la entidad.

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”.

(16) Artículo 38 del Decreto Supremo 003-97-TR

“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”.

(17) Artículo 76 del Decreto Supremo 003-97-TR

“Si el empleador vencido el periodo de prueba resolviera arbitrariamente el contrato, deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce (12) remuneraciones”.

(18) “En este caso, ante cualquier despido producido sin la existencia de una causa justa, procede la restitución o reposición del trabajador en el empleo”. DOLORIER TORRES, Javier. *Protección contra el despido arbitrario*. En: *La Constitución Comentada: Análisis Artículo por Artículo. Obra colectiva escrita por 117 destacados juristas del país*. Gutiérrez, Walter (director). Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, p. 561.

(19) “De acuerdo a este modelo, la decisión del empleador de dar por concluida la relación laboral sin causa justa tiene efectos extintivos, teniendo derecho el trabajador a una indemnización económica a cargo del empleador”. *Ibid.*; p. 561.

(20) Ello de conformidad con la Sentencia 03501-2006-PA/TC, en la que se estableció que: “(...) si el trabajador realizó con anterioridad labores comunes y luego fue promocionado, luego de retirársele la confianza depositada, retornaría a realizar labores anteriores y no perder el empleo, salvo que se determine que cometió una falta grave que implique su separación de la institución” (fundamento jurídico 19).



Ronnie Farfán Sousa

No obstante, en este caso se entiende que la principal característica de los trabajadores de confianza del sector público, radica precisamente en la confianza que sus superiores jerárquicos imprimen sobre ellos. Así, si bien, como señalamos, en el empleo público se entiende necesario que por regla general exista un régimen de carrera administrativa para consolidar un cuerpo sólido de funcionarios públicos, lo cierto es que por excepción suele permitirse que exista un grupo mínimo de funcionarios que se encuentren fuera de esta carrera, priorizándose la confianza que tiene el superior jerárquico sobre ellos.

Esta premisa nace del reconocimiento de que para que una entidad pública pueda desarrollarse sus funciones de manera eficiente, además de contar con funcionarios aptos, resulta también necesario para los funcionarios superiores o titulares de la entidad contar con un entorno mínimo de trabajadores que resulten de su absoluta confianza. Este hecho, por supuesto, no tiene por qué contradecir la idea de que se trate de funcionarios capacitados para los puestos que van a ocupar.

En ese sentido, debido precisamente a la característica de confianza de estos trabajadores, estos son designados directamente sin que exista un previo proceso de selección, exceptuándose claramente de la regla general. No obstante, por la misma razón, se entiende que si esa confianza se pierde, este será suficiente motivo para cesar al trabajador. En otras palabras, así como existe una libre designación de esta clase de trabajadores, también se entiende que su remoción deba ser tan libre como cuando la confianza ya no existe más.

Por lo demás, así lo reconoce la doctrina cuando explica que estos funcionarios: “Son aquellos que desempeñan cargos de confianza técnicos o políticos y gozan de la confianza directa del funcionario público quien lo designó. Precisamente se encuentran en el entorno del funcionario público que los designa o remueve libremente y no deberían exceder del 5% del personal de la entidad (como porcentaje máximo que podía ser reducido por el Consejo Superior del Empleo Público – COSEP, de acuerdo a cada entidad)”⁽²¹⁾.

En ese entendido, como señalamos líneas arriba, el hecho de que los trabajadores se sujeten al régimen laboral

de la actividad privada no impide que se apliquen, en los aspectos que así lo ameriten, distintas reglas y principios a los trabajadores del sector público. De este modo, existen suficientes diferencias entre los trabajadores de confianza del sector público y privado que justifican un tratamiento jurídico distinto y, por tanto, la necesidad de establecer distintas consecuencias ante el despido de trabajadores de confianza del sector público, pese a estar sujetos al régimen de la actividad privada.

Así pues, de una comparación entre los trabajadores de confianza del sector privado y los trabajadores de confianza del sector público podemos identificar las siguientes diferencias:

- a) Por su definición y funciones: El concepto de trabajadores de confianza contenido en la LPCL no se condice necesariamente con la naturaleza de las funciones desempeñadas por los trabajadores de confianza del sector público, como veremos a continuación.
- b) Por la calificación del puesto: La LPCL establece un procedimiento formal para calificar a un puesto como de confianza. No obstante, la lógica empresarial, permite que el empleador establezca los cargos de confianza que requiera para cubrir sus necesidades económicas, lo cual no sucede en el sector público en el que los puestos de confianza están predeterminados por las normas de administrativas de personal.
- c) Por el derecho a la estabilidad relativa: Como ya ha sido definido por el Tribunal Constitucional, los trabajadores de confianza del sector privado tienen derecho a la *estabilidad relativa*, por lo que la extinción de su relación laboral sin causa justa da lugar al pago de una indemnización económica. No obstante,

(21) DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge. *Op. cit.*; p. 534.

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

por la operatividad y lógica que subyace en el sector público respecto a los cargos de confianza, somos de la opinión que dichos trabajadores no gozan del derecho a la estabilidad laboral.

En cuanto a la primera diferencia, mientras que los trabajadores de confianza del sector privado son aquellos que desempeñan funciones calificadas como tales por el artículo 43 de la LPCL -por tener acceso a información reservada, contacto directo con el empleador, entre otros- en el sector público la definición de trabajadores de confianza es más amplia, englobando de modo general a todos aquellos trabajadores que son designados libremente por el empleador; es decir, que acceden al puesto de trabajo sin pasar por ningún procedimiento previo de selección o concurso público, siendo que dicho personal no necesariamente cumple con las características establecidas en el artículo 43 de la LPCL, lo cual no enerva el carácter de "confianza" de sus cargos.

En cuanto al procedimiento para la calificación de los puestos de confianza, tenemos que en el sector privado, los empleadores pueden establecer libremente cuantos puestos de confianza sean necesarios en su empresa para satisfacer sus necesidades económicas, siempre que dicho personal cumpla con las características establecidas en el artículo 43 de la LPCL. A diferencia de ello, en el sector público, no existe tal libertad para crear puestos de trabajo en general y de confianza en particular; sino que éstos están predeterminados por las normas administrativas de gestión y organización de personal en las que se definen los cargos de cada entidad pública.

Respecto al derecho a la estabilidad relativa, como ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional, los trabajadores de confianza del sector privado gozan del derecho a la estabilidad laboral relativa, de modo que tienen derecho a recibir una indemnización económica a cargo de su empleador, como consecuencia de un despido arbitrario. Sin embargo, no es adecuado aplicar dicha regla al caso de los trabajadores de confianza del sector público debido a su operatividad y funcionamiento. En efecto, como es sabido, en la Administración Pública, los cargos de confianza son ocupados en base a un criterio básicamente político, de modo que los trabajadores de confianza se encuentran sujetos a un constante cambio y reemplazo que no se da con la misma intensidad y frecuencia en el sector privado.

Efectivamente, los trabajadores de confianza del sector público están sujetos a un mayor nivel de rotación que los trabajadores de confianza privados, en la medida que su permanencia en el cargo depende de factores fundamentalmente políticos. Así, en cada cambio de gobierno o cambio en la administración de las entidades públicas -piénsese cambio de gobierno en Municipalidades, Gobiernos Regionales, Ministerios, Poder Judicial- se producen cambios de personal de confianza, pues, como es lógico cada nueva administración o gobierno requiere contar con personal de su entera confianza para desempeñar aquellos cargos que son calificados como tales, en la medida que se puede acceder a ellos en base a la mera decisión discrecional del empleador.

Por lo demás, de adoptarse la tesis aquí negada que reconoce el derecho a una indemnización por el retiro de la confianza de los empleados del sector público, se estaría infringiendo la finalidad pública a la que están destinados los recursos de la Administración, representada en este caso por el Poder Judicial. Ello pues, no sólo la remoción, sino la rotación de personal -situación muy frecuente en la Administración, debido a que muchos trabajadores de confianza de una determinada entidad pasan a ocupar cargos de confianza en otras entidades públicas- daría lugar a que gran parte de los recursos del Estado se destinen al pago de indemnizaciones a trabajadores que fueron designados en base a criterios y factores meramente políticos, lo cual evidentemente, no es acorde a la finalidad de dichos recursos.

Las diferencias antes descritas justifican un tratamiento distinto para los trabajadores de confianza del sector público con respecto a los trabajadores de confianza del sector privado, la misma que se manifiesta en la improcedencia de una indemnización por despido arbitrario de los primeros, en la medida que no gozan



Ronnie Farfán Sousa

de la estabilidad laboral relativa que ha sido reconocida a los trabajadores de confianza del sector privado.

Por lo demás, dicho trato diferenciado intentó plasmarse en la Ley 28175, Ley Marco del Empleo Público⁽²²⁾, en cuyo artículo 4 se define al empleado de confianza de la siguiente manera: "Empleado de confianza.- El que desempeña cargo de confianza técnico o político, distinto al del funcionario público. Se encuentra en el entorno de quien lo designa o remueve libremente y en ningún caso será mayor al 5% de los servidores públicos existentes en cada entidad. El Consejo Superior del Empleo Público podrá establecer límites inferiores para cada entidad. En el caso del Congreso de la República esta disposición se aplicará de acuerdo a su Reglamento".

La citada norma recoge de manera clara la discrecionalidad de la que goza el empleador respecto del trabajador de confianza, estableciendo que los empleados públicos que desempeñan cargos de esta naturaleza, tal como fueron libremente designados en el puesto, pueden ser removidos con la misma libertad por el empleador, sin que ello de lugar al pago de una indemnización.

Por los motivos antes expuestos, consideramos que el retiro de la confianza como motivo de despido de un trabajador de confianza del sector público no constituye un acto antijurídico, aún cuando estén sujetos al régimen laboral de la actividad privada, sino por el contrario, el ejercicio de una potestad del empleador. No obstante, como pasaremos a exponer seguidamente, no existe, a nivel jurisprudencial, un criterio uniforme sobre la materia.

5. Análisis de jurisprudencia sobre la materia

Tanto el Tribunal Constitucional, como la Corte Suprema manejan distintas posturas respecto al derecho de los trabajadores de confianza de obtener una indemnización por despido arbitrario, a saber: (i) por un lado, existen pronunciamientos que respaldan el derecho de los trabajadores de confianza del sector público de recibir una indemnización por despido arbitrario; y, (ii) por otro, existen pronunciamientos en el sentido de que el retiro de la confianza no vulnera ningún derecho constitucional, de modo que no corresponde el pago de una indemnización.

Así, en cuanto a la primera postura encontramos los siguientes pronunciamientos:

- a) La Corte Suprema, máximo órgano jurisdiccional que conoce de demandas en las que se exige el pago de la indemnización legal prevista para el despido arbitrario, ha señalado en el fundamento Sexto de la Casación 820-2010-LAMBAYEQUE del 1 de marzo del 2004, lo siguiente:

(22) El ámbito de aplicación de dicha norma se encuentra establecido en el artículo III del Título Preliminar, de acuerdo con el cual, resulta aplicable para los trabajadores del Poder Judicial.

"Artículo III.- Ámbito de aplicación

La presente Ley regula la *prestación de los servicios personales, subordinada y remunerada entre una entidad de la administración pública y un empleado público*, cualquiera fuera la clasificación que éste tenga, y la parte orgánica y funcional de la gestión del empleo público.

Para efectos de la presente Ley son entidades de la administración pública:

(...)

3. El Poder Judicial, conforme a lo estipulado en su ley orgánica.

En el caso de los funcionarios públicos y empleados de confianza, esta norma se aplicará cuando corresponda según la naturaleza de sus labores.

No están comprendidos en la presente Ley los miembros de las Fuerzas Armadas y Policía Nacional del Perú. Su personal civil se rige por la presente Ley en lo que corresponda, salvo disposición contraria de sus respectivas leyes orgánicas."

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

“Que, *el retiro de confianza* de un trabajador de dirección constituye despido, pese a que se trata de un *derecho del empleador* previsto en el artículo nueve del Decreto Supremo cero cero tres guión noventa y siete guión TR, éste *afecta la estabilidad relativa* que tienen los trabajadores de esta categoría, lo cual tiene como efecto *el pago de la indemnización correspondiente*”.

- b) En la Casación 2037-2000-Piura se estableció que el retiro de la confianza no constituía causa justa de despido. Así, en dicha oportunidad la Corte Suprema señaló lo siguiente:

“Que, en efecto teniendo en cuenta lo expresado en los considerandos precedentes y respecto a la inaplicación del artículo cincuenta y dos del Reglamento del Texto Único Ordenado del Decreto Supremo cero cero uno -noventa y seis-TR, que determina que la acción indemnizatoria se da en el caso del despido arbitrario y habiendo quedado establecido la existencia de un caso el despido arbitrario y *sin la debida causa justa de despido, por no serlo el retiro de confianza*, conforme a lo expresado precedentemente; corresponde la aplicación de la premisa mayor contenida en la citada norma al presente supuesto de hecho de despido *por retiro de confianza que no representa causa justificada de despido*”.

- c) Asimismo, en la Sentencia recaída en el Expediente 746-2003-AA/TC, fundamento 3, proceso en el cual se reclamó la reposición en el puesto de Jefe de la Oficina de Administración de la Corte Superior de Justicia de Ayacucho el Tribunal Constitucional reconoció el derecho al pago de una indemnización en caso de despido arbitrario de trabajadores de confianza:
- d) “En ese sentido, en autos no se ha acreditado fehacientemente la calificación del cargo de la demandante a fin de determinar si le corresponde su reposición o, *por haber ejercido un puesto de confianza, solo la acción indemnizatoria*”.

En la Sentencia recaída en el Expediente 4492-2004-AA/TC, proceso en el que se reclamó la reposición de un trabajador de confianza en Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. (Corpac S.A) el Tribunal reconoció la posibilidad de accionar en la vía

correspondiente la indemnización por despido arbitrario:

“De la cuestionada carta de despido, obrante a fojas 8 de autos, se aprecia que la demandada *comunicó al demandante su decisión de resolver el vínculo laboral, al haberle retirado la confianza*.”

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

- e) Finalmente, en un proceso seguido contra Corpac S.A., (Sentencia recaída en el Expediente 00078-2006-PA/TC) en el que se discutía la posibilidad de reponer en su puesto a un trabajador de confianza, el Tribunal estableció que:

“Al respecto, en las sentencias recaídas en los Expedientes 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*”.

En respaldo de la segunda posición, encontramos los siguientes pronunciamientos:

- a) En la Sentencia recaída en el Expediente 03501-2006-PA/TC, proceso en el cual se reclamó la reposición a un cargo de confianza de un trabajador en el Banco Central de Reserva del Perú, el Tribunal Constitucional señaló que:

“(…) los que asumen un cargo de confianza están supeditados a la “confianza”, valga la redundancia, del empleador. En este caso, *el retiro de la misma es invocada*



Ronnie Farfán Sousa

por el empleador y constituye una situación especial que *extingue el contrato de trabajo* al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave que son objetivos”.

“La *pérdida de confianza* que invoca el empleador constituye una *situación especial que extingue el contrato de trabajo*; a diferencia de los despidos por causa grave que son objetivos, ésta en cambio es de *naturaleza subjetiva*”.

- b) En la misma línea, en la Sentencia recaída en el Expediente 1042-2007-PA/TC referida a un reclamo iniciado contra el Proyecto Especial de Río Cachi, entidad comprendida en los alcances de la Ley 28175 (artículo III, numeral 2), el Tribunal Constitucional reconoció que la designación en un cargo de confianza no conlleva a la estabilidad laboral, de modo que la extinción del vínculo laboral no da lugar al pago de una indemnización. Así, en el fundamento tercero de dicha sentencia se estableció que:

“La designación en un cargo de confianza es una acción administrativa por el cual *una persona asume cargos de responsabilidad directa o de confianza con carácter temporal que no conlleva la estabilidad laboral*. 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*”.

- c) Asimismo, en la Sentencia recaída en el Expediente 330-96-AA/TC (de fecha 1 de setiembre de 1997), expedida con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley Marco del Empleo Público, en la que se reclamó la reposición en el puesto de Director de Administración de la Municipalidad del Rímac, el Tribunal Constitucional señaló que: “Que, la parte pertinente del artículo cuarenta de la Constitución de mil novecientos noventitrés, quienes desempeñan cargo de confianza en la Administración Pública, no están comprendidos en la carrera administrativa; de allí se infiere que *ese status especial permite que el servidor público de confianza puede ser removido del cargo según criterio discrecional del designante* y en atención a los fines del servicio para el que es requerido”.

- d) En el mismo sentido, en la Sentencia recaída en el Expediente 501-96-AA/TC, proceso en el que se discutía la reposición de una trabajadora de confianza (asesora del despacho de alcaldía) en la Municipalidad de Castilla, el Tribunal Constitucional señaló que:

“(…) habiéndose acreditado en autos que la situación laboral de la actora era la de un *funcionario de confianza, no le alcanza el derecho a la estabilidad laboral* establecido por el artículo 100 del Decreto Supremo 005-90-PCM; razón por la cual no puede aducirse que hubo despido arbitrario”.

- e) De igual manera, en la Sentencia recaída en el Expediente 01791-2010-AA/TC, a raíz de la demanda de amparo interpuesta contra la Superintendencia Nacional de Registros Públicos –SUNARP a fin de que se le reincorpore en el puesto de Gerente de Administración y Finanzas de la Zona Registral N° VII – Sede Huaraz, el Tribunal Constitucional señaló que:

“Por lo tanto, al determinarse que el *recurrente desempeñaba un cargo de confianza*, de acuerdo a los fundamentos expuestos, *el cese en sus labores no vulnera derecho constitucional alguno*.”

Como se puede apreciar de las sentencias antes citadas, no existe un criterio uniforme respecto a la existencia del derecho a obtener una indemnización por despido arbitrario en el caso de los trabajadores de confianza del sector público. No obstante, por las razones expuestas a lo largo del presente escrito, concordamos con la postura del Tribunal Constitucional que, reconociendo la distinta lógica que subyace en el sector público, considera al retiro de confianza como una potestad del empleador cuyo ejercicio no vulnera ningún derecho constitucional del trabajador de confianza, de modo que su aplicación no da lugar al pago de una indemnización por despido arbitrario.

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

6. Conclusiones

Pese a que desde hace unas décadas enfrentamos un fenómeno como la “laboralización” de la función pública y, en ese sentido, existen funcionarios públicos sujetos a las normas laborales de la actividad privada, lo cierto es que estas normas no pueden ser aplicadas automáticamente sin tomarse en cuenta la lógica pública que subyace al Derecho Administrativo y al ejercicio de la función pública.

En ese sentido, en el concepto de cargo de confianza de los trabajadores del sector privado y público existen grandes diferencias que permiten justificar un tratamiento distinto. Así, consideramos que en el caso del sector público los trabajadores no gozan de más estabilidad que la que permita la confianza que en ellos tienen sus superiores jerárquicos. De esta manera, la pérdida de confianza en este caso se presenta como una causa suficientemente válida para cesar

a un trabajador de esta naturaleza, de modo que no puede corresponderle una indemnización.

Esta premisa se sustenta además en el privilegio que tienen estos trabajadores, en la medida que son designados libremente, sin que resulte necesario un proceso de selección previa. En ese entendido, así como se apartan de la regla para ingresar a formar parte de la función pública, se entiende que pueden ser separados de ella, de la misma manera, es decir, libremente.

En consecuencia, por las razones expuestas a lo largo del presente artículo, consideramos que no corresponde la indemnización a los trabajadores de confianza del sector público –pese a que se encuentren sujetos al régimen laboral privado- en la medida que las disposiciones y principios que inspiran el régimen laboral de la actividad privada en el que se reconoce el derecho de los trabajadores de confianza a obtener una indemnización económica en caso de despido arbitrario, no pueden ser aplicadas mecánicamente a las relaciones laborales de los empleados del sector público, sino que deben ser necesariamente moduladas y matizadas debido a la distinta lógica que inspira el funcionamiento y operatividad del sector público.