

Por:

Waldír Reyes Santivañez y Álvaro Tejada Galdo

*LA INCONSTITUCIONALIDAD DEL DESPIDO POR
PÉRDIDA DE CONFIANZA SIN DERECHO
INDEMNIZACIÓN, PARA LOS TRABAJADORES DE
CONFIANZA EN EL SECTOR PRIVADO*

Autores

Waldir es abogado por la Universidad de Piura (2004). Asimismo, ha llevado algunos diplomados y cursos de especialización como un postgrado en la Universidad ESAN en Gestión del potencial humano, Gestión de recursos humanos y Administración personal – general. Actualmente es socio y jefe del área laboral de Piura en “Santivañez Abogados”. Él es especialista en derecho laboral privado, relaciones colectivas de trabajo, procesal laboral, planeamiento de costos laborales, gestión de potencial humano y Protección jurídica de los derechos Fundamentales.

Álvaro es abogado por la Universidad Nacional de Piura (2021). Asimismo, ha llevado también algunos diplomados y curso de especialización, como un diplomado en Gestión Pública en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, etc. El autor tiene una gran afinidad por el Derecho Laboral y actualmente laboral en “Santivañez Abogados”.

Resumen

El presente artículo tiene por finalidad analizar las conclusiones del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral, mismo que, concluyó que los trabajadores de confianza se les puede extinguir el contrato laboral alegando únicamente la pérdida de confianza, siendo que NO les corresponde indemnización por despido arbitrario (salvo que hayan ingresado a laborar en un puesto ordinario), asimismo se buscará indagar respecto a la protección que establece la constitución y que brinda protección contra el despido arbitrario sin hacer distinción alguna entre los trabajadores de confianza y quienes no tienen esa condición; por lo que esta diferenciación estaría contraviniendo el derecho a la estabilidad en el cargo y se puede incurrir en abuso del derecho con el despido con la sola justificación del retiro de confianza.

De igual forma, se analizarán criterios jurisprudenciales relacionados a al despido de los trabajadores de confianza, siendo que se revisarán sentencias previas y posteriores a la emisión del VII Pleno, a efectos de verificar los cambios de los criterios jurisprudenciales.

Abstract

The purpose of this article is to analyze the conclusions of the VII Supreme Jurisdictional Plenary in Labor Matters, which concluded that trusted workers can have their employment contract terminated alleging only the loss of trust, and that they are NOT entitled to compensation for arbitrary dismissal. (unless they have entered to work in an

ordinary position), it will also seek to inquire about the protection established by the constitution and that provides protection against arbitrary dismissal without making any distinction between trusted workers and those who do not have that condition; Therefore, this differentiation would be in violation of the right to stability in the position and an abuse of the right can be incurred with the dismissal with the sole justification of the withdrawal of trust.

In the same way, jurisprudential criteria related to the dismissal of trusted workers will be analyzed, and rulings prior to and subsequent to the issuance of the VII Plenary will be reviewed, in order to verify changes in jurisprudential criteria.

Palabras Claves

Causa justa de despido. La causa justa de despido es un hecho de una importancia tal que haría imposible o sumamente difícil la continuación de la relación laboral, y que, por ello, lleva al empleador extinguirla. Rendon (1994)⁴⁴¹.

Contrato. Toyama (2008) lo define como “*un acuerdo de voluntades entre el trabajador y el empleador para la prestación de servicios personales y subordinados bajo una relación de ajenidad (servicios subordinados prestados para otra persona). El acuerdo podrá ser verbal o escrito, expreso o tácito, reconocido o simulado por las partes*”.

Constitución: En sentido material complejo de normas jurídicas fundamentales, escritas o no escritas que traza las líneas maestras de un ordenamiento jurídico. En sentido formal, conjunto de normas legislativas que ocupan una posición especial y suprema en el ordenamiento jurídico y que regulan las funciones y los órganos fundamentales del Estado. (Diccionario Jurídico Espasa. 2006, pág. 397)

Costumbre jurisprudencial: Cuando determinadas materias son falladas por los tribunales, de una manera uniforme y repetida a través del tiempo y, en especial, si dichos fallos provienen de la Corte Suprema (la casación en el fondo unifica la jurisprudencia) se produce lo que se ha dado en llamar “Jurisprudencia Uniforme”. De esta forma, aunque los tribunales inferiores no están obligados a seguir una determinada interpretación de la ley hecha por el más alto tribunal del país, acatan generalmente el criterio de esta. Fernández (1999)⁴⁴²

Debido proceso. “Cumplimiento con los requisitos constitucionales en materia de procedimiento, por ejemplo, en cuanto a posibilidad de defensa y producción de pruebas”. Cabanellas (2002)⁴⁴³.

⁴⁴¹ RENDÓN, J. (1994). “*Derecho del Trabajo Individual, Relaciones Individuales en la Actividad Privada*”. Lima. Ediciones Edial,

⁴⁴² FERNÁNDEZ, C. (1999). “*Abuso del Derecho*”. Lima (Perú): Editora y Distribuidora Jurídica Grijley

⁴⁴³ CABANELLAS, G. (2002). “*Diccionario Jurídico Elemental*”. Décima Tercera Edición, Buenos Aires- Argentina. Editorial Heliasta

Despido justificado. Un despido es justificado cuando existe una causa justa debidamente comprobada que lo haya motivado

Despido fraudulento. Es aquel que se produce cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y a la rectitud de las relaciones laborales; aún cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente como justa, vulnerando el principio de tipicidad (S. T. C, 628-2001-AA/TC)

Despido incausado o ad nutum. Denominado también como improcedente o inmotivado, es aquel que se produce cuando se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o labor que la justifique (S T C 1124-2001-AA/TC)

Despido indirecto. El despido indirecto consiste en el término de la relación laboral decidido unilateralmente por el trabajador, motivado por el incumplimiento del empleador que incurre en alguna de las causales de término del contrato de trabajo que le son imputables, lo que hace imposible que pueda continuar normalmente la prestación de servicios derivados de ese contrato.

Derecho al trabajo. El derecho al trabajo en su contenido esencial 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 (...) 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". (STC. 1124-2001. AA/TC. F.J 12)

Extinción del contrato de trabajo. Se entiende por extinción del contrato de trabajo a la terminación de la relación de trabajo, cesando definitivamente las obligaciones a cargo del trabajador y del empleador". Correa (1999)⁴⁴⁴

Igualdad ante la ley. El concepto de igualdad ha ido evolucionando a lo largo del tiempo, así comprobamos que de una igualdad uniforme en el trato por parte del estado se ha ido derivando en el actual concepto de igualdad ante la ley, que se regirá según el principio de igualdad como valor supremo de nuestro ordenamiento jurídico. "la igualdad es un valor supremo de nuestro ordenamiento". El concepto de igualdad no significará por tanto una igualdad de trato por parte del estado sino más bien un trato igual a situaciones idénticas, pero diferente entre otras situaciones.

⁴⁴⁴ CORREA, M. (1999) "Estudio de la Constitución Política de 1993", Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Tomo 3, Lima.

Jurisprudencia. La interpretación de la Ley hecha por los jueces. Conjunto de sentencias que determinan un criterio acerca de un problema jurídico u obscuro en los textos positivos o en otra fuente del Derecho.

Juzgar. Administrar justicia. Decidir un asunto judicial. Sentenciar. Ejercer funciones de juez o magistrado. Afirmar o exponer relaciones entre ideas. Cabanellas (2002).

Legitimidad. Calidad de legítimo Legalidad; conformidad con la ley, la justicia, la razón o las reglas establecidas. En el sentido impropio, con el término legitimación se alude a veces a la condición del sujeto que obstante tanto la capacidad para ser parte como la capacidad procesal. (Diccionario Jurídico Espasa: 2006, pág. 897)

Primacía de la realidad: “El principio de primacía de la realidad significa que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”. (STC 1944-2002. AA/TC; F.J. 3)

Proceso laboral. Son los diversos actos procesales sucesivos unidos por la relación de causalidad que se realizan en cada instancia civil, las cuales concatenados buscan la preclusión procesal para culminar el proceso con una sentencia. Conjunto unitario de actos que conducen a la aplicación de la ley a un hecho materia de controversia o incertidumbre jurídica en el ámbito laboral. Conjunto dialéctico de actos procesales realizados por los elementos activos de la relación procesal que buscan acabar con el conflicto jurídico. Comprende la etapa postulatoria; la etapa probatoria, la etapa decisoria, y la etapa impugnatoria.

Relación de trabajo. Se entiende por relación de trabajo, cualquiera que sea el acto que le dé origen, la prestación de un trabajo personal subordinado a una persona, mediante el pago de un salario. La relación de trabajo ha sido y continúa siendo el principal medio de acceso de los trabajadores a los derechos y beneficios asociados con el empleo, en las áreas del trabajo y la seguridad social. Es, además, el punto de referencia clave para determinar la naturaleza y alcance de los derechos y obligaciones de los empleadores respecto de sus trabajadores.

Seguridad jurídica. La estabilidad de las instituciones y la vigencia autentica de la ley, con el respeto de los derechos proclamados y su amparo eficaz, ante desconocimientos o transgresiones, por la acción restablecedora de la justicia en los supuestos negativos, dentro de un cuadro que tiene por engarce el Estado de Derecho. Cualidad del ordenamiento que produce certeza y confianza en el ciudadano sobre lo que es derecho en cada momento y sobre lo que, previsiblemente lo será en el futuro. (Diccionario Jurídico Espasa: 2006, pág. 1302)

Sentencia: Resolución judicial en una causa/ Fallo en la cuestión principal de un proceso/ El más solemne de los mandatos de un juez o tribunal, por oposición a auto o providencia/ Por ella se entiende la decisión que legítimamente dicta el juez competente, juzgando de acuerdo con su opinión y según la ley o norma aplicable.

Trabajador 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.

Sumario

I. ANÁLISIS DEL VII PLENO JURISDICCIONAL LABORAL. II. LA PÉRDIDA DE CONFIANZA: ¿EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO?. III. LA ADECUADA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO. IV. CONSECUENCIAS JURÍDICA Y SITUACIÓN ACTUAL DE LOS TRABAJADORES DE DIRECCIÓN Y CONFIANZA EN EL SECTOR PRIVADO FRENTE AL DESPIDO ARBITRARIO: ANÁLISIS DE CRITERIOS JURISPRUDENCIALES. V. CRÍTICA SOBRE AL VII PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIAL LABORAL DESDE UNA PERSPECTIVA SISTEMÁTICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO. VI. TRABAJADORES DE CONFIANZA EN EL SECTOR PÚBLICO. VII. CONCLUSIONES

I. ANÁLISIS DEL VII PLENO JURISDICCIONAL LABORAL

El 1 de setiembre de 2018, se publicaron en el diario oficial *El Peruano*, las cuatro conclusiones del VII Pleno Jurisdiccional en Materia Laboral, que incluyó dentro de sus temas, el siguiente: “la indemnización por despido arbitrario de los trabajadores de dirección y de confianza”.

En el presente punto, comenzaremos a analizar lo desarrollado por el Pleno respecto a la estabilidad laboral de los trabajadores de dirección y confianza frente al despido arbitrario, y la *ratio decidendi* de su conclusión.

1.1 La conclusión del Pleno

Como se precisó anteriormente, el cuarto tema que se trató fue la indemnización por despido arbitrario de los trabajadores de dirección y confianza, siendo que concluyó:

“(…) -*Aquellos trabajadores que ingresaron directamente a un cargo de confianza o de dirección, no les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les retire la confianza.*

- *Aquellos trabajadores que ingresaron inicialmente a un cargo en el que realizaban funciones comunes u ordinarias, y que accedieron con posterioridad a un cargo de confianza o dirección dentro de la misma empresa o institución privada, les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso*

su empleador les impida reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo luego de retirada la confianza; o cuando el propio trabajador opte por no reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo (...)”.

Es decir, de un primer análisis de lo resuelto por el Pleno, podemos concluir que se ha dispuesto que los trabajadores de dirección o confianza, **NO les corresponde** pago indemnizatorio alguno en caso de un retiro de confianza, siendo que, la única diferencia deviene en su origen dentro de cada empresa, dado que han ingresado directamente a un cargo de dicha categoría no puede exigir nada por cuanto depende de la “**confianza**” de su empleador, y si ha ingresado en un puesto ordinario (es decir ha mantenido una relación laboral mixta), puede optar por regresar al puesto anterior o por la indemnización tarifada.

La *ratio decidendi* para esta conclusión, la podemos encontrar en el numeral 4.1.2 del Pleno bajo análisis, donde se concluye que la pérdida es una situación especial que extingue el contrato de trabajo en el caso de los trabajadores de confianza, por ser de naturaleza subjetiva.

Asimismo, el numeral 4.1.3 del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en material Laboral y Previsional, señala que “*los casos de trabajadores de dirección o de confianza con una relación laboral mixta, es decir aquellos trabajadores que han venido laborando para la empresa y/o institución privada antes de su designación en los cargos de dirección o confianza, corresponderá el pago de la indemnización por despido arbitrario, solo si luego de retirada la confianza, a dichos trabajadores no se les permite reincorporarse a su antiguo puesto laboral*”. (Énfasis agrado nuestro)

II. LA PÉRDIDA DE CONFIANZA: ¿EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO?

Para poder comenzar a analizar este punto, es pertinente revisar lo desarrollado por el Pleno respecto a la “Pérdida de Confianza”, así como los criterios jurisprudenciales en los cuales se han apoyado para dicha conclusión.

El Pleno define a la pérdida de confianza como: “*una situación especial que extingue el contrato de trabajo; esto implica que el trabajador ya no goza de la confianza o simpatía del empleador para continuar con las funciones propias del cargo. En ese sentido, la pérdida de confianza responde al ámbito netamente subjetivo del empleador*”. (Énfasis agrado nuestro)

Entonces como punto de partida tenemos que el carácter subjetivo de la pérdida de confianza, la cual depende enteramente del empleador.

En ese sentido consideramos pertinente citar algunos criterios jurisprudenciales relacionados a la pérdida de confianza, como lo desarrollado por el Tribunal Constitucional en la Sentencia N° 03501-2006-PA/TC (citada en el Pleno), misma que ha señalado que: “(...) f) La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una

La inconstitucionalidad del despido por pérdida de confianza sin derecho de indemnización para los trabajadores de confianza en el sector privado

situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, esta en cambio es de naturaleza subjetiva (...)”.

Del mismo modo, podemos citar el criterio adoptado en la Casación N° 14758-2017-LIMA: “(...) *Séptimo:* (...) *Ahora bien, los trabajadores comunes u ordinarios gozan de estabilidad en su trabajo y no pueden ser despedidos sino por causa prevista en la ley; mientras que los trabajadores que asumen un cargo de confianza, están supeditados a la “confianza” de su empleador, por lo que, el retiro de la misma constituye una situación especial (así denominado por el aludido Decreto Supremo N° 003-97-TR al ubicarlo en el capítulo VI de su Texto Único Ordenado) que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva a diferencia de los despidos por causa grave que son de carácter objetivo (...)”.*

De las jurisprudencia precitadas anteriormente, podemos concluir que el criterio que viene predominando por la Corte Suprema, indica que a los trabajadores de dirección y confianza se les puede extinguir el vínculo laboral alegando únicamente la pérdida de confianza, lo cual es una decisión unilateral y subjetiva por parte del empleador, lo cual, aunado a lo resuelto por el IV Pleno Jurisdiccional en Materia Laboral, estaría vulnerando directamente el derecho a la estabilidad laboral y a la adecuada protección contra el despido arbitrario, prescrito en el artículo 27° de la Constitución Política del Perú, norma que no hace distinción alguna entre la calificación de trabajadores ordinarios o de dirección y confianza.

Sobre ello, dichos criterios podrían dar lugar a un ejercicio abusivo del derecho, por parte del empleador, por cuanto le da facultad de extinguir el vínculo laboral de un trabajador de dirección y/o confianza, alegando únicamente la pérdida de la misma, restringiéndole el derecho a la estabilidad laboral y poder interponer una acción judicial para salvaguardar su derecho a la protección contra el despido arbitrario.

A manera de ejemplo, podemos citar un análisis reciente realizado por el Tribunal Constitucional, recaída en el Expediente 00297-2020-PA/TC, mediante el cual resuelve una demanda de amparo interpuesta por una trabajadora que había cesada alegando la pérdida de confianza, cuando ella se encontraba embarazada.

Sobre ello, podemos ver que se origina un problema, el cual se presenta porque el trabajador despedido por el hecho de ocupar un cargo de confianza, es decir, por “*pérdida de confianza*”, al iniciar una acción judicial en defensa del derecho a la estabilidad en el cargo, esta no resultará con un resultado positivo, caso contrario con otros trabajadores despedidos que no tengan la condición de servidores de confianza, quedándose sin trabajo, simplemente por el ejercicio abusivo del derecho del empleador, basándose únicamente que el puesto que ocupa el despedido es un puesto de confianza: “(...) **28.** *Se advierte que a través de la Carta 122-UACyD-OA-OADM.GRALAESSALUD-2016, de fecha 15 de abril de 2016, la recurrente comunicó al gerente general de la Red Asistencial de EsSalud – Lambayeque que tenía veinte semanas de gestación, y también que, prácticamente un mes después, a través de la Resolución de Gerencia General 585-GE-ESSALUD-2016, de fecha 13 de mayo de 2016, notificada el 20 de mayo de 2016, se le informó de la decisión de retirarle la confianza, dándole las gracias por los servicios*

prestados. (...) 29. Siendo este el caso, se verifica que la recurrente fue cesada en su cargo únicamente con base en el retiro de la confianza, a pesar de haber comunicado previamente que se encontraba en estado de gestación. Al respecto, tal como fue explicado supra, con prescindencia de que su cargo fuera o no de confianza, en casos como este, el término de la relación laboral se presume como basado en el estado de gestación de la trabajadora al no mediar ninguna causal objetiva no vinculada con el embarazo, el nacimiento del hijo y sus consecuencias o la lactancia, en tanto no se advierte ninguna argumentación que revierta la presunción de inconstitucionalidad del despido; por el contrario, la entidad empleadora agradeció a la recurrente por los servicios prestados. (...)"

Asimismo, estaría contraviniendo la finalidad del texto normativo prescrito en el artículo 16° del D.S. 003-97-TR, el cual ha establecido las causales de extinción del vínculo laboral, mismas que únicamente obedecen a criterios objetivos y NO subjetivos, cuya finalidad es proteger el derecho a la estabilidad laboral de los trabajadores (ordinarios o de dirección y/o confianza).

III. LA ADECUADA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO.

Para poder analizar este punto, debemos comenzar desde el marco Constitucional.

La interpretación del artículo veintidós (22°) de la Constitución, relativo al derecho al trabajo, proyecta sus efectos sobre la interpretación de su artículo veintisiete (27°), según la cual "la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario", la que tomaremos como punto de partida para nuestro análisis.

Para la interpretación de esta norma resulta igualmente necesario, como en el caso del artículo veintidós (22°), recurrir al Protocolo de San Salvador, cuyo artículo siete (7°) inciso d)⁴⁴⁵ guarda directa conexión con el artículo veintisiete (27°) constitucional, por referirse ambos al despido. Así, como ya se acotó líneas arriba, el referido Tratado consagra el derecho a la estabilidad en el empleo, entendiendo por ésta la exigencia de una causa de justa separación como requisito para la validez del despido.

En tal sentido, la "protección contra el despido arbitrario" tendría como contenido primigenio y esencial la vigencia del "principio de causalidad" o, dicho de otro modo, la proscripción del despido incausado.

⁴⁴⁵ Artículo 7° literal d) del Protocolo de San Salvador: "Artículo 7 Condiciones Justas, Equitativas y Satisfactorias de Trabajo Los Estados partes en el presente Protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones nacionales, de manera particular. (...) d. la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional (...)"

La inconstitucionalidad del despido por pérdida de confianza sin derecho de indemnización para los trabajadores de confianza en el sector privado

Como se observa, el artículo veintisiete (27°) en análisis no indica en qué términos ha de entenderse esa "protección adecuada". En su lugar señala que la ley tiene la responsabilidad de establecerla; es decir, que su desarrollo está sujeto al principio de reserva de la ley, por lo que el derecho allí reconocido constituye lo que en la doctrina constitucional se denomina un derecho constitucional de configuración legal. Es decir, conforme nos ha indicado el Dr. Luis Castillo Córdova en su libro "Derecho al Trabajo y el Proceso de Amparo"⁴⁴⁶, el constituyente nada ha decidido sobre el contenido de este elemento abierto, solo ha ordenado que la definición venga decidida por la Ley. Ello, claro está, exige que, cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, éstas deban satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad vinculada a la Norma Suprema y el Tratado y, como dice expresamente el texto constitucional, se trate de medidas "adecuadas".

Por su parte el Tribunal Constitucional ha señalado que: "El derecho al trabajo en su contenido esencial 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 (...) 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"⁴⁴⁷. (Énfasis agregado nuestro).

En efecto, fue el artículo treinta y cuatro (34°) de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral la encargada de regular la protección delegada por el constituyente, estableciéndolo del siguiente modo:

"Artículo 34.- (...) Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente". (Énfasis agregado nuestro).

En consecuencia, según este artículo, existen dos tipos de despido arbitrario: el que es arbitrario porque no se ha expresado causa alguna (*ad nutum* o incausado) y el que es arbitrario porque habiéndose alegado causa justa, ésta no ha podido ser demostrada judicialmente, con el único efecto reparatorio para ambos, el de una indemnización.

La decisión que el Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Constitución, le ha dado a esta norma un giro, en esencia radical, para una correcta aplicación en respecto a los cánones inclusive supranacionales ya anotados.

En suma, el Tribunal Constitucional partió estableciendo tanto en la sentencia del 11 de julio del año 2002, Expediente 1124-2002-AA/TC, la inconstitucionalidad para el caso

⁴⁴⁶ Castillo, L. (2017): *Derecho al Trabajo y el Proceso de Amparo*. Palestra.

⁴⁴⁷ STC. 1124-2001. AA/TC. F.J 12

concreto, del segundo párrafo del citado artículo *ab initio*, esto es, en la parte que se encuentra referido al despido *ad nutum* o sin causa, en razón a que vacía de contenido el derecho al trabajo. En efecto, si como quedó dicho, uno de los aspectos de su contenido esencial es la proscripción del despido salvo por causa justa, este artículo al habilitar el despido incausado al empleador vacía totalmente el contenido de este derecho constitucional e inclusive, como veremos, otros derechos fundamentales más.

En virtud a lo acotado, podemos arribar a una sub clasificación de los despidos arbitrarios, cuyos efectos, a pesar de su condición, no son igualmente tratadas por el ordenamiento jurídico peruano; ya que el Tribunal Constitucional estima que la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo veintisiete (27°) de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnización (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso.

IV. CONSECUENCIAS JURÍDICA Y SITUACIÓN ACTUAL DE LOS TRABAJADORES DE DIRECCIÓN Y CONFIANZA EN EL SECTOR PRIVADO FRENTE AL DESPIDO ARBITRARIO: ANÁLISIS DE CRITERIOS JURISPRUDENCIALES.

En primer lugar, debemos precisar que, si bien al momento de ser emitido el VII Pleno Jurisdiccional en Materia Laboral, este NO tenía un carácter vinculante (conforme a lo dispuesto en el artículo 400° del Código Procesal Civil, mismo que dispone este carácter vinculante únicamente a los Plenos Casatorios), las decisiones adoptadas en este fueron adoptado por la mayoría de jueces en sentencias posteriores. Antes de iniciar con el análisis jurisprudencial, es menester acotar que, a raíz de la entrada en vigencia de la Ley N° 31591, “*Ley que Modifica el Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, aprobado por el Decreto Legislativo 768, y sus modificatorias, a fin de optimizar el recurso de Casación para fortalecer las funciones de La Corte Suprema De Justicia De La República Y dicta otras Disposiciones*” de fecha 26 de octubre del 2022, se ha modificado el artículo 112°⁴⁴⁸ del TUO de la Ley Orgánica del Poder Judicial, otorgándole el carácter vinculante a los Plenos Jurisdiccionales

⁴⁴⁸ Ley N° 31591: “(...) Disposición Complementaria Modificatoria: ÚNICA. **Modificación de artículos de la Ley Orgánica del Poder Judicial:** Se modifican los artículos 112 y 144 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, aprobada por el Decreto Legislativo 767, en los términos siguientes: “**Artículo 112. Plenos jurisdiccionales y acuerdos plenarios:** Los integrantes de las Salas Especializadas pueden reunirse en plenos jurisdiccionales nacionales, regionales o distritales a fin de concordar jurisprudencia de su especialidad, a instancia de los órganos de apoyo del Poder Judicial. Los jueces de las Salas Especializadas de la Corte Suprema pueden reunirse y aprobar, por mayoría absoluta, reglas interpretativas que serán de obligatorio cumplimiento e invocadas por los magistrados de todas las instancias judiciales. En caso de que los magistrados decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar su resolución, dejando constancia de las reglas interpretativas que desestiman y de los fundamentos que invocan”.

La inconstitucionalidad del despido por pérdida de confianza sin derecho de indemnización para los trabajadores de confianza en el sector privado

Supremos, con lo cual, a partir de la entrada en vigencia de dicha norma, el VII Pleno Jurisdiccional en Materia Laboral tiene un carácter vinculante.

Comenzamos citando casaciones laborales emitidas de forma previa al VII Pleno Jurisdiccional, como por ejemplo la Casación Laboral 18482-2015-Lima, misma que resolvió: “(...) Décimo sexto. En efecto, teniendo en cuenta el marco internacional así como nacional (constitucional y legal), es que [...] la indemnización por despido arbitrario, prevista en el artículo 34 concordante con el artículo 38 del Texto Unico Ordenado del Decreto Legislativo N.º 728, [...] concebida como una reparación del daño ocasionado al trabajador por la disolución abusiva e ilegal del contrato por parte de su empleador e interpretada sistemáticamente con las que emanan de las disposiciones contenidas en los artículos 43 y 44 del mismo cuerpo normativo (que conceptualizan al personal de dirección y a los trabajadores de confianza), no limita a aquellos, la protección adecuada contra el despido arbitrario al que se refiere el artículo 27 de la Constitución Política del Perú (...)”. (Énfasis Agregado nuestro).

Asimismo, la Casación Laboral 2037-2000-Piura, habría señalado que el retiro de confianza no es una causal justa de despido: “Quinto, [...] Respecto a la inaplicación del artículo 52 del Reglamento del Texto Único Ordenado del Decreto Supremo N.º 001-96-TR, que determina que la acción indemnizatoria se da en el caso del despido arbitrario y habiendo quedado establecido la existencia de una caso el despido arbitrario y sin la debida causa justa de despido, por no serlo el retiro de confianza y 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.”. (Énfasis Agregado nuestro)

Criterio similar fue adoptado en la Casación N° 3002-2012-Junín: “ (...) Séptimo: [No] obstante el ejercicio interpretativo del 2 párrafo del artículo 43° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral no se agota en el ámbito del método literal o finalista sino que su sentido y alcance debe ser definido a la luz del método sistemático de interpretación que permitirá delimitar su interpretación correcta; así examinada las demás disposiciones que contiene la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, cuyo ámbito de aplicación comprende a todas las Empresas y trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada, se advierte que el artículo 10 de la referida Ley reconoce en su último párrafo que la ampliación del período de prueba no podrá exceder de 6 meses en caso de trabajadores de confianza mientras en su primer párrafo consagra que superado el período de prueba el trabajador -sin distinción alguna- alcanza el derecho a la protección contra el despido arbitrario, con lo cual implícitamente viene a definir que el trabajador de confianza obtiene el derecho a la protección contra el despido arbitrario una vez superado el período de prueba lo que es ratificado con lo dispuesto en sus artículos 34 y 38 que no distinguen el derecho al pago de la indemnización por despido arbitrario en relación a la calidad de trabajador de confianza lo que a su vez guarda consonancia con el hecho que el artículo 16 de la acotada Ley que contempla los supuestos de la

extinción de la relación de trabajo, no prevea alguno vinculado a la posibilidad de su resolución unilateral vía la pérdida o el retiro de la confianza. En ese sentido, “sí bien el retiro de la confianza no se encuentra regulado en la ley como una causa de cese justificado, por constituir una situación especial y dado que lo originó la contratación de los trabajadores dirección y de confianza es justamente el vínculo de confianza entre el trabajador y empleador, debe entenderse que al desaparecer este elemento la relación de trabajo es irreparable y no debe subsistir, sin embargo, ello no supone que el empleador se liberará de la indemnización tarifada a que se hace referencia en el artículo 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (...)” (Énfasis Agregado nuestro)

De los pronunciamientos precitados, podemos concluir que, hasta antes de la emisión del Pleno, existía un criterio más amplio por parte de la Corte Suprema, al analizar la pérdida de confianza y otorgándole mayor protección a estos trabajadores, siendo que, conforme analizaremos a continuación, dichos criterios fueron cambiando.

A manera de ejemplo podemos citar lo resuelto en la Casación Laboral 5643-2017-Arequipa, de fecha 17 de diciembre del 2019: “(...) Décimo Quinto: Habiéndose acreditado que el demandante ha ingresado directamente a un cargo de confianza, conforme el artículo 43° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N.° 003-97-TR, corresponde mencionar que no es requisito indispensable para la extinción del vínculo laboral, que la demandada cumpla con lo previsto en el artículo 24° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N.° 003-97-TR, sobre las causas justas de despido, ni tampoco con el procedimiento de despido, regulado en los artículos 31° y 32° de la norma referida, pues, solo basta con el retiro de la confianza, para perfeccionar dicha extinción, atendiendo que la estabilidad laboral estará sujeto a la confianza del empleador, por ende, no corresponde el pago de una indemnización por despido arbitrario, de conformidad con lo previsto VII Pleno Supremo en materia laboral y previsional (...)”. (Énfasis Agregado nuestro)

Dicho criterio ha sido reiterado en la Casación N° 13704-2017-Lima, de fecha 28 de noviembre del 2019, misma que resuelve: “Décimo: En el presente caso, la parte recurrente denuncia la inaplicación del artículo 43° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N.° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada mediante Decreto Supremo N.° 003-97-TR sosteniendo que, al tener el demandante la calidad de personal de dirección y por ende, trabajador de confianza, no le corresponde el pago de una indemnización por despido arbitrario y la supuesta bonificación pactada, por lo que el Colegiado Superior incurre en grave infracción normativa al no tener en cuenta la disposición normativa denunciada y la jurisprudencia emitida por la Corte Suprema de Justicia de la República (...)”. (Énfasis Agregado nuestro)

Asimismo, la Casación Laboral 27837-2018 de Lima, misma que resolvió en su considerando OCTAVO: “(...) Esto es mantenía contacto directo con personal de dirección de la entidad y accediendo a información de carácter reservado, cumpliendo de esta forma con los requisitos para que su cargo sea considerado como

uno de confianza, no alcanzándole por tanto la reposición en su empleo ni la indemnización por despido arbitrario reclamado (...) El único supuesto en el que corresponde la indemnización por despido arbitrario para un trabajador de confianza es el caso que un trabajador haya sido promocionado a un cargo de confianza, 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 (...)."

Es decir, los criterios de la Corte Suprema citados en el párrafo precedente, podemos inferir un cambio en el criterio jurisprudencial, siendo que se reitera el hecho que los trabajadores de dirección y confianza, no tienen una protección contra el despido arbitrario, siguiendo los lineamientos del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional llevada a cabo el veintidós de mayo de dos mil dieciocho.

Finalmente, consideramos necesario citar lo desarrollado por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, en su Informe 145-2019-MTPE/2/14.1: "a) El tema del retiro de la confianza y sus consecuencias jurídicas ha sido materia de sendos pronunciamientos del Tribunal Constitucional así como de la Corte Suprema de Justicia, los mismos que han ido variando a lo largo del tiempo y nos permiten apreciar la falta de uniformidad de criterios jurisprudenciales respecto de si el retiro de confianza constituye una causal válida de terminación del vínculo laboral o si, por el contrario, supone un despido arbitrario que daría lugar al pago de la indemnización legal correspondiente. b) (...). En cambio, a criterio de ambos órganos jurisdiccionales, actualmente no correspondería el pago de indemnización por despido arbitrario al trabajador que ingresó a laborar directamente en un cargo de dirección o de confianza y su vínculo laboral se extingue por retiro de la confianza c) (...) Esto, por cuanto las normas constitucionales y legales no excluyen a los trabajadores de confianza y de dirección de la protección contra el despido arbitrario, lo cual abre la posibilidad jurídica de asumir una conclusión distinta a los criterios del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, esto es, el reconocimiento a todos los trabajadores de dirección y de confianza de la protección frente al despido arbitrario ante el retiro de la confianza. Cabe resaltar que un sector de la doctrina respalda esta idea. d) En opinión de esta Dirección de Normativa de Trabajo, y a la luz de la normativa vigente y nuestro sistema de fuentes del Derecho, no es posible afirmar que el pago de la indemnización por despido arbitrario, en virtud del retiro de la confianza, sea una consecuencia prohibida por el ordenamiento jurídico peruano".

V. CRÍTICA SOBRE AL VII PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIAL LABORAL DESDE UNA PERSPECTIVA SISTEMÁTICA DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO

Conforme se ha concluido en los numerales precedentes, de forma previa a la emisión del VII Pleno Jurisdiccional en Materia Laboral, existía un criterio jurisprudencial variante, siendo que, en reiterada jurisprudencia se reconocía que los trabajadores de confianza tenían protección contra el despido arbitrario, reconociéndoles el derecho a percibir la indemnización tarifada conforme al artículo 34° y 38° del D.S. 003-97-TR.

Sin embargo, a raíz de la publicación del Pleno bajo análisis, los criterios de los Órganos Jurisdiccionales ha variado considerablemente, siendo que, se ha uniformizado la opinión que los trabajadores de confianza del sector privado NO tienen derecho a indemnización contra el despido arbitrario, ello por cuanto (valga la redundancia), dependen de la confianza de su empleador, y al perderse esta, se puede extinguir el contrato laboral, ergo, esta prerrogativa al empleador que habría establecido el Pleno, se puede prestar a un ejercicio abusivo del derecho por parte de este último, siendo que, podría usar la figura de la pérdida de confianza para extinguir los contratos laborales sin que exista causal justa alguna, sobrepasando derechos laborales establecidos en la constitución.

Dentro de los derechos constitucionales que estaría inobservando la cuarta conclusión del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral, tenemos el derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario, establecido en el artículo 27° de la Carta Magna, siendo que dicho artículo NO ha establecido diferenciación alguna entre los trabajadores que se encontrarían dentro de esta protección y los trabajadores que NO, por lo tanto, **TODOS LOS TRABAJADORES** (incluidos los trabajadores de confianza), tienen derecho a una adecuada protección contra el despido arbitrario, siendo que, conforme hemos desarrollado en el presente artículo, el legislador ha dispuesto que esta adecuada protección corresponde a una indemnización tarifada (artículos 34 y 38 del D.S. 003-97-TR).

Esto ha sido desarrollado de igual forma por el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, quienes en su Informe 245-2019-MTEP/2/14.I, se concluyó que las normas que protegen a los trabajadores contra el despido arbitrario NO hacen distinción alguna entre la calificación de estos, por lo cual, TODOS los trabajadores deben estar protegidos contra el despido arbitrario.

Por ello, desde el punto de vista del autor, el VII Pleno jurisdiccional en Materia Laboral incurre en grandes falencias normativas de carácter constitucional, siendo que ha quitado la protección de los trabajadores de confianza contra el despido arbitrario, transgrediendo normas de carácter constitucional.

VI. TRABAJADORES DE CONFIANZA EN EL SECTOR PÚBLICO

Consideramos necesario hablar sobre la situación particular de los trabajadores de confianza del sector público y la libertad de designación y remoción de los mismos.

La inconstitucionalidad del despido por pérdida de confianza sin derecho de indemnización para los trabajadores de confianza en el sector privado

La definición de trabajador de confianza en el sector público la encontramos en el artículo 4° de la Ley N° 28175, Ley Marco del Empleo Público, la cual establece: “**2. 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”. Asimismo, tenemos la Ley N° 30057, Ley del Servicio Civil, en su artículo 3°: “(...) **e) Servidor de confianza.** Es un servidor civil que forma parte del entorno directo e inmediato de los funcionarios públicos o directivos públicos y cuya permanencia en el Servicio Civil está determinada y supeditada a la confianza por parte de la persona que lo designó. Puede formar parte del grupo de directivos públicos, servidor civil de carrera, o servidor de actividades complementarias. Ingresa sin concurso público de méritos sobre la base del poder discrecional con que cuenta el funcionario que lo designa. No conforma un grupo y se sujeta a las reglas que correspondan al puesto que ocupa (...)”

Como se puede concluir de dicho texto normativo, se establece que el trabajador de confianza del sector público dependerá del Funcionario Público que lo designa, siendo que, estarían supeditados de igual forma a la confianza de este, y además debemos recordar que la Ley Marco del Empleo Público señala como regla general que el ingreso a la administración pública es por **concurso público**, estableciendo sólo excepciones de ingreso sin concurso para los empleados de confianza, los funcionarios de libre nombramiento y remoción y los directivos de libre designación y remoción, mismos que podrían ser contratados mediante el régimen de Contratación Administrativa de Servicios, sin la realización del concurso público correspondiente.

Sin embargo deberíamos consultar si ello es suficiente para los trabajadores de confianza del sector público no tenga una protección contra el despido arbitrario y se le pueda extinguir el vínculo laboral alegando únicamente la pérdida de confianza, lo cual, dejamos abierto para una futura investigación que ahonde más en este temas, el cual consideramos que es amplio.

VII. CONCLUSIONES

1. Al prescribir nuestra Constitución que la Ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario, no hace distinción alguna entre trabajadores ordinarios con los trabajadores de confianza, ergo, la indicada protección comprende a todos los trabajadores sin excepción alguna, pues todos deben de gozar de los mismos derechos y obligaciones respecto a dicha protección prescrita en nuestra Carta Magna.

2. De igual forma, el D.S. 003-97-TR, T.U.O. de la Ley de Competitividad y Productividad Laboral, NO ha prescrito como causal justa de despido la “pérdida de confianza”, siendo que las ÚNICAS causas por las cuales un trabajador, sea de confianza o no, pueda ser despedido de forma justa, son: por la capacidad del trabajador (artículo 23° del D.S. 003-97-TR) o por inconductas laborales (artículo 24° del D.S. 003-97-TR), las cuales pueden ser: por comisión de falta grave (artículo 25°), comisión de delito doloso (artículo 27°) o por inhabilitación (artículo 28°), por tanto, el trabajador de confianza solo puede ser despedido por alguna de dichas causales, siempre que estas sean debidamente acreditadas.
3. Por ello, consideramos que lo desarrollado en el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral, estarían transgrediendo directamente las normas precitadas, por lo cual, deviene en inconstitucional, por cuanto, ha eliminado el derecho de los trabajadores de confianza a una adecuada protección contra el despido arbitrario.

IIE