

Armando Gutiérrez Gonzales(*)

La protección contra el despido arbitrario de los trabajadores de confianza

«ANTE ESTE CAMBIO EN LA ESTABILIDAD LABORAL, INTRODUCIDO POR EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, CABE PREGUNTARSE SI UN TRABAJADOR DE CONFIANZA TAMBIÉN PODRÍA OPTAR POR LA REPOSICIÓN EN LOS CASOS DE DESPIDO INCAUSADO O FRAUDULENTO, O ES QUE ESE COMPONENTE ESPECIAL, ESA CONFIANZA EXCEPCIONAL QUE SE PRESENTA EN SU RELACIÓN LABORAL, HARÍA INVIABLE LA REPOSICIÓN EN EL EMPLEO».

1. Introducción

En atención a la remisión establecida en el artículo 27 de nuestra Constitución Política⁽¹⁾, nuestro legislador optó por un régimen de estabilidad laboral relativa, y en el Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL), estableció que la protección adecuada frente al despido arbitrario⁽²⁾, en el régimen de la actividad privada, debía darse a través del pago de una indemnización, equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por año completo de servicios, con un máximo de doce remuneraciones. Sólo en los casos de despido nulo, es decir, aquellos que tienen como motivo un hecho que constituye una violación de derechos constitucionales, conforme a la lista taxativa que establece el artículo 29 de la LPCL, era posible la reposición en el empleo y el pago de las remuneraciones devengadas.

Las únicas diferencias que establece la LPCL en el tratamiento de dicha protección frente al despido arbitrario se da respecto a (i) los trabajadores que no hayan superado el periodo de prueba⁽³⁾; (ii) los que realizan

(*) Abogado asociado del estudio Rubio, Leguía, Normand.

(1) Según el cual «[l]a ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario».

(2) Por despido arbitrario se entiende aquel en el que no se expresa una causa justa prevista legalmente o demostrada en juicio.

(3) La LPCL establece que «Artículo 10. El período de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección».



una jornada de trabajo menor a cuatro horas diarias; y, (iii) los trabajadores con contrato sujeto a modalidad. En los dos primeros casos, dichos trabajadores no tendrían esa protección frente al despido arbitrario, mientras que en el tercer caso, la indemnización por el despido arbitrario no se calculará en función a los años de servicios, sino en función a los meses dejados de laborar hasta el vencimiento del contrato.

En cuanto a los trabajadores de confianza⁽⁴⁾, la LPCL no estableció ninguna diferencia sobre esta materia; y ello podría deberse a que el legislador consideró que, por más que se

“A PESAR DE LAS DIVERSAS POSTURAS, LA DOCTRINA COINCIDE EN UN ELEMENTO CARACTERÍSTICO GENERAL DE LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA: EL ELEMENTO SUBJETIVO; ELEMENTO PRINCIPAL DE LA RELACIÓN LABORAL DE ESTOS TRABAJADORES, QUE SE MANIFIESTA EN LA CONFIANZA QUE OTORGA EL EMPLEADOR EN RAZÓN DE LAS FUNCIONES QUE DESEMPEÑA, UNA CONFIANZA EXTRAORDINARIA”.

trate de trabajadores de confianza, no deberían tener una protección distinta a la que se otorga a los trabajadores que realizan labores ordinarias; o, simplemente, a que en ese momento no resultaba necesario establecer alguna diferencia en atención al régimen de estabilidad relativa antes señalado⁽⁵⁾.

Si fuera este segundo supuesto, la situación cambia con las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional en los expedientes 1124-2001-AA/TC, 976-2002-AA/TC, y 206-2005-PA/TC, en los cuales el Tribunal establece un régimen de estabilidad laboral mixta, al permitir a los trabajadores optar por la reposición en el empleo, vía el proceso de amparo, en los casos de despido incausado y despido fraudulento (además de los casos de

(4) En adelante, cuando se haga referencia a los «trabajadores de confianza», nos referiremos a las dos clases previstas en el artículo 43 de la LPCL.

(5) Al respecto, Rendón Vásquez señala que «la identificación de trabajadores de dirección y de confianza como un grupo aparte se explicaba cuando el Decreto Ley 22122, la Ley 24514 y el Decreto Legislativo 728, establecían la reposición en el trabajo si el despido era injustificado o improcedente para los trabajadores en general y sólo el pago de una indemnización para los trabajadores de dirección y de confianza. A partir de la Ley 26513 de fecha 27/7/1995 cuando el despido era injustificado o improcedente sólo hay lugar al pago de una indemnización para todos los trabajadores, con lo que ha desaparecido la razón de ser fundamental para una definición legal propia de los trabajadores de dirección y de confianza». RENDÓN VÁSQUEZ, Jorge, *Derecho del Trabajo Individual*. 5ta. edición. Lima: EDIAL, 2000. p. 73.

Armando Gutiérrez Gonzales

despido nulo), por considerar que estos afectan el contenido esencial del derecho al trabajo.

Entonces, cabe preguntarse si los trabajadores de confianza deben tener una protección frente al despido arbitrario, similar a la que se otorga, legal y jurisprudencialmente, a los trabajadores que realizan labores comunes; y, en especial, si se les debe permitir optar por ser repuestos en el trabajo frente a un despido incausado o fraudulento. Para ello, será necesario analizar las características de la relación laboral de los trabajadores de confianza, y su tratamiento en nuestro ordenamiento legal. Por otro lado, se desarrollará la posición que tuvo el Tribunal Constitucional, respecto a esta clase de trabajadores, luego de establecer el régimen de estabilidad mixta. Y, finalmente, se comentará la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional en el expediente 3501-2006-PA/TC, publicada en su página web el 28 de noviembre de 2007, en la cual se modifica la protección frente al despido que se venía otorgando a esta clase de trabajadores.

2. Los trabajadores de confianza. Su regulación en nuestro ordenamiento legal

Toda empresa, ya sea que preste servicios o produzca bienes, es un engranaje de funciones, siendo todas necesarias para que se cumpla con el resultado final. Sin embargo, es claro que habrá labores de mayor y menor complejidad y valor, lo cual dependerá tanto del tipo de empresa que se trate, como del lugar que ocupen en el ciclo productivo. Así, por ejemplo, en una empresa que elabora software para computadoras, claramente tendrá un mayor valor la labor de aquellas personas que diseñan los programas.

Pero, así como hay labores de mayor y menor valor, también habrá labores que impliquen un mayor nivel de responsabilidad dentro de la empresa. Así, ciertamente existen cargos que, a diferencia de otros, están íntimamente vinculados con la dirección y marcha de la empresa, en los que el empleador delega funciones propias de él, como son las de gerencia,

o las de supervisar y fiscalizar la labor de los demás trabajadores, etcétera. Asimismo, hay cargos que, por las labores a desarrollar, van a significar que el trabajador tenga acceso a información de carácter reservado para su empleador, ya sea información técnica, administrativa, organizativa, comercial, industrial, o, incluso, información de carácter personal, entre otros. Es a las personas a las que ocupan estos cargos, a las que se les denomina trabajadores de confianza.

Al respecto, Barajas Montes de Oca señala que «Trabajador de confianza es la persona que por razón de jerarquía, vinculación, lealtad y naturaleza de la actividad que desarrolla al servicio de una empresa o patrono, adquiere representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones, las mismas que lo ligan de manera íntima al destino de esa empresa o a los intereses particulares de quien lo contrata, en forma tal que sus actos merezcan plena garantía y seguridad, y tenga su comportamiento laboral plena aceptación»⁽⁶⁾.

Palomino Ramírez califica a los cargos o puestos de confianza como aquellos que están relacionados con el éxito de la empresa, sus intereses, su prosperidad y orden. En ese sentido, los trabajadores de confianza serían aquellos que «tienen en sus manos la marcha general de la organización, a cuya capacidad, idoneidad, talento, creatividad, habilidad y honradez»⁽⁷⁾ sean indispensables para el destino y rentabilidad de la empresa.

A pesar de las diversas posturas, la doctrina coincide en un elemento característico general de los trabajadores de confianza: el elemento

(6) BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. *Los contratos especiales de trabajo*. 1era. edición. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 1992. p. 142.

(7) PALOMINO RAMÍREZ, Teodosio A. *Trabajadores de Confianza...? Su Situación Laboral*. Lima: Juris Laboral, 1989. pp. 166 y 167.

subjetivo; elemento principal de la relación laboral de estos trabajadores, que se manifiesta en la confianza que otorga el empleador en razón de las funciones que desempeña, una confianza extraordinaria, «una confianza amplia en el empleado, una confianza excepcional, no la confianza común que debe existir entre todos los trabajadores y todas las empresas»⁽⁸⁾. A decir de Elmer Arce, un fuerte componente de confianza o cercanía con el empleador⁽⁹⁾. Y es que, para ocupar estos cargos, ya no sólo le importará al empleador la capacidad de la persona para desarrollar la labor encomendada, sino que, además, requieren de un componente distinto al de cualquier otra relación, para que el empleador decida depositar en aquel trabajador dichas responsabilidades.

Sin embargo, este elemento subjetivo tendrá una distinta importancia en la relación laboral, en atención a las labores a desarrollar, dado que, en algunos casos, la confianza depositada en el trabajador es determinante en la relación laboral, y en otros tiene una menor significación. En este sentido, los trabajadores de confianza pueden serlo:

- a) De manera primordial: En este caso, los trabajadores desempeñan su cargo en función a la especial relación de confianza que tienen con el empleador.
- b) De manera excepcional: Trabajadores que realizan labores de ejecución, esencialmente ordinarias, y que adquieren la calidad de trabajadores de confianza en virtud del trato que tienen con sus superiores para efectos del apoyo en la realización de las labores de aquellos.

En atención al lugar que ocupan en la empresa, y a la responsabilidad que es delegada en los trabajadores, se pueden advertir ciertas diferencias, o distintos niveles de cargos de confianza. Así, Palomino Ramírez clasifica los cargos de confianza de la siguiente manera:

- a) Cargos de confianza de dirección: Trabajadores implicados en la dirección y administración realizada a nombre de la empresa, que representan al empleador.
- b) Cargos de confianza de vigilancia, inspección y fiscalización:

- b.1. Vigilancia: control de la moralidad y la conducta de los trabajadores.
- b.2. Inspección: control de la buena ejecución de las labores.
- b.3. Fiscalización: control de la productividad de las áreas de la empresa. Es superior a las dos anteriores.

- c) Cargos de confianza para realizar trabajos personales del empleador dentro de la empresa, relacionados con las necesidades múltiples de ésta.
- d) Cargos de confianza desde el punto de vista técnico: Estos puestos requieren competencia técnica extraordinaria y no la simple idoneidad común de los trabajadores.

En el caso peruano, nuestra legislación regula, y define, a los trabajadores de confianza, subdividiéndolos en dos clases: (i) los trabajadores de dirección; y, (ii) los trabajadores de confianza. Así, el artículo 43 de la LPCL, señala que el «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»; mientras que los «Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales».

(8) RUSSOMANO, Mozart Víctor. Citado por: PALOMINO RAMÍREZ, Teodosio A. *Ibid.*; p. 161.

(9) ARCE ORTIZ, Elmer. *La Nulidad del Despido Lesivo de Derechos Constitucionales*. 2da edición. Lima: Ara, 2006. p. 265.

Armando Gutiérrez Gonzales

Para efectos de calificar un cargo como uno de confianza, el Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, aprobado por Decreto Supremo 001-96-TR, prevé el procedimiento que debe seguir el empleador. Así, en el artículo 59 del Reglamento, se establece que el empleador deberá: (i) identificar y determinar los puestos de dirección y de confianza de la empresa, de conformidad con la Ley; (ii) comunicar por escrito a los trabajadores que ocupan los puestos de confianza, que sus cargos han sido calificados como tales; y, (iii) consignar en el libro de planillas y boletas de pago la calificación correspondiente.

No obstante, la inobservancia de dicho procedimiento no enerva dicha condición, si de la naturaleza de las funciones desempeñadas se advierte que el trabajador califica como uno de confianza⁽¹⁰⁾, de acuerdo a las definiciones previstas en el artículo 43 de la LPCL. Este criterio ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en reiterada y uniforme jurisprudencia. Así, por ejemplo, en su sentencia de fecha 19 de abril de 2005, emitida en el expediente 1651-2005-PA/TC, el Tribunal Constitucional señaló:

«6. Según lo dispuesto por el artículo 59 del Reglamento del Decreto Legislativo 728, aprobado por Decreto Supremo 001-96-TR, para la calificación de los puestos de confianza el empleador deberá, entre otros requisitos, consignar en el libro de planillas y en las boletas de pago la calificación correspondiente. Asimismo, el artículo 60 del mencionado reglamento prescribe que la calificación de los puestos de confianza «es una formalidad que debe observar el empleador»; sin embargo, «su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita», debido a que la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas y no de la denominación que se le dé al puesto».

De acuerdo a ello, para que un trabajador sea considerado como de confianza, dependerá de la naturaleza de las funciones efectivamente desempeñadas y que estas encajen en alguno de los supuestos previstos en el artículo 43 de la LPCL.

Así, si el empleador no cumplió con identificar el cargo como uno de confianza, y/o no comunicó por escrito al trabajador que el cargo que desempeña ha sido calificado como uno de confianza su cargo, y/o no consignó en el libro de planillas y boletas de pago la calificación correspondiente; pero, en la realidad las labores que desempeña ese trabajador califican como labores de confianza, dicho trabajador deberá ser considerado como tal para todos los efectos legales.

Del mismo modo, si el empleador cumple con todo el procedimiento para efectos de calificar un cargo como uno de confianza, pero en los hechos el trabajador no desempeña labores de tal naturaleza, no se le deberá considerar como tal, sino como un trabajador que realiza labores comunes. Sin embargo, en este punto se debe tener presente que el artículo 61 del Reglamento establece que «Los trabajadores cuyos cargos sean indebidamente calificados como de dirección o de confianza, podrán recurrir ante la Autoridad Judicial, para que deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando la demanda se presente dentro de los treinta (30) días naturales siguientes a la comunicación respectiva».

Ahora bien, es justamente ese componente especial que se presenta en la relación laboral de los trabajadores de confianza, la que hace necesaria una regulación que difiera en parte respecto de los cargos comunes u ordinarios; pues, en atención al lugar que ocupan en la empresa, y a las funciones que desempeñan, existen derechos que no podrían ser ejercidos, o al menos de la misma manera, a diferencia de aquellos trabajadores que desempeñan cargos en los cuales no está presente esa confianza amplia o excepcional que deposita

(10) El Decreto Supremo 001-96-TR, establece que «Artículo 60. La calificación de los puestos de dirección o de confianza, es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita».

el empleador. Pero, esa diferencia regulatoria no podría ser arbitraria, sino que debe justificarse, y estar en plena relación, con la naturaleza del cargo de confianza.

Así, por ejemplo, se justifica que en el ámbito colectivo, los trabajadores de confianza (i) no puedan afiliarse a la organización sindical, salvo que el estatuto lo permita⁽¹¹⁾; (ii) no tengan derecho a que se les apliquen los convenios colectivos⁽¹²⁾⁽¹³⁾, pues sus remuneraciones se fijan de un modo distinto; y, (iii) no pueden convocar a una huelga⁽¹⁴⁾, pues justamente ellos representan la contraparte de la relación laboral frente a los demás trabajadores.

En cuanto a su horario de trabajo, se justifica que los trabajadores de confianza no tengan derecho al pago de horas extras, porque, por la naturaleza propia de las labores, no se encuentran sujetos a fiscalización directa⁽¹⁵⁾, y, por tanto, se encuentran excluidos de la jornada máxima legal⁽¹⁶⁾. De igual forma, no están sujetos a las disposiciones sobre el registro de control de asistencia y de salida en el régimen laboral de la actividad privada⁽¹⁷⁾.

Por otro lado, en el caso de aquellos trabajadores de confianza que ocupan cargos de dirección, como son los gerentes, o los que ejerzan la representación del empleador frente a otros trabajadores o terceros, y siempre que tengan la posibilidad de decidir si hacen uso de su descanso vacacional, estos no tendrán derecho a percibir la indemnización vacacional por el no goce oportuno del descanso vacacional⁽¹⁸⁾.

Finalmente, a diferencia de los trabajadores que ocupan cargos comunes, para quienes el periodo de prueba es de tres (3) meses, para los trabajadores de confianza rige un período de prueba extendido de seis (6) meses, y de un (01) año para aquel personal de confianza que, además, desempeña labores de dirección, siempre que en ambos casos así se hubiera pactado por escrito.

3. La extinción del vínculo laboral de los trabajadores de confianza, de acuerdo a nuestra legislación y al tribunal constitucional

Dada las características especiales a las que responde el vínculo laboral con un trabajador de confianza, esto es, ese nivel de confianza especial que debe existir en dicha relación laboral, se puede afirmar válidamente que esas relaciones requieren también un trato diferenciado en cuanto a la extinción del vínculo laboral, y, de ser el caso, a la protección contra el despido arbitrario.

Ese trato diferenciado existía en nuestro ordenamiento antes de la entrada en vigencia de la Ley 26513⁽¹⁹⁾. Si bien no se establecía

(11) Artículo 12 del Decreto Supremo 010-2003-TR - Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

(12) Artículo 42 del Decreto Supremo 010-2003-TR - Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

(13) Sobre este punto es necesario precisar que, actualmente, existe un amplio debate sobre si corresponde o no que se les apliquen los convenios colectivos a los trabajadores de confianza. Un sector de la doctrina afirma que si el Estatuto permite su afiliación, no tendría sentido que no se les pueda aplicar el convenio colectivo.

(14) Artículo 77 del Decreto Supremo 010-2003-TR - Texto Único Ordenado de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo.

(15) En caso se trate de trabajadores de confianza que no desempeñen labores de dirección, y cuyas labores sí estén bajo fiscalización directa, estos sí estarán sujetos a la jornada máxima, y tendrán derecho a percibir el pago de horas extras.

(16) Artículo 5 del Decreto Supremo 007-2002-TR - Texto Único Ordenado de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobre tiempo.

(17) En ambos casos, con excepción de aquellos trabajadores calificados como «de confianza», en los términos del artículo 43 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que se encuentran sujetos a fiscalización inmediata.

(18) Artículo 23 del Decreto Supremo 012-92-TR - Reglamento del Decreto Legislativo 713, sobre los descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada.

(19) Esta norma entró en vigencia el 29 de julio de 1995.

Armando Gutiérrez Gonzales

alguna causal especial para extinguir las relaciones laborales de confianza, sí se establecía un trato diferenciado en cuanto a la protección que se brindaba frente al despido. Así, antes de la entrada en vigencia de la Ley 26513, en nuestro ordenamiento legal se permitía la reposición en el empleo, pero se excluía de esa posibilidad a los trabajadores de confianza⁽²⁰⁾, justamente en atención a la naturaleza del cargo.

En el caso mexicano, por ejemplo, Mario De la Cueva nos explica que se «creó una causa especial de terminación de las relaciones, consistente en la pérdida de la confianza»⁽²¹⁾. Y, en efecto, el artículo 185 de la Ley Federal del Trabajo establece que: «El patrón podrá rescindir la relación de trabajo si existe un motivo razonable de pérdida de la confianza, aun cuando coincida con las causas justificadas de rescisión a que se refiere el artículo 47».

Si bien la Ley Federal del Trabajo permite la reposición en el empleo, cuando el empleador no demuestre la existencia de causa justa en el despido, no extiende esa posibilidad a los trabajadores de confianza⁽²²⁾, quienes sólo tendrán derecho a percibir una indemnización tasada legalmente. Sólo en el caso de los trabajadores de confianza que previamente hubieran ocupado un cargo común, se permite que estos puedan ser repuestos en su anterior cargo, pero no en el cargo de confianza.

En el caso peruano, desde la entrada en vigencia de la Ley 26513, y hasta la actualidad, nuestra legislación no ha establecido un trato diferenciado para los trabajadores de confianza, en comparación con los trabajadores ordinarios. Por ello, tanto para los trabajadores ordinarios, como para los trabajadores de confianza, serán causas de extinción del vínculo laboral únicamente las previstas en el artículo 16 de la LPCL, esto es:

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

En caso un empleador invocara la «pérdida de la confianza» para extinguir el vínculo laboral, dicha decisión, qué duda cabe, respondería a la voluntad unilateral del empleador, y, por tanto, calificaría como un despido. Sin embargo, no se trataría de un despido en el que se esté invocando una causa justa prevista legalmente. En efecto, el artículo 24 de la LPCL establece que únicamente son causas justas de despido: (i) La comisión de falta grave; (ii) La condena penal por delito doloso; y, (iii) La inhabilitación del trabajador.

Ahora bien, cabe recordar que en nuestro ordenamiento rigen los criterios de legalidad y tipicidad para determinar cuándo nos encontramos frente a una causa justa de despido⁽²³⁾. En ese sentido, es evidente que

(20) El texto original del Decreto Legislativo 728, establecía que «Artículo 72. Si el despido es injustificado, el trabajador podrá demandar alternativamente su reposición en el trabajo o el pago de la indemnización a que se refiere el artículo 76». Sin embargo, precisaba que «Artículo 84. el personal de dirección y los trabajadores de confianza sólo pueden accionar para el pago de la indemnización, mas no para su reposición».

(21) DE LA CUEVA, Mario *El Nuevo Derecho Mexicano del Trabajo*. 6ta. Edición. Tomo I. México: Porrúa, 1980. p. 460.

(22) «Artículo 49. El patrón quedará eximido de la obligación de reinstalar al trabajador, mediante el pago de las indemnizaciones que se determinan en el artículo 50 en los casos siguientes:

(...)

III. En los casos de trabajadores de confianza».

(23) BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El Despido en el Derecho Laboral Peruano*. 2da. Edición. Lima: ARA, 2006. p. 162.

si un empleador invoca la «pérdida de la confianza» para extinguir una relación laboral con un trabajador de confianza, estaría imputando una causa no prevista legalmente, o, en otras palabras, en un despido sin causa justa, es decir, estaría incurriendo en un despido arbitrario.

En atención a la remisión del artículo 27 de la Constitución Política, nuestra legislación estableció que la adecuada protección frente a un despido arbitrario se efectuaba a través del pago de una indemnización equivalente a sueldo y medio por cada año de servicios, con un máximo de doce sueldos.

No obstante, el Tribunal Constitucional extendió o estableció una nueva forma de protección contra el despido arbitrario, a través de la vía del proceso de amparo, con la famosa sentencia emitida en el caso del Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú (Expediente 1124-2001-AA/TC), la cual fue publicada el 11 de setiembre de 2002. Con dicha sentencia, el Tribunal Constitucional modificó el régimen de la estabilidad laboral en nuestro país, permitiendo la reposición en el empleo, vía proceso de amparo, de aquellos trabajadores despedidos sin expresión de causa justa, señalando lo siguiente:

«12. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Aunque no resulta relevante para resolver la causa, cabe precisar que, en el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho es el que resulta relevante para resolver la causa. Se trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa».

Luego, mediante la sentencia emitida en el caso Llanos Huasco (Expediente 976-2003-AA/TC), publicada el 13 de mayo de

2003, el Tribunal Constitucional extendió esa protección a aquellos casos de despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios; se le atribuye una falta no prevista legalmente; se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad; o, mediante la «fabricación de pruebas».

Ante este cambio en la estabilidad laboral, introducido por el Tribunal Constitucional, cabe preguntarse si un trabajador de confianza también podría optar por la reposición en los casos de despido incausado o fraudulento, o es que ese componente especial, esa confianza excepcional que se presenta en su relación laboral, haría inviable la reposición en el empleo.

Una primera lectura, partiría de considerar que el Tribunal Constitucional estableció que un despido que no se basara en una causa justa prevista legalmente, contraviene el «contenido esencial» del derecho al trabajo, pues éste incluye el derecho de los trabajadores a no ser despedidos salvo por causa justa. Por ello, en esos casos debería permitirse al trabajador optar por la reposición en su puesto de trabajo.

Ahora bien, por «contenido esencial» se debe entender aquella parte del contenido de un derecho, sin el cual éste pierde su característica. Así, ese «contenido esencial» debe estar presente en todos los casos en los que una persona es titular de ese derecho. Bajo esa premisa, ni un trabajador que ocupa un cargo ordinario, ni uno que ocupa un cargo de confianza, podría ser despedido sin que exista una causa justa prevista legalmente⁽²⁴⁾.

(24) Bajo esa premisa, un trabajador que labora menos de cuatro horas, o un trabajador que se encuentra en periodo de prueba, tampoco podría ser despedido sin que exista una causa justa prevista legalmente, lo cual evidencia lo inconsistente de esta interpretación, pues se le estaría permitiendo la posibilidad de que se ordene reposiciones respecto de trabajadores a los que la LPCL no ha reconocido derechos restitutorios y ni siquiera resarcitorios. Sobre el particular, véase: FERRO DELGADO, Víctor. *Unificación de la doctrina jurisprudencial laboral y constitucional*. En: *Derechos laborales, derechos pensionarios y justicia constitucional*. II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2006. pp. 479-485.

Armando Gutiérrez Gonzales

En ese sentido, esta primera lectura nos llevaría a concluir que un trabajador de confianza sí podría optar por la reposición en el empleo, en los casos de despido incausado o fraudulento.

Sin embargo, dicha interpretación podría entrar en conflicto con la propia naturaleza del cargo de confianza, pues se estaría obligando a los empleadores a mantener, o, de ser el caso, reponer, a una persona en un cargo de confianza, a pesar de ya no presentarse ese componente especial que existe en la relación laboral de esta clase de trabajadores. Así, por ejemplo, podría tratarse de un gerente o de una persona que, con ocasión del cargo, tiene acceso a información de carácter reservado, y que, a pesar que el empleador ya no tiene esa confianza especial que lo motivó a otorgarle el cargo, tendría que mantenerlo en el mismo, pues, si lo despide sin que exista una causa justa prevista legalmente, tendría que reponerlo en ese puesto de confianza.

Una segunda lectura, nos llevaría a analizar el contexto en el que se emitieron la sentencia 1124.2001-AA/TC y sentencia 976-2001-AA/TC. En ambos casos los demandantes no eran trabajadores que realizaban labores de confianza, sino labores comunes. Asimismo, en esas sentencias, el Tribunal Constitucional no se pronunció expresamente sobre los trabajadores de confianza, y menos si el razonamiento expuesto en dichas sentencias también les era aplicable, a pesar de existir una diferencia objetiva, como lo es la naturaleza del cargo.

Así, si bien desde un punto de vista general, el derecho al trabajo implica el derecho a no ser despedido sin que exista una causa justa prevista legalmente, ante una diferencia objetiva, como lo es la naturaleza del cargo, puede permitirse ciertos matices, sin llegar a vaciar de contenido el derecho al trabajo y a la protección contra el despido arbitrario. No debe olvidarse que la Cuarta Disposición Transitoria y Final de la Constitución establece que los derechos previstos en ésta, se interpretan de acuerdo a los tratados y acuerdos internacionales sobre derechos humanos aprobados por el Perú; y, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el cual ha sido ratificado por el Perú, prevé que, en caso de despido injustificado, el trabajador debe tener derecho a la reposición, la indemnización, o cualquier otra prestación prevista en la legislación interna. Tomando en cuenta ello, y que por la naturaleza de las labores del trabajador

de confianza, la reposición en el empleo sería incompatible, válidamente se puede afirmar que en esos casos la protección adecuada frente al despido arbitrario se debe dar únicamente a través del pago de la indemnización, no permitiéndoles la posibilidad de ser repuestos en el cargo de confianza que ocupaban.

Esta segunda lectura es la que parece haber adoptado el Tribunal Constitucional, pues, con posterioridad a la sentencia 1124-2001-AA/TC, en forma reiterada y uniforme, señaló que los trabajadores que ocupan cargos de confianza no tienen derecho a la reposición en el empleo. Así, en la sentencia 4492-2004-AA/TC, el Tribunal Constitucional dispuso lo siguiente:

«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»⁽²⁵⁾.

En otras palabras, en caso se despida a un trabajador que desempeña labores de confianza, alegando una causa no prevista legalmente, como lo es la «pérdida de la confianza», la vía del proceso de amparo no será la idónea para reclamar su derecho, y no podrá optar por la reposición en el empleo, sino que sólo le quedará reclamar el pago de la indemnización por despido arbitrario.

4. El fraude o abuso del derecho en la promoción de trabajadores a puestos de confianza, y la respuesta del tribunal constitucional.

El 28 de noviembre de 2007 el Tribunal Constitucional publicó en su página web la sentencia 3501-2006-PA/TC, en la cual

(25) En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en las sentencias recaídas en los expedientes 746-2003-AA/TC, 4516-2004-AA/TC y 7486-2005-PA/TC.

se pronuncia a fondo sobre la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza, modificando en parte la protección contra el despido arbitrario que estaba otorgando a este grupo de trabajadores. En dicha sentencia, el Tribunal Constitucional reiteró que, para este grupo de trabajadores, la estabilidad en el empleo estará sujeta a la confianza del empleador, de modo tal que, la pérdida de ésta, podrá generar la extinción definitiva del vínculo laboral, a pesar que no se haya expresado una causa justa prevista legalmente. Sin embargo, precisó que ello sólo sería aplicable a aquellos que hubieran desempeñado labores de confianza desde el inicio de su relación laboral. Así, estos trabajadores no tendrán la posibilidad de ser repuestos en el empleo vía un proceso de amparo, alegando un despido incausado o fraudulento, sino, únicamente, la de cobrar la indemnización legal por despido arbitrario, prevista en el artículo 38 de la LPCL.

Introduciendo un nuevo cambio, el Tribunal Constitucional estableció que si el trabajador realizó labores comunes al inicio de la relación laboral, y luego fue promocionado a un cargo de confianza, la pérdida de esa confianza no podría significar la extinción de su vínculo laboral, sino el retorno del trabajador a su anterior puesto de trabajo, esto es, al cargo que implicaba la realización de labores comunes. En ese sentido, ese trabajador sólo podrá ser despedido por la configuración de una causa justa de despido, y no por la sola pérdida de la confianza. Caso contrario, ese trabajador sí podrá recurrir al proceso de amparo, alegando un despido fraudulento⁽²⁶⁾, y solicitar su reposición en el empleo, pero en el cargo que ocupaba antes de ser promocionado. Ello, según el Tribunal Constitucional, en salvaguarda de que no se produzca un abuso de derecho.

Corresponde analizar, entonces, si lo expuesto por el Tribunal Constitucional en esta sentencia, podría ser aplicado rígidamente a todos los casos en que un trabajador ha sido promocionado a un cargo de confianza. Es decir, si siempre que un trabajador haya realizado labores comunes u ordinarias, y luego haya sido promocionado a un cargo de confianza, tendrá que regresar a realizar sus labores comunes en caso de pérdida de confianza, o no. Para ello, analicemos tanto la forma de proceder del Tribunal Constitucional en el tiempo, respecto a la protección frente al despido arbitrario, así como los fundamentos que utilizó el Tribunal para justificar el trato diferenciado entre los trabajadores de confianza, introducido con la sentencia 3501-2006-PA/TC.

Como ya se ha señalado, desde setiembre del 2002, en que el Tribunal Constitucional emitió la famosa sentencia del Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú (Expediente 1124-2001-AA/TC), se modificó el régimen de la estabilidad laboral en nuestro país, permitiendo la reposición en el empleo, vía proceso de amparo, de aquellos trabajadores despedidos sin expresión de causa justa.

Ello dio lugar a que, con la finalidad de evitar que el trabajador pueda ser repuesto acudiendo a la vía del amparo, algunos empleadores procedan con causar el despido, pero sustentándolo en hechos falsos, o faltas no previstas legalmente, o mediante la fabricación de pruebas. Es así, que el Tribunal Constitucional reacciona ante esa situación, e incorpora a nuestro ordenamiento la figura del despido fraudulento, recogida en la sentencia emitida en el caso Llanos Huasco (Expediente 976-2001-AA/TC). Ante esta clase de despidos, el trabajador también tiene la posibilidad de recurrir al proceso de amparo a fin de ser repuesto en el empleo. Se podría decir, entonces, que la sentencia emitida en el caso Llanos Huasco fue una forma de solucionar las anomalías originadas luego de la sentencia del Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú.

Ahora bien, en el punto anterior ya hemos visto que el Tribunal Constitucional no extendió esa protección a los trabajadores que ocupan cargos de confianza, atendiendo a las particularidades propias de esos cargos, como son la especial confianza depositada en esos trabajadores, la representatividad y especial responsabilidad en el desempeño de sus funciones, la posibilidad de ejercer funciones directivas en nombre del empleador frente a otros trabajadores y terceros, y el tener acceso a información de carácter reservado, entre otros.

(26) Pues no se estaría invocando una causa justa prevista legalmente, ya que la «pérdida de la confianza» no constituye una.

Armando Gutiérrez Gonzales

Esta situación permitía que se promoviera trabajadores a cargos de confianza, con la única finalidad de, luego, invocar la pérdida de la misma, y dar por extinguido el vínculo laboral, evitando así que los trabajadores puedan recurrir a la vía del proceso de amparo a demandar su reposición en el empleo. Es en ese contexto, que el Tribunal Constitucional nuevamente reacciona y, con la finalidad de corregir esa situación, emite la sentencia 3501-2006-PA/TC, en la cual señala:

«18. Sobre el particular, en referencia a los trabajadores que son promocionados, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 44, señala que es factible que un trabajador que realiza funciones ordinarias pueda acceder a puestos de dirección o de confianza mediante promociones; resaltando que tal promoción no debe ser abusiva ni simulada, pues podría atribuírsele a un trabajador tal calificación para luego simplemente retirársele la confianza y despedírsele en el transcurso de un tiempo.

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.

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

De los fundamentos expuestos por el Tribunal Constitucional, y siendo coherentes con el contexto en el que se emitió esta sentencia, su objetivo sería evitar el abuso de derecho que, en sus propias palabras, es aquel que se produce cuando, en el ejercicio de un derecho, el titular se excede manifiestamente de

los límites de la buena fe, de modo que dicho ejercicio no se compatibiliza con la finalidad institucional y la función social, en razón de las cuales se ha reconocido el respectivo derecho⁽²⁷⁾.

Y, según los fundamentos de la sentencia, ese abuso de derecho se produciría, en el caso de los trabajadores de confianza, cuando existe una voluntad manifiesta del empleador de promover a un trabajador a un cargo de tal naturaleza, con la única finalidad de despedirlo posteriormente sin que exista una causa justa, invocando sólo la pérdida de la confianza. Es en esos casos que se podría entender que existe un abuso de derecho, y sería válido lo expuesto por el Tribunal Constitucional. En cambio, no se configuraría un abuso de derecho si se promueve a un trabajador a un cargo de confianza sin la intención de despedirlo posteriormente, y simplemente, con posterioridad, se presentan circunstancias por las que se decide retirarle la confianza y despedirlo. En efecto, en este último caso no se presentaría ese abuso de derecho que es el que, en principio, pretendería evitar el Tribunal Constitucional con la sentencia bajo comentario.

A partir de ello, la vía del amparo, y la posible reposición de los trabajadores de confianza en el cargo común que ocupaban antes de ser promocionados, sólo deberían ser procedentes cuando se acredite el abuso de derecho, esto es, que la promoción del trabajador, de un puesto común u ordinario a un puesto de confianza, se haya producido únicamente con la intención de despedirlo posteriormente sin que exista una causa justa, invocando sólo la pérdida de la confianza. El sólo hecho que el trabajador haya sido promocionado de un cargo común u ordinario a un cargo de confianza, no debería ser suficiente para ordenar el retorno del trabajador al cargo anterior; antes bien, se

(27) Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 25 de setiembre de 2001, recaída sobre el expediente 328-2001-AA/TC.

debe demostrar la concurrencia del abuso del derecho antes señalado.

Sin embargo, con posterioridad a la emisión de la sentencia 3501-2006-PA/TC, el Tribunal Constitucional ha emitido pronunciamientos que no concuerdan con los fundamentos de aquella sentencia, y desvirtuarían la tesis antes desarrollada. Esto es, el Tribunal Constitucional no analiza si se configuró un abuso de derecho en la promoción del trabajador a un cargo de confianza, sino simplemente si desarrolló labores comunes en algún momento de la relación laboral. Así, en la sentencia 8257-2006-PA/TC, publicada el 21 de agosto de 2008, el Tribunal Constitucional dispuso lo siguiente:

«8. (...) 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.
(...)

11. (...) tratándose de una caso singular en que una trabajadora ingresó como servidora ordinaria, lo que consta en la boleta de pago correspondiente al mes de diciembre de 1991, obrante a fojas 48, y luego fue asignada a un puesto de confianza, no corresponde la extinción del vínculo laboral, puesto que sería un despido arbitrario, sino que corresponde mas bien la reincorporación de la demandante al puesto que venía desempeñando antes de variar su calidad a personal de confianza, en este caso, el cargo de Secretaria I⁽²⁸⁾, conforme consta en la boleta de pago correspondiente al mes de noviembre de 2004, obrante a fojas 57⁽²⁹⁾.

Como se puede apreciar, el Tribunal Constitucional reitera que la razón de su decisión, es la de evitar el abuso de derecho, que se produce cuando se promueve a un trabajador a un cargo de confianza, con la única finalidad de despedirlo posteriormente, invocando sólo la pérdida de la misma. Sin embargo, no analiza si en el caso particular se produjo ese abuso de derecho o no, esto es, si se promovió al trabajador con el ánimo de despedirlo invocando el retiro de la confianza o no. Simplemente, señala que, si el trabajador desempeñó labores comunes antes de ocupar un cargo de confianza, la pérdida de ésta sólo implicará el regreso del trabajador al cargo que ocupaba antes de variar su calidad a personal de confianza, y no la extinción de su relación laboral; independientemente, al parecer, de si existió abuso de derecho en su promoción o no.

Esta decisión del Tribunal Constitucional, además de no estar acorde con los fundamentos en los que la sustenta, no toma en cuenta que pueden haber trabajadores que, si bien comenzaron desarrollando labores comunes, tienen ya varios años ocupando un cargo de confianza, donde obviamente la razón de su promoción no se debió a un abuso de derecho, y su relación laboral ya se volvió una eminentemente de confianza, por lo que su permanencia debería estar supeditada a esa confianza.

Es más, esta situación podría ser incluso perjudicial para el propio trabajador. En efecto, la rebaja de categoría implicará a su vez la reducción de remuneraciones. En la medida que ésta sea inmotivada, está prevista como un acto de hostilidad, y, de ser el caso, como un supuesto de despido arbitrario

(28) Debemos entender que, en ese caso, el cargo de «Secretaria I» no sería un cargo de confianza. No obstante, de la sentencia no se desprende porqué.

(29) En el mismo sentido se pronunció el Tribunal Constitucional en las sentencias 756-2007-PA/TC, 5220-2007-PA/TC, y 443-2008-PA/TC.

Armando Gutiérrez Gonzales

indirecto que generará el derecho a percibir la indemnización correspondiente; y ello, justamente, porque la reducción de categoría y de remuneraciones evidentemente afecta al trabajador al significar un menoscabo de sus derechos. Sin embargo, con esta última posición del Tribunal Constitucional, se estaría permitiendo (obligando) a que un trabajador de confianza, ante la pérdida de la misma, deba ser rebajado de categoría y se reduzca su remuneración, pero en ese caso el acto estará motivado y respaldado en la sentencia del Tribunal Constitucional. Con ello, el trabajador que no esté de acuerdo con dicha reducción, ni siquiera podrá reclamar el pago de una indemnización por despido arbitrario, y no tendrá más que aceptar la reducción o renunciar al empleo.

Así, esta supuesta sentencia protectora de trabajadores, en rigor los desprotege, porque el empleador podrá implementar una democión y reducción de remuneraciones sin quedar expuesto a sanción alguna (lo que presumiblemente acarreará la renuncia del trabajador), mientras que el despido por pérdida de confianza por lo menos hubiera significado el pago de la indemnización correspondiente al despido sin justa causa.

Es cierto que ante un abuso de derecho en la promoción del trabajador, no se le puede desproteger, y se debe permitir su reposición en el cargo que ocupaban antes de ser promovidos al cargo de confianza; pero no resulta razonable que, si una relación se convirtió en una eminentemente de confianza, y no existió abuso de derecho en la promoción, no se pueda permitir la extinción definitiva de la relación invocando la pérdida de la confianza, y el empleador no tenga otra opción que degradar al trabajador.

5. Conclusiones

Los trabajadores de confianza ciertamente requieren un trato diferenciado en cuanto a la extinción del vínculo laboral, y, de ser el caso, a la protección contra el despido arbitrario, dadas las características especiales a las que responde el vínculo laboral con un trabajador de confianza, esto es, ese nivel de confianza especial que debe existir en dicha relación laboral.

En esa medida, si el Tribunal Constitucional ha introducido la posibilidad de que un trabajador pueda ser repuesto en el empleo en casos distintos al despido nulo, ésta debería restringirse a aquellos trabajadores que realizan labores comunes, o que hubieran sido promocionados con la única intención de luego despedirlos invocando la pérdida de la confianza; pero no a aquellos trabajadores cuyo vínculo responde verdaderamente a una confianza especial depositada por el empleador, ya sea desde el inicio de la relación laboral, o con posterioridad, con ocasión de una promoción en el empleo.