

TRABAJADORES DE DIRECCIÓN Y DE CONFIANZA

MANAGEMENT AND TRUST WORKERS

Luis Nava Guibert¹

Docente

Universidad de San Martín de Porres

luisnagu@hotmail.com

Perú, Lima

Recibido: 05 de noviembre de 2018

Aceptado: 14 de enero de 2019

SUMARIO

- Introducción
- Retiro de la confianza - Indemnización
- Importancia y efectos de la calificación como trabajador de dirección o de confianza
- Conclusiones

RESUMEN

El presente artículo está dirigido a los alumnos de derecho que como futuros abogados deben mantenerse permanentemente actualizados en los conceptos; por ello, en esta oportunidad desarrollaré los aspectos jurídicos del derecho de los trabajadores de dirección y de confianza a percibir la indemnización por despido arbitrario en caso se les retire la confianza, ya que en el fondo estamos frente a un despido arbitrario o incausado, criterios que han variado a lo largo del tiempo entre su otorgamiento o no.

ABSTRACT

This article is aimed at law students who, as future lawyers, must be permanently updated on the concepts; therefore, in this opportunity I will develop the legal aspects of the right of management and trust workers to receive compensation for withdrawal of trust, which in the end we are faced with an arbitrary or uncaused dismissal, criteria that have varied throughout of the time between its granting or not.

PALABRAS CLAVE

Trabajador de confianza; Trabajador de dirección; Estabilidad laboral.

KEY WORDS

Trusted worker; Management worker; Employment stability.

INTRODUCCIÓN

Debemos comenzar diciendo que recién a partir de noviembre de 1991, con la entrada en vigencia del Decreto Legislativo N° 728 (Ley de Fomento del Empleo), se comenzó a diferenciar -a razón del cargo o labor que desempeñan- entre los trabajadores de dirección y de confianza, antes de la entrada en vigencia de esa norma solamente se distinguía a razón del tipo de labor que desempeñaban: obreros (labor manual) y empleados (labor intelectual).

Por ello, en la actualidad -de acuerdo con el artículo 43 del DS. N° 003-97-TR (TUO. de la Ley de Fomento del Empleo)-, podemos hablar de dos tipos de trabajadores: a) los trabajadores con calificación especial: subdivididos en trabajadores de confianza y trabajadores de dirección; y, b) los trabajadores sin calificación o comunes.

Para el presente trabajo nos centraremos en los trabajadores de confianza y de dirección; para ello, deberemos comenzar por analizar la evolución del tratamiento legal del

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de San Martín de Porres. Presidente del Centro de Estudios en Derecho de Trabajo de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Martín de Porres.

derecho a la estabilidad laboral, del derecho a indemnización por despido arbitrario, entre otros derechos.

RETIRO DE LA CONFIANZA - INDEMNIZACIÓN

Nuestro sistema normativo define a los trabajadores de dirección -según el primer párrafo del artículo 43 del DS. N° 003-97-TR (TUO. de la Ley de Fomento del Empleo)- como:

Aquél que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que los sustituye, o que comparte con aquél las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.

Y, al trabajador de confianza -según el segundo párrafo del mismo artículo 43)- como:

Aquéllos que laboran en contacto personal y 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.

En concreto, los trabajadores de dirección son aquellos que ejecutan las facultades de representación del empleador frente a otros trabajadores o a terceros; por lo tanto, investidos de los poderes necesarios que les permitan ejercer sus funciones; y, los trabajadores de confianza son aquellos que o bien sirven de apoyo o asisten a los trabajadores de dirección o bien que en el desempeño de sus labores tienen acceso a información reservada y/o confidencial del empleador.

El artículo 59 del DS. N° 001-96-TR (Reglamento de Ley de Fomento al Empleo) señala que para

La calificación de los puestos de dirección y de confianza (...) el empleador aplicará el siguiente procedimiento: a) Identificará y determinará los puestos de dirección y de

confianza de la empresa, de conformidad con la Ley; b) Comunicará por escrito a los trabajadores que ocupan los puestos de dirección y de confianza, que sus cargos han sido calificados como tales; y, c) Consignará en el libro de planillas y boletas de pago la calificación correspondiente.

Igualmente, de acuerdo al artículo 44 del DS. N° 003-97-TR para que un trabajador sea considerado como de dirección o de confianza se requiere de una calificación previa, la cual es una formalidad legal de observancia obligatoria, pero como bien señala el Tribunal Constitucional, en la sentencia del Exp. N° 00746-2003-AA/TC, “la calificación de los puestos de confianza es una formalidad que debe observar el empleador; sin embargo, su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada ésta se acredita”; es decir, en aplicación al principio de la primacía de la realidad si se calificase a un trabajador o a un puesto como de dirección o de confianza sin serlo en la realidad con la única finalidad de evitar el pago de los derechos laborales, tal calificación no tendrá efecto alguno.

El derecho a la estabilidad laboral no es más que el derecho del trabajador a permanecer en su empleo de forma indeterminada, sin que éste sea interrumpido de un momento a otro sin causa justa. Este derecho estuvo regulado en el artículo 48 de la Constitución de 1979, el cual señaló que el Estado reconoce el derecho de estabilidad en el trabajo y que el trabajador solo puede ser despedido por causa justa, señalada en la ley debidamente comprobada; es decir, el trabajador gozaba de estabilidad absoluta.

Igualmente, el periodo de prueba para estos trabajadores es mayor de acuerdo al artículo 10 de DS. N° 003-97-TR, dispone que el periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario, pero las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un periodo de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada, ésta ampliación del periodo de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el periodo inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.

La Ley N° 24514 (Ley que regula el Derecho de Estabilidad en el Trabajo), publicada el 05 de junio de 1986, por el presidente Alan García Pérez, en sus artículos 2 y 3, establece que los trabajadores que laboren cuatro (4) o más horas diarias para un solo empleador, cualquiera que fuera la naturaleza del patrimonio de éste o la modalidad empresarial que adopte, y siempre que hayan superado el período de prueba de tres (3) meses sólo podrán ser despedidos por causa justa debidamente comprobada y señalada en la Ley.

En el texto original de la Segunda Disposición Transitoria y Final del Decreto Legislativo N° 728 (Ley de Fomento del Empleo), señala que los trabajadores que —a la dación de la Ley— se encuentren laborando bajo el régimen de la Ley N° 24514 continuarán regidos por ésta salvo que manifiesten por escrito su voluntad de acogerse al nuevo régimen; es decir, se establece dos tipos de regímenes: a) el de la Ley N° 24514, con estabilidad absoluta; y, b) el del Decreto Legislativo N° 728, que establece que los trabajadores (que ingresaron después de la dación de la ley) pueden ser despedidos y será el juez el que fijará si es reposición o indemnización; es decir, no queda a decisión del trabajador demandante.

En el derogado artículo 70 del Decreto Legislativo N° 728, señala que en caso de despido el empleador puede proponer la reposición del trabajador, en tal circunstancia será el juzgador quien dispondrá que el trabajador decida entre la reposición o por la indemnización, lo que contradice a la Constitución de 1979.

En el literal d del artículo 7 del Protocolo de San Salvador frente al despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional.

Una situación similar la encontramos en el artículo 10 del Convenio N° 158 de la OIT (Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo de 1982), solo que el Perú no ha suscrito este Convenio, por lo tanto no es parte de nuestra legislación conforme lo establece el artículo 55 de la Constitución.

El DS. N° 003-97-TR en su artículo 34 estipula que el despido del trabajador fundado en causas relacionadas con su conducta o su capacidad

no da lugar a indemnización, y 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 —del mismo texto legal—, como única reparación por el daño sufrido, ésta indemnización es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones. Esta disposición que no hace ningún distingo entre trabajadores de confianza o de dirección y los que realizan funciones comunes u ordinarias.

El Tribunal Constitucional —conforme mencionamos en nuestro artículo anterior— ha señalado que de acuerdo con el artículo 22 del DS. N° 003-97-TR, sólo procede el despido con causa justa establecida en la ley, ya sea por causas relacionadas con la conducta o la capacidad.

Como vemos, legalmente de acuerdo al artículo 34 se puede despedir arbitrariamente pero el Tribunal Constitucional lo ha limitado sólo si es por causa justa.

Así tenemos que mediante sentencia del caso Llanos Huasco (2003), éste órgano constitucional ha agregado los despidos incausado² y fraudulento³ a los tipos descritos por la Ley; y, que mediante la sentencia del caso Baylón Flores⁴ (2005) amparándose en

2 Literal b) del numeral 15 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N° 00976-2001-AA/TC (caso Llanos Huasco)

(...) b) Despido incausado

Aparece esta modalidad de conformidad con lo establecido en la sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 11 de julio de 2002 (Caso Telefónica, expediente N.O 1124-2002-AA/TC). Ello a efectos de cautelar la vigencia plena del artículo 22° de la Constitución y demás conexos.

Se produce el denominado despido incausado, cuando:

Se despide al trabajador, ya sea de manera verbal o mediante comunicación escrita, sin expresarle causa alguna derivada de la conducta o la labor que la justifique. (...)

3 Literal c) del numeral 15 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N° 00976-2001-AA/TC (caso Llanos Huasco)

(...) Se produce el denominado despido fraudulento, cuando: Se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, por ende, de manera contraria a la verdad y la rectitud de las relaciones laborales; aun cuando se cumple con la imputación de una causal y los cánones procedimentales, como sucede cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, asimismo, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, como lo ha señalado, en este último caso, la jurisprudencia de este Tribunal (Exp. N.o 415-987-AA/TC, 555-99-AA/TC Y 150-2000-AA/TC); o se produce la extinción de la relación laboral con vicio de voluntad (Exp. N.O 628-2001-AA/TC) o mediante la "fabricación de pruebas". (...)

4 Numeral 8 de la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el EXP. N° 0206-2005-PA/TC (caso Baylón Flores) *(...) Respecto al despido sin imputación de causa, la*

el Código Procesal Constitucional le otorgó efecto vinculante a su criterio.

Cabe resaltar que la indemnización por despido arbitrario es en el fondo una reparación por el daño ocasionado al trabajador por la terminación unilateral y arbitraria de la relación laboral; y, que el alcance de la protección no alcanza a los trabajadores de confianza ni al personal de dirección de la adecuada contra el despido arbitrario al que se refiere el artículo 27 de la Constitución Política del Perú y el artículo 38 del DS. N° 003-97-TR.

Pero a pesar que ni la Constitución ni la ley ni disposición legal alguna hace distinción entre trabajadores de confianza o de dirección y los que realizan funciones comunes u ordinarias, el derecho de estos trabajadores a percibir indemnización ha sido materia de múltiples discusiones doctrinarias, sobre todo a nivel jurisdiccional.

La Corte Suprema —mediante las Casaciones N° 3106-2016-LIMA⁵ y 4217-2016-LIMA⁶—

jurisprudencia es abundante y debe hacerse remisión a ella para delimitar los supuestos en los que el amparo se configura como vía idónea para reponer el derecho vulnerado. En cuanto al despido fraudulento, esto es, cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios, o se le atribuye una falta no prevista legalmente, sólo será procedente la vía del amparo cuando el demandante acredite fehaciente e indubitadamente que existió fraude, pues en caso contrario, es decir, cuando haya controversia o duda sobre los hechos, corresponderá a la vía ordinaria laboral determinar la veracidad o falsedad de ellos. (...)”

5 Considerando **Décimo Primero** de la Casación N° 3106-2016-LIMA

“(…) De lo señalado precedentemente cabe resaltar que al haberse contratado al actor según se aprecia de la Resolución de Presidencia Ejecutiva N° 658-PE-ESSALUD-2006 de fecha dieciséis de octubre de dos mil seis, que corre a fojas ocho, en el cargo de Gerente de Patrimonio y Servicios de la Gerencia de División de Administración y Organización, cargo de confianza; se debe resarcir al actor con la indemnización por despido arbitrario, al no configurarse causal de despido, sino por la sola voluntad del empleador. **Décimo Segundo:** Por los fundamentos expuestos, no existe infracción normativa de los artículos 34°, 38° y 43° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR; al haberse determinado que el despido que sufrió el actor fue arbitrario, el mismo que es indemnizado y resarcido, por lo que la causales devienen en infundadas. (...)”

6 Considerando **Décimo Sexto** de la Casación N° 4217-2016-LIMA

“(…) En efecto, teniendo en cuenta el marco internacional, así como nacional (constitucional y legal), es que reiteramos que la **indemnización por despido arbitrario**, prevista en el artículo 34° concordante con el artículo 38° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, concebida como una reparación del daño ocasionado al trabajador por la disolución abusiva e ilegal del contrato por parte de su empleador e interpretada sistemáticamente con las que emanan de las disposiciones contenidas en los artículos 43° y 44° del mismo cuerpo normativo (que conceptualizan al personal de dirección y a los **trabajadores de confianza**); no limita a aquellos, la

reitera el criterio que los trabajadores de confianza sí tienen derecho a indemnización por despido, cuando éste se basó en el retiro de la confianza; en cambio mediante la Casación N° 18450-2015-LIMA y otras señaló que no corresponde otorgar la indemnización por despido arbitrario a los trabajadores que desde siempre ocuparon puestos de confianza (o de dirección), de conformidad con el artículo 34 del DS. N° 003-97-TR.

Ante tal variedad de criterios, sobre el derecho a percibir indemnización por retiro de la confianza (que en el fondo no se trata más que un despido arbitrario o incausado camuflado) de los trabajadores dirección y de confianza, tanto en el ámbito público como privado, la Corte Suprema ha establecido -en el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, publicada en el diario oficial ‘*El Peruano*’ el 01 de setiembre de 2018- sendas reglas para determinar cuándo les corresponde dicho pago. En síntesis, debemos resaltar que:

- No les corresponderá el pago de la indemnización por despido arbitrario, en caso se les retire la confianza a los trabajadores de empresas privadas y entidades públicas que ingresaron directamente o fueron designados a un cargo de confianza o de dirección.
- Sí les corresponderá el pago de la indemnización por despido arbitrario, a los trabajadores de una entidad pública o empresa del estado que se les retira de la confianza o se les remueve del cargo de confianza o dirección y que inicialmente realizaban funciones comunes u ordinarias; siempre que, luego de retirada la confianza, su empleador les impida reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo o cuando por decisión propia el trabajador decida por no reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo.

En mi opinión, el despojar del derecho a percibir indemnización por el retiro de la confianza (que en el fondo no se trata más que un despido arbitrario o incausado) a los trabajadores de confianza o de dirección —tanto del sector público como del privado— no sería legal; por tanto, jurídicamente la remoción de la confianza constituiría un despido incausado o arbitrario; y, en consecuencia, generaría el

protección adecuada contra el despido arbitrario al que se refiere el artículo 27° de la Constitución Política del Perú. (...)”

derecho al pago de una indemnización por el cese arbitrario.

El inciso 1 del artículo 26 de la Constitución señala que en la relación laboral se respetan entre otro el principio de “igualdad de oportunidades sin discriminación” y el inciso 2 del artículo 2 de la Constitución señala que toda persona tiene derecho a la igualdad ante la ley, por ende, “nadie debe ser discriminado por motivo de origen, raza, sexo, idioma, religión, opinión, condición económica o de cualquiera otra índole”; entonces, porque esta discriminación o desigualdad con los trabajadores de confianza y de dirección.

De otro lado el artículo 38 del DS. N° 003-97-TR no hace ningún distingo de tipo de trabajadores.

Además de estos recortes, el TUO. de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (DS. N° 010-2003-TR), también hace otros recortes a los trabajadores de dirección y de confianza; y, que van incluso algún contra el artículo 28 de la Constitución, como son:

IMPORTANCIA Y EFECTOS DE LA CALIFICACIÓN COMO TRABAJADOR DE DIRECCIÓN O DE CONFIANZA

El periodo de prueba es mayor (6 meses y un año)

Artículo 10°.- el periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario.

Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder en conjunto con el periodo inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección.

Derechos colectivos

- No podrán ser miembros de un sindicato, salvo que el estatuto expresamente lo admita. (art. 12, inc. B)

- No son parte en la negociación colectiva (art. 42)

- No pueden realizar huelga (art. 77, inc. A)

Artículo 12°.- para ser miembro de un sindicato se requiere:

- b. no formar parte del personal de dirección o desempeñar cargo de confianza del empleador, salvo que el estatuto expresamente lo admita.

- **No le es de aplicación el convenio colectivo (art. 42)**

Artículo 42°.- la convención colectiva de trabajo tiene fuerza vinculante para las partes que la adoptaron. Obliga a éstas, a las personas en cuyo nombre se celebró y a quienes les sea aplicable, así como a los trabajadores que se incorporen con posterioridad a las empresas comprendidas en la misma, con excepción de quienes ocupan puestos de dirección o desempeñan cargos de confianza.

- **No pueden abstenerse de realizar sus actividades durante la huelga. (art. 77 inc. A)**

Artículo 77°.- la huelga declarada observando lo establecido en el artículo 73, produce los siguientes efectos:

- a. determina la abstención total de las actividades de los trabajadores en ella comprendidos, con excepción del personal de dirección o de confianza y del personal comprendido en el artículo 78.

CONCLUSIONES

Una duda adicional frente al Pleno Jurisdiccional se desprende del pensar que sucedería si a un trabajador de confianza o de dirección es despedido por falta grave y éste trabajador interpone demanda por el pago de la indemnización y otros derechos. En mi concepto si le corresponde por cuanto estamos frente a un despido por falta grave que el empleador no ha podido demostrar.

No está de más referir, que el Tribunal Constitucional ha señalado reiteradas veces que el trabajador de dirección y el de confianza no tendrá derecho a reposición frente a un despido, entonteces nos preguntamos están desamparados totalmente en tanto no les corresponde la indemnización ni la reposición

por el retiro de la confianza o despido. Es decir, este trabajador no tendría ningún tipo de protección, ni reposición ni indemnización.

Como vemos, la suerte de este derecho de la indemnización ha variado a lo largo del tiempo; por ello, finalizo preguntando a ustedes abogados del mañana que serán los abanderados del futuro y quienes tendrán la tarea de determinar si posteriormente se podrá despedir arbitrariamente a los trabajadores de confianza y de dirección por el retiro de la confianza, eliminándose así la indemnización y la reposición en el centro de trabajo.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Legislación

Constitución Política del Perú de 1979

Constitución Política del Perú de 1993

Convenio N° 158 de la OIT (Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo» de 1982)

Decreto Legislativo N° 728 (Ley de Fomento del Empleo)

Decreto Supremo N° 001-96-TR (Reglamento de Ley de Fomento al Empleo)

Decreto Supremo N° 003-97-TR (TUO. de la Ley de Fomento del Empleo)

Decreto Supremo N° 010-2003-TR (TUO. de la «Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo)

Ley N° 24514 (Ley que regula el Derecho de Estabilidad en el Trabajo)

Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. (Protocolo de San Salvador)

Jurisprudencia

Casación N° 18450-2015-LIMA

Casación N° 3106-2016-LIMA

Casación N° 4217-2016-LIMA

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 00976-2001-AA/TC (caso Llanos Huasco)

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0206-2005-PA/TC (caso Baylón Flores)

Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en la del expediente N° 00746-2003-AA/TC

VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, publicada en el diario oficial 'El Peruano' el 01 de setiembre de 2018