

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



**UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y
CIENCIAS POLÍTICAS**

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS:

**FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA
INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO EN EL RÉGIMEN
PRIVADO A LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA EXCLUSIVA**

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL

Presentada por:

Bachiller: KEVIN DAVID DÍAZ ARCE

Asesor:

Mg. JUAN CARLOS DÍAZ SÁNCHEZ

Cajamarca – Perú

2021

COPYRIGHT© 2021 by
KEVIN DAVID DÍAZ ARCE
Todos los derechos reservados

UNIVERSIDAD NACIONAL DE CAJAMARCA

ESCUELA DE POSGRADO



UNIDAD DE POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS POLÍTICAS

PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

TESIS APROBADA:

FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO EN EL RÉGIMEN PRIVADO A LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA EXCLUSIVA

Para optar el Grado Académico de

MAESTRO EN CIENCIAS

MENCIÓN: DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL

Presentada por:

Bachiller: KEVIN DAVID DÍAZ ARCE

JURADO EVALUADOR

Mg. Juan Carlos Díaz Sánchez
Asesor

Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Jurado Evaluador

Dra. Cinthya Cerna Pajares
Jurado Evaluador

Cajamarca – Perú

2021



Universidad Nacional de Cajamarca
LICENCIADA CON RESOLUCIÓN DE CONSEJO DIRECTIVO N° 080-2018-SUNEDU/CD
Escuela de Posgrado
CAJAMARCA - PERU



PROGRAMA DE MAESTRÍA EN CIENCIAS

ACTA DE SUSTENTACIÓN VIRTUAL DE TESIS

Siendo las 18:00 horas del día 12 de agosto de dos mil veintiuno, reunidos a través de meet.google.com/ive-mugx-zgg, creado por la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, de la Universidad Nacional de Cajamarca, el Jurado Evaluador presidido por el **Dr. JOEL ROMERO MENDOZA**, **Dr. GLENN JOE SERRANO MEDINA**, **Dra. CINTHYA CERNA PAJARES**, y en calidad de Asesor el **Mg. JUAN CARLOS DÍAZ SÁNCHEZ**. Actuando de conformidad con el Reglamento Interno, y la Directiva para la Sustentación de Proyectos de Tesis, Seminarios de Tesis, Sustentación de Tesis y Actualización de Marco Teórico de los Programas de Maestría y Doctorado, se dio inicio a la Sustentación de la Tesis titulada: **FUNDAMENTOS JURÍDICOS PARA EL RECONOCIMIENTO DE LA INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO EN EL RÉGIMEN PRIVADO A LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA EXCLUSIVA**, presentada por el Bach. en Derecho y Ciencia Política **KEVIN DAVID DIAZ ARCE**.

Realizada la exposición de la Tesis y absueltas las preguntas formuladas por el Jurado Evaluador, y luego de la deliberación, se acordó **APROBAR** con la calificación de **DIECISIETE (EXCELENTE)** la mencionada Tesis; en tal virtud, el Bach. en Derecho y Ciencia Política **KEVIN DAVID DIAZ ARCE**, está apto para recibir en ceremonia especial el Diploma que lo acredita como **MAESTRO EN CIENCIAS**, de la Unidad de Posgrado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, con Mención en **DERECHO LABORAL Y PROCESAL LABORAL**.

Siendo las 19:20 horas del mismo día, se dio por concluido el acto.

.....
Mg. Juan Carlos Díaz Sánchez
Asesor

.....
Dr. Joel Romero Mendoza
Jurado Evaluador

.....
Dr. Glenn Joe Serrano Medina
Jurado Evaluador

.....
Dra. Cinthya Cerna Pajares
Jurado Evaluador

A:

“Porque de Él, y por Él, y para Él, son todas las cosas.”

Romanos 11:36

AGRADECIMIENTO

Al autor y consumidor de la vida, Dios, por guiarme por las sendas que contribuyeron en mi formación académica.

A mis padres y hermanos, quienes con mucha paciencia y apoyo incondicional han permitido que mis logros sean suyos.

A mi esposa e hija, quienes son mi fortaleza e inspiración para seguir adelante.

LISTA DE ABREVIACIONES

SIGLAS Y ABREVIATURAS

Art.	: Artículo
p.	: Página. El plural es, pp.
Corte IDH	: Corte Interamericana de Derechos Humanos
Convención IDH	: Convención Interamericana de Derechos Humanos
D. Leg.	: Decreto Legislativo
OIT	: Organización Internacional del Trabajo
CPE	: Constitución Política del Estado
TC	: Tribunal Constitucional
CSJ	: Corte Suprema de Justicia
C.C	: Código Civil
C.P.C.	: Código Procesal Civil

DISPERSIÓN TEMÁTICA

DEDICATORIA.....	v
AGRADECIMIENTO	vi
LISTA DE ABREVIACIONES	vii
DISPERSIÓN TEMÁTICA.....	viii
RESUMEN.....	xi
ABSTRACT	xiii
INTRODUCCIÓN	xv

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1.1. Planteamiento del problema.....	1
1.2. Formulación del problema.....	5
1.3. Justificación.....	5
1.4. Delimitación del problema	6
1.5. Antecedentes de la investigación.....	6
1.6. Tipo de investigación.....	10
1.7. Hipótesis	13
1.8. Objetivos de la investigación.....	13
1.9. Unidad de análisis.....	14
1.10. Métodos de investigación.....	14
1.11. Diseño de la investigación	16
1.12. Técnicas e instrumentos de investigación.....	16
1.13. Técnicas de contrastación de hipótesis	18

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

I. DERECHO AL TRABAJO.....	22
1.1. Sustento filosófico de los derechos fundamentales.....	22
1.2. El derecho al trabajo como derecho fundamental.....	25
1.3. Los Derechos fundamentales en la relación laboral.....	27
II. DERECHO A LA IGUALDAD LABORAL	25
2.1. Concepto de igualdad laboral	25
2.2. Regulación jurídica internacional sobre el derecho a la igualdad laboral	27
2.3. Regulación jurídica nacional sobre el derecho a la igualdad laboral	32
2.4. Concepción jurisprudencial sobre el derecho a la igualdad laboral	34

III: LA PROGRESIVIDAD LABORAL.....	40
3.1. Concepto	40
3.2. Concepción jurídica internacional.....	42
3.3. Concepción jurídica nacional.....	44
3.4. Concepción jurisprudencial.....	45
3.5. La relación con el principio protector.....	74
IV. EL DESPIDO ARBITRARIO.....	51
4.1. Concepto de despido arbitrario.....	51
4.2. Despido arbitrario como forma de extinción de la relación laboral	53
4.3. Despido arbitrario en la legislación internacional.....	54
4.4. Despido arbitrario en la legislación peruana	56
4.5. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el despido arbitrario de los trabajadores de confianza	58
4.6. Pronunciamientos de la Corte Suprema sobre el despido arbitrario de los trabajadores de confianza	64
V: LA INDEMNIZACIÓN	69
5.1. Concepto de indemnización	69
5.2. Elementos de la responsabilidad laboral que generan indemnización	70
5.3. Regulación internacional sobre la indemnización.....	71
5.4. Indemnización por despido arbitrario en la legislación peruana	74
VI. TRABAJADORES DE CONFIANZA.....	83
6.1. Diferencias entre el trabajador de dirección y el de confianza	82
6.2. Regulación internacional del trabajador de confianza	85
6.3. Regulación jurídica de los trabajadores de confianza en el Perú.....	96
6.4. Procedimiento para designar a un trabajador de confianza	97
6.5. Características de un trabajador de confianza	99
6.6. Clases de trabajador de confianza	102
6.7. Terminación de la relación laboral de un trabajador de confianza	106
6.8. Clases de terminación de la relación laboral en los trabajadores de confianza	107

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

I. EL RETIRO DE CONFIANZA COMO CAUSAL DE DESPIDO ARBITRARIO	111
1.1. La causal de retiro de confianza y la vulneración al principio de tipicidad	117

1.2. La causal de retiro de confianza y la vulneración al principio de proporcionalidad	119
1.3. La causal de retiro de confianza y la vulneración al principio de razonabilidad	121
II. LA ESTABILIDAD LABORAL DE LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA AL SUPERAR EL PERIODO DE PRUEBA.....	121
2.1. La protección de la estabilidad laboral relativa	124
III. LA IGUALDAD DE PROTECCIÓN LABORAL CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO.....	133
3.1. Prohibición de la discriminación en la protección contra el despido arbitrario ..	139
3.2. Diferencia entre discriminación y diferenciación	141
IV. EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD LABORAL Y LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA	142
4.1. La prohibición de regresividad laboral	145
4.2. Máximo uso de los recursos disponibles	153

CAPÍTULO IV

PROPUESTA LEGISLATIVA

CONCLUSIONES	162
RECOMENDACIONES	163
LISTAS DE REFERENCIAS.....	164
JURISPRUDENCIA	167

RESUMEN

El régimen de los trabajadores de confianza en el sector privado, en nuestro país se encuentra escasamente regulado, por ende, la presente investigación consideró como finalidad determinar los fundamentos jurídicos para el reconocimiento de la indemnización por despido arbitrario en el régimen privado a los trabajadores de confianza exclusiva, en el marco del Estado Constitucional de Derecho y bajo los alcances que rigen y regulan los derechos fundamentales al trabajo.

En ese sentido, se planteó como hipótesis que los fundamentos jurídicos para otorgar indemnización ante el despido arbitrario a los trabajadores de confianza exclusiva en el régimen privado, son: La regulación jurídica internacional y constitucional de la protección contra el despido arbitrario al superar el periodo de prueba, el derecho a la igualdad en la protección contra el despido arbitrario y el principio de progresividad y prohibición de la regresividad laboral; las mismas que fueron sometidas a su debida contrastación.

En la contrastación de hipótesis se utilizó la argumentación como método para construir los fundamentos jurídicos que determinan que un trabajador de confianza exclusiva tiene estabilidad laboral relativa una vez superar el periodo de prueba, y que ante un despido arbitrario supuestamente sustentado en el retiro de confianza procede la indemnización.

Finalmente, se concluye que el Perú al formar parte de los tratados internacionales, por el control de convencionalidad, por el principio de progresividad y por la Constitución Laboral, se protege a los trabajadores de confianza exclusiva -al igual que como a los otro tipos de régimen de trabajo-, en el acceso al trabajo y su permanencia; por lo que, se verifica que en nuestro sistema jurídico se brinda una

adecuada protección contra el despido arbitrario, sin importar el tipo de vínculo laboral que se genere, como respalda el análisis jurisprudencial. Así mismo, a la culminación del periodo de prueba, se genera estabilidad laboral relativa a favor de los trabajadores de confianza exclusiva, y entonces, el derecho a la protección contra el despido arbitrario es de igual aplicación para todo tipo de trabajador, debiéndose erradicar de esta forma la discriminación o menoscabo que, en perjuicio de los trabajadores de confianza exclusiva, por encontrarse en una relación especial de trabajo, se ha venido produciendo,

Palabras clave: Trabajador de confianza exclusiva, periodo de prueba, estabilidad laboral relativa, despido arbitrario, indemnización laboral.

ABSTRACT

The régime of the workers of trust in the private sector, in our country is barely regulated, for ende the present investigation considered as purpose to determine the juridical foundations for the recognition of the compensation for arbitrary discharge in the private régime to the workers of exclusive trust, in the mark of the Constitutional State of Right and under the reaches that govern and they regulate the fundamental rights to the work.

In that sense, he/she thought about as hypothesis that the juridical foundations to grant compensation before the arbitrary discharge to the workers of exclusive trust in the private régime, are: The international and constitutional artificial regulation of the protection against the arbitrary discharge when overcoming the period of test, the right to the equality in the protection against the arbitrary discharge and the progressivity principle and prohibition of the labor regressor; the same ones that were subjected to their due contrastación.

In the hypothesis contrastación it was used the argument like method to build the juridical foundations that determine that a worker of exclusive trust has relative labor stability once to overcome the period of test, and that before an arbitrary discharge supposedly sustained in the retirement of trust the compensation it proceeds.

Finally, you concludes that the Peru when being part of the international treaties, for the convencionalidad control, for the progressivity principle and for the Labor Constitution, it is protected the workers of exclusive trust - the same as I eat to the other types of work régime -, in the access to the work and their permanency; for that that, it is verified that in our juridical system you offers an appropriate protection against the arbitrary discharge, without caring the type of labor bond that is generated, like it

supports the analysis jurisprudencial. Likewise, to the culmination of the period of test, relative labor stability is generated in favor of the workers of exclusive trust, and then, the right to the protection against the arbitrary discharge is of same application for worker's type, should eradicate this way the discrimination or damage that in the workers' of exclusive trust damage, to be in a special relationship of work, one has come taking place,

Words key: *Worker of exclusive trust, period of test, relative labor stability, I discharge arbitrary, labor compensation.*

INTRODUCCIÓN

En los últimos años, las fuentes del derecho han tenido mayor influencia en el desarrollo del derecho laboral; siendo una de ellas la jurisprudencia, la cual actualmente ha adquirido importante relevancia.

Muestra de lo señalado se tiene que, el tratamiento de los trabajadores de confianza dentro del sector privado, es uno de los temas que mayor incidencia jurisprudencial ha tenido, por parte del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de la República, toda vez que a través de ellos se ha desarrollado los tipos de trabajadores de confianza que existen y las clases de estabilidad laboral que se genera, a fin de diferenciarlos de los trabajadores comunes.

Ahora bien, no se puede pasar por alto la constitucionalización del derecho al trabajo, la cual pone en relieve la igualdad laboral sin importar el tipo de contratación en la que se encuentre un trabajador, además de la progresividad de los derechos laborales, los cuales deben ir en avance continuo y nunca en desmedro del trabajador, por lo que surge una protección razonable y justificada para todo trabajador, aún si estos tienen la condición de trabajador de confianza exclusiva.

Así, la presente tesis formuló el siguiente problema de investigación: ¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para el reconocimiento de la indemnización por despido arbitrario en el régimen laboral privado a los trabajadores de confianza exclusiva?, siendo que dicho problema permitió prever de posibles consecuencias con relevancia jurídica para el interés público, la sociedad misma y la eventual indemnización a los trabajadores de confianza exclusiva por despido bajo la causal de retiro de confianza.

Ante tal circunstancia, nos llevó a reflexionar si el retiro de confianza puede considerarse como arbitrario y de ser el caso, un trabajador de confianza exclusiva le acogería algún derecho de protección contra tal despido arbitrario, derecho que es propugnado por la Constitución Política del Perú en su artículo 27°, y de existir una protección cual sería, teniendo en cuenta que doctrinariamente se concibe dos regímenes de protección como lo son la restitutoria y la resarcitoria.

De lo señalado es que, en la presente investigación se analizó las diferentes clases de estabilidad laboral y se determinó cuál de ellas es acogida por los trabajadores de confianza exclusiva, cuya finalidad buscó un aporte que permita regular en la legislación laboral peruana una debida protección a los trabajadores de confianza exclusiva, respetando y armonizando los derechos del trabajador con los del empleador y así mismo con las normas laborales existentes.

En tal sentido, para el objeto materia de análisis, únicamente nos referimos a la relación laboral entre el empleador y el trabajador de confianza dentro del régimen privado, que el trabajador haya superado en periodo de prueba y que no exista una causa objetiva para el despido; por lo que, dentro de los objetivos se buscó estudiar las características y los efectos del trabajo al superar el periodo de prueba, y el derecho a la protección contra el despido arbitrario; así como el análisis de la vigencia del principio del derecho de la igualdad en la protección frente al despido arbitrario de los trabajadores de confianza exclusiva; el análisis de los efectos de la progresividad y no regresividad laboral; finalizando con la construcción de una propuesta normativa que brinde adecuada protección jurídica frente al despido arbitrario de los trabajadores de confianza exclusiva; utilizando para dicho fin las técnicas del fichaje, observación documental y la

técnica de legisferante, con el uso de los métodos de investigación genéricos y los propios del derecho como la dogmática jurídica, la hermenéutica, el método comparativo, argumentativo y teleológico.

Por lo que, la hipótesis que se sometió a contrastación fue que los fundamentos jurídicos para el reconocimiento de la indemnización por despido arbitrario en el régimen privado a los trabajadores de confianza exclusiva son: El retiro de confianza como causal de despido arbitrario; la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza al superar el periodo de prueba; la igualdad de protección laboral contra el despido arbitrario; el tratamiento jurisprudencial del principio de progresividad laboral y los trabajadores de confianza.

Finalmente, la investigación planteada tiene una propuesta normativa, que pretende modificar los artículos 34° y 38° del Teto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, modificación que busca otorgar adecuada protección contra el despido arbitrario a los trabajadores de confianza exclusiva.

CAPÍTULO I

PLANTEAMIENTO METODOLÓGICO

1.1. Planteamiento del problema

El factor de producción que siempre ha estado presente en la vida del ser humano, es el trabajo, por lo que la dación de normas y principios laborales han buscado la equiparación de los sujetos intervinientes en la relación laboral, que son el empleador y el prestador de servicios, buscando siempre la protección de la parte más débil, el trabajador.

En ese sentido, dentro del régimen laboral de la actividad privada, el legislador peruano busca proteger todo tipo de relación laboral, como por ejemplo a los trabajadores ordinarios, a los trabajadores sujetos a modalidad y a los trabajadores de relación especial.

Dentro de los trabajadores de relación especial la doctrina y la jurisprudencia contemplan a los trabajadores de dirección y de confianza. Es necesario señalar que se ha llegado a diferenciar dos tipos de trabajadores de confianza, por un lado, se tiene a los trabajadores de confianza mixta, los cuales llegan a ocupar ese cargo en forma ascendente dentro del mismo centro laboral; por otro lado, se tiene a los trabajadores de confianza exclusiva, los cuales, sin mediar contrato anterior con la empresa, llegan a ocupar directamente el cargo de confianza.

Cabe precisar que las normas laborales reconocen los mismos derechos para ambos tipos de trabajadores de confianza, con lo cual se fortalece la unanimidad proteccionista del derecho fundamental al trabajo, y así mismo se elimina todo tipo de discriminación laboral.

Así mismo, a los trabajadores de confianza exclusiva y mixta se les despide bajo el supuesto de retiro de confianza, produciéndose el despido sin lugar a la indemnización y menos a la reposición laboral.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de la República, en un principio tuvieron divergencias respecto de asignar iguales derechos a los trabajadores de confianza mixta y a los trabajadores de confianza exclusiva, esto en cuanto a la indemnización que correspondería en caso de despido por retiro de confianza; en ese sentido, se tiene que, mediante las sentencias N° 1124-2001-AA/TC (11/07/2002), N° 976-2001-AA/TC (13/03/2003) y el precedente vinculante N° 0206-2005-PA/TC (28/11/2005) se estableció que ante un despido incausado o fraudulento, se debía reponer al trabajador o indemnizarlo, según decisión del trabajador; es decir, el trabajador podría optar entre ser repuesto a su centro de labores o ser indemnizado por el despido arbitrario. Cabe recalcar que, en las sentencias y el precedente señalado no se hizo mención si existía o no diferencia para los trabajadores ordinarios o los trabajadores de confianza, por lo que se entendió que para ambos casos se debería tramitar de la misma manera.

Siendo así, se tiene que, el Tribunal Constitucional, en un inicio desarrolló la tesis de conceder el derecho de indemnización a los trabajadores de confianza exclusiva en los despidos arbitrarios, así como lo señaló en la STC N° 00078-2006-PA/TC (13/04/2007), que en su fundamento 5 prescribe: “Al respecto, en las sentencias recaídas en los Expedientes N° 05 0746-2003-AA/TC, 4492-2004-AA/TC y 1651-2005-AA, hemos precisado que quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición, sino la indemnización”.

Posteriormente el Tribunal Constitucional cambió de criterio mediante las sentencias N° 03501-2006-PA/TC (15/03/2007), 03926-2007-PA/TC (17/10/2007), N° 641-2010-PA/TC (18/08/2010) y en la sentencia N° 1012-2010-PA/TC (12/04/2011), considerando que no es susceptible de indemnización el trabajador de confianza exclusiva cuando el despido se basó en el retiro de confianza.

Por otro lado, la Corte Suprema, en las Casaciones N° 2634-2009- Junín (10/03/2010), y N° 4298-2009- Huánuco (19/11/2010) ha señalado que no es causal de despido la falta de confianza, por lo que si correspondería indemnizar a un trabajador de confianza exclusiva cuando es despedido arbitrariamente. Así mismo, en la Casación Laboral N° 3002-2012- Junín (11/03/2012) en su fundamento séptimo, basándose en el artículo 10° del decreto legislativo 728, en el que se señala que, una vez superado el periodo de prueba el trabajador alcanza protección contra el despido arbitrario (no haciendo distinción alguna respecto a los trabajadores de dirección y confianza), de igual manera, en el artículo 34° y 38° del mismo cuerpo normativo, no se distingue entre trabajadores para hacerlos merecedores del pago de la indemnización por despido arbitrario.

En ese orden, en la Casación Laboral antes referida (Casación Laboral N° 3002-2012- Junín) se reafirmó que, la falta de confianza como causal de despido no está contemplada por ley, por tanto, se configuraría como un despido subjetivo. De esta forma, en la referida sentencia se llega a la conclusión que a los trabajadores de confianza y de dirección les corresponde el derecho de indemnización por despido arbitrario.

De todo lo cual, se puede advertir que entre las máximas instancias de justicia del país existen criterios contradictorios en lo referido a determinar si corresponde o no la indemnización por retiro de confianza a los trabajadores de confianza exclusiva.

Por tal razón, en diciembre de 2017, se llevó a cabo el Pleno Jurisdiccional Laboral Distrital de Lima, en el que los Vocales Laborales acordaron que no corresponde indemnizar a los trabajadores de confianza exclusiva cuando sean despedidos por el retiro de la misma, criterio que ha sido confirmado en la Casación N° 4396-2017- Lima (11/07/2018).

En ese mismo sentido el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional del 22 de mayo del 2018, se acordó por mayoría que los trabajadores de confianza exclusiva de la actividad privada no serán pasibles de recibir una indemnización por el despido que tiene como causa el mero retiro de la confianza.

Como se puede apreciar, luego de muchos cambios de criterio respecto de la indemnización por despido arbitrario a favor de los trabajadores de confianza exclusiva del régimen privado, a simple vista parece haber quedado solucionado el problema, empero se determinó en la presente investigación que tales criterios vacían el contenido de los derechos laborales en cuanto a la debida protección contra el despido arbitrario reconocido nacional e internacionalmente.

Por lo que, desde la perspectiva del Derecho al Trabajo surgió la necesidad de estudiar la modalidad especial en la que se encuentran los trabajadores de confianza exclusiva y sentar los fundamentos jurídicos para el reconocimiento de la indemnización por despido arbitrario.

1.2. Formulación del problema

¿Cuáles son los fundamentos jurídicos para el reconocimiento de la indemnización por despido arbitrario, en el régimen laboral privado, a los trabajadores de confianza exclusiva?

1.3. Justificación

Se hace necesario determinar si existe o no despido arbitrario en el caso del despido de los trabajadores de confianza exclusiva bajo el amparo del retiro de la confianza, y si hay vulneración de derechos, para luego exponer los criterios contradictorios del TC, que también justifican el trabajo

En ese sentido, de la revisión de las sentencias emitidas en el tiempo por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de la República, se advierte la variación de criterios sobre el derecho de indemnización a los trabajadores de confianza exclusiva por despido arbitrario dentro del régimen privado; sobre todo, en los últimos pronunciamientos, donde las máximas instancias de justicia han optado por desconocer la igualdad de derechos de los trabajadores de confianza en relación a la indemnización por despido arbitrario, haciendo una distinción entre los trabajadores de confianza mixta y los trabajadores de confianza exclusiva, otorgando tal derecho solo a los primeros.

En razón de ello y dada la necesidad de identificar si los trabajadores de confianza exclusiva tienen o no derecho a ser indemnizados por despido arbitrario nace la presente investigación, con la finalidad de contribuir con el avance jurídico científico en el tema y sentar las bases que definan el reconocimiento del referido derecho en caso lo amerite.

1.4. Delimitación del problema

La presente tesis por el tipo y la naturaleza de la investigación no se aplica un ámbito espacial concreto ni temporal determinado, dado que se buscó estudiar y analizar cuáles son los fundamentos jurídicos para el reconocimiento de la indemnización a los trabajadores de confianza exclusiva por despido arbitrario en el régimen privado.

1.5. Antecedentes de la investigación

Luego de la búsqueda en la página de Sunedu, Concitec, Renati y la Unidad de Posgrado de la UNC, se tiene que, la presente tesis cuenta con los siguientes antecedentes de investigación:

En ese sentido se tiene la investigación realizada por Carlos Ramiro Concha Valencia – “Análisi de la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza según el Tribunal Constitucional”. Tesis para optar el grado de magíster en derecho de la empresa con mención en Gestión Empresarial. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima – Perú, 2014.

Esta tesis contribuye a la presente investigación en el sentido de la organización cronológica de los pronunciamiento del Tribunal Constitucional, además de que el investigador precisa que el retiro de la confianza es una causal subjetiva que solo es aplicable a los trabajadores de confianza, lo cual genera que éstos no soliciten la reposición laboral, dado que el empleo se sustenta en la confianza que el empleador deposita en el trabajador; no obstante, queda a salvo su derecho de solicitar la indemnización correspondiente. La tesis citada concluye, entre otras cosas, en lo siguiente:

La falta de regulación en cuanto a la extinción de la relación laboral de los trabajadores de confianza por pérdida de la confianza, hace necesario plantear una propuesta normativa de solución redactada de la siguiente manera: “La pérdida de la confianza no constituye una causa justa de despido, sin embargo, conlleva a la extinción de la relación laboral de los Trabajadores de Confianza, siempre que estos hayan accedido a estos puestos desde el inicio de la relación laboral, teniendo derecho a una indemnización por despido arbitrario, mas no a su reposición, salvo que el Trabajador de Confianza despedido haya sido promovido a dicho puesto habiendo ocupando antes un puesto común. (Conclusión 16, p. 72)

En ese sentido, se advierte que, si bien es cierto, la investigación mencionada desarrolla el reconocimiento de la indemnización a los trabajadores de confianza que desde el inicio ocuparon dicho cargo; sin embargo no desarrolla las implicancias jurídicas de la estabilidad laboral relativa que se genera al superar el periodo de prueba.

Luis Alejandro Díaz Castañeda – “Consecuencias de un despido inexistente a un empleado de confianza del sector público sujeto al régimen de la actividad privada” Tesis presentada para optar el título profesional de abogado. Universidad Privada del Norte. Trujillo – Perú, 2016.

El autor señala que si bien es cierto existe el derecho de indemnizar a los trabajadores de confianza despedidos arbitrariamente, no obstante tal derecho constituye fraude a la ley si el empleador y el trabajador de confianza simulan un despido arbitrario para cobrar la indemnización cuando el despido surgió del mutuo disenso, así como se señala en la primera conclusión:

Del estudio desarrollado, se concluye que la decisión de una entidad pública de otorgar una indemnización por despido arbitrario a un empleado de confianza del Sector Público sujeto al régimen de la actividad privada, al cual se le ha retirado la confianza, constituye fraude en materia laboral, cuando se sustituye una extinción del vínculo laboral por mutuo disenso, entre el trabajador y el titular o responsable de la entidad, por una simulación de despido arbitrario para obtener dicho derecho indemnizatorio (p. 187).

Así mismo, el autor de la tesis desarrolla el concepto de buena fe laboral entre las partes, mencionando en su segunda conclusión que: “(...) el principio de buena fe laboral, es una regla general del derecho y su esencia radica en la conducta de las partes, ya sea en la celebración, ejecución o extinción del vínculo laboral” (p. 187). En ese sentido, su aporte radica en las implicancias de la buena fe laboral cuando los despidos no se sustentan en una causal objetiva.

Wilder Joubert Morón Sánchez – “La protección frente al despido arbitrario del trabajador de confianza en el sector público y privado”. Trabajo académico para optar el grado de segunda especialidad en Derecho del Trabajo y la Seguridad Social. Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima – Perú, 2017.

Esta tesis contribuye a la presente investigación en el sentido de no considerar el retiro de confianza como motivo justo para la extinción del vínculo laboral, dado que no se ajusta a una causal objetiva, y de producirse tal despido debe considerarse como arbitrario por lo que el trabajador tiene derecho a una indemnización. La tesis en mención en su primera conclusión señala:

Consideramos que el trabajador de confianza en el Sector Privado, debe tener la misma protección frente a la voluntad extintiva unilateral del empleador, que un trabajador ordinario, debiéndose procurar su estabilidad laboral relativa, pues los instrumentos legales no validan al retiro de confianza como una causal de extinción de contrato de trabajo, ni tampoco está configurado como una causa justa de despido, al ser una causal subjetiva; por lo que urge efectuar una reforma inmediata que regule claramente la procedencia del despido para esta categoría de trabajadores en el sector privado(...). (pp. 16-17)

Miriam Grace Zaga Castillo, Iris Gleny Chayña Vilca – “Análisis de la pérdida de confianza como causal de despido en la relación laboral en el Perú”. Tesis presentada para optar el título profesional de abogado. Universidad Nacional del Altiplano. Puno – Perú, 2017.

Esta tesis señala la importancia de la implementación normativa en el dinamismo y el constante cambio del derecho laboral a través del tiempo, con la finalidad de evitar vacíos legales, como resulta del caso de retiro de confianza para ser considerado como despido justo. En ese sentido, la tesis en su segunda conclusión señala:

El despido por la falta de confianza tiene naturaleza subjetiva, pues el elemento esencial de la confianza se traduce en la fe que se deposita en la relación laboral. De acuerdo a la pérdida de confianza el empleador podría tener dos condiciones para despedir al trabajador [las cuales son] objetivas y subjetivas. En el primer caso el despido no tendrá como consecuencia una responsabilidad por parte del empleador siempre y cuando sea de acuerdo a los principios de proporcionalidad y causalidad (causa justa). En el segundo caso el empleador si tendrá responsabilidad para con su trabajador. Así la pérdida de confianza no debe responder solamente a valoraciones subjetivas del patrono, pues podría abusarse de esta justificativa, por eso debe existir objetivamente un conjunto de hechos de los cuales se desprenda la valoración subjetiva del empleador de que hay un motivo justificado de despido. (p. 97)

El autor de la tesis busca la regulación expresa del retiro de la confianza como causa justa de despido, la cual debe basarse en fundamentos sólidos que lo hagan posible dentro del marco legal. No obstante, con la presente investigación se pretende demostrar que las causas subjetivas del despido contravienen el contenido esencial del derecho al trabajo.

Jhan Christian Obando Chafloque – “El régimen de protección contra el despido arbitrario de los trabajadores de confianza del sector privado en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Suprema”. Tesis presentada para optar el título profesional de abogado. Universidad Nacional de Trujillo. Trujillo – Perú, 2018.

La tesis en mención precisa que el despido arbitrario se configura a través de causas no establecidas en la norma legal, en ese sentido señalar el retiro de

confianza como causa de despido para los trabajadores de esa naturaleza lo convierte en arbitrario. Es así que, en la primera conclusión se señala:

El cese por “retiro o pérdida de confianza” en los trabajadores de confianza del sector privado, sin estar sustentado en un hecho objetivo relacionado con su capacidad o su conducta del trabajador, constituye una práctica empresarial que no se ajusta a lo establecido en nuestra legislación laboral vigente. Por ello, el cese por “retiro o pérdida de confianza” en esta categoría de trabajadores no sustentado en causa justa constituye un supuesto de despido arbitrario. (p. 146)

Así mismo, la mencionada tesis, precisa que al trabajador de confianza mixta ante un despido sustentado en una causa subjetiva le corresponde decidir entre la indemnización o la reposición a su centro laboral. Por otro lado, al trabajador de confianza exclusiva ante tal despido solo le asiste la debida indemnización.

El régimen de protección contra el despido arbitrario que le asiste a los trabajadores de confianza del sector privado cesado por “retiro o pérdida de confianza” es de tipo resarcitorio, es decir, el pago de una indemnización por dicho despido, salvo el caso del trabajador común que fue promocionado a un cargo de confianza, el cual podrá optar entre el derecho a la reposición al puesto de común o la indemnización por despido arbitrario en forma excluyente. (tercera conclusión). (pp. 146-147)

En ese sentido, se tiene que no existe investigaciones iguales a la presente tesis planteada.

1.6. Tipo de investigación

1.6.1 De acuerdo al fin que se persigue

1.6.1.1. Básica

El presente trabajo de investigación es de tipo básica, dado que se estudia al fenómeno jurídico como se presenta en la realidad, es decir a través de ella se busca interpretar las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema a la luz de la Constitución, Convenios de la OIT y las normas laborales

vigentes, para proponer soluciones a las controversias generadas por las sentencias contradictorias sobre el reconocimiento de la indemnización a los trabajadores de confianza exclusiva del régimen privado cuando sean pasibles de despido arbitrario.

1.6.2. De acuerdo al diseño de investigación

1.6.2.1. Descriptiva

“De acuerdo a esta tipología, la investigación consiste en describir las partes o rasgos de fenómenos fácticos o formales del derecho” (Aranzamendi Ninacondor, 2015, p. 243).

En la presente investigación, se describe y explica el derecho de la estabilidad absoluta y relativa dentro de la relación laboral en el régimen privado, así como las causales para el otorgamiento de la indemnización cuando surga un despido arbitrario. De igual manera se describe la naturaleza de los trabajadores de confianza exclusiva y se desarrolla los tipos de despido arbitrario, así mismo se analiza los fundamentos jurídicos de las sentencias emitidas tanto por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema sobre el desconocimiento del derecho de indemnización de los trabajadores de confianza exclusiva.}

1.6.2.2. Explicativa – Causal

Este tipo de investigación “No solo busca describir el problema, sino que intenta encontrar las causas y explicarla, lo que significa teorizar racionalmente acerca del hecho o fenómeno jurídico” (idem, 2015, p. 248).

En la presente investigación se identifican las causas y fundamentos de las sentencias contradictorias sobre la indemnización de los trabajadores de

confianza exclusiva del régimen privado. Además se analiza y se cuestiona las normas concernientes al tema.

1.6.2.3. Propositiva

“En una investigación jurídica propositiva, se analiza la ausencia de una norma o se cuestiona una existente, determinando sus límites y deficiencias para proponer una nueva, la derogación o la reforma” (idem, 2015, p. 246).

A través de la presente investigación, se sientan las bases de la propuesta de modificación del artículo 34° y 38° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. Y se redacta la forma en que ésta debe contemplarse.

1.6.3. De acuerdo a los métodos y procedimientos que se utilizan

1.6.3.1. Cualitativa

La investigación planteada es de tipo CUALITATIVO de la ciencia, porque realiza la recolección de datos para descubrir o afinar preguntas de investigación en el proceso de interpretación sin la utilización de procedimientos estadísticos, experimentales u otro tipo de cuantificación.

En ese sentido, en la presente investigación no se manipuló variables o categorías de investigación, sino que por el contrario se centró en la búsqueda de información jurisprudencial y doctrinal, relacionada a instituciones jurídicas objeto de análisis a fin de abordar el problema planteado.

1.7. Hipótesis

Los fundamentos jurídicos para el reconocimiento de la indemnización por despido arbitrario en el régimen privado a los trabajadores de confianza exclusiva, son:

- a) La protección contra el despido arbitrario al superar el periodo de prueba.
- b) El derecho de la igualdad en la protección contra el despido arbitrario.
- c) El principio de progresividad y la prohibición de la regresividad laboral.

1.8. Objetivos de la investigación

1.8.1. Objetivo general

Determinar los fundamentos jurídicos para el reconocimiento de la indemnización por despido arbitrario a los trabajadores de confianza exclusiva en el régimen privado.

1.8.2. Objetivos específicos

1. Estudiar las características y efectos del derecho al trabajo al superar el periodo de prueba y el derecho a la protección contra el despido arbitrario.
2. Analizar la vigencia del principio del derecho de la igualdad en la protección frente al despido arbitrario de los trabajadores de confianza exclusiva.
3. Analizar los efectos de la progresividad y no regresividad laboral.
4. Construir una propuesta normativa que brinde adecuada protección jurídica frente al despido arbitrario de los trabajadores de confianza exclusiva.

1.9. Unidad de análisis

Conforme a la naturaleza de la presente investigación, no es posible identificar la unidad de análisis, dado que no se examinará expedientes, procesos judiciales o estadísticas jurídicas.

1.10. Métodos de investigación

1.10.1. Genéricos

1.10.1.1. Método deductivo

Este método se utiliza para la recolección de información partiendo desde lo general (la regulación jurídica de los trabajadores de confianza) a lo particular (el carácter indemnizatorio cuando sea pasible de un despido arbitrario).

Además, a través de este método, en la presente investigación implicó la recolección de información ordenada y sistematizada que hizo posible sus fines; así mismo, nos permitió rebatir algunos conceptos respecto a la superación del periodo de prueba, el cual genera estabilidad laboral absoluta y estabilidad laboral relativa; por otro lado, nos permitió proponer los efectos jurídicos que se presentan con el despido sustentado en el retiro de confianza.

1.10.1.2. Método Analítico

Este método “(...) es el proceso derivado del conocimiento a partir de las leyes” (Behar Rivero, 2008, p. 46)

En la presente investigación, se analiza las sentencias emitidas por la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional respecto de la indemnización de los trabajadores de confianza exclusiva del régimen privado por despido arbitrario,

así mismo se estudia las normas jurídicas respecto de los trabajadores de confianza y las que regulan los supuesto de indemnización.

1.10.2. Propios del derecho

1.10.2.1. Método Dogmático

Se entiende como dogmática jurídica al método que considera un conjunto de axiomas o principios para construir, a la luz de operaciones lógicas, nuestra comprensión del Derecho” (Ramos Núñez, 2000, pp. 73, 74).

A través de este método, a partir de los principios propios del Derecho al Trabajo como el de igualdad, se investiga si también corresponde la indemnización a los trabajadores de confianza exclusiva cuando sean despedidos arbitrariamente a la luz de principios laborales preestablecidos.

1.10.2.2. Hermeneutica Jurídica

Este método es fundamental para la investigación, pues a través de la adecuada interpretación de las normas y/o de las fuentes del derecho se podrá determinar si corresponde la indemnización a los trabajadores de confianza exclusiva del régimen privado cuando son despedidos arbitrariamente.

1.10.2.3. Método comparativo

Mediante éste método comparamos y analizamos la regulación jurídica de los trabajadores de confianza en otros sistemas jurídicos distintos al peruano y verificamos que es posible consagrar legislativamente la indemnización como forma reparatoria ante los despidos sustentados en el retiro de confianza.

1.10.2.4. Método argumentativo

Éste método nos permitió establecer y construir los fundamentos jurídicos para la indemnización por despido sustentado en la causal de retiro de confianza de los trabajadores de confianza exclusiva.

1.10.2.5. Método Teleológico

Con éste método se analizó la finalidad de las normas que regulan el despido arbitrario, la estabilidad laboral relativa y la indemnización laboral.

1.11. Diseño de la investigación

La presente tesis presentó una naturaleza jurídica, no experimental, de naturaleza explicativa y propositiva.

No experimental debido a que se estudió la realidad jurídica tal y como es, sin manipulación de variables o cuadros estadísticos.

Así mismo, es explicativa debido que se estudió y se analizó el objeto de estudio, culminando con una explicación racional y debidamente fundamentada. Y por último es propositiva, en razón de que se concluyó con una propuesta legislativa de modificación normativa, con lo cual se obtenga una mejora en el tratamiento de los trabajadores de confianza exclusiva.

1.12. Técnicas e instrumentos de investigación

1.12.1. Técnicas de investigación

Durante la presente tesis se utilizó las siguientes técnicas de investigación, con los cuales se obtuvo los resultados esperados:

1.12.1.1. Fichaje

En la realización de la tesis, principalmente en la parte dogmática, se utilizó la técnica del fichaje para la recolección de la información, dado que a través de esta técnica se pudo recolectar y seleccionar material bibliográfico que hizo posible fundamentar la presente investigación.

1.12.1.2. Observación documental

La presente investigación se valió de la observación documental, debido a que “esta técnica se utiliza para el acopio de datos de los diversos documentos a estudiar y analizar” (Ramos Núñez, 2000, p. 208). En este caso, de las diversas sentencias del Tribunal Constitucional, de la Corte Suprema de Justicia y de los Plenos Jurisdiccionales que se han referido al tema objeto de investigación.

1.12.1.3. Técnica legisferante

Esta técnica nos permitió elaborar la propuesta legislativa a partir de los resultados obtenidos en el presente trabajo de investigación.

1.12.2. Instrumento de investigación

1.12.2.1. Ficha resumen

Para la técnica del fichaje, la presente investigación se valió del instrumento de resúmenes, puesto que de esa forma se captó información relevante y sistematizada, con la finalidad de lograr los resultados propuestos.

1.12.2.2. Ficha bibliográfica

Para la técnica del fichaje, también se hizo uso de las fichas bibliográficas, dado que de esta manera se seleccionó cronologicmaente los libros consultados para la realización de la presente investigación.

1.12.2.3. Ficha comentarios

A través de las ficha comentarios se recolectó información relevante y sistematizada, cumpliendo con la finalidad de contrastarlos al culminar la presente investigación.

1.12.2.4. Libreta de notas

En cuanto a la técnica de observación documental, se utilizó el instrumento de libreta de notas, por lo que ayudó en forma efectiva organizar la información recabada, además de que es más factible su utilización.

1.13. Técnicas de contrastación de hipótesis

La presente investigación tiene un enfoque con tendencia cualitativa, en razón de que no se efectuó mediciones ni aproximaciones estadísticas, por lo que, para la realización de la contrastación de hipótesis se utilizó la argumentación para construir la concepción jurídica relacionada con la determinación de los fundamentos jurídicos para el reconocimiento de la indemnización por despido arbitrario a los trabajadores de confianza exclusiva del régimen privado.

CAPÍTULO II

MARCO TEÓRICO

I. DERECHO AL TRABAJO

1.1. Sustento filosófico de los derechos fundamentales

Los derechos fundamentales son aquellos que están inherentes a la persona humana; por lo que siendo ello así, los derechos fundamentales tienen una naturaleza imprescindible en la regulación de todo Estado Social de derecho, las cuales no solamente comprende principios, sino que también considera a las normas; al mismo tiempo, distingue las primeras (principios) de las segundas (normas) para la solución de problemas dogmáticos en su regulación (Barranco, 2009, p. 82).

En ese sentido, los principios son mandatos de optimización jurídica que se caracterizan por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferentes grados (Alexy, 1993, p. 241); por otro lado, las reglas pueden ser cumplidas o incumplidas. De lo mencionado, se advierte que, ante la posible existencia de un conflicto entre un principio y una norma jurídica, debe prevalecer la primera por mandato constitucional. Sin embargo, cuando la colisión surja entre principios, el Tribunal deberá ponderar las mismas, y desplazar una ante la otra, sin que eso signifique que el principio desplazado resulte inválido, puesto que, ante un contexto distinto, la solución podría ser a la inversa.

De lo mencionado se tiene que, el texto constitucional peruano, en su artículo uno señala: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”; tal redacción, no solo da la calidad de sujeto de derecho a las personas, sino que realza la protección de la dignidad

humana, la cual no debe ser vulnerada por ningún ente estatal o social. El Tribunal Constitucional en la sentencia N° 010-2002-AI/TC (03/012003), en su fundamento 217-2018 señala:

La dignidad de la persona humana es el presupuesto ontológico para la existencia y defensa de sus derechos fundamentales. El principio genérico de respeto a la dignidad de la persona por el sólo hecho de ser tal, contenido en la Carta Fundamental, es la vocación irrestricta con la que debe identificarse todo Estado Constitucional y Democrático de Derecho. En efecto, este es el imperativo que transita en el primer artículo de nuestra Constitución. Como el Tribunal Constitucional ha señalado en reiterada jurisprudencia, ningún derecho fundamental es absoluto y, por ello, en determinadas circunstancias son susceptibles de ser limitados o restringidos. No obstante, ello, en ningún caso puede ser permitido desconocer la personalidad del individuo y, por ende, su dignidad. Ni aun cuando el sujeto se encuentre justificadamente privado de su libertad es posible dejar de reconocerle una serie de derechos o atribuciones que por su sola condición de ser humano le son consubstanciales. La dignidad, así, constituye un minimum inalienable que todo ordenamiento debe respetar, defender y promover.

Sobre esa visión dogmática de la Carta Magna, se insertan los derechos fundamentales, derechos constitucionales o derecho humanos; siendo que esta triple denominación tienen gran relevancia y están sujetas a tutela especial, por lo que para este tipo de derechos se ha establecido la jurisdicción constitucional vía procesos constitucionales.

Siendo ello así, los derechos fundamentales tienen una clasificación en función al orden cronológico de reconocimiento, teniendo a los derechos de primera, segunda y tercera generación.

Los derechos de primera generación surgen antes de la primera guerra mundial (reconocidos a finales del siglo XVIII, hasta comienzos del siglo XX) y son aquellos derechos políticos y derechos civiles. Los primeros, son aquellos donde se permite a los ciudadanos participar en la vía política de su nación; por otro

lado, los derechos civiles son aquellos derechos de libertad, de donde se tiene la abstención del Estado; entre estos derechos se tiene a: la libertad, la propiedad, la igualdad y el derecho al trabajo.

Los derechos de segunda generación (surgen después de la segunda guerra mundial), tiene que ver con el denominado Estado Social, de donde se tiene que el Estado promueve, gestiona y controla las condiciones para un contexto de igualdad. Y, los derechos de tercera generación, gesta los derechos de responsabilidad y compromiso de toda la humanidad, a fin de preservar el medio ambiente, la paz y lo que involucre la defensa de los intereses difusos.

En ese sentido, la noción de derechos fundamentales no se reduce a lo que la Constitución vigente expresamente reconoce, sino que también comprende a los derechos, que, si bien no están expresamente enunciados, tiene la misma consideración, dentro del mismo rango de jerarquía.

Teniendo en cuenta lo señalado, se tiene que los derechos fundamentales se encuentran dentro de la Carta Marga, por lo que deberá ser considerado como norma – principio, que deberá ser garantizado en su máxima expresión; así el derecho al trabajo, el cual se centra la presente investigación, es un derecho fundamental, en el cual el legislador y el Estado peruano, deberá garantizar en su mayor magnitud posible frente a cualquier circunstancia que entorpezca su vigencia.

1.2. El derecho al trabajo como derecho fundamental

La fundamentalidad de un derecho radica en la vinculación que se tenga con la dignidad y el desarrollo de la misma; siendo que, un derecho será indubitable y absoluto, cuando reconozca al individuo como persona humana.

Teniendo en cuenta lo mencionado es que, la Constitución Política del Perú, prescribe en su artículo 1° que el fin supremo de la sociedad, es la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad; siendo que, en concordancia con el artículo 22° del mismo cuerpo normativo, consagra al trabajo como un deber y a la vez como un derecho, teniendo el fin de la realización personal y la base del bienestar social.

Así mismo, la Carta Magna en su Cuarta Disposición Final y Transitoria, precisa que la interpretación del derecho al trabajo deberá analizarse en conformidad con los estándares internacionales, como el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, llamado también Protocolo de San Salvador; así como la Declaración Universal de los Derechos Humanos o del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, mediante los cuales se reconoce constitucionalmente la categoría de derechos humanos a nivel internacional que poseen los derechos fundamentales.

En ese sentido se tiene que, el trabajo es un derecho de primera generación, según la clasificación de su orden cronológico de reconocimiento; por lo que, pese a los constantes cambios del derecho al trabajo en el transcurso del tiempo, es que la cautela de este derecho se constituye como uno de los objetivos principales de todo Estado Constitucional de Derecho.

Por su parte el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 263-2012-AA/TC (22/10/2021) ha precisado que el contenido esencial del Derecho al Trabajo tiene dos aspectos, el primero, consiste en acceder a un puesto de trabajo y el segundo, en el derecho a no ser despedido sino por causa justa. Sobre esto último, se debe recalcar que, ante el supuesto de un trabajador sea menoscabado en su estabilidad laboral (absoluta o relativa), ya sea en su acceso al empleo o en su permanencia en el mismo, mediante un despido arbitrario, se le afectará su derecho al trabajo, a la dignidad, al debido proceso y a las garantías que lo acogen, ya que el mismo Tribunal Constitucional en la sentencia N° 0008-2015-PI-TC (07/08/2018) ha señalado que: “El trabajo, es el uso de la fuerza humana para la transformación de la naturaleza y la producción de algo útil. A través del trabajo, el hombre se realiza como tal, imprimiendo su huella en lo que hace y obteniendo una manera de sustentarse”.

En ese sentido, se advierte que el derecho al trabajo es un derecho fundamental inherente al ser humano, consagrado en la Constitución del Estado peruano; por lo que, se deberán adoptar medidas que imposibiliten la interferencia arbitraria por parte de terceros, para el disfrute de tal derecho, resaltando que la protección contra el despido arbitrario deberá brindarse desde el primer momento en que se inicia la relación laboral, ello debido a la naturaleza misma que implica un derecho fundamental.

De igual forma, el derecho al trabajo, no puede interpretarse como el derecho a determinado trabajo, puesto que resultaría incompatible con un régimen democrático de derecho, sino que deberá interpretarse como el derecho al acceso del empleo y así mismo como a la permanencia en el mismo, mientras no exista causa legal que ponga fin a la relación laboral.

1.3. Los derechos fundamentales en la relación laboral

La Constitución Política del Perú, en su artículo 38° prescribe que: “Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución”; en tal sentido, la Constitución Política tiene un sentido de obligatoriedad en las relaciones entre los particulares y de estos con el Estado; de tal manera que, la Constitución tiene fuerza reguladora en las relaciones jurídicas previniendo y/o prohibiendo que se desconozcan los derechos contemplados en la Carta Magna.

En ese sentido, el máximo intérprete de la Constitución en la sentencia N° 976-2001-AA/TC (13/03/2013), respecto de la vigencia de los derechos fundamentales en la relación laboral, ha señalado que los derechos constitucionales se irradian por todos los sectores del ordenamiento jurídico, incluidos de los referidos a materia laboral, pues ellos forman parte esencial del ordenamiento jurídico Constitucional.

En la relación laboral, la fuerza normativa de la Constitución comprende a los actos del empleador como del trabajador; respecto del trabajador se tiene que los derechos fundamentales deben ejercerse en forma ilimitada; mientras que, en cada decisión que tome el empleador, deberá ejecutarse sometiéndose al respeto de los derechos constitucionales del trabajador; por lo que, cuando la relación laboral culmine por decisión unilateral del empleador, deberá obedecer a una causa objetiva que se sustente en la capacidad laboral y/o conducta del trabajador, siendo que en caso contrario, tal despido deviene en arbitrario; en otras palabras, el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 2906-2002-AA/TC (20/01/2004) en su fundamento cinco, sostiene que, los despidos sostenidos en argumentos antojadizos e irrazonables por parte del empleador, no deben ser

tolerados en el ordenamiento jurídico, pues están en abierta contradicción con el artículo 23° y 26° inciso 2) de la Constitución, de donde se dispone que constituye un principio de la relación laboral el carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley.

De donde se precisa que, los derechos fundamentales contemplados en la Constitución Política del Perú, se encuentran inmersos en toda relación laboral, sin importar las condiciones de la contratación.

II. DERECHO A LA IGUALDAD LABORAL

2.1. Concepto de igualdad laboral

El derecho a la igualdad implica que todas las personas sean tratadas en forma igualitaria por el Estado, debiendo eliminarse toda barrera de discriminación, a fin de elevar al ser humano a la calidad de sujeto de derecho.

Al respecto, Eguiguren (1997) precisa que: “La igualdad debe ser analizada en dos esferas: como un principio rector del Estado democrático de derecho y como un derecho fundamental subjetivo, individualmente exigible” (p. 63). Dicho de otra forma, un Estado democrático se caracteriza por generar la igualdad de condiciones, oportunidades y de trato entre sus ciudadanos, con lo cual, la igualdad no es visto como un derecho más, sino como un derecho fundamental que le asiste a cada individuo.

Por otro lado, Tupayachi (2011) respecto al derecho a la igualdad señala que: “Este principio impone al Estado el deber de tratar a los individuos, de tal modo que las cargas y las ventajas sociales se distribuyan equitativamente entre ellos” (p. 81); así mismo, Facorro y Vittadini precisa que: “el principio de igualdad ante

la ley, se extiende por sobre todos los derechos y deberes de las personas, puesto que en realidad, constituye la misma esencia de las personas y además infiere en la interrelación de estos” (p. 73).

En ese sentido, se tiene que el derecho a la igualdad es conceptualizado como un derecho y como un principio, a lo que Eguiguren (1998) al respecto señaladas que:

(...) En ese sentido, la igualdad se conceptualiza en dos dimensiones, como un principio y como un derecho, la primera dimensión se trata de un principio rector en un Estado de derecho, por lo que constituye un valor fundamental, el cual el Estado debe garantizar y preservar; Por otro lado, la segunda dimensión se trata de un derecho constitucional subjetivo, que resulta exigible individualmente, ya que con este derecho, todas las personas deben ser tratadas con igualdad ante la ley y no ser discriminadas (p. 63).

De lo mencionado, se puede inferir que el derecho a la igualdad es visto como un principio por tener la condición de fundamental, y es un derecho porque le asiste a cada persona para ser tratado con igualdad ante la ley.

Ahora bien, en la sociedad al existir desigualdades en los diversos aspectos en que se desarrolla el ser humano, es que el Estado adopta medidas que no limite el concepto de derecho a la igualdad en un solo aspecto formal, sino que por el contrario genere un concepto más adecuado donde prima la igualdad material, por lo que puede desarrollarse un trato desigual entre los individuos (que se encuentren en distinta situación), con lo cual no se llegaría a una discriminación, sino a una diferenciación a fin de lograr la igualdad ante la ley.

Fundamento que se mantiene en materia laboral, conforme señala Boza (2001): “El propósito igualador de las partes de la relación laboral que inspira el principio protector, sobre la base de una especial tutela al trabajador, en tanto parte débil

de dicha relación, lo convierte en una suerte de principio, que da sustento al conjunto de principios del derecho laboral” (pp. 144-145). Siendo así, se tiene la existencia de una diferenciación entre el empleador y los trabajadores, toda vez que se busca dotar al trabajador de derechos a fin de equiparar la relación laboral; no obstante, la igualdad encuentra cavidad entre los trabajadores, sin importar la relación laboral en que se encuentren.

Sin embargo, la excepción a la igualdad entre los trabajadores debe obedecer a una causa objetiva que sustente tal diferenciación:

- d) El trato diferenciado debe llevarse a cabo respecto a personas que se encuentren en situaciones de desigualdad.
- e) El trato diferenciado debe sustentarse en un objetivo legítimo (principio de razonabilidad). Esto significa que la diferenciación debe basarse en causas o motivos objetivos y razonables. Estas causas o motivos pueden ser de diferente índole, no necesariamente relacionados con la necesidad de garantizar algún valor constitucional, sino orientados a enfrentar una situación de desigualdad.
- f) El trato diferenciado debe guardar una relación con el objetivo legítimo que se desea alcanzar (principio de racionalidad).
- g) El trato diferenciado debe aplicarse o llevarse a cabo en forma proporcional al objetivo legítimo que se desea alcanzar (principio de proporcionalidad). (Huerta Guerrero, 2003, p. 314)

En tal sentido, el derecho a la igualdad propugna el trato igualitario entre iguales individuos; así mismo, defiende la tesis de la diferenciación de trato entre individuos desiguales, siendo la única motivación la plena eficacia de la igualdad en el ejercicio de los derechos fundamentales.

2.2. Regulación jurídica internacional sobre el derecho a la igualdad laboral

Desde la creación de la Organización Internacional de Trabajo (OIT) en el año de 1919, uno de sus objetivos fundamentales ha sido la observación de la igualdad de oportunidades y la igualdad de trato, señalando que cada país

cuando legisle sobre las condiciones de trabajo deberían asegurar un trato económico equitativo; en ese tenor, el numeral 2 de la Recomendación sobre el desempleo (1919), y en la Conferencia Internacional del Trabajo (CIT) llevada a cabo en Ginebra de 1938, se señaló que la igualdad laboral implica una equitativa remuneración no basado en la persona, sino en el puesto laboral.

Así mismo, en la Cumbre Social de Copenhague de 1995 se precisa siete convenios de la OIT, los cuales fueron considerados como fundamentales y guías para otros convenios; entre ellos se tiene a la igualdad de remuneración por trabajo de igual valor y la eliminación de toda discriminación en el empleo y la profesión.

Sin embargo, con la finalidad de ampliar el catálogo de la igualdad laboral, en 1975 en la Conferencia Internacional del Trabajo se propugna la igualdad a través de mejorar las condiciones de trabajado de todos los trabajadores, cuya finalidad era que el trabajador en su centro laboral vea reflejado el respeto de sus derechos fundamentales.

No obstante, el Convenio número 111 sobre la discriminación (empleo y ocupación) de 1958, precisa de manera más amplia lo que significa el derecho a la igualdad laboral, toda vez que en su artículo 1° señala:

- 1°. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:
- (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
 - (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

Es decir, se considera discriminación cualquier distinción, exclusión o preferencia que tenga como efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 16° sobre el principio de igualdad y no discriminación prescribe: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social"

En ese mismo tenor se tiene que en la Declaración de Filadelfia, parte II, párrafo a) y d) se señaló:

Todos los seres humanos, sin distinción de raza, credo o sexo tienen derecho a perseguir su bienestar material y su desarrollo espiritual en condiciones de libertad y dignidad, de seguridad económica y en igualdad de oportunidades; (...) incumbe a la Organización Internacional del Trabajo examinar y considerar, teniendo en cuenta este objetivo fundamental, cualquier programa o medida internacional de carácter económico y financiero.

Por su parte la Declaración Universal de Derechos Humanos, en su artículo 2°, señala que toda persona podrá gozar de los derechos humanos y las libertades fundamentales "sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición".

Así mismo, la Carta de la Organización de Estados Americanos (1948) en su artículo 45° ha precisado que: “(...) todos los seres humanos sin distinción de raza, sexo, nacionalidad, credo o condición social tiene derecho al bienestar material y a su desarrollo espiritual, en condiciones de libertad, dignidad, igualdad de oportunidades y seguridad económica”.

De igual manera, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 en su artículo 7° en los literales a) e i) ha precisado que toda persona tiene derecho al goce de condiciones de trabajo equitativos y satisfactorios que le aseguren en especial una remuneración mínima a los trabajadores y un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinción de ninguna especie.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (1984) ha precisado los supuestos en que se puede dar una distinción entre los sujetos sin llegar a la discriminación:

No habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, si siempre que esa distinción trata de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden perseguirse fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana. (p. 3)

Teniendo en cuenta lo señalado, es que los países han emitido sentencias con el respeto irrestricto del derecho a la igualdad; por su parte el Tribunal Constitucional Chileno en la sentencia del 8 de abril de 1985, Resolución N° 28 ha señalado que: “La igualdad ante la ley consiste en que las normas jurídicas

deben ser igual para todas las personas que se encuentran en las mismas circunstancias y que no deben considerarse privilegios ni imponerse obligaciones a unos que no beneficien a otros que se hallan en condiciones similares”.

La Corte Suprema de Venezuela, Sala Político – Administrativa (06/11/1992) ha señalado que el: “Principio fundamental de la democracia es el de la igualdad entre los seres humanos; la Constitución en el propio preámbulo establece como propósito el de mantener la igualdad social y jurídica, sin discriminación derivadas de la raza, sexo, credos o condición social”. Fundamento importante, toda vez que considera que la democracia tiene como pilar el derecho a la igualdad, con lo cual, la Constitución sujeta al Estado para que en la legislación como en la aplicación de normas se guíen por el derecho a la igualdad.

El Tribunal Constitucional español en la sentencia 49 de 1982, ha señalado que:

(...) La igualdad jurídica o ante la ley, no comporta necesariamente una igualdad económica y efectiva, significa que a los supuestos de hechos iguales han de serles aplicadas unas consecuencias jurídicas que sean iguales también y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho tiene que existir una suficiente justificación de tal diferencia que aparezca al mismo tiempo como fundada y razonable de acuerdo con criterios y juicios de valor generalmente aceptados.

La Sala Primera de Revisión de la Corte Constitucional Colombiana en la sentencia T-064 (23/02/1993) ha precisado que: “(...) esta Corte rechaza en la forma más categórica prácticas cuyo efecto concreto – querido o no- sea la construcción de barreras que desde un comienzo hagan nugatoria dicha igualdad y la integración social, o propicien discriminación (...)”; en la referida sentencia se defiende la igualdad prescrita en el artículo 13° de su Constitución de 1991.

Siendo ello así, se tiene que en la normatividad internacional siempre ha existido ese ánimo de generar igualdad entre los ciudadanos y en material laboral entre los trabajadores, erradicando de esa manera toda discriminación que genere una ventaja desproporcional e irrazonable sobre el empleo y la permanencia en el mismo.

2.3. Regulación jurídica nacional sobre el derecho a la igualdad laboral

La Constitución Política del estado en su artículo 2° inciso 2 señala: “Toda persona tiene derecho: 2. A la igualdad ante la ley. Nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquier otra índole”.

De lo mencionado se tiene que, la igualdad ante la ley obliga al Estado a asumir determinada conducta al momento de legislar o impartir justicia; así mismo, lo resaltante del artículo mencionado es que observa a la protección a la igualdad sin límite alguno, es decir, al considerar que nadie debe ser discriminado por ninguna índole, deja la posibilidad de que dicho derecho no podrá ser modificado con el transcurso del tiempo.

Al respecto Hakansson (2002), sobre el derecho a la igualdad regulado en la Constitución Política precisa que:

La Constitución peruana no se limita a establecer una disposición general sobre el principio de igualdad ante la ley, sino que se formula de tres maneras distintas: a) Cuando establece que nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica, etc.
b) Cuando dispone que puede expedirse leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de la diferencia de personas.

c) Cuando en relación con el ejercicio del derecho de propiedad dispone que los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos. (p.197)

Además, se reafirma el principio de igualdad ante la ley cuando en el artículo 59° de la Constitución se precisa que: “(...) El Estado brinda oportunidades de superación a los sectores que sufren cualquier desigualdad (...)”; es decir, se prohíbe en forma generalizada, como *numerus apertus*, que se ejecute algún tipo de discriminación.

Respecto al trabajo, el artículo 26° de la Constitución señala: “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 1. Igualdad de oportunidades sin discriminación”. Es decir, todo empleador tiene el deber de generar igualdad de oportunidades desde el acceso al empleo y en la ejecución del mismo; no obstante, cabe precisar que el derecho al trabajo implica el acceso al empleo y la conservación del mismo, por lo que se tendría que el derecho a la igualdad de oportunidades abarca también el aspecto de la conservación del empleo.

Así mismo, la igualdad de oportunidades obliga al Estado y/o particulares, en las relaciones laborales, a no generar una diferenciación irrazonable que conlleve la arbitrariedad de la misma; por lo que, es deber del Estado promover normas jurídicas que garanticen la igualdad laboral, como lo señala Sanguinetti (2007):

La cobertura del principio de igualdad y no discriminación es, de este modo, plena dentro de la Constitución de 1993, abarcando dos aspectos nucleares: a) la denominada igualdad “ante la ley”, entendida como el derecho de los sujetos que intervienen en las relaciones de trabajo a obtener un trato igual de los poderes públicos en la formulación y la interpretación y aplicación de las normas laborales; y b) el derecho de los trabajadores a no ser discriminado por el empleador en la fase de constitución y en el desarrollo de la relación de trabajo. (p. 85)

En ese sentido, se tiene que el derecho a la igualdad abarca todo tipo de relación laboral, por lo que, la Constitución Política en el artículo 103° compromete al Estado a no dictar leyes por razón de las personas, sino por la naturaleza de las cosas; siendo ello así, se debe recalcar la importancia del trabajo en el ser humano, toda vez que es considerado como la base de bienestar social y un medio de la realización de la persona (artículo 22° de la Constitución Política), además de que el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado (artículo 23° de la Constitución Política); en tal sentido, se advierte que la Constitución peruana protege y promueve la igualdad laboral desde el acceso al empleo hasta la culminación del mismo.

2.4. Concepción jurisprudencial sobre el derecho a la igualdad laboral

El máximo intérprete de la Constitución Política del Perú es el Tribunal Constitucional, por lo que el derecho a la igualdad (artículo 2° inciso 2 de la CPE) y el derecho a la igualdad sin discriminación laboral (artículo 26° inciso 1 CPE), no pueden ser fundamentos esquivos en las decisiones que emite dicho Tribunal, más aún si tiene como deber la defensa de los derechos contemplados en la norma suprema; así mismo, el Poder Judicial en todas sus instancias al ser el que representa al pueblo en la administración de justicia (artículo 138° CPE), tiene como deber el motivar sus decisiones sobre la base del derecho a la igualdad.

En tal sentido, el Tribunal Constitucional reconoce el derecho a la igualdad en sus dos vertientes como derecho fundamental y como principio, siendo que en la sentencia N° 045-2004-PI/TC (25/10/2005) que en su párrafo 23 se precisado que:

La igualdad consagrada constitucionalmente, detenta la doble condición de principio y derecho fundamental. En cuanto a principio, (...) componente axiológico del fundamento del ordenamiento constitucional, vincula de modo general y se proyecta sobre todo el ordenamiento jurídico. En cuanto derecho fundamental, constituye el reconocimiento de un auténtico derecho subjetivo, esto es, la titularidad de la persona sobre un bien constitucional, la igualdad, oponible a un destinatario. Se trata del reconocimiento de un derecho a no ser discriminado por razones proscritas en la propia Constitución (origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica) o por otras (“motivo” “de cualquier otra índole”) que, jurídicamente, resulten relevantes.

Así mismo, el Tribunal Constitucional señala que el derecho a la igualdad tiene dos fases que contemplan la igualdad ante la ley y la igualdad en la ley; siendo que en la sentencia N° 03525-2011-PA/TC (30/09/2011) en el fundamento 4, se ha precisado que:

Constitucionalmente, el derecho a la igualdad tiene dos facetas: igualdad ante la ley e igualdad en la ley. La primera de ellas quiere decir que la norma debe ser aplicable por igual a todos los que se encuentren en la situación descrita en el supuesto de la norma; mientras que la segunda implica que un mismo órgano no puede modificar arbitrariamente el sentido de sus decisiones en casos sustancialmente iguales, y que cuando el órgano en cuestión considere que debe apartarse de sus precedentes, tiene que ofrecer para ello una fundamentación suficiente y razonable.

Por lo que, el Tribunal Constitucional señala que la igualdad ante la ley supone la igualdad en la aplicación de la norma en situaciones idénticas; mientras que la igualdad en la ley implica que en casos de modificación deberá sustentarse suficiente y razonablemente; en este último caso, no se tendría a una discriminación, sino una diferenciación por la que se dota de derechos a una de las partes a fin de equiparar la desigualdad generada por su misma naturaleza.

También el Tribunal Constitucional ha recalcado la importancia de la debida observación del derecho a la igualdad en la sentencia N° 05652-2007-PA/TC (06/11/2008) que en su fundamento 17 y 18 ha precisado que:

7. La igualdad, en tanto principio, es uno de los pilares del orden constitucional que permite la convivencia armónica en sociedad y es también un principio rector de la organización del Estado Social y Democrático de Derecho y de la actuación de los poderes públicos y de los particulares. En tanto derecho implica una exigencia de ser tratado de igual modo respecto a quienes se encuentran en una idéntica situación, debido a que los derechos a la igualdad y a la no discriminación se desprenden de la dignidad y naturaleza de la persona humana.

18. Cabe destacar que la no discriminación y la igualdad de trato son complementarias, siendo el reconocimiento de la igualdad el fundamento para que no haya un trato discriminatorio. De esta forma, la igualdad de las personas incluye: (i) el principio de no discriminación, mediante el cual se prohíbe diferencias que no se pueda justificar con criterios razonables y objetivos; y (ii) el principio de protección, que se satisface mediante acciones especiales dirigidas a la consecución de la igualdad real o positiva.

Es decir, el Tribunal Constitucional reconoce la importancia del derecho a la igualdad para el desarrollo de la vida en sociedad, con lo cual se guía la democracia de un Estado; así mismo, señala el trato igualitario que corresponde solo a personas que se encuentra en idéntica situación, a fin de no generar desigualdades subjetivas; para mayor ilustración la mencionada sentencia en su fundamento 19 precisa que “(...) la prohibición de discriminación como el derecho a la igualdad ante la ley pueden implicar tratos diferenciados, siempre que posean justificación objetiva y razonable, es decir, que el tratamiento desigual no conduzca a un resultado injusto, irrazonable o arbitrario (...)”.

Siendo ello así, el Tribunal Constitucional ha precisado los alcances del principio de igualdad en la sentencia N° 001-2003- AI/TC (04/07/2003) que en su fundamento 11 señala:

El principio de Igualdad en el Estado Constitucional exige del legislador una vinculación negativa o abstencionista y otra positiva o interventora. La vinculación negativa está referida a la exigencia de “tratar igual a los que son iguales” y “distintos a los que son distintos”, de forma tal que la ley, como regla general, tenga una vocación necesaria por la generalidad y la abstracción, quedando proscrita la posibilidad de que el Estado, a través del legislador, pueda ser generador de factores discriminatorios de cualquier índole.

Respecto a la igualdad en materia laboral, el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 008-2005-PI/TC (12/08/2005) ha precisado que la igualdad de trato en el ámbito laboral y la no discriminación debe asegurar el acceso al empleo y el tratamiento durante el desarrollo del trabajo, así como en su fundamento c.3.3. señala:

(...) La discriminación en materia laboral, strictu sensu, se acredita por los dos tipos de acciones siguientes:

Por acción directa: la conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional. En esta hipótesis, la intervención y el efecto perseguibles se fundamentan en un juicio y una decisión carente de razonabilidad y proporcionalidad.

Por acción indirecta: la conducta del empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de “lo constitucional”, cuya intención y efecto perseguible, empero, son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores.

Se advierte que, el Tribunal Constitucional pone en relieve dos posturas en las que se puede dar la discriminación; siendo la primera una acción directa de discriminación, la cual surge cuando el empleador pone trabas para el acceso al empleo o el desarrollo del trabajo, otorgando beneficios solo a algunos pese a que todos se encuentran en idéntica situación; a modo de ejemplo, se tiene que la discriminación directa surge cuando el empleador niega el acceso al trabajo por cuestiones políticas económicas, sexuales, ideología religiosa, etc.; así mismo, surge la discriminación en el desarrollo del empleo cuando el empleador toma decisiones en contra de los trabajadores afiliados a un sindicato o que se encuentren en estado de gestación posterior a la relación laboral generada.

La segunda forma de discriminación, según el Tribunal Constitucional, se da por acción indirecta, la cual surge cuando el empleador disfraza su intención de despido bajo la apariencia de constitucional; a modo de ejemplo, se tiene los

despidos injustificados que nacen de una aparente causa objetiva, sin embargo, no puede probarse en los procesos judiciales, toda vez que surgen de la decisión unilateral del empleador.

Por lo que, la igualdad en la protección laboral implica la erradicación de toda barrera que impida reconocer los mismos derechos para los trabajadores, aunque estos se encuentren en una relación laboral distinta, dado que la igualdad laboral es un derecho fundamental y a la vez un principio que direcciona la esencia del derecho del trabajo, en ese sentido, en la sentencia mencionada anteriormente, en el fundamento 23 señala:

(...) la igualdad de oportunidades de acceso al empleo tal como se ha precisado anteriormente, la isonomía entre las personas se manifiesta en dos planos: La igualdad ante la ley y la igualdad de trato (en este caso aplicable al ámbito de las actividades laborales). La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia. (...) La igualdad de oportunidades –en estricto, igualdad de trato– obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria.

De lo anotado, se tiene como derecho la igualdad ante la ley, donde se señala que en la legislación de normas laborales no se debe generar desventajas subjetivas para algunos trabajadores, toda vez que se fomentaría la discriminación; por lo que, el legislador peruano en el artículo 27° de la Constitución Política ha señalado que la ley brinda al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario, siendo que de esa manera se garantiza el derecho fundamental del trabajo; al respecto del artículo 27° de la Constitución Política del Estado, el Tribunal Constitucional en el expediente 1124-2001-AA/TC (11/07/02) en su fundamento 12 precisa que:

“(…) Debe considerarse que el artículo 27º de la Constitución contiene un «mandato al legislador» para establecer protección «frente al despido arbitrario». Tres aspectos deben resaltarse de esta disposición constitucional: a. Se trata de un «mandato al legislador» b. Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección. c. No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley. Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser «adecuado», se está resaltando - aunque innecesariamente- que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27º como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una «facultad de despido arbitrario» hacia el empleador. (...)»”

Sobre el expediente en mención, Castillo Córdova (2004), precisa que el contenido esencial de los derechos laborales es la “protección adecuada al trabajador”, cabe recalcar que no se hace ninguna distinción entre los trabajadores de confianza mixta y exclusiva, menos con los trabajadores ordinarios, por lo que la protección contra el despido arbitrario debe ser igual para todo tipo de trabajador, sin importar la relación laboral en que se encuentre.

Frente a esa realidad lo que ha dispuesto la Constitución es que se deba proteger adecuadamente al trabajador; y adicionalmente ha mandado que sea el legislador quien decida cuál debe ser esa adecuada protección de entre las múltiples posibilidades. En esta labor acierta plenamente el Tribunal Constitucional cuando, en referencia al artículo 27 CP, ha manifestado que “no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibile. (p. 9)

Por otro lado, se tiene que la Corte Suprema en la casación laboral N° 11896-2015 Del Santa (10/08/2017), en su sétimo considerando ha precisado que: “La existencia de una justificación objetiva y razonable, a partir de la cual se dispensa

un trato diferenciado entre dos trabajadores, debe perseguir un fin legítimo, determinado, concreto y específico, es decir, debe asentarse en una justificación objetiva y razonable”. Siendo que, la excepción al derecho a la igualdad laboral debe sustentarse en una causa objetiva y razonable, además de proporcional a fin de no caer en una discriminación arbitraria.

Por lo que, la legislación nacional ha reconocido la importancia del derecho a la igualdad laboral, tanto en el acceso al empleo como en el desarrollo del mismo, señalando además que las distinciones que se generen deben obedecer a una causa debidamente razonable y objetiva, que busque equiparar las condiciones laborales, más no menoscabar el derecho al empleo.

III: LA PROGRESIVIDAD LABORAL

3.1. Concepto de progresividad

La progresividad significa avanzar o aumentar gradualmente hasta alcanzar el objetivo propuesto; al respecto Hernández (2017), precisa que : “La progresividad se vincula necesariamente con dos elementos: la prohibición de regresión y el máximo uso de recursos disponibles. La prohibición de retorcero significa que el Estado no podrá disminuir el grado alcanzado en el disfrute de los derechos” (p. 22); es decir, quien ha logrado u obtenido algún derecho no puede regresar hasta antes de lo ya reconocido, sino que los derechos deben ir en progresividad (aumento gradual), siendo que para dicho fin el Estado debe agotar sus recursos disponibles como las leyes, las políticas públicas, las decisiones judiciales y todo lo concerniente a la progresividad de los derechos.

Así mismo, el principio de progresividad de los derechos mantiene el orden público internacional toda vez que busca limitar la afectación a los derechos humanos, como Barbagelata (1994) señala:

“En un primer sentido la expresión se refiere al gradualismo admitido por varios instrumentos internacionales y textos constitucionales para la puesta en aplicación de las medidas adecuadas, como admitía el artículo 427 del Tratado de Versalles... y...en un segundo sentido la progresividad puede ser entendida como una característica de los derechos humanos fundamentales, perfectamente aplicable a los laborales. Se sostiene a ese respecto, que el orden público internacional tiene una vocación de desarrollo progresivo en el sentido de mayor extensión y protección de los derechos sociales” (pág. 28)

Por lo que, el orden público internacional al ser lo jurídicamente aceptado, sujeta a los Estados a legislar y aplicar dentro de su normatividad la progresividad de los derechos, con lo cual se impide el retroceso de los mismos, como refiere Bernal (2007): “Constituye hoy en día quizá el más conocido y el más recurrente ‘límite de los límites’ a los derechos fundamentales y en esa medida supone una barrera frente a intromisiones indebidas en el ámbito de los propios derechos” (p. 57).

García y Restrepo (2010) sobre los principio de Limburgo (06/06/1986) precisa que, para la efectividad del principio de progresividad se requiere que el Estado adopte las medidas que persigan la plena realización de los derechos reconocidos; así mismo, se debe agotar el máximo de los recursos nacionales que se disponga y los de la Comunidad Internacional para la eficacia de la progresividad de los derechos; por último, señala que la progresividad de los derechos debe ser obligatorio para el Estado.

En ese sentido, Toledo (2010), ha señalado que existen dos formas de la progresividad de los derechos; la primera es la forma positiva, la cual se enfoca

en un avance gradual en el ejercicio pleno y universal de los derechos tutelados; la segunda es la forma negativa, la cual prohíbe el retorno de los derechos reconocidos; sobre esto último, cabe precisar que la prohibición de la regresividad abarca: Por un lado, la prohibición de reducir los niveles de protección de los derechos vigentes, y, por otro lado, la prohibición de derogar los derechos ya existentes.

Al respecto, Courtis (2006) señala que: “En el modelo de Estado Social, los motivos por los que la prohibición de regresividad debe operar se sustentan en el principio de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad” (p. 18); Siendo ello así, la progresividad de los derechos es una obligación que todo Estado debe observar en la legislación y aplicación de las leyes, con la finalidad de llegar al cabal cumplimiento de las mismas; además, deberá limitar cualquier forma de regresión de los derechos ya reconocidos.

3.2. Concepción jurídica internacional

La progresividad de los derechos ha sido conceptuada en los diversos textos normativos internacionales, así se tiene que la Organización de los Estados Americanos (2005) ha señalado que: “Puede definirse como el principio que establece que los Estados tienen la obligación de hacer efectivos los derechos sociales, de modo paulatino, siendo que las medidas regresivas son aquellas disposiciones o políticas cuya aplicación signifique un retroceso en el nivel del goce o ejercicio de un derecho protegido” (p. 11).

Así mismo, el artículo 26° de la Convención Americana de Derechos Humanos prescribe:

Desarrollo Progresivo. Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, tanto a nivel interno como mediante la cooperación internacional, especialmente económica y técnica, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales y sobre educación, ciencia y cultura, contenidas en la Carta de la Organización de los Estados Americanos, reformada por el Protocolo de Buenos Aires, en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

La CADH incide en la adopción de que cada país debe implementar una política enfocada en la progresividad de los derechos, por lo que, no solo se hace necesario sino obligatorio el avance gradual de los derechos reconocidos para que su realización sea concreta y posible; así mismo, se tiene que la CADH implícitamente prohíbe la regresividad de los derechos, dado que ante un derecho ya reconocido no se debe retroceder en desmedro de las personas o que se rebaje su la dignidad.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el artículo 2.1 señala:

Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”

En ese sentido, se tiene que el PIDESC compromete a los Estados parte a adoptar medidas, hasta el máximo de los recursos que disponga y los medios apropiados, para lograr la progresividad de los derechos.

El Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales en su Observación General N° 3 ha precisado que:

El principio de progresividad implica que, dentro de las diversas opciones que el legislador tiene para regular el ejercicio de dichos derechos, los poderes políticos tienen en principio vedado elegir supuestos de reglamentación irrazonable y, además, elegir supuestos de reglamentación que importen un retroceso en la situación de goce de los derechos económicos sociales culturales vigente.

Es decir, la normatividad internacional señala que el retroceso de los derechos obtenidos resulta irrazonable y no existe justificación alguna que ampare tal decisión; por tanto, la progresividad de los derechos encuentra su razón de ser en la protección fundamental del ser humano, cuya aplicación es obligatoria, debiendo además cada Estado agotar los mecanismos necesarios para tal fin.

3.3. Concepción jurídica nacional

En la Constitución Política del Perú, expresamente no se ha señalado el principio de progresividad de derechos y prohibición de regresividad; no obstante, tal principio se encuentra dentro de los alcances señalado en su artículo 1° que contempla la dignidad de la persona humana; es decir, ningún derecho puede ir en contra de la dignidad de las personas y menos retroceder hasta la afectación del mismo.

Así mismo, el principio de progresividad se puede evidenciar en el artículo 10° de la Constitución Política, cuando se señala que: “El Estado reconoce el derecho universal y progresivo de toda a la seguridad social, para su protección frente a las contingencias que precise la ley y para la elevación de su calidad de vida”, con lo cual se tiene que el avance gradual de la seguridad social conduce a una plena calidad de vida; es decir, el efecto de la progresividad es elevar la calidad de vida de las personas.

Ahora bien, el principio de progresividad y no regresividad de los derechos laborales, se sustenta en el principio protector, establecido en el primer párrafo del artículo 23° de la Constitución Política del Perú; “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de protección prioritaria del Estado, (...)”; así mismo, en el tercer párrafo señala: “Ninguna relación labora puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador”.

Es decir, la Constitución reviste de protección progresiva de los derechos al trabajador, sin importar la modalidad laboral en que se encuentre; además, se impone al Estado la emisión y el ejercicio de las normas laborales en aumento gradual.

En ese sentido se tiene que, el principio de progresividad es aplicable a la legislación nacional, toda vez que conforme lo señalado en la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política se tiene que: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”; por lo que, el principio de progresividad de los derechos ha sido reconocido expresamente en la regulación internacional de las cuales el Perú forma parte, y siendo que no es necesario su manifestación expresa en normas nacionales para su cumplimiento, pues basta que su eficacia se vea reflejado en normas que velen por la progresión de los derechos.

3.4. Concepción jurisprudencial

Tribunal Constitucional ha emitido pronunciamientos reconociendo la importancia y la vinculación directa entre el principio de progresividad con la

elevación de la calidad de vida de las personas; por lo que en la sentencia N° 03477-2007-PA/TC (14/09/2009) en su fundamento diecisiete ha señalado que:

“...para establecer por qué se vulnera la obligación estatal de ampliar y mejorar la cobertura de la seguridad social de este sector de la población constituido por el personal de las Fuerzas Armadas y Policiales, debemos recordar que cuando en el artículo 2.1 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), establece que “cada uno de los estados Partes en el presente Pacto se compromete a adoptar medidas, tanto por separado como mediante la asistencia y la cooperación internacionales, especialmente económicas y técnicas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para lograr progresivamente, por todos los medios apropiados, inclusive en particular la adopción de medidas legislativas, la plena efectividad de los derechos aquí reconocidos”, establece una obligación de progresividad de la que se desprende la prohibición de regresividad de los mismos”

De lo señalado, se advierte que cada Estado tiene la obligación de agotar sus recursos y aplicar los más adecuados para la efectiva aplicación de los derechos reconocidos, con lo cual se alcanza los fines de la normatividad nacional y también de la normatividad internacional que vincula al Estado peruano, además de que, se impide la regresividad de los derechos.

En ese sentido, en la sentencia N° 00029-2004-AI/TC (02/08/2004) en el fundamento 5.4. se ha precisado que: “Por lo demás, debe tenerse presente que el concepto de progresividad constituye un concepto netamente objetivo y no subjetivo”; es decir, toda aplicación de la progresividad debe incidir en un hecho concreto y no en las personas, dado que de lo contrario se llegaría a una discriminación irrazonable; por lo que, es obligación de cada Estado actuar objetivamente en la legislación y aplicación de sus normas, así como, el Tribunal Constitucional citando la normatividad internacional lo ha precisado en la sentencia N° 00016-2008-PI/TC (17/06/2010) fundamento 14:

Y es que, en efecto, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas, creado por el Consejo Económico y Social de la Naciones Unidas, en su Observación General N.º 3 (“La índole de las obligaciones de los Estados Partes, párrafo 1 del Art. 2º del Pacto”, 5to. Período de Sesiones, 14/1290), estableció que: “(...) el concepto de progresividad efectiva constituye un reconocimiento del hecho de que la plena efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales en general, no podrá lograrse en un breve período de tiempo. Sin embargo, [...] [l]a frase [progresividad] debe interpretarse a la luz del objetivo general [...] que es establecer claras obligaciones para los Estados Partes con respecto a la plena efectividad de los derechos de que se trata. Este impone así una obligación de proceder lo más expedita y eficazmente posible con miras a lograr ese objetivo. Además, todas las medidas de carácter deliberadamente retroactivo en este aspecto requerirán la consideración más cuidadosa y deberán justificarse plenamente por referencia a la totalidad de los derechos previstos en el Pacto y en el contexto del aprovechamiento pleno del máximo de los recursos de que se disponga”.

Ahora bien, el Comité de DESC considera la existencia del carácter retroactivo de los derechos siempre y cuando se justifican y se aplica a la luz del referido Pacto; por lo que el Tribunal Constitucional en la sentencia 002-2004-AI/TC (27/09/2004) en el fundamento 5.5. precisa que:

Esta afirmación permite sostener que el concepto de progresividad no supone absoluta imposibilidad de regresión en los avances efectuados por el Estado en materia de derechos sociales, en la medida que ello quede plenamente justificado considerando atención a la totalidad de los recursos que disponga el Estado, y siempre que existan razones de interés social que así lo impongan

Es decir, toda regresión de los derechos debe obedecer a una causa justificada que conlleve un interés social, además de que con ello no se afecten los demás derechos y la dignidad de la persona, por lo que la regresión objetiva es una excepción, siendo la norma, la progresividad de los derechos.

3.5. La relación de la progresividad laboral y el principio protector

Los principios laborales son “Líneas directrices o postulados básicos de la tarea interpretativa que inspiran el sentido que han de aplicarse las normas laborales, ser desentrañado en caso de duda el contenido de las relaciones de trabajo, o desvelada justamente la intención que presidiera la voluntad de los sujetos contratantes” (García, 1960, p. 301); es decir, los principios laborales son guías para el legislador y el juez en la aplicación de las normas laborales en defensa de la parte más débil de la relación laboral.

En ese sentido, el principio protector busca equiparar la desigualdad que se genera con el contrato laboral, dotando de derechos a la parte más débil a fin de atenuar la inferioridad jerárquica de los trabajadores frente al empleador, como se ha señalado en el artículo 26° de la Constitución: “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de la norma”; por lo que, el derecho al trabajo siempre va ligado al principio protector, con lo cual se reconoce los derechos fundamentales del trabajador.

Por su parte, la doctrina ha considerado como el principal pilar del derecho al trabajo al principio protector, siendo que tal principio impide y prohíbe la regresión laboral en perjuicio al trabajador, toda vez que el derecho laboral lleva implícita la tutela y protección hacia el trabajador, a fin de humanizar las relaciones laborales.

Ahora bien, el principio protector se subdivide en tres reglas fundamentales los cuales son el indubio pro operario, la norma más beneficiosa y la condición más

beneficiosa para el trabajador; por lo que, todo operador de justicia tiene como deber su aplicación y eficacia en las decisiones jurídicas que tome para resolver un caso en materia laboral.

3.5.1. La regla del indubio pro operario (la duda favorece al trabajador)

La regla del principio pro operario o también llamado la duda favorece al trabajador, encuentra su sustento legal en el artículo 26° de la Constitución Política, que señala: “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) 3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de la norma”; por lo que, en caso de dudas en la interpretación de la norma, el juez tiene el deber de aplicar la norma más beneficiosa para el trabajador.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 1512-2012-PA/TC (04/06/2013) en su fundamento ocho, segundo párrafo ha señalado que:

Si conforme lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, el principio de favorabilidad en materia laboral, “hace referencia al deber de los operadores jurídicos de aplicar, en caso de duda, la fuente formal de derecho vigente más favorable al trabajador, o la interpretación de esas fuentes que les sea más favorable (in dubio pro operario)” (STC 00016-2008-PI/TC, fundamento 11), y conforme se sostiene en doctrina laboral autorizada, el principio “pro operario” “se expresa diciendo que la norma jurídica aplicable a las relaciones de trabajo y de Seguridad Social, en caso de duda en cuanto a su sentido y alcance, debe ser interpretada de la forma que resulte más beneficiosa para el trabajador o beneficiario” [Alonso Olea, Manuel y otra. Derecho del trabajo. 19ª edición, Civitas, 2001, p. 971].

Por lo que, cuando se señala que la duda favorece al trabajador, se está humanizando la relación laboral, a fin de que las dudas surgidas en la aplicación de las normas laborales no afecten al trabajador.

3.5.2. La regla de la norma y la condición más beneficiosa

La regla de la norma más beneficiosa implica que cuando existan varias normas aplicables a un mismo caso laboral, el juez debe adoptar la que más beneficia al trabajador, independientemente de la relación laboral en la que se encuentre, es decir, ya sea un trabajador ordinario o un trabajador de confianza.

Por otro lado, la regla de la condición más beneficiosa implica que cuando una situación anterior es más beneficiosa para el trabajador debe ser respetada y aplicada; siendo la única excepción el interés social.

Ahora bien, la regla de la condición más beneficiosa abarca dos situaciones, una por parte del empleador, quien no puede variar una condición en perjuicio del trabajador; y la otra por parte del legislador y operador jurídico, quienes, con la emisión y aplicación de normas laborales, no pueden preferir la que menoscabe los derechos laborales.

En ese sentido, la regla de la condición más beneficiosa permite al trabajador mantener la ventaja alcanzada, frente a un evento anterior o posterior que pretende su eliminación o sustitución; por lo que, el carácter protector del derecho al trabajo considera que los derechos alcanzados solo pueden ser desplazados por normas que contengan mayores beneficios.

IV. EL DESPIDO ARBITRARIO

4.1. Concepto de despido arbitrario

El despido constituye una causa de terminación de la relación laboral por decisión unilateral del empleador, razón por la cual debe ser conforme a la normatividad vigente a fin de evitar toda vulneración al derecho de trabajo, además, para ser efectivo requiere que sea comunicada al trabajador.

Sobre el despido, García (1960), refiere que “Se trata de un acto unilateral de la voluntad del empresario por virtud del cual éste decide poner fin a la relación de trabajo” (p.195). En el mismo sentido, Castillo y Demartini (2015), señalan que “El despido es la decisión unilateral del empleador en virtud de la cual se da por resuelto o extinguido el vínculo laboral” (p. 9).

En ese sentido, Blancas (2013) señala que, el despido siempre va a obedecer a la decisión del empleador, quien haciendo alusión a una causa objetiva o no decide poner fin a la relación laboral.

Coinciden en destacar el rol decisivo que juega la voluntad unilateral del empleador en el despido, en forma independiente a la existencia o ausencia de causa justificada o a cual fuera ésta, calificando con dicha expresión a toda extinción de la relación de trabajo que reconozca en la voluntad del empleador su fuente productora. (p. 46)

Siendo así, el despido que no se sustente en una causal objetiva siempre va a causar una afectación que puede ser económico, social, moral o de otra índole, en el trabajador; sin embargo, ante una causal justa, al trabajador no le quedaría más que abandonar el centro de trabajo, toda vez que su despido se ajusta a un hecho legal; por lo que, una causal justa será aquella que va relacionada con la capacidad laboral o la conducta del trabajador, los cuales en forma

independiente o conjunta y siempre que revistan gravedad, vuelvan insostenible la continuidad de la relación laboral.

Al respecto, el D. Leg. 728 señala que los motivos justificados de despido deben sustentarse en la conducta o la capacidad del trabajador, por lo que el trabajador deberá direccionar su conducta y/o capacidades a los fines de la empresa.

Sobre la conducta del trabajador se tiene un listado que puede justificar el despido, siendo la condena por delito doloso (cuando el trabajador enfrenta una condena privativa de libertad hace imposible que se mantenga vigente la relación laboral), la inhabilitación del trabajador (debe ser proporcional y razonable) o la falta grave (el artículo 25° del D. Leg. 728 prescribe las faltas consideradas graves que hacen imposible la relación laboral entre el trabajador y el empleador).

Sobre la capacidad del trabajador, el artículo 23° del D. Leg. 728 regula el detrimento de la capacidad física sobrevenida a la celebración del contrato siempre que obedezca a la naturaleza de los servicios y cuando no exista un puesto vacante donde el trabajador sea transferido. Sin embargo, cuando se tenga un rendimiento deficiente del trabajador, el empleador debe otorgarle una oportunidad para que el trabajador mejore su labor, salvo que dicha circunstancia sea irreversible. Así mismo, la causa objetiva conforme a la capacidad del trabajador surge cuando existe la negativa injustificada de éste a someterse a examen médico establecido por ley.

Siendo así, todo despido para que sea legal y surta sus efectos como tal debe obedecer a una causa justa y objetiva, esto sin importar el tipo de relación laboral generada; es decir, tanto el trabajador ordinario como el trabajador de confianza

no pueden ser despedidos sin previa imputación sustentada en su conducta y/o capacidad, y aunado a ello, el despido debe versar sobre hechos realmente cometidos por el trabajador; es decir, debidamente comprobados para que generen una justa y razonable extinción del vínculo laboral.

4.2. Despido arbitrario como forma de extinción de la relación laboral

El despido arbitrario es una forma de extinguir el vínculo laboral, la cual nace con la decisión unilateral del empleador, quién sin expresar una causa objetiva (despido incausado) comunica al trabajador el término de sus servicios; así mismo, del despido arbitrario puede darse cuando el empleador despide al trabajador con fundamentos no probados en juicio (despido injustificado).

Al ser de esa forma, el despido se convierte en un acto lesivo para los derechos del trabajador, dado que no surge de una causal justa, razonable y motivada en la conducta o la capacidad; es por ello que, la pérdida brusca del trabajo a consecuencia del despido arbitrario genera una inestabilidad en la vida del trabajador, que tiene repercusiones negativas no solo en el individuo sino que también en las personas que le rodean, como lo señala Baylos y Pérez (2009): “El despido como acto irruptivo expulsa al trabajador a un espacio desertizado - el no trabajo- en donde se plantea la pesadilla del sin trabajo, es decir, de la precariedad como regla de vida, con repercusiones en los vínculos afectivos, familiares y sociales“ (p. 49).

En tal sentido, la terminación de la relación laboral por despido arbitrario, cuyas consecuencias, independientemente de las acciones jurídicas que siga el trabajador, implica la pérdida del empleo.

4.3. Despido arbitrario en la legislación internacional

Sobre el despido arbitrario, en la legislación internacional se tiene a la Declaración Universal de Derechos Humanos (10 de diciembre de 1948) que en su artículo 23° inciso 1 prescribe: “Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”; por lo que, en la lucha contra los despidos es que se dota al trabajador de protección contra el desempleo.

Por su parte, la OIT se ha empeñado en velar por los trabajadores despedidos arbitrariamente proponiendo una solución resarcitoria, restitutoria o la que resulte necesaria para la salvaguarda de los derechos de los trabajadores, dado que el Convenio 158 de la OIT que en su artículo 10° señala:

Si los organismos mencionados en el artículo 8 del presente Convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y la práctica nacional no estuvieran facultados o no consideraran posible, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada.

El artículo en mención busca proteger al trabajador despedido arbitrariamente, desde dos aspectos ya conocidos por la legislación peruana, la primera basada en la reposición al trabajador a su centro laboral al puesto que ostentaba o a uno similar, pero nunca a uno inferior; el segundo aspecto gira entorno a la indemnización por el despido arbitrario, el cual consiste en resarcir económicamente el daño causado; siendo que las razones se basan en no privar del derecho al trabajo, así como evitar que el trabajador y sus dependientes queden en una situación precaria como consecuencia del despido arbitrario.

Además, el citado artículo prescribe la existencia de otra reparación diferente a las señaladas, lo cual deja al criterio de cada Estado, pero implícitamente presupone que tal reparación sea eficiente y oportuna.

Por otro lado, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador, 17 de noviembre de 1988) y ratificado por el Perú mediante Res. Legislativa N° 26648 (28/04/1995), en su artículo 6° señala: "toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada"; siendo que, el mismo cuerpo normativo internacional en su artículo 10° inciso d) señala: "(...) En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional".

Estas normas internacionales han sido adoptadas dentro de la normatividad peruana, por tanto, deben cumplirse mínimamente en los términos establecidos, más aún si se tiene la obligatoriedad en el cumplimiento de las disposiciones internacionales que reconocen derechos fundamentales; en este sentido el artículo IV del título Preliminar de la Nueva Ley Procesal de Trabajo señala: "Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley"; así mismo, la décima disposición complementaria del mismo cuerpo normativo señala:

Conforme a lo establecido en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú, los derechos laborales, individuales o colectivos se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre la

materia ratificados por el Perú, sin perjuicio de consultar los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los criterios o decisiones adoptados por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte.

En tal sentido, los organismos internacionales en el ámbito laboral han brindado fundamentos básicos para proteger al trabajador pasible de un despido arbitrario, siendo que, los países, como el Perú, tienen el deber de aplicarlas en su legislación nacional, más aún si estos versan sobre el derecho fundamental del trabajo.

4.4. Despido arbitrario en la legislación peruana

La Constitución Política del Perú de 1979 en su artículo 48° señalaba que el trabajador tiene derecho a no ser despedido sino por causa justa señalada en la ley y debidamente comprobada; cambiando de redacción con la Constitución Política de 1993, que en su artículo 27° señala que el trabajador tiene derecho a la adecuada protección contra el despido arbitrario.

Ese cambio de paradigma se sustenta en que la vigente Constitución peruana rechaza la voluntad extintiva de la relación laboral por decisión unilateral del empleador que no se sustenta en una causal objetiva; por lo que, deja a la voluntad del legislador la determinación del contenido de la protección contra el despido arbitrario, sometiéndole a la exigencia de que dicha protección sea adecuada; así como lo señala Castillo (2004), al comentar el artículo 27° de la Carta Magna.

Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles. (p. 9)

En ese sentido, la legislación peruana ha sentado el fundamento de la lesividad que implica el despido arbitrario, por lo que en el artículo 27° de la Constitución Política no se hace ninguna distinción entre los trabajadores ordinarios y los trabajadores de confianza.

Así mismo, el artículo 34° del D. Leg. 728° desarrolla el concepto de despido arbitrario al señalar que: “(...) Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, (...)”; es decir, para la legislación peruana el despido arbitrario puede darse en dos maneras; siendo la primera, el no expresar causa, fundamento o motivo que justifique el despido (despido incausado). La segunda manera, se produce cuando a pesar que se ha manifestado una causa, ésta no pudo ser probada en juicio (despido injustificado).

4.4.1. Clases de despido arbitrario

El artículo 34° del D. Leg. 728 subdivide en dos clases al despido arbitrario, señalando que son: el despido incausado y el despido injustificado. Neves (2019), precisa que el despido arbitrario contempla dos clases de despido: “(...) el despido arbitrario, que comprende el incausado (en el que no se expresa motivo) y el injustificado (en el que se invoca un motivo, pero no se prueba en el proceso judicial)”. (p. 18).

Sobre el despido incausado, Blancas (2012) precisa que: “El despido ad nítum o incausado, se entiende a aquel en el cual la sola expresión de voluntad del empleador es considerada suficiente para extinguir la relación laboral” (p. 392). En ese sentido, se tiene que el despido incausado surge cuando se comunica al

trabajador el término de la relación laboral, pero no se le expresa el motivo de tal decisión.

Por otro lado, el despido injustificado es aquel que no responde a una causal que autorice al empleador a rescindir unilateralmente la relación laboral; es decir, es aquella que carece de una causa contemplada en la ley, por lo que no puede ser acreditada en un proceso judicial.

Así mismo, en la sentencia recaída en el expediente N° 976-2001 AA/TC (13/03/2003), fundamento quinto, el Tribunal Constitucional ha señalado:

De esta forma, un despido será justificado o injustificado, legal o arbitrario, en tanto la voluntad extintiva de la relación laboral manifestada por el empleador se lleve a cabo con expresión o sin expresión de causa; con el cumplimiento o incumplimiento de las formalidades procedimentales; con probanza o no probanza de la causa -en caso de haber sido ésta invocada- en el marco de un proceso.

Por lo que, el despido arbitrario, conforme la normatividad peruana, es entendida como el despido incausado e injustificado, de las cuales se basa el empleador para efectiviza su decisión unilateral de término de la relación laboral.

4.5. Pronunciamientos del Tribunal Constitucional sobre el despido arbitrario de los trabajadores de confianza

El Tribunal Constitucional, como supremo intérprete de la Carta Magna, ha emitido varias sentencias respecto del despido arbitrario; siendo uno de los primeros hitos controversiales la sentencia N° 1124-2001-AA/TC, emitida en julio de 2002 sobre el caso del Sindicato Único y la Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú, donde el TC llega a la conclusión que el Estado peruano no solo debe facilitar puestos de trabajo sino que debe proteger el derecho de las

personas a conservar dichos puestos laborales, y que solo sean despedidos por causas o motivos objetivos que lo justifiquen.

En la referida sentencia, el Tribunal Constitucional fundamenta su decisión en artículo 22° de la Constitución Política del Estado, el cual prescribe que: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base de bienestar social y un medio de realización de la persona”, y el artículo 27° de mismo cuerpo normativo, donde se señala que: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

Así mismo, en la sentencia recaída en el expediente N° 03631-2012-PA/TC (23/01/2013), en el fundamento jurídico 3.3 señala:

El derecho al trabajo se encuentra reconocido por el artículo 22° de la Constitución. Al respecto, este Tribunal estima que el contenido esencial del referido 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. 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.

De igual manera, en el expediente N° 05199-2015-PA/TC (28/11/2017), donde se tiene el caso del despido arbitrario a un trabajador que ingresó a la empresa América Móvil Perú SAC bajo la modalidad de trabajo por incremento de actividad, pero luego fue desnaturalizado su contrato, por lo que el Tribunal Constitucional ha precisado que una vez adquirida la estabilidad laboral, el trabajador solo puede ser despedido por causa justa, la cual se sustenta en la

capacidad y/o conducta del prestador de servicios, siendo que los demás despidos devienen en arbitrarios.

Ahora bien, sobre los trabajadores de confianza, se tiene que, la Constitución Política del Estado en su artículo 2° prescribe: “toda persona tiene derecho: (...) 14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público”; por lo que, la contratación del personal de confianza es válida y como tal surte efectos legales.

Es así que, en la sentencia recaída en el expediente N° 03501-2006-PA/TC del 15 de marzo del 2007, en el fundamento 11 el Tribunal Constitucional ha reconocido que:

(...) la etiqueta personal de confianza no es lo que determina que el cargo en el cual se está desempeñando el empleado sea uno de esa naturaleza, sino que son las funciones que realiza lo que va a determinar si el cargo es o no de confianza.

Es decir, las funciones de un trabajador de confianza son específicas y de fácil diferenciación a las de un trabajador ordinario; Sin embargo, al generarse una relación laboral especial de confianza entre el empleador y el trabajador, surgió la necesidad de determinar la forma de conclusión del mismo; por lo que, en la referida sentencia, en el fundamento 3, se precisó que la sola causal de retiro de la confianza es suficiente para despedir a un personal de dicha naturaleza.

Los trabajadores comunes gozan del derecho de acceder a un puesto de trabajo en el sector público, tienen estabilidad en su trabajo y no pueden ser despedidos arbitrariamente, según la STC 0206-2005-AA/TC. Mientras que los que asumen un cargo de confianza están supeditados a la “confianza”, valga la redundancia, del empleador. En este caso, el retiro de la misma es invocada por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos.

A partir de la mencionada sentencia, el Tribunal Constitucional conserva la opinión del retiro de confianza como causal de despido, hecho que hizo notar en las sentencias N° 03926-2007-PA/TC (17/10/2007), N° 641-2010-PA/TC (18/08/2010) y en la sentencia N° 1012-2010-PA/TC (12/04/2011); Siendo ello así, se tiene que el Tribunal Constitucional crea una nueva modalidad de despido que no se sustenta en la capacidad y/o conducta del trabajador, puesto que señala que el solo retiro de confianza extingue la relación laboral.

Sin embargo, antes de la sentencia N° 03501-2006-PA/TC (15/03/2007), considerado como uno de los primeros hitos sobre la posición del retiro de confianza como causal de despido, el Tribunal Constitucional mantenía la tesis de que las causales para el despido debían ser objetivas y debidamente contempladas en una norma jurídica, las cuales debían incidir en la conducta y/o la capacidad del trabajador, ello sin importar el tipo de relación laboral generada; así como lo precisó en la STC N° 746-2003-AA/TC (19/04/2004) que en su fundamento tres, señala:

3. En ese sentido, en autos no se ha acreditado fehacientemente la calificación del cargo de la demandante a fin de determinar si le corresponde su reposición o, por haber ejercido un puesto de confianza, sólo la acción indemnizatoria, resultando inevitable contar con elementos probatorios idóneos y con una estación adecuada para la actuación de los mismos, (...).

Es decir, tres años antes de que el Tribunal Constitucional considerara el retiro de confianza como causal de despido, mantenía la opinión de que los despidos eran solo los contemplados en la ley y que con ello se salvaguardaba el derecho fundamental del trabajo, por lo que, ante un despido arbitrario, el empleador tenía el deber de indemnizar al trabajador.

Así mismo, el Tribunal Constitucional en la STC N° 4492-2004-AA/TC (17/02/2005) en su fundamento dos, señala:

2. En consecuencia, y con relación a los trabajadores de confianza, tal como lo ha establecido este Tribunal en la Sentencia N.O 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.

Ese mismo fundamento fue contemplado en la sentencia N° 2358-2005-PA/TC (04/10/2006), toda vez que se consideraba al retiro de confianza como una causal subjetiva que conllevaba implícita la arbitrariedad de la culminación de la relación laboral; por lo que el Tribunal Constitucional mantenía la tesis de indemnizar a los trabajadores de confianza despedidos por la causal de retiro de confianza.

Ante lo señalado, cabe precisar cuál es el fundamento que utiliza el máximo intérprete de la Constitución sobre la indemnización laboral, para ello es menester revisar la STC N° 01332-2008-PA/TC (06/02/2020) que en su quinto fundamento cita el artículo 10° del Convenio 158 de la OIT para señalar que la indemnización se otorga en situaciones donde se da por terminado la relación laboral de manera injustificada; así mismo cita el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en su artículo 7 literal d) refiere que la consecuencia del despido injustificado es la indemnización o la readmisión en el empleo.

Siendo que, en la mencionada sentencia N° 01332-2008-PA/TC (06/02/2020), el Tribunal Constitucional culmina señalando en su quinto fundamento:

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

Así mismo, el Tribunal Constitucional confirma su decisión con la STC N° 00078-2006-PA/TC (13/04/2007), que en su fundamento 5 señaló: "Al respecto, en las sentencias recaídas en los Exps. N. 0746-2003-AA/TC, 4492- 2004-AA/TC y 1651-2005-AA, hemos precisado que quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición, sino la indemnización".

En ese sentido, se tiene que, el despido injustificado al ser una decisión unilateral del empleador que no puede ser probado en juicio, dado que la imputación para despedir al trabajador es subjetiva y vacía el derecho constitucional al trabajo; por lo que, el Tribunal Constitucional ante tales circunstancias optó por precisar que la invocación del retiro de confianza configura un despido arbitrario.

Además, el artículo 34° del D. Leg. 728 señala que un despido injustificado (se invoca un motivo para el despido, pero no se puede probar en un proceso judicial) es un despido arbitrario; por lo que, se advierte que el Tribunal Constitucional en las sentencias N° 746-2003-AA/TC (19/04/2004), N° 4492-2004-AA/TC (17/02/2005) y en la STC N° 00078-2006-PA/TC (13/04/2007), anunciaba que el retiro de confianza era un despido arbitrario que acarrearía consecuencias jurídicas resarcitorias.

4.6. Pronunciamientos de la Corte Suprema sobre el despido arbitrario de los trabajadores de confianza

La Corte Suprema de la República también ha resuelto los casos de despidos arbitrarios a la luz de la Constitución y de las normas laborales, puesto que reconoce la importancia del trabajo en la vida del ser humano; siendo que en la casación laboral N° 18592-2016-Lima (05/04/2018), que en su considerando quinto precisa:

El Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, ha establecido un sistema general de protección al trabajador contra el despido arbitrario, entendiendo por tal, aquél que carece de causa justa o que se materializa sin expresión de ésta y establece, además, la nulidad del despido, el cual no se funda en alguno de los motivos específicos que dicha Ley establece en el artículo 29°; sin embargo, se encuentran vinculados a conductas lesivas a determinados derechos del trabajador, por lo que el sustento de esta norma radica en garantizar su pleno ejercicio, sin que la situación de subordinación o dependencia que deriva de la relación de trabajo pueda limitarlos o restringirlos, lo cual encuentra fundamento en el tercer párrafo del artículo 23° de la Constitución Política del Perú, el cual precisa que la relación laboral no puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador

Así mismo, en la Casación N° 4400-2017-Lima (14/05/2019), la Corte Suprema señaló que todo despido implica una causa justa y preestablecida en una norma legal, y de no ser así se incurriría en un despido arbitrario. En ese sentido en su considerando décimo tercero, segundo párrafo, señaló que: “(...) las sanciones disciplinarias debido a su naturaleza perjudicial a los intereses subjetivos de las personas deben ser aplicadas luego que su ocurrencia ha sido objetivamente acreditada, es decir, de manera expresa e inequívoca; (...)”.

Sin embargo, el Poder Judicial cambia de criterio cuando se trata de trabajadores de confianza, toda vez que obvia mencionar una causal objetiva y comprobada

para la pérdida de la relación laboral; por lo que, con la emisión del Pleno Jurisdiccional Laboral Distrital de Lima, realizado en diciembre de 2017, en el que los Vocales Laborales votaron por mayoría a favor de la ponencia referida a la inexistencia del derecho a la indemnización para los trabajadores de confianza exclusiva. Para ello se basaron en la sentencia N° 18450-2015-LIMA (23/08/2016).

Del análisis de la sentencia N° 18450-2015-LIMA (23/08/2016) se advierte que la Corte Suprema de la República no realiza una motivación exhaustiva para señalar el no pago de indemnización por despido que se sustente en la causal del retiro de la confianza; por el contrario, se limita solo a señalar en su cuarto considerando:

4.10 En tal sentido, para el actor la pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; pues a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva, como expresamente lo sostiene el Tribunal Constitucional en la STC N° 3501-2006-PA/ TC. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, que es precisamente el caso del demandante.

4.11 Sostener lo contrario sería admitir que todo trabajador de confianza a quien se le retira la confianza tenga derecho a la indemnización por el despido, lo cual es un absurdo, pues si así fuera todo aquel que contrata a un trabajador de confianza sabrá que al retirarle la confianza le tiene que indemnizar, es decir, el trabajador de confianza estaría en mejor posición que el trabajador común, a quien para indemnizarle se tiene que probar que el despido fue arbitrario, en el caso del de confianza, bajo dicha interpretación, no sería necesario. Dicho de otra forma, en los contratos de trabajadores de confianza habría una cláusula tácita de pago de indemnización por despido arbitrario, por cuanto todo retiro de confianza tendría como consecuencia dicho pago. Tal interpretación no resiste análisis alguno en el marco constitucional y legal actual.

Respecto a lo señalado, cabe precisar que, el trabajador de confianza debido a la naturaleza del cargo, tiene estabilidad laboral relativa (siempre y cuando supere el periodo de prueba), lo que implica que ante un despido subjetivo (retiro

de confianza), procede la indemnización, con lo cual no se estaría colocando al trabajador de confianza en mejor posición que al trabajador común (ordinario), como la mencionada sentencia señala, dado que, la protección contra el despido arbitrario, prescrito que la Carta Magna, reconoce tal derecho en forma igual a todos los trabajadores; además de que, el retiro de confianza al ser un despido que no reside en la capacidad o conducta laboral, deviene en un despido arbitrario.

Con la emisión de la Casación N° 4396-2017 LIMA (11/07/18), la Corte Suprema nuevamente señaló que, si un trabajador de confianza exclusiva es cesado por “retiro de confianza”, no existirá despido arbitrario, y por ende no es pasible de una indemnización; decisión que se sustenta en su considerando octavo:

Octavo: El Juez Supremo que suscribe considera que 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 que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave que son objetivos.

Sin embargo, la Corte Suprema, en un inicio tenía el criterio de considerar como despido arbitrario el retiro de confianza, toda vez que no se consideraba como causal justa, proporcional y preestablecida en una norma jurídica, conforme lo señaló en la Casación N° 18450-2015 LIMA (23/08/2016), que en su tercer considerando precisó:

3.8 No obstante lo antes señalado debe considerarse que la Corte Suprema de la República mediante Casación N° 1489-2000-Lima, de fecha primero de diciembre del dos mil, ha considerado que [...] los trabajadores de confianza de empresas que se rigen por las normas de la actividad privada se encuentran igualmente protegidos contra el despido arbitrario, por lo que al haber sido despedido sin expresión de causa le corresponde el pago de

una indemnización por despido arbitrario [...]. Sobre la base de la casación citada los autores citados sostienen que la apreciación de la Corte suprema permite considerar tres aspectos: a) El retiro de la confianza es un derecho del empleador b) Los trabajadores de confianza tienen una estabilidad laboral relativa, por lo que les corresponde el pago de una indemnización frente al despido arbitrario; y, c) Con el pago de la mencionada indemnización se extingue definitivamente el vínculo laboral.

Lo resaltante de la mencionada sentencia es que se considera que un trabajador de confianza posee estabilidad laboral relativa; es decir, una estabilidad que no conlleva la reposición ante la pérdida del empleo, sino una indemnización ante el despido ocasionado.

En ese sentido, se emitieron las Casaciones N° 2634-2009- Junín (10/03/2010), N° y N° 4298-2009- Huánuco (19/11/2010) donde se ha señalado que no es causal objetiva el despido por la falta de confianza; así mismo, no cabría distinción alguna para un trabajador de confianza exclusiva y mixta, dado que en ambos casos se tiene una estabilidad laboral relativa.

En la Casación Laboral N° 3002-2012- Junín (11/03/2012), en su considerando séptimo, basándose en el artículo 10° del D. Leg. N° 728 precisa que, una vez superado el periodo de prueba el trabajador alcanza protección contra el despido arbitrario; es decir, que para la terminación de la relación laboral es necesario la invocación de una causal justa que se sustente en una norma jurídica y que incida en la conducta y/o capacidad del trabajador; de igual manera, el artículo 34° y 38° del mismo cuerpo normativo, no distingue las relaciones laborales para el pago de indemnizaciones a los trabajadores despedidos arbitrariamente, con lo cual se tiene que para una relación laboral especial también el Estado brinda la debida protección contra el despido arbitrario.

Así mismo, en la Casación N° 13810-2014-Lima (23/03/2015); y la Casación N° 15156-2014-Lima (03/08/2015) se señaló que cómo el D. Leg. N° 728 no hace distinción entre los trabajadores de confianza de los trabajadores ordinarios, su tratamiento debe ser igual en caso de despido arbitrario.

En ese tenor, en el año 2016, la Corte Suprema emitió dos casaciones, la primera a fines del 2016, Casación N° 18450-2015-Lima (23/08/2016), disponiendo que el trabajador de confianza exclusiva (tanto para el ámbito público como privado) debe percibir la indemnización correspondiente cuando sea despedido por retiro de la confianza de su empleador, hecho que ha confirmado con la Casación N° 3106-2016-Lima (27/09/2016); de donde se tiene que, el retiro de confianza configura un tipo de despido arbitrario.

De lo mencionado se tiene que, el ordenamiento laboral peruano no contempla normas relativas a la extinción laboral de un trabajador de confianza, en razón de que, existen normas generales que señalan el despido (en el caso del despido justificado se tiene al artículo 22° del D. Leg. N° 728), por lo que se debe entender que, el legislador buscó la igualdad entre los trabajadores, ello independientemente de la relación laboral que tengan.

De igual manera, la Corte Suprema con las Casación N° 18450-2015 LIMA (23/08/2016), N° 2634-2009- Junín (10/03/2010), N° 4298-2009- Huánuco (19/11/2010), N° 3002-2012- Junín (11/03/2012), Casación N° 13810-2014-Lima (23/03/2015) y la Casación N° 15156-2014-Lima (03/08/2015), realiza una exhaustiva motivación de lo que consiste la estabilidad laboral, señalando su subdivisión en estabilidad laboral absoluta y relativa; así mismo, precisa el verdadero contenido de la protección que brinda el Estado contra del despido

arbitrario, además de la implicancia de la superación del periodo de prueba, con lo cual sus fallos consideran a la causal de retiro de confianza como un despido arbitrario.

V: LA INDEMNIZACIÓN

5.1. Concepto de indemnización

La indemnización es el modo de reparar la afectación que se ha ocasionado con o sin el ánimo de hacerlo; siendo ello así, cabe hacer una distinción entre las formas de resarcir una afectación; siendo que, la responsabilidad personal y responsabilidad patrimonial son aplicadas en el derecho penal; no obstante, para el derecho civil y laboral solo se puede aplicar la responsabilidad patrimonial. En ese sentido, la responsabilidad patrimonial en el derecho penal es conocido como reparación civil, y la responsabilidad patrimonial en el derecho civil y laboral es conocido como la indemnización.

En ese tenor, se tiene la Casación N° 4638-2006-Lima (22/03/2007), que en su considerando sétimo hace una distinción entre el proceso penal y el proceso civil.

(...), pues mientras que en el proceso penal se busca la sanción al infractor de la ley penal ante la comisión de un hecho que la sociedad y la ley consideran repudiable y reprimible, en el proceso civil la responsabilidad responde a una lógica distinta, pues se busca determinar quien debe asumir el daño ocasionado producto de determinada situación jurídica, (...)

Por lo que, la indemnización o también llamado responsabilidad patrimonial en el derecho civil y laboral, para que sea factible necesita de la identificación de las personas obligadas a resarcir el daño, para luego imponerselas el pago de la misma; y siendo ello así, en el derecho labral, el obligado a indemnizar a un trabajador por despido arbitrario es siempre el mismo empleador; por lo que, la

indemnización responde a la compensación económica a favor de un trabajador como consecuencia de haber sufrido un perjuicio de índole laboral (despido arbitrario).

5.2. Elementos de la responsabilidad laboral que generan indemnización

Dentro del derecho laboral, se tiene que, el daño que ocasiona el incumplimiento de las obligaciones originadas o derivadas de la relación de trabajo da lugar a la responsabilidad contractual, teniéndose los mismos elementos señalados en la responsabilidad civil; con lo cual se determinará si es o no amparable una pretensión resarcitoria (indemnización), siendo tales elementos: la antijuridicidad, el daño, la relación de causalidad y el factor de atribución.

Sobre la antijuridicidad, se tiene que es la violación del ordenamiento jurídico con manifestaciones que no solo desconocen la normatividad, sino que se oponen a ella, por lo que un hecho antijurídico es un hecho ilícito y excesivo. Respecto a elemento daño se tiene que es, el detrimento o menoscabo a un interés jurídicamente tutelado, que, cumpliendo los requisitos de certeza, con relación entre el supuesto responsable y víctima e injusto produce un hecho indemnizable; además el daño puede ser patrimonial y extrapatrimonial.

Con la relación causal se permite verificar cuál es el hecho determinante del daño, y con el factor de atribución se justifica el traspaso del aspecto económico del daño de la víctima al sujeto responsable.

Cabe precisar que, los elementos antes señalados son copulativos; es decir, deben concurrir todos de ellos de manera conjunta, para que se configure la responsabilidad laboral.

Así mismo, el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional (04/08/2017), por mayoría acordó que:

(...) La indemnización de daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por remuneraciones devengadas. El juez valorará los medios probatorios para determinar la existencia del daño, la relación de causalidad con el despido, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, y el cálculo de la suma indemnizatoria, según el petitorio y los hechos.

En este sentido, tratándose de un derecho que se origina en el derecho civil con incidencia en el derecho laboral es aplicable indistintamente del tipo de régimen.

5.3. Regulación internacional sobre la indemnización

La OIT en el Convenio 158 ha establecido, en síntesis, lo siguiente: (i) la terminación del contrato de trabajo por iniciativa del empleador debería ser por causa justificada, (ii) la procedencia de dos tipos de indemnizaciones por término de contrato: primero, una indemnización “adecuada” por el despido injustificado; segundo, independientemente de la indemnización antes señalada, se establece una indemnización “por fin de servicios u otras medidas de protección a los ingresos”, aunque podrá preverse la pérdida de esta última indemnización en el supuesto de falta grave del trabajador.

De lo señalado por la OIT se tiene que, todo término de la relación laboral debe obedecer a una causa justificada, la cual debe sustentarse en las capacidades del trabajador o en su conducta dentro del ámbito laboral, impidiendo de esa manera que el despido surja del mero capricho del empleador; así mismo, la OIT precisa que en los despidos se debe otorgar una protección a los ingresos del trabajador o una indemnización, siendo la excepción cuando el trabajador es despedido por falta grave, la cual también debe encontrarse prescrita en una norma legal.

Por su parte, el Protocolo de San Salvador en su artículo 7° inciso d) establece: “En los casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”; es decir, cabe la posibilidad de resarcir de distinta forma que no sea indemnización o reposición a un trabajador despedido injustificadamente (despido arbitrario).

El Protocolo Adicional de la Carta Social Europea en su artículo 1° inciso a) señala que el derecho al trabajo comprende: “Acceso al empleo, protección contra el despido y reinserción profesional”; por lo que, compromete a los Estados parte a legislar no solo en el acceso al empleo sino también en el cumplimiento del mismo, así como en las formas de reparar al trabajador despedido arbitrariamente.

Ahora bien, en el caso de trabajadores de confianza se tiene que, el término “empleados de confianza” se utilizó por primera vez en el proyecto de la Jornada Legal de Trabajo presentado en Washington en 1919 en la Conferencia de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), donde se estableció que los empleados de confianza eran trabajadores con cargos que giran en torno al destino general de la empresa (conocidos como trabajadores de dirección) y los que poseen secretos de la empresa (trabajadores de confianza).

Sin embargo, la OIT sin distinción entre los trabajadores ordinarios y los de confianza, ha dispuesto normas mínimas para su protección laboral, siendo que en su artículo 4° señala: “No se pondrá término a la relación de trabajo a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades del funcionamiento de la empresa,

establecimiento o servicio”, por lo que, todo despido sin causa objetiva y que no se sustente en la capacidad o la conducta del trabajador será considerado como despido arbitrario.

Así mismo, en el artículo 4° del Convenio 158 ha señalado que: “Si los organismos mencionados en el artículo 8° del presente convenio llegan a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada y si en virtud de la legislación y las prácticas nacionales no estuvieran facultados o no consideran posibles, dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”; siendo el caso del trabajador de confianza, a quien no se le puede reponer, dado a las características de las funciones que realiza, la cual hace imposible una reposición laboral al cargo de confianza, por lo que, cuando es despedido arbitrariamente, es decir sin causa objetiva, le asistirá una debida indemnización.

Por otro lado, el despido no solo debe ser sustentada y proporcional, sino que debe ser puesta a comunicación del trabajador, a fin de evitar que la decisión sea para el trabajador intempestiva; además de que esta comunicación debe ser escrita cuando se trata de actos jurídicos, como consecuencias de los cuales se extinguirá la relación de trabajo en situaciones poco favorables para el trabajador; por lo que, al advertirse que un despido no obedece a una causal objetiva, proporcional y razonable devendría en arbitrario, siendo que la normatividad internacional ha dispuesto que ante tales despidos corresponde reponer al trabajador o hacer efectivo el pago de la indemnización.

5.4. Indemnización por despido arbitrario en la legislación peruana

El Estado peruano reconoce la importancia del trabajo en la vida del ser humano, por lo que, en la Carta Magna, se establece que, el trabajo es un derecho y a la vez un deber, que genera la realización de la persona y es la base del bienestar social.

En tal sentido, ninguna norma puede menoscabar o generar menos derechos a los ya reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales, con lo que al producirse la extinción del vínculo laboral por despido debe sustentarse en una causa objetiva, y de no darse el caso el trabajador tiene derecho a una reparación justa y razonable, la cual puede ser la reposición o la indemnización.

Sobre la indemnización Blancas (2013) señala que: “La indemnización por despido es concebido en la doctrina con la sanción que se impone al empleador por la ruptura abusiva e ilegal de la relación de trabajo (p. 337)”.

Internacionalmente se tiene el caso del señor Lagos del Campo Vs Perú, ventilado en la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde en el proceso señalado recomendó al Estado peruano que:

La Corte reiteró que la Sentencia constituye, por sí misma, una forma de reparación, y determinó las siguientes medidas de reparación integral. Como medida de Satisfacción: (i) que el Estado deberá publicar la presente sentencia y su resumen oficial; y como Indemnización compensatoria: (ii) deberá pagar la cantidad fijada en la Sentencia por concepto de daño material, lo cual incluye el lucro cesante por los salarios dejados de percibir y su legítima pensión y beneficios sociales. Asimismo, otorgó un monto por concepto de daño inmaterial por las violaciones acreditadas, así como el reintegro de gastos y costas, y por reintegro de los gastos del Fondo de Asistencia de Víctimas.

En tal sentido, la Corte Interamericana recomendó al Perú pagar la indemnización al señor Lagos del Campo por el despido arbitrario efectuado en su contra; así mismo, lo recomendado, es aplicable para toda relación laboral donde se produjo un despido arbitrario; es decir, que el despido no se sustente en una norma jurídica, que sea subjetiva y desproporcional.

Además, se tiene que el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su acápite 7d señala que cuando un trabajador es despedido injustificadamente le corresponde la reposición, la indemnización o cualquier otra prestación prevista en la legislación interna. Cabe precisar que, tanto la reposición, indemnización o la prestación más adecuada dependerá de la naturaleza de la relación laboral, siendo que en todos los casos donde se tenga un despido arbitrario (injustificado) se deberá proceder a reparar al trabajador.

En ese sentido, el D. Leg. 728 en su artículo 38° prescribe “La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. (...)”, siendo así, el artículo señalado prescribe sobre la indemnización por despido arbitrario, no haciendo ninguna distinción entre trabajadores de confianza, dirección y ordinarios.

Por otro lado, si el trabajador posee un contrato sujeto a modalidad y es despedido pasado el periodo de prueba, el empleador deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración y media por cada mes dejado de laborar hasta que se cumpla el vencimiento del contrato, conforme se advierte del artículo 76° del cuerpo normativo antes descrito.

En tal sentido, se tiene que la indemnización por despido arbitrario tiene una naturaleza reparadora por los daños ocasionados al trabajador, y siendo ello así, el único motivo para indemnizar a un trabajador de confianza deriva del despido arbitrario que ha sido pasible; por lo que, el legislador ha querido recalcar que ante los despidos arbitrarios, por ser tan perjudiciales, corresponder el derecho a la indemnización del trabajador, el cual se ve afectado con la decisión unilateral del empleador.

Por su parte, el Tribunal Constitucional sobre el despido arbitrario ha emitido las sentencias recaídas en los expedientes N° 1124-2001-AA/TC (11/07/2002), N°. 976-2001-AA/TC (13/03/2003) y N° 0206-2005-PA/TC (28/11/2005), donde se daba carta libre al propio trabajador para que decida si desea la reposición a su centro de labores o la debida indemnización cuando era despedido arbitrariamente.

Siendo así, en la sentencia recaída en el expediente N° 03631-2012-PA/TC-Moquegua (23/01/2013), en el fundamento 3.3 señala:

Respecto al derecho constitucional a la protección adecuada contra el despido arbitrario reconocido en el artículo 27° de la Constitución, se debe señalar que este Tribunal, en la STC N° 00976-2001-AA/TC, delimitó su contenido e interpretó qué debe entenderse por protección adecuada contra el despido arbitrario. Asimismo, el Tribunal ha reconocido en reiterada jurisprudencia (por todas, la STC N.º 05650-2009-PA/TC), dos tipos de protección en casos de despido arbitrario, de carácter excluyente y a elección del trabajador: a) protección de eficacia resarcitoria, cuando el trabajador opta por recurrir a la vía ordinaria solicitando el pago de la indemnización por despido arbitrario; y b) protección de eficacia restitutoria, cuando el trabajador opta por recurrir a la vía constitucional a través del proceso de amparo constitucional, siempre y cuando el despido se haya producido, entre otros supuestos, de manera incausada, es decir, ejecutado de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresión de causa alguna relacionada con la conducta o el desempeño laboral del trabajador que la justifique.

En tal sentido, la normatividad nacional reconoce a la indemnización o reposición como fuente de resarcimiento de un despido arbitrario. No obstante, la situación cambia cuando se trata de un trabajador de confianza, dado que éste se encuentra en una relación especial por las funciones que realiza, lo cual significa que ante un despido no puede demandar reposición, dado que se rompe la característica de confianza frente al empleador, por lo que el trabajador de confianza no posee estabilidad laboral absoluta.

Sin embargo, el trabajador de confianza exclusiva, conforme el artículo 10° del TUO del D. Leg. 728 se tiene que cuando supera el periodo de prueba tiene la debida protección contra el despido arbitrario, siendo ello así, se tiene que un trabajador de confianza posee estabilidad laboral relativa, y al no poder demandar una reparación restitutoria, podrá solicitar la reparación resarcitoria, el cual vendría a ser una indemnización; y, sobre la indemnización en los despidos arbitrarios se tiene a la STC N° 9272-2005-PA/TC (29/08/2006), que en el tercer fundamento señala:

En la STC 0976-2001-AA/TC, este Tribunal ha expresado que "(...) el artículo 340 del Decreto Legislativo N.O 728, en concordancia con lo establecido en el inciso d) del artículo 7° del Protocolo de San Salvador - vigente en el Perú desde el 7 de mayo de 1995-, ha previsto la indemnización como uno de los modos mediante los cuales el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente y, por ello, no es inconstitucional.

Es este sentido, del voto singular del magistrado Sardón de Taboada en la Sentencia del Tribunal Constitucional recaído en el expediente 5199-2015-PA/TC (28/11/2017) se tiene:

Además, el artículo 27 de la Constitución dice: La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario. El Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral,

establece que corresponde indemnizar —no reponer— al trabajador despedido arbitrariamente. No hay nada inconstitucional en ello, ya que el legislador está facultado por la Constitución para definir tal adecuada protección.

Este es el caso del trabajador de exclusiva confianza, dado que, al no ser posible la reposición en el empleo, debe otorgársele la debida indemnización, dado que el despido al no estar expresa en una norma (causa objetiva) vendría a constituir un despido arbitrario.

En el mismo tenor, se tiene el voto singular del magistrado Ferrero Costa en el expediente antes mencionado, donde precisa:

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

Tal fundamento ha sido reproducido en la sentencia 4492-2004-AA/TC (17/02/2005), señalando que la reposición no es el efecto de reparación a los trabajadores de confianza despedidos arbitrariamente, sino que es la debida indemnización.

Así mismo, el supremo intérprete de la Constitución, respecto de la indemnización en la sentencia N° 05515-2014-PA/TC (08/09/2016), señala que el cobro de la indemnización por despido arbitrario supone la protección contra tal despido, así como lo señala en su fundamento 3:

Este Tribunal, mediante la sentencia 03052-2009-PA/TC, (...) hizo una distinción entre el cobro de los beneficios sociales y de la indemnización por despido arbitrario. (...) la indemnización por despido arbitrario, regulada en los artículos 34 y 38 del Decreto Supremo 003-97-TR, cuyo cobro generará la terminación del vínculo laboral, por cuanto no se está optando por la eficacia restitutoria, esto es, por la protección procesal prevista a través del proceso de amparo constitucional. En efecto, en el literal b) del fundamento 26 del referido precedente se dispuso que "El cobro de la indemnización por despido arbitrario u otro concepto que tenga el mismo fin incentivo supone la aceptación de la forma de protección alternativa brindada por ley, por lo que debe considerarse como causal de improcedencia del amparo.

Siendo así, tanto el despido arbitrario incausado e injustificado comparten la indemnización como forma de reparación.

El despido arbitrario es aquel que se produce al cesar a un trabajador por acto unilateral del empleador sin expresión de causa o porque no se pudo demostrar esta en juicio. En estos casos el trabajador tiene derecho al pago de una indemnización como única reparación por el daño sufrido, lo que no impide que pueda simultáneamente demandar el pago de cualquier otro derecho o beneficio social aun no hecho efectivo. (Asesoramiento y análisis laborales , 2004, p. 62).

Así mismo, en la sentencia N° 746-2003-AA/TC (19/04/2004), el TC ha señalado que a los trabajadores de confianza les corresponde la indemnización, sin embargo, en dicha sentencia precisó que la vía idónea para hacer valer su derecho por falta de pruebas era la vía del proceso laboral.

En ese sentido, en autos no se ha acreditado fehacientemente la calificación del cargo de la demandante a fin de determinar si le corresponde su reposición o, por haber ejercido un puesto de confianza, sólo la acción indemnizatoria, resultando inevitable contar con elementos probatorios idóneos y con una estación adecuada para la actuación de los mismos, no siendo el amparo, por su carácter esencialmente sumarísimo y carente de estación de pruebas, la vía de dilucidación de lo que se solicita, sino la vía del proceso laboral, a la que en todo caso aún tiene derecho la actora, razón por la que se deja a salvo su derecho para hacerlo valer, en todo caso, en la forma legal que corresponda (fundamento 3, p. 5).

Siendo así, con la indenización se cumple con el derecho que el asiste al trabajador cuando es despedido arbitrariamente, así como se señaló en la sentencia recaída en el expediente N° 00263-2012-AA/TC (22/10/2012), en el fundamento 3.3.6:

“ (...) el hecho de que el empleador haya efectuado el depósito de la liquidación de beneficios sociales del demandante, incluyendo el pago de la indemnización por despido arbitrario, no significa señal alguna de aceptación del pago de esta última, dado que, conforme lo ha establecido este Colegiado a través de la STC N.º 03052-2009-PA/TC, el cobro de los beneficios sociales, que por derecho le corresponde percibir al trabajador (compensación por tiempo de servicios, vacaciones trucas u otros conceptos remunerativos), no supone el consentimiento del despido arbitrario, salvo que el afectado acepte el pago de la indemnización otorgada por el empleador, en cuyo caso operará la garantía indemnizatoria contenida en el artículo 34º del Decreto Supremo 003-97-TR (...)”.

Por lo que, no existe impedimento legal el reconocer la indemnización a los trabajadores de confianza exclusiva despedidos arbitrariamente, sino por el contrario es reafirmar lo prescrito en el artículo 27º de la Constitución Política del Perú.

VI. TRABAJADORES DE CONFIANZA

El buen desempeño de la dirección de una empresa para alcanzar una buena organización y así poder lograr sus fines, requiere de personas que ayuden al empleador en la toma de decisiones. Por ello, dichos puestos laborales son considerados de confianza (de dirección o de confianza propiamente dicha), dado que estarán en contacto directo con el empleador y con posesión de información reservada para el resto de trabajadores.

Siendo así, la persona que ocupe el cargo de confianza deberá adecuar sus funciones laborales conforme a las pretenciones de la empresa, y así estar sujeto a la confianza otorgada por el empleador.

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 (Barajas Montes de Ocas, 1992, p. 142).

En ese sentido, las acciones del personal de confianza tienen plena garantía de que son conforme al objetivo del empleador y la finalidad de la empresa; por lo que De Buen (2000), señala:

El trabajo de confianza no es un trabajo especial sino una relación especial entre el patrón y el trabajador, en razón de las funciones que éste desempeña. (...) En rigor, los trabajadores de confianza son trabajadores con un mayor grado de responsabilidad en atención a la tarea que desempeñan y de alguna manera hacen presente el interés del patrón (...). (pp. 14 - 15).

Ahora bien, en la normatividad peruana, se tiene que un personal de confianza puede ser un trabajador de dirección o de confianza propiamente dicha; es así que, todo trabajador de dirección es un trabajador de confianza; sin embargo, no todo trabajador de confianza es un trabajador de dirección, ello conforme se conceptualizará en líneas precedentes. Sin embargo, cabe precisar que, en nada enerva la sujeción a la confianza conferida por el empleador.

6.1. Diferencias entre el trabajador de dirección y el de confianza

La diferencia entre el personal de dirección y el personal de confianza reviste gran importancia en la relación laboral, para poder determinar las funciones que realiza cada uno.

Siendo así, en la STC N° 03501-2006-PA/TC (15/03/2007), fundamento 16, se tiene que: “La calificación de dirección o de confianza es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita”. Por lo que se puede entender que, si el empleador no califica debidamente al personal de dirección o de confianza, fácilmente se les puede distinguir al observar las funciones que cada uno realiza dentro de la empresa.

Así mismo, la distinción entre el trabajador de dirección y el de confianza, se encuentra regulada en el D. Leg. 728 que ha dedicado todo el capítulo VI sobre este tema, no solo identificando sus diferencias sino que también señala la forma como un trabajador común puede llegar a ocupar dichos cargos.

6.1.1. Trabajador de dirección

La definición del personal de dirección se encuentra prescrito en el artículo 43° del D. Leg. 728, el cual señala sus funciones, precisando básicamente que éste ejerce la representación, administración y/o control de la empresa.

Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros y que lo sustituye o que comparte con aquel las funciones de administración y control y de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.

Del artículo en mención se tiene que, el personal de dirección puede actuar de dos formas en la empresa: la primera forma consiste en sustituir al empleador, y la segunda forma se basa en que comparte las funciones de dirección de la empresa con el empleador, por lo que, siempre va a tener ese margen de jerarquía que lo distingue de los demás trabajadores, sobre todo del trabajador de confianza propiamente dicha. Así mismo, el trabajador de dirección es también un personal de confianza del empleador, debido a las funciones que cumple, lo cual genera un resultado conforme a los intereses del empleador y la finalidad de la empresa.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la República, en la casación N° 1047-2001- Lambayeque (21/08/2002), en su considerando quinto ha señalado que: “(...) un trabajador de dirección que lleva, efectivamente, implícita la confianza, por cuanto de su naturaleza esencial se destaca la representatividad inherente a la dirección.”

Por su parte, Toyama (2015), precisa un alcance más detallado del personal de dirección señalando que:

Son los altos directivos. Representan – o sustituyen – al empleador ante los trabajadores, terceros, etc. Administran, dirigen, controlan y fiscalizan la actividad empresarial y el resultado de sus servicios tiene enorme incidencia en el resultado del negocio (...) Ejemplos de estos cargos son: gerentes, vicepresidentes corporativos, jefes, directores, (...) es decir, la alta dirección de la empresa. (pp. 409-410)

Así mismo, Cabanellas (2001), señala que un trabajador de dirección tiene una jerarquía laboral que lo distingue de los demás trabajadores, pues refiere que, “(...) aquel que sin ser patrono, empresario, dueño o accionista principal, desempeña importantes y decisivas funciones de gestión, con atribuciones sobre

los restantes empleados, subalternos para él, y sobre todo los obreros con que pueda contar el establecimiento, empresa u organización”

De esta forma, se tiene que el personal de dirección posee la capacidad de tomar decisiones dentro de la empresa, ejerciendo los poderes de autoridad sobre los demás trabajadores, dado que comparte las funciones de dirección con el empleador, o en otros casos, lo sustituye.

6.1.2. Trabajador de confianza

Sobre el trabajador de confianza, el artículo 43º segundo párrafo, del D. Leg. 728 señala 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, aquéllos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

Del artículo mencionado se tiene que, el personal de confianza tiene acceso a información reservada, el cual por su contenido es limitada al resto de los trabajadores, y dicha accesibilidad a tal información tiene como finalidad que el personal de confianza coadyuve en la toma de decisiones al empleador dentro de la empresa.

Así mismo, Blancas (2013) sobre el personal de confianza señala que: “(...) Su calificación como “trabajador de confianza” no depende, por ello, de la jerarquía del cargo que desempeñan, sino del hecho de tener una relación personal y directa, de carácter laboral (...) (pp. 588-589).

Otro alcance en la doctrina peruana sobre los trabajadores de confianza es el que manifiesta Toyama (2015):

(...) Son personas (...) que prestan servicios en íntima relación con los de dirección; pueden tener acceso a documentación e información confidencial y reservada; pueden presentar informes esenciales o estratégicos para el desarrollo de la actividad empresarial. Por ejemplo, los abogados, contadores, auditores que no ocupan cargo de dirección (en concreto, los abogados del área legal que laboran bajo la dirección del Jefe del área que es un personal de dirección), los asistentes de los directores, etc., también ingresan en esta categoría (...). (p. 410)

Por lo que, conforme a lo regulado en el D. Leg. 728, la diferencia entre el personal de dirección y el personal de confianza radica en que el primero ocupa un cargo de mayor responsabilidad por tanto mayor jerarquía, así mismo, el personal de dirección toma decisiones dentro de la empresa y en algunos casos sustituye al empleador, por lo que sus acciones están ligadas con el destino de la empresa, generándose de esa manera una responsabilidad directa; mientras que el personal de confianza solo coadyuva en la toma de decisiones y se sujeta a la discrecionalidad del empleador y/o personal de dirección.

6.2. Regulación internacional del trabajador de confianza

El cargo de confianza o empleado de confianza ha sido regulado en diversos países, los cuales bajo su propia normatividad han precisado que son puestos especiales que vinculan al trabajador y al empleador en forma directa, otorgándole de esta manera información laboral reservada para los demás trabajadores, con la finalidad de coadyuvar con los fines de la empresa.

En ese sentido, se tiene la Ley Federal del Trabajo de México (Última Reforma 02-07-2019), que en su artículo 9° prescribe: “La categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas y no de la

designación que se dé al puesto”. Esto significa que, las labores del personal de confianza serán distintas a los de trabajadores ordinarios; además, si el empleador omite designar el cargo de confianza, la autoridad inspecciva podrá deducirlo de las funciones que ejerza el trabajador.

Siendo así, un trabajador de confianza tendrá trato directo con el empleador y acceso a información reservada, para que de esa manera pueda coadyuvará en la toma de decisiones. No obstante, las funciones que desempeñan los trabajadores de confianza implicarán también limitación a ciertos derechos como lo regula en su artículo 183° donde se señala:

Los trabajadores de confianza no podrán formar parte de los sindicatos de los demás trabajadores, ni serán tomados en consideración en los recuentos que se efectúen para determinar la mayoría en los casos de huelga, ni podrán ser representantes de los trabajadores en los organismos que se integren de conformidad con las disposiciones de esta Ley.

La razón de ser de la mencionada prohibición radica en que el personal de confianza está revestido por el carácter de confiabilidad, por lo que al formar parte de un sindicato o representante de los trabajadores estaría violentando los deberes del cargo de confianza y podría utilizar la información reservada del que se le ha provisto en contra de su empleador.

La ley mexicana también contempla la forma como el personal de confianza puede ser despedido por decisión unilateral del empleador, dado que en su artículo 185° prescribe: “El patrón podrá rescindir la relación de trabajo si existe un motivo razonable de pérdida de la confianza, aun cuando no coincida con las causas justificadas de rescisión (...)”.

Es decir, la pérdida de confianza que alegue el empleador puede generar que el personal de confianza pierda su empleo; no obstante, el artículo en mención señala la existencia de un motivo razonable, es decir, tiene que haber un motivo justificado y por ende proporcional (que no exista otra forma de proceder) a la desvinculación laboral.

Así mismo, la referida ley mexicana, señala que los trabajadores de confianza una vez despedidos no pueden ser reinstalados a su puesto laboral, siempre y cuando se le haga efectivo el pago de la respectiva indemnización por la desvinculación laboral, conforme lo regulado en su 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”.

Artículo 50.- Las indemnizaciones a que se refiere el artículo anterior consistirán:

2. Si la relación de trabajo fuere por tiempo determinado menor de un año, en una cantidad igual al importe de los salarios de la mitad del tiempo de servicios prestados; si excediera de un año, en una cantidad igual al importe de los salarios de seis meses por el primer año y de veinte días por cada uno de los años siguientes en que hubiese prestado sus servicios;
3. Si la relación de trabajo fuere por tiempo indeterminado, la indemnización consistirá en veinte días de salario por cada uno de los años de servicios prestados; y
4. Además de las indemnizaciones a que se refieren las fracciones anteriores, en el importe de tres meses de salario y el pago de los salarios vencidos e intereses (...).

Lo interesante sobre este punto es que, si bien es cierto a los trabajadores de confianza se les puede despedir por reitro de la misma (confianza), sin embargo, el trabajador despedido se hace merecedor de una indemnización que se cuantifica según el tiempo del servicio prestado.

Ahora bien, el legislador mexicano contempló la indemnización como consecuencia del despido a un trabajador de confianza por la causal de retiro de confianza, la cual no solo se hace legal sino que también es necesario, dado que el trabajador de confianza ha cumplido con el principio de laboralidad, esto es, prestación personal del servicio, subordinación, remuneración y la ajenidad del servicio prestado.

Por su parte, Chile en su Código del Trabajo (01/01/2019) refiere que los trabajadores de confianza están dotados de una relación especial y por tanto tienen un trato directo con empleador, por lo que en su artículo artículo 305° prescribe: “Trabajadores impedidos de ejercer el derecho a negociar colectivamente, forma y reclamo de esta condición. No podrán negociar colectivamente los trabajadores que tengan facultades de representación del empleador y que estén dotados de facultades generales de administración, tales como gerentes y subgerentes. En la micro y pequeña empresa esta prohibición se aplicará también al personal de confianza que ejerza cargos superiores de mando. De la circunstancia a que se refiere el inciso anterior deberá además dejarse constancia escrita en el contrato de trabajo y, a falta de esta estipulación, se entenderá que el trabajador está habilitado para negociar colectivamente (...)”.

Siendo ello así, el artículo señalado precisa la importancia de la redacción del contrato de trabajo, dado que un trabajador de confianza si en su contrato no señala expresamente la prohibición de negociación colectiva, éste puede hacerlo.

El código del trabajo chileno también regula la forma de despedir a un trabajador de confianza, en ese sentido en su artículo 161° prescribe: “Sin perjuicio de lo

señalado en los artículos precedentes, el empleador podrá poner término al contrato de trabajo invocando como causal las necesidades de la empresa, establecimiento o servicio, tales como las derivadas de la racionalización o modernización de los mismos, bajas en la productividad, cambios en las condiciones del mercado o de la economía, que hagan necesaria la separación de uno o más trabajadores. (...) En el caso de los trabajadores que tengan poder para representar al empleador, tales como gerentes, subgerentes, agentes o apoderados, siempre que, en todos estos casos, estén dotados, a lo menos, de facultades generales de administración, y en el caso de los trabajadores de casa particular, el contrato de trabajo podrá, además, terminar por desahucio escrito del empleador, el que deberá darse con treinta días de anticipación, a lo menos, con copia a la Inspección del Trabajo respectiva. Sin embargo, no se requerirá esta anticipación cuando el empleador pague al trabajador, al momento de la terminación, una indemnización en dinero efectivo equivalente a la última remuneración mensual devengada. Regirá también esta norma tratándose de cargos o empleos de la exclusiva confianza del empleador, cuyo carácter de tales emane de la naturaleza de los mismos.”

De lo prescrito, se advierte que, el empleador cuando de por terminado la relación laboral con un trabajador de confianza exclusiva tiene el deber de informarle con una anticipación de treinta días y de informar a la Inspección del Trabajo, sin embargo puede quedar eximido solo del plazo de treinta días, cuando pague una indemnización al trabajador de confianza exclusiva; ahora bien, de todas maneras debe informar a la inspección de Trabajo, dado que, dicha institución verificará la legitimidad del despido.

Respecto a la indemnización, el legislador chileno ah convenido que sea calculado en función a la última remuneración que tuvo el trabajador, en el caso analizado, el trabajador de confianza exclusiva.

Por otro lado, la Ley Orgánica del trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras de Venezuela (Gaceta Oficial N° 6.076 Extraordinario del 7 de mayo de 2012); expresamente no regula la designación del trabajador de confianza, sin embargo, si regula al trabajador de dirección, señalando en su artículo 37° que: “Se entiende por trabajador o trabajadora de dirección el que interviene en la toma de decisiones u orientaciones de la entidad de trabajo, así como el que tiene el carácter de representante del patrono o patrona frente a otros trabajadores, trabajadoras o terceros, y puede sustituirlo o sustituir las, en todo o en parte, en sus funciones.”; tal definición es similar a la contemplada en la legislación peruana para los cargos de dirección.

Así mismo, el artículo 87° de la ley Venezolana antes señalada, prescribe: “ (...) Los trabajadores y las trabajadoras de dirección, no estarán amparados por la estabilidad prevista en esta Ley”. Regulación que es propia de la naturaleza de un puesto de dirección.

Ahora bien, entre un puesto de dirección y uno de confianza existen diferencias que los individualizan, sin embargo, en comparación con la legislación peruana donde tales puesto laborales comparten la falta de indemnización por retiro de confianza, es decir, por despido sin causa objetiva; Ante ello, la legislación venezolana reviste una característica importante, dado que en su artículo 80° señala: “(...) En todos los casos donde se justifique el retiro, el trabajador o la trabajadora tendrá derecho a recibir además de sus prestaciones sociales, un

monto equivalente a éstas por concepto de indemnización.” Es decir, los trabajadores de dirección al no tener estabilidad laboral, cuando se les despide tendrán derecho a una indemnización económica.

Así mismo, el legislador venezolano en el artículo 92° de la Ley Orgánica del trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras de Venezuela, señala que: “En caso de terminación de la relación de trabajo por causas ajenas a la voluntad del trabajador o trabajadora, o en los casos de despido sin razones que lo justifiquen cuando el trabajador o la trabajadora manifestaran su voluntad de no interponer el procedimiento para solicitar el reenganche, el patrono o patrona deberá pagarle una indemnización equivalente al monto que le corresponde por las prestaciones sociales”.

En tal sentido, el legislador Venezolano ha precisado que, el trabajador de dirección al no tener estabilidad laboral y estar sujeto al patrono (empleador) podrá ser despedido a sola voluntad de éste último, el cuál será un retiro justificado, además podrá ser por causas ajenas a la voluntad del trabajador (en este caso de dirección), por lo que ante tal situación le correspondería la debida indemnización, el cual será calculado conforme a su artículo 122° de la Ley Orgánica del trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras de Venezuela: “El salario base para el cálculo de lo que corresponda al trabajador y trabajadora por concepto de prestaciones sociales, y de indemnizaciones por motivo de la terminación de la relación de trabajo, será el último salario devengado, calculado de manera que integra todos los conceptos salariales percibidos por el trabajador o trabajadora (...)”.

De la normatividad venezolana se advierte, que si bien es cierto no se regula a los trabajadores de confianza, sin embargo si se hace de los trabajadores de dirección, cuya similitud se basa en que ambos no poseen estabilidad laboral absoluta; no obstante, en los casos de despidos sin causas atribuibles al trabajador, la legislación venezolana faculta el pago de una indemnización, la cual será calculada en base a los conceptos salariales que percibía el trabajador.

Otra legislación laboral extranjera es la Ley General del Trabajo de Bolivia que solo dedica un artículo para referirse a los trabajadores de confianza, este es el artículo 46° que prescribe sobre la jornada de trabajo.

La jornada efectiva de trabajo no excederá de 8 horas por día y de 48 por semanal (...). Se exceptúan a los empleados u obreros que ocupen puestos de dirección, vigilancia o confianza, (...). En estos casos tendrán una hora de descanso dentro del día, y no podrán trabajar más de 12 horas diarias.

Ahora bien, siendo el único artículo que expresamente señala a los trabajadores de confianza no quiere decir que los demás artículos no se les aplique, dicho de otra forma, los demás artículos se aplican sin distinción de la condición laboral.

Siendo ello así, se tiene el artículo 13° de la Ley General del Trabajo de Bolivia, señala: “Cuando fuere retirado el empleado u obrero por causal ajena a su voluntad el patrono estará obligado, independientemente del desahucio, a indemnización por tiempo de servicios, con la suma equivalente a un mes de sueldo o salario por cada año de trabajo continuo y si los servicios no alcanzan a un año, en forma proporcional a los meses trabajados, descontando los tres primeros que se reputan de prueba. Si el trabajador tuviese más de ocho años de servicio, se percibirá la indicada indemnización, aunque se retirare voluntariamente”.

En ese sentido, al no tener estabilidad laboral absoluta los trabajadores de confianza, su retiro puede ser por causas ajenas a su voluntad, dado a la dependencia laboral por el empleador; por lo que de conformidad con el artículo 13°, se tiene que el empleador debe indemnizar a un trabajador de confianza cuando lo retire de la empresa.

Ahora bien, el artículo 16° de la Ley General del Trabajo de Bolivia, señala: “No habrá lugar a desahucio ni indemnización cuando exista una de las siguientes causales: a) Perjuicio material causado con intención en los instrumentos de trabajo; b) Revelación de secretos industriales; c) Omisiones o imprudencia que afecten a la seguridad o higiene industrial; d) Inasistencia injustificada de mas de tres días; e) El incumplimiento total o parcial del convenio; f) Retiro voluntario del trabajador; g) Robo hurto por el trabajador”; como se advierte, ninguna causa señalada se refiere al retiro de confianza como causal de despido; por lo que cuando se despida a un trabajador por el retiro de la confianza se le debe otorgar la indemnización conforme al periodo laborado.

En la República de Cuba, se tiene el Código de Trabajo - Ley N° 116, que si bien es cierto, no regula a los trabajadores de confianza, pero si lo hace sobre los trabajadores de dirección, hecho que cabe importancia, toda vez que, en muchas legislaciones se ha llegado a confundir entre ambos trabajadores; es así que, en su artículo 4° prescribe: “Este Código regula las relaciones de trabajo que se establecen entre empleadores radicados en el territorio nacional y las personas nacionales o extranjeras con residencia permanente en el país, para el cumplimiento de los derechos y deberes recíprocos de las partes. Asimismo, regula las relaciones de trabajo en Cuba, de las personas que previa

autorización, laboran fuera del territorio nacional, salvo que en la legislación especial o convenios bilaterales se establezca otro régimen para ellos”.

En su artículo 5° señala que: “La formalización, modificación y terminación de la relación de trabajo, así como la disciplina de los trabajadores designados para ocupar cargos de dirección (...)”. Es decir, la presente norma regula, entre otros, el contrato de trabajo generado a los trabajadores de dirección; señalando también, que la terminación de la relación laboral se sustenta en causas específicas detalladas en su artículo 45°, de donde se tiene que el contrato de trabajo termina por: acuerdo entre las partes, iniciativa de alguna de las partes, jubilación del trabajador, fallecimiento del trabajador, extinción de la entidad y vencimiento del contrato.

Ahora bien, cuando el contrato laboral termina por iniciativa del empleador, debe ser con fundamento sustentado en el artículo 49°, que en resumen señala: la pérdida de idoneidad demostrada, reubicación definitiva, aplicación de medidas de separación definitiva, cumplimiento del plazo de la licencia de maternidad, sanción de privación de libertad por sentencia, no reincorporación al vencimiento de licencia y otras causas previstas en la ley. Es decir, el despido por parte del empleador siempre debe obedecer a una causal preestablecida en la norma.

El Código laboral y de la seguridad social de España (edición actualizada hasta enero del 2021), en su artículo 1° prescribe: “Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario”. Así mismo, dentro de la norma referida se tiene el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, donde se regula la

relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección; siendo que en su artículo 1º prescribe: “(...) Se considera personal de alta dirección a aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la Empresa, y relativos a los objetivos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitadas por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la Entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad”.

Cabe precisar que la legislación española, utiliza el término alta dirección para referirse a los trabajadores que ocupan el puesto de dirección, el cual se sustenta en lo mencionado en su artículo 2º: “La relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe”. Teniéndose que el puesto de alta dirección o simplemente de dirección se basa en la confianza depositada en él por el empleador.

Lo relevante e innovador de la legislación española es que, un trabajador de alta dirección puede tener un contrato indefinido, conforme lo prescribe el artículo 6º: “El contrato especial de trabajo tendrá la duración que las partes acuerden. A falta de pacto escrito se presume celebrado por tiempo indefinido”. Así mismo, precisa que en dicho caso, el periodo de prueba no puede exceder de los nueve meses, artículo 5º “En el contrato especial de trabajo del personal de alta dirección podrá concertarse un período de prueba que en ningún caso podrá exceder de nueve meses, si su duración es indefinida. Transcurrido el período de prueba sin que se haya producido desistimiento, el contrato producirá plenos efectos, computándose el tiempo de los servicios prestados en la antigüedad del trabajador de alta dirección de la Empresa”.

De lo mencionado se tiene que un trabajador de alta dirección o simplemente de dirección, es aquel a quien el empleador le da su confianza para ocupar dicho cargo, además de que al tener un contrato laboral indefinido se le está dando la estabilidad laboral absoluta.

Se advierte que, son pocas las regulaciones internacionales que han tratado el tema del trabajador de confianza, llegando en muchos casos a solo normar el trabajo de dirección, quien en algunas legislaciones internacionales poseen estabilidad laboral. Sin embargo, los países que han regulado al trabajo de confianza han concidido en la conceptualización del mismo, haciendo referencia que se trata de un trabajador sujeto a la confianza otorgada por el empleador, quien suspende o retira su confianza en base a una causal normada, y siendo que en caso de omisión tendrá que indemnizar al trabajador.

6.3. Regulación jurídica de los trabajadores de confianza en el Perú

La esencia del concepto de trabajador de confianza no ha sido ajena a la regulación peruana, dado las implicancias que tiene dicho cargo y más aun cuando dentro de sus funciones esta coadyuvar en el desarrollo del trabajo; así mismo, la Constitución Política del Perú en el artículo 62° señala: “La libertad de contratar garantiza que las partes puedan pactar válidamente según las normas vigentes al tiempo del contrato (...)”.

Es decir, la máxima norma legal del Perú ampara la libertad de contratación, por lo que nada impide la contratación para ocupar puestos de confianza; sin embargo, hay derechos y obligaciones que emergen de la misma función las cuales ambas partes de la relación laboral están obligados a cumplir.

En ese sentido, el artículo 43° del T.U.O. del D.Leg. N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral prescribe 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.

Siendo así, el personal de confianza se diferencia del resto de los trabajadores por la naturaleza de las funciones que realiza, es decir, es un trabajador con funciones específicas que genera una relación especial, por lo que tiene acceso a información reservada para el resto de trabajadores, además de que está en constante coordinación directa con el empleador para poder coadyuvar en la toma de decisiones.

En ese sentido, se debe tener presente que, “un personal de confianza, si bien desarrolla sus actividades en contacto directo con el empleador o el personal de dirección dentro de un ámbito de confidencialidad, solo coadyuva con la toma de decisiones dentro de la empresa” (Farfán Sousa, 2012, p. 311). Esto significa que, la decisión final sobre el rumbo de la empresa siempre lo tendrá el empleador o el personal de dirección.

6.4. Procedimiento para designar a un trabajador de confianza

La designación para el cargo de confianza tiene una formalidad que el empleador debe considerar, por lo que el artículo 59° del Reglamento del D. Leg. 728 establece que el empleador:

a) Identificará y determinará los puestos de dirección y de confianza de la empresa, de conformidad con la Ley. Esto en razón de que la labor de confianza no recae en el sujeto sino en el puesto que el trabajador va a ocupar. Así mismo, la identificación plena del puesto laboral es muy importante para diferenciar a un trabajador de confianza con uno de dirección.

b) Comunicará por escrito a los trabajadores que ocupan los puestos de dirección y de confianza, que sus cargos han sido calificados como tales. Lo relevante sobre la designación al cargo de confianza, implica que se le comunique al trabajador por escrito, para que éste pueda oponerse o aceptar dicho cargo. Ahora bien, para la aceptación del cargo se requiere que el trabajador tenga en conocimiento la implicancia de sus funciones y de la responsabilidad que asumirá. En ese sentido, la tercera Disposición Transitoria y final señala que:

El personal de dirección y los trabajadores de confianza serán objeto de recalificación en un plazo de noventa (90) días de la vigencia de la presente Ley. El trabajador que considere injustificada su inclusión en estas categorías podrá reclamar directamente ante el empleador en un plazo de 30 días naturales, vencido el cual se entenderá que la acepta para todos los efectos.

c) Consignará en el libro de planillas y boletas de pago la calificación correspondiente. La consignación del cargo de confianza en la planilla y en las boletas de pago es un deber que el empleador debe observar. Sin embargo, a falta de dicha consignación, el empleador no puede desconocer el cargo a un trabajador de confianza, puesto que, conforme el principio de la primacía de la realidad, la labor realizada se sobrepondrá sobre los documentos.

En, ese sentido, a través de la norma señalada se puede observar la iniciativa protectora del Estado, con el fin de evitar el abuso por parte del empleador en el

ejercicio del derecho, pues la calificación como personal de dirección o de confianza estará sometida al principio de primacía de la realidad.

6.5. Características de un trabajador de confianza

Los trabajadores de confianza por la naturaleza de sus funciones tienen características propias los cuales los distinguen de los trabajadores ordinarios.

6.5.1. Son revestidos por la confianza que requiere el cargo

Todo trabajador por regla general debe actuar bajo el principio de buena fe ante el empleador, a fin de cumplir con la labor encomendada y poder hacer posible los fines de la empresa. Sin embargo, los trabajadores de confianza se sitúan en una posición excepcional, toda vez que, no solo sus actuaciones son guiadas por el principio de buena fe, sino que tienen acceso a información privilegiada que guía el destino de la empresa, además de que tiene contacto directo con el empleador para coadyuvar en la toma de decisiones.

Es así que, el personal de confianza, tiene el deber de brindar un trabajo conforme al empleador y a los fines que él busca; por lo que, su apoyo reviste suma importancia para el rumbo que toma la empresa; esto significa que, el trabajador que ocupe un cargo de confianza debe actuar en coordinación con el empleador o el personal de dirección, para que las funciones vayan conforme al interés de la empresa.

6.5.2. Ampliación de periodo de prueba

El periodo de prueba es el lapso de tiempo que tiene el empleador para evaluar el desempeño del trabajador y así poder determinar si las capacidades y/o

aptitudes del trabajador satisfacen las necesidades de la empresa; es por ello que, en el periodo de prueba quedan suspendidos las restricciones legales de la extinción del contrato de trabajo.

En ese sentido, el D. Leg. 728 en su artículo 10°, como regla general señala que el periodo de prueba es de tres meses, y a su culminación el trabajador alcanza protección contra el despido arbitrario; por lo que, no puede ser despedido sin una causa justa, razonable y establecida en la ley.

Sin embargo, el artículo en mención señala que el periodo de prueba para el trabajador de confianza es de seis meses; es decir, el doble de tiempo requerido para un trabajador ordinario; sin embargo, si el empleador, decidiere consignar en el contrato un periodo mayor, se tendrá por no puesto, y se reducirá el plazo al periodo legal (seis meses).

Ahora bien, se tiene que al superar el periodo de prueba, el trabajador solo puede ser despedido por fundamentos sustentados y probados en su conducta o capacidad laboral; no haciéndose distinción entre los trabajadores o las relaciones laborales generadas, sino que por el contrario, se prioriza no solo el acceso al empleo sino que también la conservación del mismo; por lo que, el trabajador de confianza al superar el periodo de prueba, alcanza la protección contra el despido arbitrario; lo que implica que solo será despedido por causa objetiva, proporcional y razonable, que cuestione su conducta o capacidad laboral.

6.5.3. La prohibición de la sindicalización

Conforme a lo regulado en el artículo 12° del TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (aprobado mediante D.S. N° 010-2003-TR), el personal de confianza no puede pertenecer a un sindicato, ya sea como parte de la directiva o del grupo sindicalizado, salvo que el estatuto del sindicato lo permita expresamente.

El fundamento para la no sindicalización de los trabajadores de confianza, radica en que estos coadyuvan al empleador en la negociación colectiva, además del conocimiento de información reservada lo cual hace que mientras ocupen el cargo de confianza estarán sujetos a la discrecionalidad del empleador.

6.5.4. Prohibición para convocar a huelga

Convocada y aprobada la huelga se genera la abstención total de la prestación del servicio por los trabajadores, con excepción del personal de confianza, tal como lo regula el artículo 77° de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, además de que al no formar parte del sindicato están exentos de hacer algún tipo de llamado para promover a huelga.

Ahora bien, se debe tener en cuenta que la huelga simboliza la paralización de funciones de los trabajadores de una empresa, lo cual genera un desmedro en las percepciones económicas, sociales o de otra índole del empleador, razón por la cual, se espera que el personal de confianza por su especial posición dentro de la empresa no actúe contra los intereses empresariales.

6.5.5. Prohibición de indemnización por descanso vacacional no gozada

El descanso vacacional es un derecho fundamental que debe gozar todo trabajador, cuyo reconocimiento tiene relevancia supranacional, en ese sentido se tiene el artículo 2° numeral 1 del Convenio N° 52 de la OIT: “Toda persona a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho a, después de un año de servicio continuo, a unas vacaciones anuales pagadas (...)”. Así mismo el Convenio N° 132 de la OIT (del 24 de junio de 1970), en su artículo 3° señala “1. “Toda persona a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho a vacaciones anuales pagadas de una duración determinada”. Por su parte la Constitución Política del Perú, en su artículo 25°, segundo párrafo señala “Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio.”

Siendo así, los trabajadores de confianza si tiene derecho al descanso vacacional anual, sin embargo, si ellos no desean hacer uso de tal derecho en el periodo que les corresponda, carecen del derecho a solicitar la indemnización por vacaciones trucas, conforme lo señala el artículo 24° del D.S. N° 012-92-T“. La indemnización por falta de descanso vacacional a que se refiere el inciso c) del Artículo 23 del Decreto Legislativo, no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso del descanso vacaciona”.

6.6. Clases de trabajador de confianza

Los trabajadores de confianza se subdividen en trabajadores de confianza mixta y exclusiva. Los trabajadores de confianza mixta son aquellos que antes de ocupar tal cargo mantenían un contrato con la empresa, siendo promovidos al

cargo de confianza; y los trabajadores de confianza exclusiva, son quienes sin mediar un contrato anterior con la empresa, ingresaron a ella directamente al cargo de confianza.

A esta subdivisión del trabajo de confianza la doctrina los ha reconocido de diversos nombres, así se tiene que los trabajadores de confianza exclusiva se les llama también trabajadores de confianza directa o de forma directa; y a los trabajadores de confianza mixta se les conoce también como trabajadores de confianza por promoción.

“El acceso a un puesto de confianza se puede originar de dos maneras:
i. De forma directa, es decir, el trabajador es contratado originariamente para que cumpla funciones propias de un cargo de confianza, teniendo conocimiento desde el inicio de sus actividades que su puesto califica como tal.
ii. Por promoción, esta manera hace referencia a aquellos trabajadores que fueron contratados desde un primer momento, para desempeñarse en funciones ordinarias y que con el pasar del tiempo hicieron carrera dentro de la empresa y más adelante asumieron un cargo de confianza.” (Díaz Castañeda, 2017, p. 230)

Sin embargo, esta subdivisión del trabajo de confianza solo es para identificar el modo de ingreso de una persona a tal cargo, mas no cambia en nada las funciones y los derechos que les asisten.

6.6.1. Trabajador de confianza mixta

Los trabajadores de confianza mixta son aquellos que ocupan un puesto laboral ordinario, y que luego son promovidos para ocupar puestos de confianza.

La característica relevante de este tipo de trabajadores es que cuando culmina su labor de confianza, regresan al puesto laboral que ostentaban anteriormente.

El TC también dispuso que el personal de confianza no contaba con estabilidad absoluta sino con la relativa (pago de indemnización), señalando posteriormente que si ese personal había ingresado a un puesto ordinario antes de ocupar el cargo de confianza, tenía la opción de elegir su reposición al cargo primigenio o la indemnización. Este trabajador de confianza fue denominado de “confianza mixta”. (Puntriano, 2018, p. 1)

En ese sentido, si un trabajador de confianza mixta, es despedido luego de haber ocupado un cargo de confianza y no es repuesto a su antigua labor, tiene la opción de demandar su reposición al cargo primigenio, así como se señaló en la Casación 3106-2016-Lima (27/09/2016), que en su considerando tercero señala:

(...) si se tratara de un trabajador cuya ‘relación laboral sea mixta’, es decir, que habiendo accedido a un puesto de trabajo para realizar funciones comunes u ordinarias, haya sido promovido por el empleador a la condición de trabajador de confianza, en cuyo caso si se le despide por el retiro de la confianza si cabría no solo la reposición al puesto de trabajador ordinario, o la indemnización por el despido arbitrario, pues el retiro de la confianza debiera tener como lógica consecuencia que regrese a su cargo ‘común’ de origen y no a que pierda el trabajo.

Así mismo, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente 05829-2014-PA/TC (19/10/2016), en el fundamento jurídico 9 señaló:

(...) si el trabajador realizó inicialmente labores comunes y posteriormente es promocionado para desempeñar un cargo de confianza, al retirársele la confianza depositada debe retornar a realizar las labores comunes anteriores y no perder el empleo, salvo que se determine que cometió una falta grave que implique su despido de la institución.

En el mismo tenor el Tribunal Constitucional en el expediente N° 03501-2006-PA/TC (15/03/2007) en su fundamento jurídico 11 f), refiriéndose a los trabajadores de confianza mixta ha precisado que:

(...) al haber realizado labores comunes u ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103º de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley.

Por último, en el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional del 22 de mayo del 2018, en el acuerdo IV se precisó:

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.

Siendo así, los trabajadores de confianza mixta pueden demandar su reposición, no al cargo de confianza sino al cargo que ostentaban antes de ser promovidos, así mismo, si no son repuesto a su cargo primigenio pueden demandar su indemnización, la cual será conforme a lo prescrito en el artículo 38° del D. Leg N° 728.

6.6.2. Trabajador de confianza exclusiva

Los trabajadores de confianza exclusiva al igual que los trabajadores de confianza mixta, realizan las mismas labores consignados en el artículo 43° del D. Leg. 728, y la única diferencia radican en que los trabajadores de confianza exclusiva son aquellos que sin mediar contrato anterior con una empresa son contratados directamente en el cargo de confianza.

En ese sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que la relación laboral se puede extinguir con la sola pérdida de confianza alegada por el empleador, precisión establecida en el expediente N° 03501-2006-PA/TC (15/03/2007) en su fundamento jurídico 11 f):

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

subjetiva. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección (...).

Así mismo, en el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional (22/05/2018), se precisó que en el IV: “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”

Siendo así, al culminar la relación laboral de confianza, los trabajadores no tienen derecho a ser repuestos en otro puesto laboral (como sucede en el caso de los trabajadores de confianza mixta, que tiene que ser repuestos a su cargo primigenio), lo cual se justifica en que su ingreso a la empresa fue en forma directa al puesto de confianza; así mismo, la jurisprudencia nacional ha optado la decisión de tampoco indemnizar a los trabajadores de confianza exclusiva cuando son despedidos bajo la causal de retiro de confianza.

6.7. Terminación de la relación laboral de un trabajador de confianza

Antes de señalar la terminación laboral y las clases del mismo, es menester hacer mención que, una de las características del trabajo es que se produce a través de las manifestaciones de voluntad de las partes, lo cual lleva implícito la extinción del mismo en un determinado tiempo, dado que puede surgir por diferentes causas; no obstante, si no existiera la posibilidad de la desvinculación laboral ya no se hablaría de un trabajo sino de una esclavitud, donde el hombre pasa a ser un objeto de derecho; por lo que, la libertad del ser humano radica en acceder a cualquier puesto laboral permitido por ley, y así mismo por

circunstancias personales o ajenas a su voluntad sea posible su culminación, sin que ello menoscabe su dignidad.

Siendo así se tiene una clasificación del término de la relación laboral, la cual obedece a principios y normas de derecho nacional e internacional, siendo aplicadas tanto para trabajadores de confianza como a trabajadores ordinarios.

6.8. Clases de terminación de la relación laboral en los trabajadores de confianza

Conforme el ordenamiento jurídico peruano, la culminación de la relación laboral puede agruparse en tres grandes tipos. Sin embargo, en cada caso se debe tener en cuenta el aspecto proteccionista del trabajo a la luz del derecho interno y de los tratados internacionales, y al existir duda en la aplicación de las normas se debe preferir la que más favorezca al trabajador.

Así mismo, toda clase de culminación laboral obedece a una causa objetiva por lo que debe ser proporcional y razonable.

6.8.1. Terminación de la relación laboral por decisión voluntaria del empleador o el trabajador

Este tipo de desvinculación laboral puede ser tanto por decisión del empleador o por razones del trabajador (ordinario, de dirección o de confianza). Cuando surja por decisión del empleador obedecerá a despidos individuales o colectivos por razones económicas, tecnológicas, estructurales o análogas. Cuando surja por decisión del trabajador será por motivo de renuncia.

Cuando la decisión es del trabajador no es necesario que señale las causas de su retiro, por lo que está en su derecho el poner fin a la relación laboral en aplicación del derecho a la libertad de trabajo; No obstante, cuando dicha culminación pertenece a la decisión unilateral del empleador, deberá sustentarlo con hechos, normas y pruebas que amparen tal decisión.

En ese sentido, cuando el despido surge por decisión del empleador, el D. Leg. 728 en el artículo 52° literal g) refiere que se deberá tener en cuenta los casos y formas permitidos por ley; aunado a ello, el artículo 58° del referido cuerpo normativo, precisa que deberá existir una causa justa que debe estar comprendida en la norma y debidamente comprobada.

La causa justa del despido índice en la conducta y/o capacidad del trabajador, las cuales al ser un aspecto negativo del trabajador, justifican el despido del empleador, con lo cual se pone término a la relación laboral.

6.8.2. Terminación de la relación laboral por decisión voluntaria de ambas partes

Este tipo de desvinculación laboral obedece al consenso de las partes; es decir, nace de la voluntad del empleador y el trabajador, quienes por mutuo acuerdo ponen fin a la relación laboral.

En ese sentido, la terminación laboral puede ser por el cumplimiento del periodo en los contratos temporales, por razón de la culminación de una obra o servicio específico; por lo que, las partes al saber la fecha del término de la relación laboral no debe revestir un conflicto entre ellos.

6.8.3. Terminación de la relación laboral por causas ajenas a la voluntad de las partes

La relación laboral culmina por causas ajenas a la voluntad de las partes. En este caso sería el fallecimiento del trabajador o del empleador (cuando es persona natural), la invalidez absoluta permanente y la jubilación.

Así mismo, esta clase de terminación laboral puede ser por causas de fuerza mayor o caso fortuito que hagan imposible la permanencia de la relación laboral.

CAPÍTULO III

CONTRASTACIÓN DE HIPÓTESIS

La investigación realizada tiene como objetivo general el determinar los fundamentos jurídicos para el reconocimiento de la indemnización por despido arbitrario en el régimen privado a los trabajadores de confianza exclusiva, para lo cual se utilizó el tipo de investigación descriptiva y es explicativa – causal, juntamente con los métodos deductivo, analítico y la hermenéutica jurídica, en razón de que se inició con el estudio de la Constitución Política del Perú y del T.U.O. del D.L. 728° respecto del trabajo como derecho fundamental, para luego proceder con la explicación de la regulación jurídica de los trabajadores de confianza en la legislación nacional e internacional, para poder describir y explicar los fundamentos normativos y doctrinarios sobre la modalidad especial de la contratación del personal de confianza, y de igual manera se procedió a estudiar las características y las causales del otorgamiento de la indemnización laboral, con la finalidad de explicar las causas que fundamentan las sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema respecto a la indemnización de los trabajadores de confianza cuando son pasibles de despidos arbitrarios, lo cual contribuyó al fin propositivo de la presente tesis, basada la modificación de la norma laboral que contraviene por omisión el sentido del problema planteado.

Siendo ello así, dada la hipótesis planteada, podemos señalar que, los fundamentos jurídicos para el reconocimiento de la indemnización por despido arbitrario en el régimen privado a los trabajadores de confianza exclusiva son: La protección contra el despido arbitrario al superar el periodo de prueba, el derecho a la igualdad en la protección contra el despido arbitrario y el principio de progresividad y la prohibición de la regresividad laboral.

I. EL RETIRO DE CONFIANZA COMO CAUSAL DE DESPIDO ARBITRARIO

Los cargos de confianza son aquellos que producen una relación especial entre el empleador y el trabajador, existiendo dos formas para ocupar dichos cargos, una por ascenso (confianza mixta) y la otra, por elección directa (confianza exclusiva), generándose de esa manera una relación personal, inmediata y con conocimiento de información privilegiada para que el personal de confianza coadyuve en la toma de decisiones.

En tal sentido, se advierte que la característica fundamental en este tipo de relación laboral es la confianza vertida en el trabajador, por lo que, se debe analizará a la luz de la normatividad laboral vigente, si la falta de confianza implica la pérdida del empleo.

Aparentemente parece ser que, si el trabajador es contratado por la confianza vertida en él, la desaparición de tal confianza será causal justa y suficiente para despedir ha dicho trabajador, conforme señala el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 03501-2006-PA/TC Lima (15/03/2007):

Los trabajadores comunes gozan del derecho de acceder a un puesto de trabajo en el sector público, tienen estabilidad en su trabajo y no pueden ser despedidos arbitrariamente, según la STC 0206-2005-AA/TC. Mientras que los que asumen un cargo de confianza están supeditados a la “confianza”, valga la redundancia, del empleador. En este caso, el retiro de la misma es invocado por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos.

Esta posición fue ratificada con la sentencia N° 03926-2007-PA/TC (17/10/2007), donde, además se hace una distinción entre los trabajadores de confianza mixta y exclusiva:

Este Tribunal en la STC N° 3501-2006-PA/TC ha señalado que "El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores éste trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes u ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103° de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley (fundamento 5).

De las mencionadas sentencias se observa que la sola pérdida de confianza implica el término de la relación laboral de un trabajador de confianza exclusiva; toda vez que, para dicho puesto no ha existido concurso previo, sino que está sujeta a la confianza que puede generar el trabajador al empleador; por lo que, en las referidas sentencias, el Tribunal Constitucional es del criterio que, si el trabajador ingresa por confianza es justificado que su despido incida en la confianza; sin embargo, cabe analizar si el retiro de confianza obedece a una causa suficiente para dar por concluido la relación laboral, más aún si no surge de la conducta y/o capacidad del trabajador, por lo que basta que el empleador señale "retiro de confianza" para que se genere el despido; así mismo, en el retiro de confianza no se cursa carta de preaviso donde se le imputa al trabajador un hecho motivado, menos se le da la opción a corregir su conducta; siendo que el trabajador de confianza exclusiva no tiene forma de defenderse, toda vez que no existe argumento objetivo que sustente el despido, dado que el empleador no puede probar dicho despido; además, el empleador no está obligado a motivar su decisión, por lo que, podría dar uso abusivo del poder que tiene sobre los trabajadores, vulnerando de esa manera el contenido esencial del derecho al trabajo.

Es por ello que, la presente investigación, se sustenta en aquel trabajador de confianza exclusiva que su conducta y/o capacidad laboral va acorde con los

fines de la empresa, y sin embargo el empleador opta por despedirlo sin justificación alguna, solo con la alegación “retiro de confianza”.

En tal sentido, respecto de los trabajadores de confianza mixta se señaló que “El TC también dispuso que el personal de confianza no contaba con estabilidad absoluta sino con la relativa (...)” (Puntriano, 2018, p. 1) y de conformidad con lo señalado en el artículo 2° inciso 2 (Toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley) y el artículo 26° inciso 1 (Igualdad de oportunidades sin discriminación) de la Constitución Política, así como en la sentencia N° 05652-2007-PA/TC (06/11/2008) fundamento 18 señaló: “(...) el principio de no discriminación, mediante el cual se prohíbe diferencias que no se pueda justificar con criterios razonables y objetivos”, el trabajador de confianza exclusiva también tiene estabilidad laboral relativa, conforme se ha hecho notar en la Casación N° 18450-2015 LIMA (23/08/2016), que en su tercer considerando señala: “3.8 (...) la Corte Suprema de la República mediante Casación N° 1489-2000-Lima (01/12/2000), ha considerado que [...] b) Los trabajadores de confianza tienen una estabilidad laboral relativa (...)”.

Por lo que, si un trabajador de confianza exclusiva tiene estabilidad laboral relativa, su despido para que sea justificado debe sustentarse en su conducta o su capacidad laboral conforme lo señalado en el artículo 22° del D. Leg. 728, siendo que, de no darse las causas objetivas señaladas, el despido deviene en arbitrario conforme el artículo 34° de la referida norma jurídica.

Sin embargo, se tiene que el Tribunal Constitucional en las sentencias N° 03501-2006-PA/TC (15/03/2007), 03926-2007-PA/TC (17/10/2007), N° 641-2010-PA/TC (18/08/2010), N° 1012-2010-PA/TC (12/04/2011) y la Corte Suprema en

el Pleno Jurisdiccional Laboral Distrital de Lima (diciembre del 2017), en la Casación N° 4396-2017- Lima (11/07/2018), y en el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional (22 de mayo del 2018), señalaron que el retiro de confianza implica una causal legal para despedir a un trabajador de confianza exclusiva.

No obstante, si el retiro de confianza no se respalda en la conducta y/o capacidad del trabajador, entonces con qué elementos el empleador prueba la “pérdida de confianza” para que dicho despido no devenga en arbitrario y vacíe el contenido esencial del derecho al trabajo, el cual implica la creación de puestos laborales y la permanencia en el mismo; aunado a ello, con la alegación del “retiro de confianza”, cómo se puede medir la proporcionalidad de la causal invocada con el despido, máxime si el trabajo es fuente de protección no solo por la normatividad nacional sino también por normas internacionales que vinculan al Estado peruano.

Ante tales circunstancias, es menester analizar la causal de “retiro de confianza”, a fin de determinar si su alegación es suficiente para despedir a un trabajador. Siendo ello así, se tiene que el retiro de confianza como causal no se encuentra contemplada en la normatividad nacional, menos se contempla como causa de extinción del contrato de trabajo previsto en el artículo 16° del D. Leg. 728; no obstante, se ha señalado que el retiro de confianza es de naturaleza subjetiva; ante esto, se tiene que si el despido a un trabajador de confianza es subjetivo, los hechos que se imputan deben ser objetivos, toda vez que de esa manera se limita la discrecionalidad del empleador y que el despido devenga en arbitrario.

En ese sentido, al tener el trabajador de confianza exclusiva estabilidad laboral relativa y para que su despido sea justificado debe incidir en una causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada, conforme lo regulado en el artículo 22° del D. Leg. 728; siendo que las características del despido por retiro de confianza nace de un hecho subjetivos, sin incidencia en la capacidad y/o conducta del trabajador, además que no necesita ser motivada por el empleador y de llevarse a un proceso judicial, no puede ser probada por el mismo hecho que es subjetivo; tal definición es compatible con lo señalado por Neves (2019), al referirse del despido arbitrario: "(...) el despido arbitrario, que comprende el incausado (en el que no se expresa motivo) y el injustificado (en el que se invoca un motivo, pero no se prueba en el proceso judicial)". (p. 18); siendo así, la definición que más se acerca a las características de un despido por retiro de confianza, es el despido injustificado, toda vez que existe un motivo (retiro de confianza) con apariencia de legal, sin embargo no puede ser probado en un proceso judicial.

Ahora bien, si el retiro de confianza tiene apariencia de un despido injustificado, es menester señalar lo referido por la OIT en el Convenio 158 (artículo 10°) y el Protocolo de San Salvador (artículo 7°) los cuales han regulado la protección que debe brindar cada Estado a los trabajadores despedidos injustificadamente; nótese que se utilizó el término despido injustificado, el cual se refiere a un despido que no surge de la conducta ni la capacidad del trabajador, por lo que ante un proceso judicial no puede ser probado; es decir, un despido injustificado es aquel que no puede demostrarse, toda vez que nace de la decisión del empleador quien sin causa razonable y probable pone fin a la relación laboral; siendo que, en la legislación peruana se entiende por despido injustificado al

despido arbitrario, conforme al artículo 34° del D. Leg. 728°: “(...) Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio (...)”. Por lo que, el despido injustificado equivale al despido arbitrario.

El Tribunal Constitucional en las sentencias N° 746-2003-AA/TC (19/04/2004) en su fundamento 3 señala: “ (...) por haber ejercido un puesto de confianza, sólo la acción indemnizatoria (...)”; así mismo en la sentencia N° 4492-2004-AA/TC (17/02/2005) en su fundamento 2 precisa que: “(..) 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”; y en la STC N° 00078-2006-PA/TC (13/04/2007), el Tribunal Constitucional considera indemnizar a un trabajador de confianza, siendo que para que se de ese supuesto, al trabajador de confianza se debió previamente despedir sin una causa objetiva, por lo que el retiro de confianza configura un despido arbitrario, toda vez que nace de la subjetividad del empleador y no puede ser probado.

En ese tenor, la Corte Suprema, en la Casación Laboral N° 3002-2012- Junín (11/03/2012), en su considerando séptimo, basándose en el artículo 10° del D. Leg. N° 728 precisa que, una vez superado el periodo de prueba el trabajador alcanza protección contra el despido arbitrario; es decir, para la terminación de la relación laboral es necesario la invocación de una causa justa que se sustente en una norma jurídica y que incida en la conducta y/o capacidad del trabajador.

Ante tales consideraciones, ha quedado demostrado por la Constitución Política del Perú y las sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional, así como de la Corte Suprema, que el retiro de confianza configura una causal de despido arbitrario.

1.1. La causal de retiro de confianza y la vulneración al principio de tipicidad

El principio de tipicidad es importante dentro de todo despido laboral, dado que a través de ella se busca que el despido obedezca a una causal previamente establecida en una norma jurídica; es así que, el artículo 22° del D. Leg. N° 728 señala: “Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada (...), es indispensable la existencia de una causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada”.

Así mismo, el Tribunal Constitucional en sus primeras sentencias no hizo distinción entre los trabajadores de confianza con los trabajadores ordinarios, por lo que, para despedir a un trabajador de confianza era necesario alegar la afectación del artículo 22° del D. Leg. N° 728; además, dentro de la normatividad peruana no existe el retiro de confianza como causa legal de despido; por lo que, su sola alegación contraviene la normatividad laboral, y siendo ello así, no debe generar consecuencias jurídicas.

En tal sentido, la falta de tipificación vulnera el derecho de defensa que le asiste al trabajador, dado que el despido debe ser comunicado por escrito señalando la causa del despido; por lo que, Arce (2015) al respecto refiere:

El retiro de confianza, como es fácil de deducir, es un motivo con una fuerte dosis de subjetividad que sin duda agravia el derecho al trabajo, el derecho de defensa y el principio de tipicidad en el despido. Agravia el derecho al trabajo en tanto la pérdida de confianza no configura una causa justa de despido en el orden laboral peruano. El derecho de defensa no puede operar por cuanto el trabajador no conoce con precisión cuál es el motivo de despido. Y, al mismo tiempo, lesiona el principio de tipicidad, en la medida que el retiro de la confianza no se encuentra tipificado como causa justa de despido en el artículo 22 y siguiente de la LPCL. (p. 121).

Por otro lado, el artículo 22° del D. Leg. N° 728, también señala que la causa justa de despido obedece a la conducta o capacidad laboral del trabajador, la cual debe ser demostrada en proceso judicial; sin embargo, en las últimas sentencias del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema solo se limitan a señalar “retiro de confianza”, no sustentando su decisión, si el retiro de confianza conlleva una causa justa y debidamente corroborada con medios probatorios idóneos.

Sin embargo, se tiene que, el retiro de confianza para la extinción de la relación laboral violenta la lucha de la Constitución por brindar la debida protección contra el despido arbitrario, dado que el no mostrar una causa taxativa prescrita en una norma jurídica lo convierte en un despido incausado o injustificado, más aún cuando los despidos arbitrarios causan grave afectación al trabajador, puesto que tales despidos no nacen de una decisión jurídicamente amparable.

Por su parte, la Corte Suprema de la República, en sus primeras sentencias referidas a despidos de trabajadores de confianza, mantenía la posición de que el retiro de confianza no era causal suficiente para extinguir el vínculo laboral, ya que para el término de la relación laboral debe sustentarse en una causa objetiva, evitando de esa manera todo acto lesivo que implica el despido arbitrario.

Así, en la casación N° 1489-2000-Lima (01/12/2000), en cuanto a los trabajadores de confianza, señala que despedir a un trabajador de confianza sin causa establecida en la ley deviene en despido arbitrario.:

(...) los trabajadores de confianza de empresas que se rigen por las normas de la actividad privada se encuentran igualmente protegidos contra el despido arbitrario, por lo que al haber sido despedido sin expresión de

causa le corresponde el pago de una indemnización por despido arbitrario (...). (Arevalo Vela & Ynami García, p.31).

El fundamento anterior se repite en las casaciones N° 498-2005-Lima (23/01/2006), N° 2634-2009-Lima (10/03/2010) y N° 4298-2009-Lima (10/05/2010), donde se tiene que el retiro de confianza no es causal enmarcada en una norma legal, por lo que a falta de tipicidad su alegación contraviene el ordenamiento jurídico peruano.

En tal sentido, el retiro de confianza al ser subjetivo y no sustentarse en una causa legal, vulnera el principio de tipicidad, además de que, el despido se convierte en arbitrario, conforme se señala en el artículo 34° del D. Leg. N° 728: “(...) Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio (...)”.

1.2. La causal de retiro de confianza y la vulneración al principio de proporcionalidad

El derecho del trabajo implica el acceso al empleo y a la conservación del mismo; así como la Constitución Política del Estado en su artículo 23° señala que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador; siendo ello así, el principio de proporcionalidad es el límite que se da al poder que ejerce el empleador sobre el trabajador, y más aún en las sanciones o el despido que se imponga.

Ahora bien, el despido es la consecuencia más grave en toda relación laboral, toda vez que surge cuando no se pueda aplicar otra sanción, por lo que es imposible seguir sosteniendo el vínculo laboral entre el trabajador y el empleador;

siendo que, a fin de que sea aplicable el despido, debe existir una causal proporcional entre el hecho cometido por el trabajador y el despido impuesto por el empleador.

Siendo ello así, la proporcionalidad que hace factible el despido implica que el hecho cometido lo justifica, y que no surge en forma subjetiva o abusiva; sin embargo, se advierte que, el retiro de confianza como causal de despido no se sustenta en la conducta o la capacidad del trabajador, por lo que no existe la proporcionalidad para despedir a un trabajador, más aun si no se da la posibilidad al trabajador de defenderse, toda vez que no existe una imputación laboral, por lo que tal despido se convierte en arbitrario; Al respecto, el máximo intérprete de la constitución en la STC N° 0090-2004-AA/TC (05/07/2004) ha señalado que, el retiro de confianza como causal de despido, es una violación al debido proceso toda vez que: “El derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derecho que forman parte de su estándar mínimo. Entre estos derechos constitucionales, especial relevancia para el presente caso adquiere los derechos de razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y motivación de las resoluciones”.

Aunado a lo señalado, se tiene que en artículo 27° de la Constitución señala que: “La ley otorga adecuada protección adecuada contra el despido arbitrario”, entendiéndose que la protección brindada es de configuración legal, de donde se tiene que será el mismo legislador quien se encargará de brindar criterios mínimos de proporcionalidad para la aplicación de la referida protección.

1.3. La causal de retiro de confianza y la vulneración al principio de razonabilidad

La razonabilidad está íntimamente relacionada con la proporcional, dado que, éste último justifica al primero; es decir, en el caso del despido, se tiene que será razonable siempre y cuando sea proporcional a la sanción impuesta y que no existe otro medio para dar solución al conflicto jurídico realizado.

Así mismo, el principio de razonabilidad implica los criterios mínimos que el empleador debe tener en cuenta a fin de hacer válido las sanciones impuestas o de ser el caso el despido ejecutado.

Respecto al retiro de confianza como causal de despido, se tiene que vulnera el principio de razonabilidad toda vez que no está contemplada en una norma legal, no tiene una causa justificada y no es el único medio para la solución del conflicto laboral, por lo que el despido debe ser el último recurso al que acuda el empleador.

II. LA ESTABILIDAD LABORAL DE LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA AL SUPERAR EL PERIODO DE PRUEBA

En el desarrollo de la presente investigación se determinó que la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y la norma Constitucional del Perú reconocen al trabajo como un derecho fundamental que le asiste a toda persona, en razón que a través de él se satisface las necesidades básicas individuales y sociales; por lo que el trabajo constituye un derecho que tiene toda persona y a la vez es un deber como ciudadano de un Estado social y democrático, siendo que el Estado

no solo debe generar puesto laborales sino que debe implementar normas que prioricen la permanencia del trabajador en su empleo.

Ahora bien, toda relación laboral debe cumplir con los requisitos de prestación personal del servicio, subordinación y remuneración, aunque cierto sector de la doctrina ha señalado que también debe existir la ajenidad del trabajo realizado; siendo ello así, se tiene que, tanto un trabajador ordinario como un trabajador de confianza cumplen los requisitos de laboralidad, por lo que en ambos casos debe regularse en igual forma el derecho fundamental del trabajo.

En tal sentido, al determinarse la importancia del trabajo y el efecto de permanencia en el empleo, es que se investigó sobre el periodo de prueba, tiempo en el cual el empleador ve las cualidades de su personal para contratarlo indefinidamente o para disolver la relación laboral.

Por su parte, el Texto Único del Decreto Legislativo 728 en su artículo 10° prescribe que el periodo de prueba es de tres meses para los trabajadores ordinarios, y para un trabajador de confianza el periodo de prueba es de seis meses.

Siendo ello así, la anterior Constitución Política del Perú de 1979 en su artículo 48° señalaba que cuando el trabajador supera el periodo de prueba se le otorga estabilidad laboral; sin embargo, con la nueva Constitución de 1993 en su artículo 27° se señala que al superar el periodo de prueba el Estado brinda adecuada protección contra el despido arbitrario; siendo que, dicho trabajador solo podrá ser despedido por causa expresamente prevista en la ley; así mismo, en la sentencia N° 02982-2012AA/TC (24/05/2013) fundamento 3.3.3, y en la Casación Laboral N° 3002-2012- Junín (11/03/2012) en su fundamento séptimo,

basándose en el artículo 10° del Decreto Legislativo 728, se ha precisado que la consecuencia de la superación del periodo de prueba, es la protección contra el despido arbitrario.

Sin embargo, para que el Estado brinde adecuada protección al trabajador ordinario o de confianza contra el despido arbitrario, es necesario que éste se encuentre revestido por estabilidad laboral ya sea absoluta o relativa, lo cual es la consecuencia de haber superado el periodo de prueba.

Sobre la estabilidad laboral absoluta y relativa, se determinó que un trabajador de confianza no posee estabilidad laboral absoluta, dado que ante un despido arbitrario sustentado en el retiro de la confianza, éste no puede solicitar la reposición, puesto que no tendría sentido seguir laborando en un puesto que se le asignó por la confianza vertida en él; no obstante, un trabajador de confianza si posee estabilidad laboral relativa, conforme se señaló en la Casación N° 18450-2015 LIMA (23/08/2016), donde se ha precisado que: “3.8 (...) la Corte Suprema de la República mediante Casación N° 1489-2000-Lima, de fecha primero de diciembre del dos mil, ha considerado que [...] b) Los trabajadores de confianza tienen una estabilidad laboral relativa (...)”.

En tal sentido, ha quedado demostrado que, la estabilidad laboral es una consecuencia de la superación del periodo de prueba, la cual se encuentra contenida implícitamente en el artículo 10° del D. Leg. 728, y en el caso de los trabajadores de confianza se tiene que dicho periodo es de seis meses y a su culminación automáticamente el trabajador de confianza adquiere estabilidad laboral relativa.

2.1. La protección de la estabilidad laboral relativa de los trabajadores de confianza

La Organización Internacional del Trabajo (OIT) en el artículo 10° del Convenio 158 precisa que se debe revestir de protección al trabajador despedido injustificadamente, a fin de que no se vulnere el derecho al trabajo; así mismo, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 16° señala la importancia del principio de igualdad en los derechos a fin de que todas las personas en sus relaciones personales sean tratadas con igualdad ante la ley y sin discriminación de ninguna índole; aplicándose tal precepto en materia laboral, se tiene que tanto los trabajadores ordinarios como los trabajadores de confianza tienen igual protección contra el despido arbitrario.

Al respecto, se tiene que, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile (Sentencia de 26 de septiembre de 2006), en su fundamento jurídico 124, señaló que:

"La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder judicial debe ejercer de "control de convencionalidad" entre las normas jurídicas concretas y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Por su parte, el Tribunal Constitucional en la STC. N° 04617-2012-PA/TC (12/03/2014), respecto al control de convencionalidad en su fundamento quinto señaló:

Cuando el Tribunal Constitucional o el Poder Judicial, según sea el caso, verifica la constitucionalidad de una norma, la no existencia de conflictos de competencias entre órganos estatales, la no existencia de actos lesivos a los derechos fundamentales de las personas, no está ejerciendo más que un control de constitucionalidad. Pero la magistratura constitucional no sólo debe centrarse en ejercer únicamente un control de constitucionalidad; sino que se encuentran en la obligación de ejercer un control de convencionalidad, es decir, la potestad jurisdiccional que tienen los jueces locales y la jurisdicción supranacional, que en nuestro caso está constituida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), para resolver controversias derivadas de normas, actos y conductas contrarios a la Convención Americana de Derechos Humanos, a los tratados regionales en materia de derechos humanos ratificados por el Perú, al *ius cogens* y a la jurisprudencia de la Corte IDH.

Es decir, el control de convencionalidad ha sido establecido, como una tarea de los jueces, que consiste en examinar las leyes a la luz las normas, los principios y los valores del sistema interamericano de Derechos, por lo que el control ya no se agota a uno solo de constitucionalidad, sino que más que el análisis de las normas internas está la obligación de observar las normas y la jurisprudencia de la Corte IDH y si resulta incompatibles se procederá a su inaplicabilidad de las normas o interpretaciones internas para preferir las convencionales.

Por otro lado, se tiene que en el artículo 27° de la Constitución Política se ha señalado que la ley brinda al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario, no haciéndose distinción entre las relaciones laborales existentes, ni se ha especificado si tal protección solo ampara a los trabajadores ordinarios; sino que, el legislador peruano ha considerado que la protección brindada por el Estado se aplicará a todos los trabajadores a fin de que de esa manera se garantice el derecho fundamental del trabajo.

Ante lo señalado se tiene que el Tribunal Constitucional en el expediente 1124-2001-AA/TC (11/07/02) en su fundamento 12 indica que:

“(…) Debe considerarse que el artículo 27º de la Constitución contiene un «mandato al legislador» para establecer protección «frente al despido arbitrario». Tres aspectos deben resaltarse de esta disposición constitucional: a. Se trata de un «mandato al legislador» b. Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección. c. No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley. Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser «adecuado», se está resaltando - aunque innecesariamente- que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27º como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una «facultad de despido arbitrario» hacia el empleador. (...)»”

Es decir, todo trabajador al superar el periodo de prueba queda revestido de “adecuada protección” contra el despido arbitrario; por lo que, el Tribunal Constitucional señala cuales son las formas de protección que brinda el Estado, precisando en la sentencia N° 03631-2012-PA/TC (23/01/2013), fundamento 3.3 que:

Respecto al derecho constitucional a la protección adecuada contra el despido arbitrario reconocido en el artículo 27º de la Constitución, se debe señalar que este Tribunal, en la STC N° 00976-2001-AA/TC, delimitó su contenido e interpretó qué debe entenderse por protección adecuada contra el despido arbitrario. Asimismo, el Tribunal ha reconocido en reiterada jurisprudencia (por todas, la STC N.º 05650-2009-PA/TC), dos tipos de protección en casos de despido arbitrario, de carácter excluyente y a elección del trabajador: a) protección de eficacia resarcitoria, cuando el trabajador opta por recurrir a la vía ordinaria solicitando el pago de la indemnización por despido arbitrario; y b) protección de eficacia restitutoria, cuando el trabajador opta por recurrir a la vía constitucional a través del proceso de amparo constitucional, siempre y cuando el despido se haya producido, entre otros supuestos, de manera incausada, es decir, ejecutado de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresión de causa alguna relacionada con la conducta o el desempeño laboral del trabajador que la justifique.

De lo referido, se advierte que, el Tribunal Constitucional reconoce dos tipos de protección al trabajador en casos de despido arbitrario, siendo una protección

resarcitoria que implica el pago de una indemnización y la protección restitutoria que se efectiviza con la reposición laboral.

Ahora bien, es necesario determinar cómo se efectiviza la protección adecuada contra el despido arbitrario en un trabajador de confianza exclusiva, quien conforme se ha determinado posee estabilidad laboral relativa al superar el periodo de prueba, lo que implica que solo será despedido por causa objetiva, proporcional y razonable, que cuestione su conducta y/o capacidad laboral, siendo que en la sentencia N° 9272-2005-PA/TC (29/08/2006), en el tercer fundamento se señala:

En la STC 0976-2001-AA/TC, este Tribunal ha expresado que "(...) el artículo 340 del Decreto Legislativo N.O 728, en concordancia con lo establecido en el inciso d) del artículo 7° del Protocolo de San Salvador - vigente en el Perú desde el 7 de mayo de 1995-, ha previsto la indemnización como uno de los modos mediante los cuales el trabajador despedido arbitrariamente puede ser protegido adecuadamente y, por ello, no es inconstitucional.

Así mismo, el magistrado Ferrero Costa al comentar la sentencia antes mencionada, señala que la protección adecuada de los trabajadores de confianza se refleja en la indemnización y no en la reposición laboral:

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

Fundamento que ha sido ratificado en las sentencias N° 746-2003-AA/TC (19/04/2004), N° 4492-2004-AA/TC (17/02/2005), N° 1124-2001-AA/TC

(11/07/2002), N° 976-2001-AA/TC (13/03/2003), precedente N° 0206-2005-PA/TC (28/11/2005) y en la sentencia N° 00078-2006-PA/TC (13/04/2007), donde se señaló que un trabajador de confianza posee estabilidad laboral relativa y al ser despedido por el retiro de la confianza, no le corresponde la reposición laboral, sino la indemnización.

Por lo que, queda comprobado que mediante la indemnización el Estado protege adecuadamente a los trabajadores de confianza exclusiva contra el despido arbitrario.

2.1.1. La indemnización como forma de reparación ante la violación a la estabilidad laboral relativa

La indemnización laboral es la consecuencia del surgimiento de un despido arbitrario, así como, Blancas (2013) señala: “La indemnización por despido es concebido en la doctrina con la sanción que se impone al empleador por la ruptura abusiva e ilegal de la relación de trabajo (p. 337)”.

En ese sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Lagos del Campo Vs Perú, recomendó al Estado peruano indemnizar al trabajador susceptible de despido arbitrario.

Por su parte, el máximo intérprete de la Constitución sobre la indemnización laboral, en la sentencia N° 01332-2008-PA/TC (06/02/2020) en el quinto fundamento cita el artículo 10° del Convenio 158 de la OIT para señalar que la indemnización se otorga en situaciones donde se da por terminado la relación laboral de manera injustificada; así mismo cita el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales que en su artículo 7 literal d) refiere que la consecuencia del despido injustificado es la indemnización o la readmisión en el empleo.

En la sentencia recaída en el expediente N° 03631-2012-PA/TC (23/01/2013), en el fundamento 3.3 el Tribunal Constitucional señala dos tipos de protección contra el despido arbitrario, que son de carácter excluyente, señalando la a) protección de eficacia resarcitoria, cuando el trabajador solicita el pago de la indemnización por despido arbitrario; y b) protección restitutoria, cuando el trabajador solicita la reposición laboral, cuando el despido se haya producido de manera incausado, es decir, ejecutado de manera verbal o escrita, sin expresión de causa alguna relacionada con la conducta o el desempeño laboral del trabajador que la justifique.

En tal sentido, la normatividad nacional reconoce a la indemnización o reposición como fuente de resarcimiento de un despido arbitrario; siendo que, al determinarse que el despido por retiro de confianza nace de un acto unilateral del empleador, que no se sustenta en un hecho objetivo que incida en la conducta y/o capacidad del trabajador, resulta ser un despido arbitrario; por lo que, se tendría que buscar la forma de resarcimiento, las cuales pueden ser, de reposición o indemnización; No obstante, en el caso de un trabajador de confianza, el cual se encuentra en una relación laboral especial por las funciones que realiza, lo que significa que ante un despido no puede demandar reposición, dado que se rompe la característica de confianza que originó la relación laboral; sin embargo, el trabajador de confianza exclusiva, conforme el artículo 10° del TUO del D. Leg. 728 al superar el periodo de prueba tiene la debida protección contra el despido arbitrario, siendo ello así, se tiene que un trabajador de

confianza posee estabilidad laboral relativa, y al no poder demandar una reparación restitutoria, podrá solicitar la reparación resarcitoria, el cual vendría a ser una indemnización.

Así mismo, en la sentencia N° 05515-2014-PA/TC (08/09/2016), se ha señalado que el cobro de la indemnización por despido arbitrario supone la protección contra tal despido, así como lo señala en su fundamento 3: "El cobro de la indemnización por despido arbitrario u otro concepto que tenga el mismo fin incentivo supone la aceptación de la forma de protección alternativa brindada por ley, por lo que debe considerarse como causal de improcedencia del amparo".

Por su parte, el V Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional (04/08/2017), por mayoría acordó que:

(...) La indemnización de daños y perjuicios sustituye cualquier pretensión por remuneraciones devengadas. El juez valorará los medios probatorios para determinar la existencia del daño, la relación de causalidad con el despido, el factor subjetivo de atribución de responsabilidad, y el cálculo de la suma indemnizatoria, según el petitorio y los hechos.

Por lo que, tratándose de un derecho que se origina en el derecho civil con incidencia en el derecho laboral es aplicable indistintamente del tipo de régimen, por lo que procedamos a analizar cada uno de los requisitos establecidos aplicables al trabajador de confianza exclusiva.

Siendo ello así, se tiene que la causal de retiro de confianza cumple el requisito de antijuridicidad, toda vez que su alegación vulnera el ordenamiento jurídico, por ser un hecho excesivo, abusivo y arbitrario; el elemento daño se verifica en el menoscabo del derecho al acceso y la permanencia en el empleo; la relación de causalidad es el retiro de confianza y el factor de atribución se da entre el

empleador como sujeto responsable en quién cae el peso económico del daño ocasionado al trabajador.

En tal sentido, al advertirse que concurren todos los elementos de la responsabilidad laboral en los casos de despido por retiro de confianza a los trabajadores de confianza exclusiva, se configura la indemnización.

Ahora bien, en la sentencia N° 746-2003-AA/TC (19/04/2004), en su fundamento 3, el Tribunal Constitucional ha señalado que a los trabajadores de confianza les corresponde la indemnización; por lo que, con la indenización se repara al trabajador que ha alcanzado estabilidad laboral relativa, con la cual, no solo se estaría dando cumplimiento a lo prescrito en el artículo 27° de la Constitución, sino que también al artículo 34° del D. Leg. N° 728, el cual prescribe la posibilidad de indemnización a los trabajadores despedidos sin justificación.

En ese tenor, se tiene que la indemnización por despido arbitrario tiene una naturaleza reparadora por los daños ocasionados al trabajador, y siendo ello así, el único motivo para indemnizar a un trabajador de confianza deriva del despido arbitrario que ha sido pasible; por lo que, el legislador ha querido recalcar que ante los despidos arbitrarios, por ser tan perjudiciales, corresponder el derecho a la indemnización del trabajador, el cual se ve afectado con la decisión unilateral del empleador; siendo que, no existe impedimento legal el reconocer la indemnización a los trabajadores de confianza exclusiva despedidos arbitrariamente, sino por el contrario es reafirmar lo prescrito en el artículo 27° de la Constitución Política del Perú.

2.1.2. El cálculo de la indemnización de los trabajadores de confianza

La Constitución Política en su artículo 27° señala que el Estado brinda adecuada protección contra el despido arbitrario; siendo que en el caso de los trabajadores de confianza exclusiva la adecuada protección se ve reflejada en un aspecto resarcitorio, es decir, con el pago de una indemnización.

Cabe precisar que, el trabajador alcanza la indemnización por despido arbitrario cuando han superado el periodo de prueba, que conforme la Ley de Productividad y Competitividad Laboral es de 6 meses para los trabajadores de confianza.

En ese sentido, el D. Leg. 728 en su artículo 34° señala que en los casos de despido arbitrario corresponde indemnizar a los trabajadores, siendo que el artículo 38° del mismo cuerpo normativo, sostiene que: “La indemnización por despido arbitrario es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Las fracciones de año se abonan por dozavos y treintavos, según corresponda. Su abono procede superado el periodo de prueba”; así mismo, el artículo señalado prescribe sobre la indemnización por despido arbitrario, no haciendo ninguna distinción entre los trabajadores de confianza, con los trabajadores ordinarios, por lo que, su regulación deberá ser igual para ambos trabajadores.

Ahora bien, se tomará como base para el cálculo la última remuneración percibida por el trabajador de confianza exclusiva y se cancelará en la misma oportunidad de la liquidación de los beneficios sociales que haya adquirido el trabajador, por lo que su pago se abonará dentro de los dos días de producido

el término de la relación laboral, y en caso de incumplimiento deberá aplicarse los intereses establecidos por ley.

III. LA IGUALDAD DE PROTECCIÓN LABORAL CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO

El despido arbitrario y la debida protección Estatal no resulta mayor problema para los trabajadores ordinarios; sin embargo, el cuestionamiento surge cuando los trabajadores se encuentran en una relación especial, como lo son los trabajadores de confianza, y para la respuesta a tal cuestionamiento es que en la presente investigación se recurrió primero a la definición del trabajador de confianza con la finalidad de saber las implicancias de la referida labor, siendo que juristas resaltantes en materia laboral nacional e internacional como son Baraja Montes de Ocas, Nestor De Buen Lozano, Javier Neves Mujica, Blancas Bustamante y Jorge Toyama Miyagusuku, han precisado que un trabajador de confianza cumple los requisitos de laboralidad como cualquier otro trabajador, siendo la única diferencia el desarrollo de su labor; dicho de otra manera, un trabajador de confianza realiza el trabajo personalmente (dado que es por sus cualidades que se le ofreció tal cargo), está subordinado al empleador y al personal de dirección (dado que coadyuva en la toma de decisiones, y quien decide el destino de la empresa es el empleador o el personal de dirección), recibe una remuneración por la labor que realiza, así mismo, cumple con la ajenidad del trabajo (dado que realiza una labor para un tercero), con lo cual se afirma que un trabajador de confianza se encuentra dentro del ámbito de protección del Estado cuando en su Carta Magna busca prevenir, evitar y desincentivar todo despido arbitrario.

Es menester precisar qué, cómo se desarrolló en la presente investigación, existen dos clases de trabajadores de confianza, los cuales son: trabajadores de confianza mixta y trabajadores de confianza exclusiva, siendo que la única diferencia entre ambos es la forma de cómo se llegó a ocupar el cargo de confianza, lo cual no quiere decir que la protección Estatal favorezca a uno y descuide de protección al otro, por lo que de haber sub clases también se encontrarán dentro de la protección contra el despido arbitrario, dado que solo basta que exista una relación laboral para que el Estado brinde su protección contra toda clases de arbitrariedad en la extinción laboral.

Siendo ello así, los trabajadores de confianza exclusiva se encuentran dentro del margen de protección que brinda el Estado contra los despidos arbitrarios, por lo que bajo el principio de jerarquía normativa no se puede legislar normas que contravengan la Carta Magna, y siendo ello así no tendrán efectos la interpretación y/o aplicación de normas que regulen en contrario.

En la presente investigación se desarrolló el tema de la igualdad ante la ley laboral de los trabajadores de confianza, los cuales alcanzan a tener la misma protección legal que los trabajadores ordinarios, no existiendo motivo alguno para desconocer algún derecho entre ambas relaciones laborales, dado que cumplen con los requisitos de la laboralidad, esto es, prestación personal del servicio, subordinación, remuneración y la ajenidad del trabajo.

Así mismo, se determinó que el tipo de relación laboral entre un trabajador de confianza mixta o exclusiva y los trabajadores ordinarios no existe diferencia alguna para que una de ellas obtenga alguna ventaja legal, por lo que ante igual condición merece la misma protección jurídica; es decir, tanto para los

trabajadores ordinarios como trabajadores de confianza (exclusiva o mixta) recae la misma protección contra el despido arbitrario prescrito en el artículo 27° de la Carta Magna y ratificado por el artículo 1° inciso c) del Decreto Legislativo 728°.

Por otro lado, se determinó que la estabilidad laboral absoluta no es óbice para no reconocer la igualdad de protección contra el despido arbitrario de un trabajador que posee estabilidad laboral relativa; sin embargo, ante tales tipos de estabilidad laboral si surge el modo de resarcimiento; es decir, la protección laboral contra el despido arbitrario en los trabajadores que tienen estabilidad laboral absoluta será restitutoria o resarcitoria, dependiendo muchas veces del petitorio del trabajador despedido arbitrariamente; en los casos de los trabajadores de estabilidad laboral relativa, como los trabajadores de confianza exclusiva, el modo de protección laboral será solo resarcitoria; así como se estableció el Tribunal Constitucional en la STC N° 00078-2006-PA/TC (13/04/2007), que en su fundamento 5 señaló: “Al respecto, en las sentencias recaídas en los Exps. N. 05 0746-2003-AA/TC, 4492- 2004-AA/TC y 1651-2005-AA, hemos precisado que quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición, sino la indemnización”; y siendo ello así, se evidencia que ambas relaciones laborales tienen igualdad de protección laboral contra el despido arbitrario.

Además, al determinarse en las Casaciones N° 2634-2009- Junín (10/03/2010), Casación N° 4298-2009- Huánuco (19/11/2010) que no es causal de despido la falta de confianza y que su invocación para la terminación del vínculo laboral deviene en arbitrario, el trabajador de confianza exclusiva tiene el mismo derecho de protección contra tal despido conforme lo regula la Constitución Política del

Perú; máxime si en la Casación N° 13810-2014-Lima (23/03/2015); y la Casación N° 15156-2014-Lima (03/08/2015) señaló que como el D. Leg. N° 728 no hace distinción entre los trabajadores de confianza de los trabajadores ordinarios, su protección contra el despido arbitrario debe ser igual en ambos casos.

Siendo ello así y por las normas glosadas, se puede advertir que el derecho a la igualdad en la protección frente al despido arbitrario radica en que los trabajadores ordinarios y los trabajadores de confianza mixta y exclusiva se encuentran dentro de la protección Constitucional, conforme lo señalado en su artículo 27° y que en la norma que las regula como es el D. Leg. 728 que en sus artículos 1° inciso c), 10°, 83°, brindan la misma protección contra el despido arbitrario para ambas relaciones laborales.

Así mismo, el derecho a la igualdad ha sido consagrado en la Constitución Política del Estado, precisando en su artículo 2.2 que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, y nadie debe ser discriminado por ninguna índole, lo cual implica que las normas legisladas no deben generar ventajas subjetivas y desproporcionadas.

En ese sentido, la igualdad en la protección laboral implica la erradicación de toda barrera que impida reconocer los mismos derechos para los trabajadores, aunque estos se encuentren en una relación laboral distinta, dado que la igualdad laboral es un principio que direcciona la esencia del derecho al trabajo, en ese sentido el expediente N° 008-2005-PI/TC (12/08/2015), en el fundamento 23 señala:

(...) la igualdad de oportunidades de acceso al empleo tal como se ha precisado anteriormente, la isonomía entre las personas se manifiesta en dos planos: La igualdad ante la ley y la igualdad de trato (en este caso

aplicable al ámbito de las actividades laborales). La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia. (...)La igualdad de oportunidades –en estricto, igualdad de trato– obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria.

De lo señalado, se tiene que la igualdad se refleja en dos perspectivas, siendo la primera, la igualdad ante la ley, es decir, en la legislación de normas (laborales) no se debe generar desventajas subjetivas para algunos trabajadores, es ese sentido que en la Constitución Política del Perú en su artículo 27° señala que la ley brinda al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario, y de tal manera se garantiza las obligaciones que debe cumplir el empleador y los derechos mínimos que le asisten al trabajador; así mismo, el artículo en mención no hace ninguna diferencia entre la protección brindada a los trabajadores ordinarios o trabajadores de confianza (mixta o exclusiva), por lo que siendo ello así, se debe entender que al ser el despido arbitrario tan lesivo, la protección brindada es igual para cualquier tipo de relación laboral.

“El propósito igualador de las partes de la relación laboral que inspira el principio protector, sobre la base de una especial tutela al trabajador, en tanto parte débil de dicha relación, lo convierte en una suerte de principio, que da sustento al conjunto de principios del derecho laboral”. (Boza, 2011, pp. 144-145)

Cabe precisar que el derecho laboral nace para proteger al trabajador como sujeto más débil de la relación laboral, sin hacer distinción entre el trabajador ordinario o de confianza, dado que ambos están subordinados por el empleador; por lo que, en ese sentido, el D. Leg. 728 en su artículo 1°, prescribe: “Son objetivos de la presente Ley: c) (...) la protección contra el despido arbitrario respetando las normas constitucionales”. Si la presente Ley en su primer artículo señala la protección contra el despido arbitrario y no hace distinción en la relación

laboral, entonces no cabría sustento alguno que ampare el despido de un trabajador de confianza exclusiva por el retiro de la confianza.

Así mismo, el artículo 83° del cuerpo normativo antes descrito, prescribe “(...) En la designación o promoción del trabajador, la ley no ampara el abuso del derecho o la simulación”. Por lo que, concretamente se puede afirmar que el empleador no debe designar a un trabajador a un puesto de confianza y luego despedirlo por una causal subjetiva, dado que al hacerlo vaciaría el contenido esencial del derecho al trabajo.

Por otro lado, el artículo 10° del D. Legislativo antes mencionado, se tiene que la protección contra el despido arbitrario se genera al superar el periodo de prueba, y siendo ello así un trabajador de confianza exclusiva tendría también la misma protección, dado que, si supera el periodo de prueba, la ley le otorga protección contra el despido arbitrario; esto en razón de que, si bien es cierto el trabajador de confianza se encuentra en una relación laboral especial, el periodo de prueba se aumenta a seis meses, es decir al doble de tiempo que tienen los trabajadores ordinarios, lo cual no impide que al culminar dicho periodo no se encuentren protegidos contra el despido arbitrario.

Ante lo señalado, se puede advertir que el derecho a la igualdad en la protección frente al despido arbitrario radica en que tanto los trabajadores ordinarios como los trabajadores de confianza mixta y exclusiva se encuentran dentro de la protección Constitucional (artículo 27°) y en la norma que las regula (D. Leg. 728 en su artículo 1°, 10°, 83°), en tanto que todo trabajador es igual ante la ley en el modo de regularla y en el modo de aplicarla.

3.1. Prohibición de la discriminación en la protección contra el despido arbitrario

En virtud al texto Constitucional respecto del principio a la igualdad de trato ante la ley, es que todos los trabajadores del sector privado, tiene protección contra el despido arbitrario, sin discriminación en el cargo en que se encuentren, es decir trabajadores ordinarios o de confianza, toda vez que, al ser despedidos arbitrariamente, deben recibir el mismo trato legal de protección.

En ese sentido, el Convenio N° 111 de la OIT en su artículo 1°, sobre la discriminación laboral señala que:

- 1°. A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:
- (a) cualquier distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación;
 - (b) cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados.

De lo señalado, se advierte que, no debe existir ninguna distinción en el modo de protección laboral entre los trabajadores; aunque estos, tengan una relación laboral distinta, esto es, entre los trabajadores ordinarios con los trabajadores de confianza.

Por otro lado, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 16° sobre el principio de igualdad y no discriminación prescribe:

Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. Al respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y

efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

En el Perú, se tiene que, la Constitución Política del Estado en su artículo 2.2 regula el derecho a la igualdad el cual gira en torno a la igualdad ante la ley y la prohibición de la discriminación, con lo cual, la legislación de normas no debe generar tratos desiguales sin una justificación racional y menos entre situaciones semejantes, como en el caso del despido arbitrario.

El TUO del D. Leg. 728 reafirma el mandato Constitucional de protección contra el despido arbitrario en su artículo 1.c), no haciendo distinción alguna para los trabajadores ordinarios, trabajadores de confianza mixta o exclusiva; así mismo, en el artículo 10° del mismo cuerpo normativo, se precisa que al superar el periodo de prueba el trabajador adquiere protección contra el despido arbitrario, señalando solo un plazo distinto de prueba para los trabajadores ordinarios y trabajadores de confianza.

Así mismo, el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 008-2005-PI/TC (12/08/2005) considera que, una forma de discriminación, se da por acción indirecta, la cual surge cuando el empleador disfraza su intención de despido bajo la apariencia de constitucional; como en el caso de los despidos de naturaleza subjetiva que no son sustentadas en la capacidad o la conducta del trabajador, hecho que se da en el caso de despido por retiro de confianza de los trabajadores de confianza, la cual surge de la discrecionalidad del empleador, no encontrando ninguna norma legal que ampare dicha decisión.

Siendo ello así, las normas señaladas y el criterio del máximo intérprete de la Constitución prohíben toda discriminación que exista en la protección contra el

despido arbitrario de los trabajadores ordinarios, trabajadores de confianza mixta o exclusiva, señalando además que, en los despidos arbitrarios, la protección legal debe ser igual.

3.2. Diferencia entre discriminación y diferenciación en la protección contra el despido arbitrario

Se debe tener en cuenta que no todo trato diferenciado implica una discriminación, por lo que se debe analizar si el trato diferenciado se encuentra justificado, teniendo en cuenta los lineamientos desarrollados por la jurisprudencia:

- h) El trato diferenciado debe llevarse a cabo respecto a personas que se encuentren en situaciones de desigualdad.
- i) El trato diferenciado debe sustentarse en un objetivo legítimo (principio de razonabilidad). Esto significa que la diferenciación debe basarse en causas o motivos objetivos y razonables. Estas causas o motivos pueden ser de diferente índole, no necesariamente relacionados con la necesidad de garantizar algún valor constitucional, sino orientados a enfrentar una situación de desigualdad.
- j) El trato diferenciado debe guardar una relación con el objetivo legítimo que se desea alcanzar (principio de racionalidad).
- k) El trato diferenciado debe aplicarse o llevarse a cabo en forma proporcional al objetivo legítimo que se desea alcanzar (principio de proporcionalidad). (Huerta Guerrero, 2003, p. 314)

En ese sentido, jurídicamente no se tiene una situación desigual entre los trabajadores ordinarios con los trabajadores de confianza exclusiva, dado que ambas relaciones laborales se encuentran en un estado de subordinación, prestación personal y reciben una contraprestación por el servicio prestado, aunado a ello la labor realizada cumple la ajenidad; así mismo, bajo el principio de razonabilidad el trabajador de confianza y el trabajador ordinario encuentran cabida en la protección constitucional sobre el despido arbitrario.

Respecto al principio de racionalidad y proporcionalidad, se tiene que tanto el trabajador de confianza exclusiva y el trabajador ordinario tienen definidas sus funciones laborales, encontrándose en ambos casos una subordinación laboral, por lo que, es quizá el único trato diferenciado el acceso al empleo y algunas funciones que implica la naturaleza del cargo; no obstante, están revestidos de protección en el desarrollo y en la extinción de la relación laboral.

Por otro lado, el artículo 10° del TUO del D. Leg. 728, expresamente refiere que al superar el periodo de prueba se alcanza la estabilidad laboral tanto para los trabajadores ordinarios como para los trabajadores de confianza mixta y exclusiva, por lo que no cabe inferir un trato desigual para ambas relaciones laborales, y desconocer el derecho de protección contra el despido arbitrario se está dando una discriminación laboral y no una diferenciación racional y proporcional.

IV. EL TRATAMIENTO JURISPRUDENCIAL DEL PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD LABORAL Y LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA

En la presente investigación se ha determinado que la progresividad laboral implica un avance gradual del reconocimiento de los derechos del trabajador; por lo que, “La progresividad se vincula necesariamente con dos elementos: la prohibición de regresión y el máximo uso de recursos disponibles” (Hernández, 2017, p. 22).

En tal sentido, el Tribunal Constitucional en las sentencias N° 1124-2001-AA/TC (11/07/2002), N° 976-2001-AA/TC (13/03/2003) y el precedente vinculante N° 0206-2005-PA/TC (28/11/2005) establecieron que ante un despido incausado o fraudulento, se debía reponer al trabajador o indemnizarlo, según decisión del

trabajador y la naturaleza de la función, siendo que aun trabajador de confianza solo le correspondía una indemnización, conforme el Tribunal Constitucional señaló en la STC N° 00078-2006-PA/TC (13/04/2007), que en su fundamento 5 prescribe: “Al respecto, en las sentencias recaídas en los Exps. N. 05 0746-2003-AA/TC, 4492- 2004-AA/TC y 1651-2005-AA, hemos precisado que quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición, sino la indemnización”.

Por su parte, la Corte Suprema, en las Casaciones N° 2634-2009- Junín (10/03/2010), Casación Laboral N° 3002-2012- Junín (11/03/2012) y en la Casación Laboral N° 4298-2009- Huánuco (19/11/2010) ha señalado que no es causal de despido la falta de confianza, por lo que sí correspondería indemnizar a un trabajador de confianza exclusiva cuando es despedido arbitrariamente.

Siendo que, como el Estado peruano al reconocer la importancia del trabajo en la vida del ser humano, además que, en la Carta Magna, se establece que, el trabajo es un derecho y a la vez un deber, que genera la realización de la persona y es la base del bienestar social; por lo que, ninguna norma puede menoscabar o generar menos derechos a los ya reconocidos por la Constitución y los tratados internacionales, con lo que al producirse la extinción del vínculo laboral por despido debe sustentarse en una causa objetiva, y de no darse el caso el trabajador tiene derecho a una reparación justa y razonable; con lo cual se tiene que, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema han señalado que el retiro de confianza no es una causa justa de despido, y ante su alegación para concluir la relación laboral, corresponde indemnizar al trabajador de confianza por despido arbitrio.

Sin embargo, el Tribunal Constitucional cambió de criterio mediante las sentencias N° 03501-2006-PA/TC (15/03/2007), 03926-2007-PA/TC (17/10/2007), N° 641-2010-PA/TC (18/08/2010) y en la sentencia N° 1012-2010-PA/TC (12/04/2011), considerando que no es susceptible de indemnización al trabajador de confianza exclusiva cuando el despido se basó en el retiro de confianza; es decir, después de que se señaló que el retiro de confianza equivale a un despido arbitrario, se cambió de criterio en desmedro del trabajador de confianza y se precisó que es válido el despido por retiro de confianza con lo cual se da por terminado la relación laboral.

Así mismo, la Corte Suprema con el Pleno Jurisdiccional Laboral Distrital de Lima (diciembre del 2017), los Vocales Laborales acordaron que no corresponde indemnizar a los trabajadores de confianza exclusiva cuando sean despedidos por el retiro de la misma, criterio que ha sido confirmado en la Casación N° 4396-2017- Lima (11/07/2018) y en el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional (22 de mayo del 2018), por lo que, no solo el Tribunal Constitucional cambia de criterio sino que también lo hace la Corte Suprema, desconociendo los derechos laborales que originariamente se había reconocido al trabajador de confianza, en cuanto al retiro de confianza como causa de despido.

El cambio de criterio jurisprudencial sobre la indemnización por la causal de retiro de confianza, vulnera los principios laborales que amparan a toda relación laboral; por lo que el mismo Tribunal Constitucional en la sentencia N° 008-2005-PI/TC (12/08/2005) precisa que:

[Los principios de derecho laboral] denominase como tales a aquellas reglas rectoras que informan la elaboración de las normas de carácter laboral, amén de servir de fuente de inspiración directa o indirecta en la

solución de conflictos, sea mediante interpretación, aplicación o integración normativa. La relación laboral se caracteriza en sí misma por la desigualdad, lo que hace que el empleador devenga en la parte “fuerte” e “imponente” y el trabajador en la parte “débil” e “imponente”.

De lo señalado, se tiene que, toda relación laboral nace por sí sola con la desigualdad entre las partes, siendo que, el trabajador está sujeto al empleador, considerándose de esa manera la parte débil; no obstante, el derecho laboral cumple su función equiparando tal desigualdad entre las partes, por lo que dota de derechos al trabajador a fin de protegerlo de la libre discrecionalidad del empleador; encontrando de esa manera los principios laborales los lineamientos que inspiran la normatividad laboral.

En tal sentido, es deber del Tribunal Constitucional como máximo intérprete de la Constitución y de la Corte Suprema, el hacer efectivo los principios laborales y los derechos progresivos que asisten al trabajador, a fin de que la relación laboral encuentre su armonía normativa; sin embargo, se determinó que las últimas decisiones del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema, vulneran el derecho a la progresividad laboral y se desconoce los derechos laborales de los trabajadores de confianza exclusiva, puesto que retrocedieron en los ya otorgados derechos laborales hasta el punto de anular por completo el reconocimiento de la estabilidad laboral relativa y la arbitrariedad de la causal retiro de confianza.

4.1. La prohibición de regresividad laboral

La progresividad laboral implica la prohibición de la regresión de los derechos, con lo cual se da seguridad jurídica, como lo señala Courtis (2006): “En el modelo de Estado Social, los motivos por los que la prohibición de regresividad debe

operar se sustentan en el principio de seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad” (p. 18);

En tal sentido, el Tribunal Constitucional había señalado en la sentencia N° 00078-2006-PA/TC (13/04/2007), que el trabajador de confianza tiene estabilidad laboral relativa y ante un despido por retiro de confianza le correspondía una indemnización, por lo que con las sentencias N° 03501-2006-PA/TC (15/03/2007), 03926-2007-PA/TC (17/10/2007), N° 641-2010-PA/TC (18/08/2010) y sentencia N° 1012-2010-PA/TC (12/04/2011), no debía cambiar de criterio, toda vez que se prohíbe la regresividad laboral; es decir, cambiar de criterio tan repentinamente y sin fundamento válido que menoscaben los derechos del trabajador, más aún si las condiciones del trabajador de confianza no han cambiado desde que se reconocía su estabilidad laboral relativa.

Así mismo, se tiene que la Corte Suprema, en las Casaciones N° 2634-2009-Junín (10/03/2010), Casación Laboral N° 3002-2012- Junín (11/03/2012) y en la Casación Laboral N° 4298-2009- Huánuco (19/11/2010) había señalado que no es causal de despido la falta de confianza, por lo que si correspondería indemnizar a un trabajador de confianza exclusiva cuando es despedido arbitrariamente; sin embargo con el Pleno Jurisdiccional Laboral Distrital de Lima (diciembre del 2017), la Casación N° 4396-2017- Lima (11/07/2018) y en el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional (22 de mayo del 2018), no debía cambiar de criterio desconociendo los derechos otorgados a los trabajadores de confianza, puesto que no motivó su decisión sino que adoptó los últimos criterios del Tribunal Constitucional sobre el tema investigado, con lo cual, no solo afecta la progresividad laboral sino que va en contra del principio de motivación de las sentencias.

Por lo que, con las sentencias antes señaladas, se tiene una incertidumbre jurídica y una afectación al orden normativo, toda vez que se advierte que en un mismo año se ha emitido sentencias contradictorias, donde se reconocía la estabilidad laboral relativa al trabajador de confianza y luego se desconocía tal derecho; siendo que, la prohibición de regresividad encuentra su fundamento en que si ya se había reconocido la indemnización al trabajador de confianza por retiro de confianza, se debía mantener dicho criterio y no regresar hasta su desconocimiento total, vulnerando la esencia del trabajo que implica el acceso y la permanencia en el empleo.

4.1.1. Prohibición de la regresión laboral y el principio protector

En la presente investigación se ha determinado que la sola alegación de retiro de confianza como causal de despido vulnera el principio protector, toda vez que desconoce las normas nacionales como internacionales que protegen al trabajador frente a un eventual despido arbitrario; es decir, sin justificación objetiva y que nace de la sola discrecionalidad del empleador.

Así mismo, con la causal de retiro de confianza se vulneran a las reglas de indubio pro operario y la condición más beneficiosa para el trabajador; respecto de la regla la norma más beneficiosa, se tiene que no existe más de una norma para interpretar, por lo que se debe interpretar y aplicar válidamente la única norma vigente.

4.1.1.1. La regla del indubio pro operario (la duda favorece al trabajador)

El Tribunal Constitucional en la sentencia N° 1512-2012-PA/TC (04/06/2013) en su fundamento ocho, segundo párrafo ha señalado que:

Si conforme lo ha sostenido el Tribunal Constitucional, el principio de favorabilidad en materia laboral, “hace referencia al deber de los operadores jurídicos de aplicar, en caso de duda, la fuente formal de derecho vigente más favorable al trabajador, o la interpretación de esas fuentes que les sea más favorable (in dubio pro operario)” (STC 00016-2008-PI/TC, fundamento 11), y conforme se sostiene en doctrina laboral autorizada, el principio “pro operario” “se expresa diciendo que la norma jurídica aplicable a las relaciones de trabajo y de Seguridad Social, en caso de duda en cuanto a su sentido y alcance, debe ser interpretada de la forma que resulte más beneficiosa para el trabajador o beneficiario” [Alonso Olea, Manuel y otra. Derecho del trabajo. 19ª edición, Civitas, 2001, p. 971].

Sin embargo, cómo se ha determinado en la presente investigación, la causa “retiro de confianza” no se encuentra contemplada en la norma jurídica nacional, por lo que su alegación para el despido de un trabajador de confianza exclusiva deviene en arbitrario; no obstante, el Tribunal Constitucional en la sentencia N° 00078-2006-PA/TC (13/04/2007), ha señalado que quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición, sino la indemnización, dado que el trabajador de confianza al superar el periodo de prueba alcanza la estabilidad laboral relativa; criterio que ha cambiado con las sentencias N° 03501-2006-PA/TC (15/03/2007), 03926-2007-PA/TC (17/10/2007), N° 641-2010-PA/TC (18/08/2010) y N° 1012-2010-PA/TC (12/04/2011), advirtiéndose una incertidumbre en las decisiones tomadas; por lo que, ante tal situación corresponde al Tribunal Constitucional revisar las últimas decisiones adoptadas, debiendo tener en cuenta el principio indubio pro operario a fin de reconocer los derechos inherentes al trabajador.

En igual situación se encuentra la Corte Suprema, siendo que en las Casaciones N° 2634-2009- Junín (10/03/2010), Casación Laboral N° 3002-2012- Junín (11/03/2012) y en la Casación Laboral N° 4298-2009- Huánuco (19/11/2010) ha señalado que no es causal de despido la falta de confianza, siendo que todo

despido con esa mención será considerado como despido arbitrario; cambiando de criterio con el Pleno Jurisdiccional Laboral Distrital de Lima (diciembre del 2017), la Casación N° 4396-2017- Lima (11/07/2018) y el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional (22 de mayo del 2018), donde reconoció como legal la causal de retiro de confianza, y que su alegación implica la pérdida del empleo de un trabajador de confianza.

Por lo que, la duda surge cuando el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema cambian de criterio en el caso de despido por retiro de confianza de los trabajadores de confianza exclusiva; siendo que, la doctrina ha señalado, que en caso de dudas en la interpretación de la norma o en su aplicación, el juez deberá preferir la que más favorece al trabajador, como se ha señalado en las primeras decisiones del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema que consideraban que un trabajador de confianza al superar el periodo de prueba alcanza la estabilidad laboral relativa y que el retiro de confianza no es una causa objetiva de despido, por lo que su sola manifestación convierte al despido en arbitrario.

4.1.1.2. La regla de la norma más beneficiosa

El Tribunal Constitucional y la Corte Suprema vulneran el derecho al trabajo cuando señalan que el “retiro de confianza” pone fin a la relación laboral generada entre el empleador y un trabajador de confianza exclusiva, toda vez que, la Constitución Política del Perú en el artículo 27° expresamente señala que el Estado brinda adecuada protección contra el despido arbitrario, es decir, cuando el despido nace de una decisión no contemplada en una norma jurídica.

Así mismo, el D. Leg. N° 728 en su artículo 31° ordena al empleador a motivar su decisión de despido y dar a conocer por escrito al trabajador para que éste pueda hacer sus descargos conforme a ley:

“El empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulan, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia”.

Por lo que, el solo alegar “retiro de confianza” como causal de despido, genera incertidumbre en el trabajador toda vez que no sabe si la imputación va en contra de su conducta o de su capacidad laboral; además, se vulnera el debido proceso, el cual el propio Tribunal Constitucional ha definido como: “El derecho al debido proceso comprende, a su vez, un haz de derecho que forman parte de su estándar mínimo. Entre estos derechos constitucionales, especial relevancia para el presente caso adquieren los derechos de razonabilidad, proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad y motivación de las resoluciones” STC N° 0090-2004-AA/TC, fs. 25 (05/07/2004).

En el mismo tenor, el artículo 10° del D. Leg. N° 728 señala que, si el trabajador de confianza sobrepasa los seis meses del periodo de prueba, éste alcanza protección contra el despido arbitrario, no existiendo norma jurídica que señale lo contrario para que se genere una duda razonable que haga que los operadores de justicia decidan desconocer la estabilidad laboral relativa de los trabajadores de confianza exclusiva.

El Tribunal Constitucional, también ha considerado que no se debe indemnizar a un trabajador de confianza por despido que incide en el retiro de la confianza,

lo cual deviene en incongruente, toda vez que, el artículo 34° del D. Leg. 728 prescribe: “El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización (...)”, como el despido de un trabajador de confianza se basa solo en el retiro de confianza (no conducta y no capacidad), da lugar a la indemnización.

Teniendo en cuenta lo señalado, se advierte que la regla de la norma más beneficiosa no se aplica en el caso de despido por retiro de confianza a los trabajadores de confianza exclusiva, toda vez que no existe controversias normativas, sino que por el contrario solo se tiene normas como las mencionadas que se deben observar y aplicar objetivamente en las decisiones judiciales.

4.1.1.3. La regla de la condición más beneficiosa

En la presente tesis se ha determinado que, para los trabajadores de confianza exclusiva, se debe preferir la condición más beneficiosa plasmada en las sentencias N° 00078-2006-PA/TC (13/04/2007), las Casaciones N° 2634-2009-Junín (10/03/2010), Casación Laboral N° 3002-2012- Junín (11/03/2012) y en la Casación Laboral N° 4298-2009- Huánuco (19/11/2010) donde se ha señalado que, un trabajador de confianza exclusiva al superar el periodo de prueba tiene estabilidad laboral relativa, por ende alcanza protección contra el despido arbitrario, siendo que la causal “retiro de confianza” genera una indemnización a favor del trabajador.

En ese sentido, la condición más beneficiosa no solo humaniza la relación laboral, sino que protege al trabajador ante un acto lesivo de sus derechos por parte del empleador; por lo que, el Poder Judicial como el Poder Legislativo, deberán observar qué condición favorece más al trabajador, situándose en

supuestos cotidianos como en el caso de los trabajadores de confianza exclusiva y sus consecuencias ante un despido sustentado en la causal de retiro de confianza.

4.1.2. Prohibición de la regresión laboral y el principio de irrenunciabilidad de derechos

En la presente investigación se ha determinado que el retiro de confianza como causal de despido es arbitrario, y que la adecuada protección que se reconoce al trabajador de confianza exclusiva cuando ha superado el periodo de prueba es la indemnización; derecho que no debe desconocerse por el operador jurídico y menos renunciarse por parte del trabajador.

Siendo ello así, no solo se estaría protegiendo al trabajador, sino que se estaría haciendo efectivo lo señalado en el artículo 26° de la Constitución: “En la relación laboral se respetan los siguientes principios: 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución y la ley”. Por lo que, se pretende limitar el actuar del empleador y a la vez salvaguardar los derechos laborales del trabajador.

En tal sentido, la irrenunciabilidad de derechos deberá entenderse como la imposibilidad de pactar entre el empleador y trabajador de confianza exclusiva que su despido, por la naturaleza de función, se sustentará en el retiro de confianza.

4.2. Máximo uso de los recursos disponibles

Para la efectividad del derecho de la progresividad laboral es necesario que el Estado agote los recursos nacionales e internacionales a fin de que haga posible la plena realización de los derechos reconocidos.

En tal sentido, se tiene que la OIT en el artículo 10° del Convenio 158 señala que, ante despidos injustificados, el trabajador tiene derecho a su reposición en el empleo o en su defecto a una indemnización adecuada u otra reparación que se considere adecuada.

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales que en su artículo 7 literal d) refiere que la consecuencia del despido injustificado es la indemnización o la readmisión en el empleo.

Así mismo, el artículo 27° de la Constitución Política señala que el Estado brinda adecuada protección contra el despido arbitrario y el artículo 1° inciso c) del Decreto Legislativo 728° se señala que el objetivo de dicha ley es garantizar el ingreso de los trabajadores, así como la protección contra el despido arbitrario; por lo que, en toda relación laboral que supere el periodo de prueba debe aplicarse la protección brindada por el Estado a fin de que el trabajador no sea despedido arbitrariamente.

Por lo que, la protección laboral debe ser vista desde el punto del derecho a la igualdad señalado en el artículo 2.2. de la Constitución Política del Estado, más aún si en el artículo 83° del D. Leg. 728 se prescribe “(...) En la designación o promoción del trabajador, la ley no ampara el abuso del derecho o la simulación”;

por lo que, las decisiones judiciales no deben amparar el abuso del derecho desconociendo el derecho de la estabilidad laboral relativa a los trabajadores de confianza exclusiva.

Por otro lado, el artículo 10° del D. Legislativo antes mencionado, se tiene que la protección contra el despido arbitrario se genera al superar el periodo de prueba, y siendo ello así un trabajador de confianza exclusiva tendría también la misma protección, dado que, si supera el periodo de prueba, la ley le otorga protección contra el despido arbitrario.

En consecuencia, el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema tiene el deber de agotar los recursos disponibles, como las normas anteriormente señaladas a fin de emitir pronunciamientos sin afectación de los derechos laborales; siendo que en el caso de los trabajadores de confianza exclusiva se deberá reconocer su estabilidad laboral relativa al superar el periodo de prueba y que la alegación de retiro de confianza deviene en arbitrario.

CAPÍTULO IV

PROPUESTA LEGISLATIVA

La Constitución Política del Perú, como norma suprema del Estado, debe reconocer, regular, cautelar y garantizar la efectividad de los derechos fundamentales, debiendo eliminar todo tipo de discriminación que no se sustente en una causa objetiva. En ese sentido, en la presente investigación, hemos determinado que el reconocimiento de la indemnización por despido arbitrario en el régimen privado a los trabajadores de confianza exclusiva, persigue un fin constitucional legítimo, fundamentado en la regulación internacional y constitucional del derecho al trabajo y el derecho a la protección contra el despido arbitrario; así como la estabilidad laboral relativa al superar el periodo de prueba y el derecho de la igualdad en la protección frente al despido arbitrario de los trabajadores de confianza exclusiva.

En ese sentido, la normatividad nacional y el Tribunal Constitucional, no se han ocupado de este tema, pues, por el contrario, el Tribunal Constitucional a emitido sentencias contradictorias, unas reconociendo este derecho y otras negándola, originándose claramente una indefensión de los trabajadores de confianza exclusiva ante el despido arbitrario, lo cual no debe aceptarse en un Estado de Social de Derecho, como lo es el Perú.

Ahora bien, teniendo en cuenta que los derechos fundamentales mantienen su vigencia durante cualquier relación laboral, su exigencia y promoción, debe ser respetada tanto por el empleador y trabajador, con el cual se protege el mandato Constitucional referido a la protección contra el despido arbitrario, erradicando toda forma de discriminación que se puede generar entre los trabajadores y las

formas que generaron su relación laboral; por lo que resulta necesario la promulgación de una ley, la cual optimizará el derecho fundamental del trabajo para toda relación laboral, la cual se platearía en los siguientes términos:

**PROYECTO DE LEY QUE EXIGE AL EMPLEADOR INDEMNIZAR POR
DESPIDO ARBITRARIO A LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA
EXCLUSIVA DEL RÉGIMEN PRIVADO**

Ley que modifica el artículo 34° y 38° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente ley tiene como objeto, exigir al empleador indemnice a los trabajadores de confianza exclusiva del régimen privado, cuando sean pasibles de despido arbitrario.

Artículo 2.- Finalidad de la Ley

La presente ley tiene como finalidad, optimizar la protección contra el despido arbitrario en los trabajadores de confianza exclusiva del régimen privado y erradicar cualquier forma de discriminación en su contra, como miembros de una relación laboral especial.

Artículo 3.- Modificación del artículo el artículo 34° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral

Modifíquese el artículo 34° referido a la indemnización a los trabajadores de confianza exclusiva.

Artículo 34°. - El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad no da lugar a indemnización.

Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el Artículo 38, como única reparación por el daño sufrido. Podrá demandar simultáneamente el pago de cualquier otro derecho o beneficio social pendiente.

En los casos de despido nulo, si se declara fundada la demanda el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que, en ejecución de sentencia, opte por la indemnización establecida en el Artículo 38.

El retiro de confianza no es una causal objetiva de despido, por lo que la indemnización se regirá de acuerdo al artículo 38° de la presente norma, en lo que resulte pertinente.

Artículo 4.- Modificación del artículo el artículo 38° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

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

En el caso de los trabajadores de confianza exclusiva, esta exigibilidad procede al superar los seis meses del periodo de prueba.

DISPOSICIÓN COMPLEMENTARIA FINAL

ÚNICA: Serán modificadas todas las normas que se interfieran con la aplicación de las disposiciones de la presente ley.

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

La norma suprema del Estado peruano, en su artículo 22° reconoce que el trabajo es un deber y un derecho que le asiste a toda persona, lo cual genera la base de bienestar social, además de ser un medio de realización de la persona; así mismo, el artículo 23° del mismo cuerpo normativo contempla que el trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado; por lo que, toda norma que pretenda integrar la legislación peruana, deberá estar encaminada a cumplir con dicho objetivo, a través de la cautela del deber y el derecho al trabajo en todos los sectores de contratación laboral, brindándoles los mismo derechos y oportunidades, sin discriminación o diferenciación subjetiva.

En tal sentido, el legislador peruano, consciente de las diversas formas de contratación laboral, ha establecido en el artículo 27° de la Constitución del Estado como regla general la protección contra el despido arbitrario, no siendo cualquier protección sino la más adecuada, con efectos reparatorios o resarcitorios la cual dependerá del caso en concreto.

En ese tenor, el artículo 43° del Decreto Legislativo N° 728 señala 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, aquéllos cuyas opiniones o informes son

presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales. Teniendo en cuenta lo señalado, se advierte que, el personal de confianza es ante todo un trabajador, al cual le corresponde, en principio, los mismos derechos y garantías que los de un trabajador ordinario.

Ciertamente, una característica de los trabajadores de confianza es el modo como acceden al empleo, puesto que están supeditados a la confianza que tenga el empleador para ser contratados; no obstante, un trabajador de confianza cumple con los elementos de laboralidad, las cuales son, la subordinación al empleador, prestación personal del trabajador de confianza y la respectiva remuneración; así mismo, es necesario mencionar la ajenidad de la labor realizada. De igual manera, el trabajador de confianza al superar el periodo de prueba, que es de seis meses, alcanza protección contra el despido arbitrario, conforme lo regulado en el artículo 10° del Decreto Legislativo 728.

Por lo que, un trabajador de confianza, debe considerarse como una expresión de la amplia modalidad laboral, y sin duda una de las formas principales de innovación que explica el avance productivo en el desarrollo de la sociedad; así mismo, es claro que la contratación de personal de confianza resulta ventajosa para los empleadores, liberándolos de la carga de sobrellevar por sí solos el rumbo de la empresa, toda vez que el trabajador de confianza (mixta o exclusiva) coadyuvará en la toma de decisiones; adicionalmente la recurrencia de personal de confianza como forma de organización productiva, es un incentivo para el enfoque hacia los resultados, facilitando la ampliación de las formas de organización laboral.

Ahora bien, teniendo en cuenta la realidad nacional y conociendo las facultades que el empleador posee de prescindir de los servicios de un trabajador de confianza exclusiva o mixta, por el mero retiro de confianza, sin que sea necesario que brinde alguna justificación, podemos afirmar que las posibilidades de que el trabajador de confianza (exclusiva o mixta) pueda adquirir una debida indemnización por el periodo laborado, son nulas ya que evidentemente, se encuentra en una relación laboral especial, y al respecto no puede hacer nada, pues la misma norma al no ser expresa ha permitido a los órganos judiciales y Tribunal Constitucional emitir sentencias que faculte al empleador a despedir de un trabajador de confianza (exclusiva o mixta) sin que medie justificación y sin otorgarle modo alguno de defenderse de las acusaciones sustentadas en el “retiro de confianza”, con la que se efectiviza el despido.

De lo señalado, resulta sorprendente que la ley de Productividad y Competitividad Laboral no contenga una cláusula expresa que garantice el ejercicio y la protección de los trabajadores de confianza (exclusiva o mixta), pues el marco normativo debería consagrar, la efectiva aplicación de la indemnización ante un despido que no se sustente en una causa objetiva y solo se limite a mencionar el retiro de confianza, sin sustento más que su simple alegación.

Por lo tanto, en el entendido que los derechos fundamentales tienen eficacia horizontal inter privados y que estos derechos mantienen su vigencia y efectividad en cualquier relación laboral generada, ya sea con el Estado o entre privados, exigiéndose su respeto absoluto, es que resulta necesario establecer una norma, que limite la discrecionalidad de la que goza el empleador con el personal de confianza exclusiva, en aras de optimizar y garantizar todos los

derechos fundamentales del trabajador de confianza exclusiva; y así erradicar cualquier forma de discriminación en su contra.

EFFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA

Esta norma no se encuentra en contrariedad a lo que se establece en la Constitución Política del Estado peruano por lo que a partir del día siguiente de su promulgación y respectiva publicación en el diario oficial “El Peruano” será exigible en todo el territorio nacional.

ANÁLISIS DEL COSTO BENEFICIO

La presente norma no genera costo alguno para el Tesoro Público, debido a que no irroga gasto al Estado.

CONCLUSIONES

1. Con la presente investigación se determinó que en las últimas sentencias emitidas por el Tribunal Constitucional y por la Corte Suprema se discriminó a los trabajadores de confianza exclusiva en cuanto a la protección contra el despido arbitrario, pese a haber superado el periodo de prueba; por lo que, el Estado debe optimizar el derecho al trabajo y los derechos conexos exigiendo al empleador que cuando alegue el retiro de confianza como causa de despido, se justifique y se pruebe de manera objetiva la razón que la motivó.
2. El ejercicio del derecho al acceso y conservación del trabajo sin discriminación, como base de bienestar social y medio de realización de la persona, en el caso de los trabajadores de confianza exclusiva se optimiza a través de la adopción de medidas resarcitorias que permitan erradicar la diferenciación basadas en la condición especial que caracteriza a dichos trabajadores, y que les permita acceder o mantenerse en un puesto de trabajo.
3. La efectividad del periodo de prueba en los trabajadores de confianza exclusiva, consiste en permitirles, una vez superado dicho periodo, alcanzar la estabilidad laboral relativa.
4. En los trabajadores de confianza exclusiva está acreditada la subordinación, la prestación personal y la remuneración, por lo que se debe efectivizar y garantizar la igualdad de protección que brinda el Estado contra el despido arbitrario.
5. Para la concretización de los resultados de esta investigación, la cual pretende brindar protección jurídica reforzada contra el despido arbitrario de los trabajadores de confianza exclusiva, es necesario la modificación de los artículos 34 y 38 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

RECOMENDACIONES

1. El Estado peruano, debe promover y adoptar políticas laborales dirigidas a reducir y/o erradicar los márgenes de discriminación en contra de los trabajadores de confianza exclusiva, teniendo cuenta la naturaleza e importancia social, personal y dignificante del derecho al trabajo.
2. Es necesario que el legislador peruano, preste especial atención en aquellas normas que no expresan literalmente la protección laboral que gozan los trabajadores de confianza y las normas que otorgan potestades a los empleadores que, en la práctica podrían constituirse un riesgo latente para la afectación de los derechos fundamentales del trabajador de confianza exclusiva que ha superado el periodo de prueba.
3. A fin de evitar el potencial riesgo de la vulneración del derecho al trabajo, se recomienda a los operadores de justicia, efectivizar de manera uniforme la igualdad de protección contra el despido arbitrario en los trabajadores de confianza.
4. En el ámbito académico, se recomienda a los estudiosos del derecho, continuar con las investigaciones respecto del derecho a la indemnización de los trabajadores de confianza mixta aun cuando estos sean repuestos al cargo anterior que ejercían, dado que la presente investigación estuvo referida solo a la indemnización de los trabajadores de confianza exclusiva.

LISTAS DE REFERENCIAS

- Agusto Abelenda, C. (1980). *Derecho Civil. Parte General*. Buenos Aires: Astrea.
- Alonso García, M. (1960). *Derecho del trabajo*. España: Ed. Ariel.
- Aranzamendi Ninacondor, L. (2015). *Investigación Jurídica*. Lima: Grijley.
- Arce Ortiz, E. (2015). *La nulidad de despido lesivo de derecho Constitucional (tercera edición)*. Lima: Ubilex Asesores.
- Arevalo Vela, J., & Ynami García, S. (s.f.). Diálogo con la jurisprudencia N° 112. *Gaceta Jurídica*.
- Arevalo Vela, J., & Ynami García, S. (s.f.). *Diálogo con la jurisprudencia*. Lima: Gaceta Jurídica.
- Asesoramiento y análisis laborales . (2004). *Extinción de la Relación Laboral, Condiciones y Procedimientos para el Despido* . Lima: JL Impresores.
- Baylos Grau, A., & Pérez Rey, J. (2009). *El despido o la violencia del poder privado*. Madrid: Trotta.
- Barajas Montes de Ocas, S. (1992). *Los contratos especiales de trabajo*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México.
- Barbagelata, A. (1994). In memoriam. Buenos Aires: Editoras Sylvia E. Wendt y Marta Royo. Tomo I y II
- Blancas Bustamante, C. (2012). Flexiseguridad , derecho al trabajo y estabilidad laboral. Lima: PUCP.
- Behar Rivero, D. (2008). *Metodología de la investigación*. Shalom.
- Bernal, C. (2007). *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*. Madrid: Centro de estudios Políticos y Constitucionales.
- Boza Pro, G. (2011). *Lecciones de derecho del trabajo*. Lima: Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Cabanellas, G. (2001). *Compendio de derecho laboral*. Buenos Aires: Omeba Editores Libreros.
- Campos Torres, S. (2009). Planteamiento de costos laborales. *Soluciones laborales*.
- Carlos, B. (2013). *El despido en el derecho laboral peruano*. Lima: Jurista Editores.
- Castillo Córdova, L. (2004). El contenido Constitucional del derecho al trabajo y el proceso de amparo. *Revista especializada en derecho del trabajo, seguridad social y recursos humanos*.
- Castillo Guzmán, J., & Demartini Rivera, F. (2015). *La extinción de la relación laboral*. Lima: Tinco S.A.

- Castillo Guzmán, J., & Fera Valverde, P. (2014). *Jurisprudencia en materia laboral*. Lima: Tinco S.A.
- Courtis, C. (2006). *Ni un paso atrás: La prohibición de regresividad en materia de los derechos sociales*. Buenos Aires: Del Puerto.
- De Buen, N. (2000). *Derecho del trabajador de confianza*. México: Universidad Nacional Autónoma de México .
- De Trazegnies , F. (1990). *La responsabilidad extracontractual*. Lima.
- Díaz Castañeda, L. (2017). El retiro de confianza como causal de extinción de la relación laboral. *Actualidad Laboral Análisis Jurídico*.
- Eguiguren, F. (1998). Principio de igualdad y derecho a la no discriminación. Lima: Ius Et Veritas.
- El Peruano. (1 de septiembre de 2016). Casación 18-2015. *El Peruano*, pág. 80563.
- El Peruano. (02 de 05 de 2016). Casación N° 603-2014 Callao. *El Peruano*.
- Facorro, S., & Vittadini, S. (1998). Lecciones de derecho constitucional. Buenos Aires: Del Belgrano.
- Farfan Sousa, R. (2012). Sobre la diferencia del concepto de cargo de confianza en el sector público: Apuntes respecto de la procedencia de indemnización por cese o despido: En Ius Et Veritas N° 42. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- García Hernández, B. (2017). *La ley romana del talión y su base correlativa: antigüedad e innovación*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid.
- García, L., & Restrepo, N. (2010). La justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Hakansson, C. (2002). La posición constitucional de los principios en la carta de 1993. Lima: Apuntes sobre la reforma Constitucional.
- Huerta Guerrero, L. (2003). El derecho a la igualdad. *Investigación de la Comisión Andina de Juristas*.
- Legis.pe, & GUTIERREZ IQUISE, S. (30 de Julio de 2018). *Legis.pe*. Obtenido de <https://legis.pe/despido-incausado-pago-remuneraciones-devengadas-cas-lab-16607-2016-del-santa/>
- Mesinas Montero, F. (2007). *Guía operativa de Jurisprudencia Laboral*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Morales Taquia, D. (25 de Enero de 2018). *Legis.pe*. Recuperado el 15 de Enero de 2019, de <https://legis.pe/corresponde-indemnizacion-despido-arbitrario-trabajadores-confianza/>
- Mosset Iturraspe, J. (1991). *El valor de la vida humana*. Santa Fe: Culzoni.

- Nanclares Márquez, J., & Gómez Gómez, A. (17 de Julio de 2017). *La reparación: una aproximación a su historia, presente y prospectivas*. Recuperado el 13 de Junio de 2019, de Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas: <http://www.redalyc.org/pdf/1002/100254730004>
- Neves Mujica, J. (1997). *Introducción al derecho del trabajo*. Lima: Ara Editores.
- Neves Mujica, J. (2019). *Los desafíos actuales del derecho del trabajo*. Lima: Gaceta Jurídica S.A. .
- Osterling Parodi, F. (1985). *La indemnización de daños y perjuicios* . Lima: Cultural Cuzco Ed.
- Osterling Parodi, F. (1988). *Las obligaciones*. Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Pacheco Zerga, L. (2007). *La dignidad humana en el derecho del trabajo*. Pamplona: Aranzadi.
- Péres Reyes, J. (2004). *Estabilidad en el empleo* . Madrid: Trotta.
- Protocolo de San Salvador . (s.f.). Recuperado el 23 de Febrero de 2019, de http://derechoshumanos.pe/wp-content/woo_uploads/congreso/PROTOCOLO_SAN_SALVADOR.pdf
- Puntriano, C. (09 de Junio de 2018). *Gestión* . Recuperado el 02 de Julio de 2019, de Gestión .pe: <https://gestion.pe/blog/pensando-laboralmente>
- Ramos Núñez, C. (2000). *Cómo hacer una tesis de derecho y no envejecer en el intento*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Reina - Valera. (1960). *Biblia*. Tennessee: Holman Bible Publishers.
- Sanguineti Raymond, W. (2007). *Derecho Constitucional del Trabajo*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Sierra Bravo, R. (s.f.). *Técnicas de investigación social, teorías y ejercicios*. España.
- Toledo, O. (1993). *El principio de progresividad de la política monetaria en el Perú: avances y problemas*, Lima: Grade
- Toyama Miyagusuku, J. (2015). *El derecho individual del trabajo en el Perú un enfoque teórico práctico*. Lima: Gaceta Jurídica S.A.
- Tupayachi, J. (2011). *El test de ponderación como protección al principio de igualdad en la jurisprudencia del Tribunal constitucional peruano*. Lima: *Revista de derecho*.
- Vidal ramírez, F. (2001). *La responsabilidad vicil* . *Derecho PUCP: Revista de la facultad de derecho*.

Vidal Salazar, M. (2009). *Los derechos laborales en las constituciones peruanas*. Recuperado el 17 de 01 de 2019, de Revista pucp: <http://revistas.pucp.edu.pe>

Zelayaran Durand, M. (1989). *Derecho del trabajo*. Lima: Peruvian Pictures.

JURISPRUDENCIA

STC Exp. N° 1124-2001-AA/TC, de fecha 11 de julio de 2002.
STC EXP. N° 010-2002-AI/TC, de fecha 03 de enero del 2003.
STC Exp. N° 0976-2001-AA/TC, de fecha 13 de marzo de 2003.
STC Exp. N° 0001-2003-AI/TC, de fecha 04 de julio de 2003.
STC Exp. N° 02906-2002-AA/TC, de fecha 20 de enero del 2004.
STC Exp. N° 0746-2003-AA/TC, de fecha 19 de abril de 2004.
STC. Exp. N° 0090-2004-AA/TC, de fecha 05 de julio del 2004.
STC. Exp. N° 0029-2004-AI/TC, de fecha 02 de agosto del 2004.
STC. Exp. N° 0002-2004-AI/TC, de fecha 27 de setiembre del 2004.
STC Exp. N° 4492-2004-AA/TC, de fecha 17 de febrero de 2005.
STC Exp. N° 0008-2005-PI/TC, de fecha 12 de agosto de 2005.
STC Exp. N° 0045-2004-PI/TC, de fecha 25 de octubre de 2005.
STC Exp. N° 9272-2005-PA/TC, de fecha 29 de agosto de 2006.
STC Exp. N° 0078-2006-PA/TC, de fecha 13 de abril de 2007.
STC Exp. N° 3501-2006-PA/TC, de fecha 15 de marzo de 2007.
STC Exp. N° 3926-2007-PA/TC, de fecha 17 de octubre de 2007.
STC Exp. N° 5652-2007-PA/TC, de fecha 06 de noviembre del 2008.
STC Exp. N° 3477-2007-PA/TC, de fecha 14 de setiembre del 2009.
STC Exp. N° 0641-2010-PA/TC, de fecha 18 de agosto de 2010.
STC Exp. N° 0016-2008-PI/TC, de fecha 17 de junio de 2010.
STC Exp. N° 1012-2010-PA/TC, de fecha 12 de abril de 2011.
STC Exp. N° 3525-2011-PA/TC, de fecha 30 de setiembre de 2011.
STC Exp. N° 3631-2012-PA/TC, de fecha 23 de enero de 2013.
STC Exp. N° 0976-2001-AA/TC, de fecha 13 de marzo del 2013.
STC Exp. N° 2982-2012-AA/TC, de fecha 24 de mayo de 2013.
STC Exp. N° 1512-2012-PA/TC, de fecha 04 de junio de 2013.
STC Exp. N° 4617-2012-PA/TC, de fecha 12 de marzo del 2014.
STC Exp. N° 0008-2005-PI/TC, de fecha 12 de agosto del 2015.

STC Exp. N° 0263-2012-AA/TC, de fecha 22 de octubre del 2012.

STC Exp. N° 5515-2014-PA/TC, de fecha 08 de setiembre de 2016.

STC Exp. N° 5829-2014-PA/TC, de fecha 19 de octubre de 2016.

STC Exp. N° 5199-2015-PA/TC, de fecha 28 de noviembre de 2017.

STC Exp. N° 1332-2008-PA/TC, de fecha 06 de febrero de 2020.

Casación Exp. N° 1489-2000-Lima, de fecha 01 de diciembre de 2000.

Casación Exp. N° 1047-2001-Lambayeque, de fecha 21 de agosto de 2002.

Casación Exp. N° 0498-2005-Lima, de fecha 23 de enero de 2006.

Casación Exp. N° 2634-2009-Junin, de fecha 10 de marzo de 2010.

Casación Exp. N° 4298-2009-Huánuco, de fecha 19 de noviembre de 2010.

Casación Exp. N° 3002-2012-Junin, de fecha 11 de marzo de 2012.

Casación Exp. N° 13810-2014-Lima, de fecha 23 de marzo de 2015.

Casación Exp. N° 15156-2014-Lima, de fecha 03 de agosto de 2015.

Casación Exp. N° 18450-2015-Lima, de fecha 23 de agosto de 2016.

Casación Exp. N° 3106-2016-Lima, de fecha 27 de setiembre de 2016.

Casación Exp. N° 11896-2015-Del Santa, de fecha 10 de agosto de 2017.

Casación Exp. N° 12737-2016-Lima, de fecha 03 de octubre de 2017.

Casación Exp. N° 18592-2016-Lima, de fecha 05 de abril de 2018.

Casación Exp. N° 4396-2017-Lima, de fecha 11 de julio de 2018.

Casación Exp. N° 4400-2017-Lima, de fecha 14 de mayo de 2019.

V Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, de fecha 04 de agosto del 2017.

VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, de fecha 22 de mayo del 2018.