



Proyecto de Ley N° 5802/2020-CR



RICARDO BURGA CHUQUIPIONDO
Congresista de la República

"Año de la Universalización de la Salud"

PROYECTO DE LEY QUE MODIFICA EL TEXTO UNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 728 - LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL APROBADO POR DECRETO SUPREMO 003-97-TR, QUE RECONOCE EL DERECHO DE INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO A LOS TRABAJADORES DE DIRECCIÓN Y CONFIANZA.



Los Congresistas de la República que suscriben, integrantes del Grupo Parlamentario Acción Popular, a iniciativa del Congresista **RICARDO BURGA CHUQUIPIONDO**, en uso de las facultades de iniciativa legislativa prevista en los artículos 102 numeral 1) y 107 de la Constitución Política del Perú y los artículos 22 inciso c), 75 y 76 del Reglamento del Congreso, ponen a consideración la siguiente propuesta legislativa:

FORMULA LEGAL

LEY QUE MODIFICA EL TEXTO UNICO ORDENADO DEL DECRETO LEGISLATIVO 728 - LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL APROBADO POR DECRETO SUPREMO 003-97-TR, QUE RECONOCE EL DERECHO DE INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO A LOS TRABAJADORES DE DIRECCIÓN Y CONFIANZA.

Artículo Único.- Modificación del artículo 44 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR.

Artículo Único. Modifícase el artículo 44 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728 - Ley de Productividad y competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo 003-97-TR, en los siguientes términos

“Artículo 44.- Todos los trabajadores que directamente o por promoción accedan a puestos de dirección o de confianza se encuentran comprendidos en los alcances del artículo anterior.

En la designación o promoción del trabajador, la Ley no ampara el abuso del derecho o la simulación.



RICARDO BURGA CHUQUIPIONDO
Congresista de la República

"Año de la Universalización de la Salud"

La indemnización por despido arbitrario a que se refiere el artículo 38 de esta ley corresponde a los trabajadores de dirección y confianza que laboren cuatro o más horas diarias para un mismo empleador.

La forma y requisitos para su calificación como tales, así como los demás elementos concurrentes, se encuentran precisados en el Reglamento."



Firmado digitalmente por:
BURGA CHUQUIPIONDO
Ricardo Miguel FAU 20161740126
soft
Motivo: Doy V° B°
Fecha: 09/07/2020 19:57:00-0500



Firmado digitalmente por:
BURGA CHUQUIPIONDO
Ricardo Miguel FAU 20161740126
soft
Motivo: Soy el autor del
documento
Fecha: 09/07/2020 19:56:37-0500



Firmado digitalmente por:
RIVERA GUERRA WALTER
JESUS FIR 09370514 hard
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 14/07/2020 12:12:28-0500



Firmado digitalmente por:
VASQUEZ BECERRA Jorge FAU
20161740126 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 16/07/2020 19:11:10-0500



Firmado digitalmente por:
OYOLA RODRIGUEZ Juan
Carlos FAU 20161740126 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 16/07/2020 16:34:37-0500



Firmado digitalmente por:
AGUILAR ZAMORA Manuel FAU
20161740126 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 16/07/2020 18:27:48-0500



Firmado digitalmente por:
INGA SALES Leonardo FAU
20161740126 soft
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 16/07/2020 20:37:18-0500



Firmado digitalmente por:
PEREZ OCHOA Carlos Andres
FIR 15742574 hard
Motivo: En señal de
conformidad
Fecha: 14/07/2020 12:46:29-0500



EXPOSICIÓN DE MOTIVOS

1. LEGISLACION PERUANA SOBRE LAS Y LOS TRABAJADORES DE DIRECCIÓN Y DE CONFIANZA

El Artículo 27 de la Constitución Política del Perú señala que la Ley otorga al trabajador adecuada protección contra el **despido arbitrario**.

Con fecha 27 de marzo de 1997 se publicó en el Diario Oficial El Peruano, el Decreto Supremo 003-97-TR que aprobó el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral, la misma que regula los aspectos vinculados a los trabajadores de dirección y de confianza en los siguientes artículos:

CAPÍTULO II DEL PERIODO DE PRUEBA

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

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

CAPITULO VI DE LAS SITUACIONES ESPECIALES

“Artículo 43.- Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquéllas funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.”

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.

Artículo 44.- Todos los trabajadores que directamente o por promoción accedan a puestos de dirección o de confianza se encuentran comprendidos en los alcances del artículo anterior.



En la designación o promoción del trabajador, la Ley no ampara el abuso del derecho o la simulación.

El Reglamento precisará la forma y requisitos para su calificación como tales, así como los demás elementos concurrentes.

Artículo 45.- Los trabajadores de regímenes especiales se seguirán rigiendo por sus propias normas."

Con fecha 26 de enero de 1996 se publicó el **Decreto Supremo 001-96-TR** que aprobó el **Reglamento de Ley de Fomento al Empleo**; y en su Capítulo VI el reglamento desarrolla varios aspectos referidos a las Situaciones Especiales en los siguientes artículos:

"Artículo 59- Para la calificación de los puestos de dirección y de confianza, señalados en el Artículo 77 de la Ley, 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.

Artículo 60.- La calificación de los puestos de dirección o de confianza, es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición, si de la prueba actuada ésta se acredita.

Artículo 61.- Los trabajadores cuyos cargos sean indebidamente calificados como de dirección o de confianza, podrán recurrir ante la Autoridad Judicial, para que deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando la demanda se presente dentro de los treinta (30) días naturales siguientes a la comunicación respectiva."

2. LA LEGISLACIÓN SOBRE EL DESPIDO ARBITRARIO.

En vista que la presente iniciativa se ocupa del despido arbitrario de los trabajadores de dirección y de confianza, necesariamente se debe tomar en cuenta las disposiciones legales vigentes en relación con este tema. En particular, las normas contenida en el **Decreto Supremo N° 003-97-TR - Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728 - Ley de Fomento al Empleo**:

"CAPITULO I PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

Artículo 1.- Son objetivos de la presente Ley



(...)

- a) Garantizar los ingresos de los trabajadores, así como la protección contra el **despido arbitrario** respetando las normas constitucionales.

CAPÍTULO II DEL PERIODO DE PRUEBA

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

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

“Artículo 22.- Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada. La causa justa puede estar relacionada con la capacidad o con la conducta del trabajador.

La demostración de la causa corresponde al empleador dentro del proceso Judicial que el trabajador pudiera interponer para impugnar su despido.”

CAPITULO V DE LOS DERECHOS DEL TRABAJADOR

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.

Artículo 36.- El plazo para accionar judicialmente en los casos de nulidad de despido, despido arbitrario y hostilidad caduca a los treinta días naturales de producido el hecho.

La caducidad de la acción no perjudica el derecho del trabajador de demandar dentro del periodo prescriptorio el pago de otras sumas líquidas que le adeude el empleador.



Estos plazos no se encuentran sujetos a interrupción o pacto que los enerve; una vez transcurridos impiden el ejercicio del derecho.

La única excepción está constituida por la imposibilidad material de accionar ante un Tribunal Peruano por encontrarse el trabajador fuera del territorio nacional e impedido de ingresar a él, o por falta de funcionamiento del Poder Judicial. El plazo se suspende mientras dure el impedimento.

Artículo 37.- Ni el despido ni el motivo alegado se deducen o presumen, quien los acusa debe probarlos.

"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."

3. EL DERECHO AL TRABAJO Y LA PROTECCION CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS DE LOS QUE ES PARTE EL PERU.

En lo que hace a la interpretación de los derechos fundamentales, la Cuarta Disposición Final de la Constitución en vigor establece 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."

De conformidad con dicha norma, la interpretación y por ende la definición del contenido de los derechos y la identificación de sus elementos configuradores debe hacerse en primer lugar a partir de la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos. Complementada por la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional conforme a los mandatos constitucionales y legales pertinentes. Asimismo, por mandato de esta norma la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos también servirá para delimitar el contenido del derecho. Estas normas constituyen un mandato constitucional y legal de obligatorio cumplimiento para efectuar la interpretación de los derechos constitucionales y definir el contenido de un derecho fundamental. Tales principios interpretativos del más alto rango constitucional configuran lo que se denomina parámetro de constitucionalidad o canon de constitucionalidad para la interpretación de los derechos fundamentales¹.

¹ MORALES SARAVIDA, Francisco. El contenido constitucionalmente protegido según el inciso 1 del artículo 5 del Código Procesal Constitucional. VOX JURIS (34) 2, 2017, pág. 151.



El derecho al trabajo ha sido reconocido y se encuentra protegido por el artículo 22° de la Constitución Política del Perú que establece que "El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona". El artículo 23° de la misma Constitución refiere que dicho derecho es objeto de "atención prioritaria del Estado" y que "en ninguna relación laboral puede limitar(se) el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador".

A este respecto, el Tribunal Constitucional ha indicado que, como consecuencia de este mandato constitucional,

"(...) el Estado asume, independientemente de quien sea el empleador, las siguientes responsabilidades con relación al trabajo: (...) Asegurar que ninguna relación laboral limite el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconozca o rebaje la dignidad del trabajador; (...)"².

El derecho al trabajo y la seguridad del mismo, que deben ser garantizados - ambos - para proteger la dignidad de las personas que trabajan, ha encontrado asimismo un amplio eco en el derecho internacional al que se encuentra formalmente adscrito el Perú. Así, por ejemplo, tenemos que el artículo 23° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) indica que "**Toda persona** tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo" (23.1); indicando, además, que ésta tiene derecho "a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses (23.4)".

Es importante destacar que la expresión "**toda persona**", a la que se refiere la DUDH, no admite excepciones; e incluye a todas las personas, sin distinción alguna y cualquiera que fuera la denominación con que se las clasifique. Ello incluye, sin duda, también a aquellas que son sindicadas por sus empleadores como trabajadores "de confianza".

En el mismo sentido puede leerse el artículo 6.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC), del que el Perú es Estado Parte³, cuando indica que

"Los Estados partes en el presente pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y *tomaran medidas adecuadas para garantizar este derecho*".

² Tribunal Constitucional, Sentencia recaída en el Expediente N 00016- 2008-AI, Fundamento Jurídico 1.

³ El Perú aprobó el PIDESC por *Decreto Ley* N° 22129 de 28 de marzo de 1978 y lo ratificó el 28 de abril del mismo año.



No son las únicas normas que amparan este derecho, ni lo amparan con estas características, puesto que a las normas constitucionales e internacionales ya citadas se suma también el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador), cuyo artículo 6°, referido también al derecho al trabajo, refiere que

"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".

El Protocolo de San Salvador agrega además en su artículo 7° que

"Los Estados partes en el presente protocolo reconocen que el derecho al trabajo al que se refiere el artículo anterior, supone que toda persona goce del mismo en condiciones justas, equitativas y satisfactorias, para lo cual dichos estado garantizaran en sus legislaciones nacionales, de manera particular:

(...) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquier otra prestación prevista por la legislación nacional".
(Énfasis agregado)

Así pues, de acuerdo con el contenido literal de las normas de derecho internacional de los derechos humanos previamente citadas, "Todas las personas" tienen derecho a un trabajo digno y a condiciones de trabajo justas, equitativas y satisfactorias, que incluyen tanto el derecho a que no se limite el ejercicio de los derechos constitucionales, o se desconozca o rebaje la dignidad del trabajador, así como su derecho a no ser separado de su empleo sin que exista una causa justa de separación, prevista en la ley y debidamente comprobada. La expresión "Todas las personas", repetimos, no admite excepciones no contempladas en las normas que enuncian estos derechos.

Al referirse al contenido normativo del derecho al Trabajo, en su **Observación General N° 18⁴**, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de las Naciones Unidas (CDESC) ha indicado que "El derecho al trabajo es un derecho

⁴ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. E/C.12/GC/18. El Derecho al Trabajo (artículo 6° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), Observación general N° 18, aprobada el 24 de noviembre de 2005.



individual que pertenece "a cada persona" e "implica el derecho a no ser privado injustamente de empleo"⁵.

Según reza el artículo 6° del PIDESC, además, este trabajo "debe ser un *trabajo digno*"; y solo es digno un

"trabajo que respeta los derechos fundamentales de la persona humana"⁶.

En su Observación General N° 18 el CDESC ha recordado, además, que "[e]l Convenio N° 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), sobre la terminación de la relación de trabajo (1982)⁷, establece la legalidad del despido en su artículo 4° e impone, en particular, la necesidad de ofrecer motivos válidos para el despido así como el derecho a recursos jurídicos y de otro tipo en caso de despido improcedente"⁸.

Así pues, el derecho al trabajo que se encuentra amparado en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ratificado por el Perú, al tenor del CDESC,

"afirma la obligación de los Estados Partes de garantizar a las personas su derecho al trabajo libremente elegido o aceptado, en particular el derecho a no ser privado del trabajo de forma injusta."⁹

El artículo 4° del Convenio N° 158 de la (OIT), citado por el CDESC en su Observación General N° 18, indica expresamente que

"No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio."

Nótese que ni el PIDESC ni el Protocolo de San Salvador hablan de toda persona o de un trabajador "que no sea trabajador de dirección o de confianza". El ámbito protegido por ambas normas - como en su caso la DUDH - incluye a toda persona y a los trabajadores sin excepción, incluyendo a los trabajadores de dirección y de confianza, estando prohibido hacer distinciones allí donde estas normas no lo hacen.

⁵ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general N° 18, párr. 6.

⁶ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general N° 18, párr. 7.

⁷ Organización Internacional del Trabajo (OIT), Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo por iniciativa del empleador, 1982 (núm. 158). Entró en vigor el 23 noviembre 1985). Adoptado en Ginebra, en la 68ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo (22 junio 1982).

⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general N° 18, párr. 11.

⁹ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Observación general N° 18, párr. 4.



4. EL VII PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL

Apartándose del enfoque normativo establecido por las normas internacionales de derechos humanos que obligan al Perú ya señaladas, el 2 de mayo de 2018 el VII Pleno Jurisdiccional de la Corte Suprema en materia Laboral y Previsional acordó que en el caso de trabajadores de dirección o de confianza de empresas y/o instituciones del sector privado:

- Aquellos trabajadores que ingresaron directamente a un cargo de confianza o de dirección, no les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les retire la confianza.
- Aquellos trabajadores que iniciaron inicialmente a un cargo en el que realizaban funciones comunes y 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 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.

En el caso de los trabajadores de dirección o de confianza de entidades públicas, la designación establecida en el artículo 43° del TUO del Decreto Legislativo 728 , Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto supremo N° 003-97-TR, se realiza en el marco de políticas públicas regulado por la Ley N° 28175(Ley Marco del Empleado Público), por lo que el retiro de la confianza o la remoción de dicho cargo no genera indemnización alguna para aquellos trabajadores que fueron designados directamente a un cargo de confianza o de dirección.

Mientras que en el caso de los trabajadores de dirección o de confianza de empresas del Estado, la designación establecida en el artículo 43 del TUO del Decreto Legislativo N° 728, no genera derecho a indemnización alguna para aquellos trabajadores que fueron designados directamente a un cargo de confianza o de dirección, y a los cuales posteriormente se les retire la confianza o se les renueva de dicho cargo.

En el caso de los trabajadores que han venido desarrollando labores comunes u ordinarias y luego son promovidos a cargos de dirección o de confianza dentro de las mismas entidades públicas o empresas del Estado en las que trabajan, una vez que se les retire la confianza o sean removidos de dichos cargos, les corresponderá el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les impida reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo, o cuando el propio trabajador opte por no reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo.



5. CUESTIONAMIENTOS AL ENFOQUE ADOPTADO POR EL VII PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO RELATIVO AL TRATO DISCRIMINATORIO OTORGADO A LAS Y LOS TRABAJADORES DE DIRECCIÓN Y DE CONFIANZA EN CASO DE UN DESPIDO ARBITRARIO.

5.1 La publicación del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional ha sido materia de críticas y una de ellas es la que fue publicada en la revista virtual ACTUALIDAD LABORAL¹⁰, producida por el estudio jurídico Elías Mantero Abogados, la misma que en su edición del 27 de setiembre de 2018 publicó un artículo denominado "La correcta calificación de los trabajadores de confianza del sector privado", suscrito por el Dr. Fernando Varela Bohórquez, del que a continuación se recoge las partes pertinentes vinculadas al tema abordado por el presente proyecto de ley.

"A raíz de la publicación del Pleno VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional (01/09/2018) han surgido muchas críticas en contra del cuarto acuerdo que sostiene que los trabajadores de confianza del sector privado 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".

Consideran que estas críticas son justificadas, más aún en el caso de los trabajadores de confianza, ya que luego del cuarto acuerdo del pleno, se encuentran en un escenario de inestabilidad en el empleo e incorrecta, habiéndose igualado el tratamiento que se le da a la extinción de la relación laboral a los trabajadores de confianza del sector público, con los del sector privado.

Fernando Elías Mantero era de la opinión que el trabajador de confianza del sector privado despedido sin expresión de causa tiene derecho a percibir la indemnización por despido arbitrario a que se refiere el artículo 38 del Decreto Supremo Nro. 003-97-TR, sustentándose en que en la referida indemnización por despido tiene carácter general y se aplica sin distinción a todo trabajador que es objeto de despido arbitrario ya que la ley no ha considerado ninguna regla de excepción para los trabajadores de la categoría referida, como tampoco para los de dirección.

¹⁰ Revista Actualidad Laboral. Fundada por Elías Mantero en mayo de 1976. Comentario de fecha 27 setiembre 2018. "La correcta calificación de los trabajadores del sector privado", por Fernando Varela Bohórquez. Dirección electrónica; <https://actualidadlaboral.com/la-correcta-calificacion-de-los-trabajadores-de-confianza-del-sector-privado/#:~:text=%E2%80%9CArt%C3%ADculo%2043%C2%BA%3A%20Trabajadores%20de%20confianza,a%20informaci%C3%B3n%20de%20car%C3%A1cter%20reservado.>



El comentarista opina, al igual que su Maestro, que nuestra legislación no establece ninguna excepción con respecto a la referida indemnización lo que permite que ella resulte de aplicación a todo trabajador cesado sin expresión de causa, con excepción de aquellos que laboran a tiempo parcial.

Agrega el comentario que, desde la publicación del pleno, se han multiplicado las comunicaciones de calificación de puesto de confianza, creando zozobra en esta categoría de trabajadores y una falsa seguridad en las empresas, que consideran que la mera calificación epistolar les permitirá ahorrarse el pago de la indemnización ante un eventual despido de sus trabajadores de confianza.

Efectivamente, la existencia de una categoría de trabajadores calificados como "de confianza" en muchos casos ha originado situaciones de desnaturalización progresiva al momento de realizarse la respectivamente calificación, conduciendo a que se consideren dentro de ésta categoría a un sector de trabajadores que en realidad no pueden ser considerados como trabajadores de confianza situación que muchas veces se debilita por la aplicación del principio de primacía de la realidad con las consecuencias patrimoniales consiguientes.

Asimismo, refiere que es una práctica común en las empresas, el calificar de forma indebida como trabajadores de confianza, a trabajadores que no reúnen los elementos o requisitos que se señalan tanto en el Decreto Supremo 003-97-TR, como en su Reglamento.

Agrega que de la lectura del artículo 43 del D.S. 003-97-TR se puede afirmar que no es la persona la que determina que un cargo sea considerado de confianza, sino la naturaleza misma de la función es la que determina la condición laboral del trabajador."

- 5.2. Por su parte, en la **Revista ENFOQUE -. DERECHO**, el Dr. José Piedra, asociado del Estudio García Sayán Abogados, escribió un artículo titulado: "**La ¿protección? frente al despido arbitrario par los trabajadores de confianza y dirección a la luz del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional**"¹¹, refiriendo lo siguiente:.

¹¹ Revista -ENFOQUE -. DERECHO, José Piedra, asociado del Estudio García Sayán Abogados, escribe un artículo titulado: La ¿protección? frente al despido arbitrario par los trabajadores de confianza y dirección a la luz del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional. Dirección Electrónica <https://www.enfoquederecho.com/2018/12/11/la-proteccion-frente-al-despido->



"Con fecha 01 de setiembre de 2018, se publicó, en el Diario Oficial El Peruano, las conclusiones del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional. En dicha oportunidad, se acordó, entre otros puntos, que los trabajadores dirección y de confianza del sector privado, calificados de esa manera desde el inicio del vínculo laboral, **no tienen tutela resarcitoria cuando son cesados por retiro de confianza**; esto es, no les corresponde el pago de una indemnización por despido arbitrario cuando su cese se haya producido a consecuencia de la pérdida de confianza por parte del empleador.

Asimismo, en dicho Pleno, se concluyó que los trabajadores, que ingresaron a un cargo en el que efectuaban labores ordinarias o "comunes" y accedieron o fueron promovidos posteriormente a un cargo de confianza o dirección, les corresponde el pago de una indemnización por despido arbitrario únicamente cuando: (i) su empleador les impida reincorporarse a su puesto de trabajo anterior o (ii) el trabajador no desea ser reincorporado al puesto anterior.

Del Pleno se desprende que, en ningún caso, el trabajador que ocupó siempre un cargo de confianza o de dirección o que fue promovido a uno, tendrá derecho a ser repuesto en el mismo cargo calificado como de confianza o de dirección.

Ahora bien, este tema aún sigue siendo una cuestión controversial, precisamente porque nuestro ordenamiento jurídico solo se limita a definir a dicha categoría de trabajadores¹² y señalar el procedimiento que el empleador debe seguir para la calificación de los cargos que ocuparán dichas personas¹³, pero no establece la forma de

[arbitrario-para-los-trabajadores-de-confianza-y-direccion-a-la-luz-del-vii-pleno-jurisdiccional-supremo-en-materia-laboral-y-previsional/](#)

¹² Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR: "Artículo 43°- Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquéllas funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial. 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."

¹³ Reglamento del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR: "Artículo 59°- Para la calificación de los puestos de dirección y de confianza, señalados en el Artículo 77 de la Ley, 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;



protección contra el despido por el retiro de confianza para esta clase de trabajadores. Por tal razón, diversos han sido los pronunciamientos judiciales a favor y en contra de establecer un mecanismo adecuado de protección cuando se produzca el despido no justificado de dichos trabajadores.

Antes de señalar nuestra posición al respecto, es preciso señalar que la Constitución Política del Perú de 1993 dispone en sus artículos 22° y 27°, respectivamente, lo siguiente: *"El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona"* y *"la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario"*.

De conformidad con esos artículos, las normas constitucionales no realizan distinción alguna sobre quienes recaerá la protección contra el despido arbitrario, sino que remite al legislador establecer una adecuada protección ante dicho tipo de despido.

Sobre el particular, concordamos con ULLOA MILLARES cuando afirma que:

"De otro lado, del texto del artículo 27 se desprende que el despido arbitrario no es válido ni es lícito y que, por tanto, el trabajador que lo sufra debe ser protegido de manera adecuada, no mereciendo cualquier protección que pueda cuestionar el contenido esencial o la razón de ser de este derecho. En este sentido, el mandato constitucional establece que la protección la determinará la ley, y ella podrá ser una suma de dinero, la nulidad del despido o cualquier otra forma de compensación, tal como lo prevén normas internacionales.¹⁴"

Por tanto, al observar que ni la Carta Magna ni las normas infraconstitucionales relegan a los trabajadores de confianza y dirección la protección contra el despido arbitrario, la anulación de esta protección a los mismos estaría proscrita y supondría una vulneración no justificada de su derecho al trabajo, en su manifestación de salida.

-
- 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."

¹⁴ ULLOA MILLARES, Daniel. "El despido libre de los trabajadores de confianza. A propósito de una curiosa tendencia del Tribunal Constitucional". En: Revista *Ius Et Veritas*, 2011, No. 43, p. 198 (Cita de la Revista *Enfoque Derecho*, artículo de José Piedra).



Sin perjuicio de ello, no podemos negar que los trabajadores de confianza y dirección realizan labores muy importantes y claves para el desarrollo de las empresas, pues como bien señala CONCHA VALENCIA, dichos trabajadores: *"(...) ocupan un lugar especial en la empresa en medida de la responsabilidad en ellos delegada por el empleador teniendo en cuenta el elemento "confianza" (...) debido a que el empleador deposita en el trabajador un grado de confianza suficiente para hacerlo participe de las decisiones y secretos empresariales, lo cual no sucede con el trabajador común"*¹⁵

En esa misma línea, estamos de acuerdo con ARCE ORTIZ cuando indica que sería:

*"(...) ilógico o irrazonable que no se atienda el hecho de que el trabajador de confianza o dirección mantienen un vínculo de confianza recíproca bastante intenso con su empresario. Incluso en muchos casos el empleador delega en estos trabajadores decisiones de gran trascendencia para la vida de la empresa. Quizá, ésta sería la única razón para negarle la reposición a un trabajador de confianza"*¹⁶.

A nuestro criterio, consideramos que **no se debería otorgar una tutela restitutoria a los trabajadores de confianza y dirección que ingresen directamente a estos cargos, dada la consustancial confianza existente entre estos trabajadores y el empleador; sin embargo, ello no significa eliminar cualquier tipo de tutela y mecanismo de reparación contra el despido arbitrario, pues deviene en inconstitucional.**

Esto, incluso, ha sido reconocido por el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 4492-2004-AA/TC, de fecha 17 de febrero de 2005, en la cual estableció que, al trabajador de confianza, despedido por retiro de la confianza, **no podrá obtener la reposición a su puesto laboral, pero sí podrá, en la vía**

15 CONCHA VALENCIA, Carlos. "Análisis de la estabilidad laboral de los trabajadores de confianza según el Tribunal Constitucional". Tesis para optar por el grado de Magister en Derecho de la Empresa con mención en Gestión Empresarial. Consulta: 14 de noviembre de 2018
< <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/5244>> (Cita de la Revista Enfoque Derecho, artículo de José Piedra).

16 ARCE ORTIZ, Elmer Guillermo. "La reposición de los trabajadores de confianza y de dirección". En: Revista Peruana de Jurisprudencia. Lima. Editorial Normas Legales. Año 8, N° 63, Mayo 2006. pág. 124.
> (Cita de la Revista Enfoque Derecho, artículo de José Piedra).



correspondiente, solicitar el pago de una indemnización por despido arbitrario.

Complementando esta posición, en la Sentencia recaída en el Expediente N° 03501-2006-PA/TC, de fecha 15 de marzo de 2007, el máximo intérprete de la Constitución dispuso que la "pérdida" de confianza es una situación especial que extingue la relación laboral al ser de naturaleza subjetiva, toda vez que esta categoría de trabajadores está supeditada a la "confianza" otorgada por su empleador.

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional añade que existen dos formas de adoptar un cargo de confianza: "(i) contratados específicamente para cumplir funciones propias del personal de confianza; y b) aquellos trabajadores que accedieron a un puesto de trabajo para realizar funciones comunes u ordinarias y luego, por determinados factores, el empleador les asignó el cumplimiento de funciones propias de un trabajador de confianza". En este último caso, el trabajador podrá retornar las labores anteriores y no perder el empleo, salvo causa justa de despido demostrada y tipificada.

Es importante señalar que, no solo el Tribunal Constitucional ha tenido la oportunidad de pronunciarse en relación al otorgamiento de una indemnización a esta categoría de trabajadores ante el retiro de confianza, sino también la Corte Suprema de Justicia. En efecto, en la Casación Laboral N° 18450-2015-Lima, de fecha 23 de agosto de 2016, la Corte Suprema consideró no otorgarle a un personal de confianza una tutela resarcitoria; no obstante, opinión diferente tomó la Corte Suprema en la Casación Laboral N° 04217-2016-Lima, de fecha 16 de mayo de 2017, la cual estableció que trabajadores de confianza sí tienen derecho a indemnización por despido arbitrario.

No puede dejar de valorarse que, con fecha 09 de enero de 2018, en el Pleno Jurisdiccional Distrital Laboral de Lima (NLPT), se acordó que únicamente los trabajadores de exclusiva confianza no tienen derecho al pago de una indemnización por despido arbitrario.

El autor coincide con el criterio adoptado por el Tribunal Constitucional y la última Casación Laboral aludida, en el sentido de que si bien no se podría reponer al trabajador que haya ocupado un cargo de dirección o confianza - salvo que haya sido promovido a dicho puesto, con lo cual podría escoger entre la reposición al puesto anterior o la indemnización- sí se debería de ordenar al empleador el pago de una indemnización por despido arbitrario en caso del retiro de



confianza, ello con la finalidad de respetar dos derechos fundamentales: el derecho a la libertad de empresa establecido en el artículo 59° de la Constitución¹⁷ y el derecho a la estabilidad laboral, otorgándole a todo trabajador, incluyendo al personal de confianza y dirección, una adecuada

El autor coincide con TOYAMA MIYAGUSUKU cuando afirma que:

"Ante el retiro de confianza, se debería reconocer la indemnización por despido arbitrario. Ni las normas internacionales ni la Constitución o las leyes excluyen al personal de dirección y de confianza de una tutela, por lo cual, no debería existir una discriminación en el tratamiento. No debería equipararse a un gerente que suele pasar por un proceso de selección con un ministro que es de libre designación. Además, el Tribunal Constitucional, en reiteradas ocasiones, ha reconocido que el personal de dirección y de confianza tiene derecho a optar entre el retorno a su posición original o la indemnización por despido."¹⁸

En opinión del autor, este escenario de contradicción entre el Tribunal Constitucional y los Jueces Supremos, que emitieron el Pleno Jurisdiccional Supremo, definitivamente no favorece la seguridad

¹⁷ Al respecto, el Tribunal Constitucional expidió la Sentencia recaída en el Expediente N° 3330-2004-AA/TC, en la cual establece que la libertad de empresa está determinada por cuatro tipos de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de este derecho:

"- En primer lugar, la libertad de creación de empresa y de acceso al mercado significa libertad para emprender actividades económicas, en el sentido de libre fundación de empresas y concurrencia al mercado, tema que será materia de un mayor análisis infra.

- En segundo término, la libertad de organización contiene la libre elección del objeto, nombre, domicilio, tipo de empresa o de sociedad mercantil, facultades a los administradores, políticas de precios, créditos y seguros, contratación de personal y política publicitaria, entre otros).

- En tercer lugar, está la libertad de competencia.

- En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno." (Énfasis agregado)

¹⁸ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. "Gerentes y personal de confianza: ¿ya no hay indemnización?". Diario Gestión. Lima, 05 de setiembre de 2018. Fuente de la imagen: Instituto de Contadores del Perú

<https://www.enfoquederecho.com/2018/12/11/la-proteccion-frente-al-despido-arbitrario-para-los-trabajadores-de-confianza-y-direccion-a-la-luz-del-vii-pleno-jurisdiccional-supremo-en-materia-laboral-y-previsional/> >(Cita de la Revista Enfoque Derecho, artículo de José Piedra). En último término, la libertad para cesar las actividades es libertad, para quien haya creado una empresa, de disponer el cierre o cesación de las actividades de la misma cuando lo considere más oportuno." (Énfasis agregado)



jurídica. Por ello, consideramos que aun cuando se haya limitado la indemnización para personal de confianza y dirección, los empleadores del sector privado deberían de considerar las contingencias si desean retirar la confianza a esta categoría de trabajadores, pues existirán jueces que no deseen alinearse en el sentido del Pleno y sí de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

El autor señala que finalmente, llamamos a la reflexión respecto a lo acordado en el Pleno bajo comentario, pues, consideramos, no incorpora los criterios que el Tribunal Constitucional estableció en la Sentencia recaída en el Expediente N° 03501-2006-PA/TC, y deja de lado el análisis de sobre quién o qué recae la calificación de confianza o de dirección, pues el máximo intérprete de la Constitución dejó sentado que esta recae sobre el puesto y no sobre la persona, lo cual hace insostenible que sea la persona quien quede totalmente desprotegida ante un despido por "retiro de confianza".

- 6.3 Asimismo, en la **Revista Virtual: La Ley - El Ángulo Legal de la Noticia**, en su edición del 7 de setiembre de 2018, en la sección "Apuntes Laborales", se publicó el Blog del abogado laboralista Dr. César Puntriano Rosas con el artículo: "El retiro de confianza como causa de despido"¹⁹, mediante el que realizó un prolijo análisis del retiro de confianza como causal de despido en nuestra legislación y a nivel jurisprudencial. Asimismo, comentó los acuerdos del reciente Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional en los siguientes términos:

"Con la entrada en vigencia de la Ley No. 26513 el año 1995, y antes en forma incipiente con el Decreto Legislativo No. 728, Ley de Fomento del Empleo (LFE), contando además con el respaldo constitucional a partir del texto de 1993, el sistema de protección contra el despido arbitrario contemplado en el ordenamiento laboral peruano pasa a privilegiar al pago de una suma dineraria como reparación ante un despido arbitrario frente a la readmisión en el empleo.

En efecto, los artículos 34° y 38° del Texto Único Ordenado de la LFE, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por D.S. No. 003-97-TR (LPCL), disponen (pues están vigentes) que si el despido no se basa en causa justa (incausado) o el empleador no puede

¹⁹ PUNTRIANO ROSAS, César. La Ley - El Ángulo Legal de la Noticia, edición del 7 de setiembre de 2018, El retiro de confianza como casa de despido. Ver en: <https://laley.pe/art/6111/el-retiro-de-confianza-como-causa-de-despido>



demostrarla ante un cuestionamiento judicial (injustificado), el trabajador tendrá derecho al pago de una indemnización. (...) Excepcionalmente, de lesionarse algún derecho constitucional, como la libertad sindical, o la igualdad, de acuerdo a las causales taxativas establecidas en el artículo 29° de la LPCL, el trabajador podrá demandar su reposición (nulidad de su despido).

Posteriormente (año 2001), el Tribunal Constitucional (TC) intervino intensamente en la legislación Laboral cambiando las reglas de juego y de paso amparizando la justicia laboral. Así, mediante las sentencias recaídas en los expedientes No. 1124-2001-AA/TC, No. 976-2001-AA/TC y en el precedente No. 0206-2005-PA/TC, modificó la normativa vigente creando dos nuevas categorías de despido (incausado y fraudulento) y dispuso que el trabajador era quien decidía si se reponía en la empresa o cobraba la indemnización legal por despido. Notemos que inicialmente el TC guardó silencio sobre el caso del personal de confianza, luego señaló que no podría ser repuesto, para finalmente regular dos tipos de trabajadores de confianza: el que ingresó en cargo de confianza (confianza exclusiva) y el que fue promovido a dicho cargo (confianza mixta), estableciendo que el primero tenía derecho solamente a cobrar la indemnización legal y no ser repuesto, mientras que el segundo podía escoger entre reposición (al puesto previo al de confianza) o la indemnización por despido (expedientes N° 746-2003-AA/TC, 4492-2004-AA/TC, 2358-2005-PA/TC, No. 78-2006-PA/TC).

Luego, el criterio del TC nuevamente cambió, y a partir de las sentencias correspondientes a los Expedientes N° 03501-2006-PA/TC y 03926-2007-PA/TC, el Tribunal afirmó que el retiro de confianza era una causa de despido y que solamente si el trabajador había sido promovido de un cargo de no confianza (común) a uno de confianza (confianza mixta) podía ser repuesto en el cargo previo. No se contempló la posibilidad de pago indemnizatorio alguno. Nótese que estas sentencias se refieren a trabajadores del sector público y no del privado.

La Corte Suprema, mediante las Casaciones No. 1489-2000 No. 498-2005, 2634-2009 casación No. 4298-2009, casación No. 2634-2009 y No. 4298-2009, ha señalado que la falta de confianza no es una causal de despido y que la indemnización por despido arbitrario procede ante una extinción injustificada del contrato de un trabajador de dirección o de confianza.



Hasta ese momento entonces, si el trabajador ocupaba un cargo de confianza exclusiva accedía a la indemnización legal por despido ante un despido incausado o fraudulento, mientras que el trabajador de confianza mixta podía ser repuesto en el puesto de trabajo que ocupó antes de pasar a la posición de confianza.

A fines de 2016, la Corte Suprema dio un giro de 180 grados y, en la Casación No. 18450-2015-LIMA, de manera polémica y sin que se tratase de un precedente, dispuso que el trabajador de confianza exclusiva que fuera cesado por retiro de la misma no tenía derecho a la indemnización legal por despido arbitrario. Sentencia bastante controversial.

La Corte Suprema se confundió entre cargos de confianza públicos y privados, siguiendo la línea errática del TC pues en el Estado, los cargos de confianza son de libre designación o remoción, (sin la preexistencia de un concurso público, aunque la jurisprudencia ha señalado que el concurso no despoja al cargo de la condición "de confianza"), por lo que sus titulares no tienen derecho a la estabilidad laboral. En esa línea, su remoción no genera derecho alguno de indemnización (artículo 42-2 Ley Marco del Empleo Público).

La Corte retoma su criterio previo en la Casación No. 3106-2016-LIMA, cerrando la discusión generada por la sentencia previa.

Poco tiempo después, en el Pleno Jurisdiccional Laboral Distrital de Lima, llevado a cabo en diciembre de 2017, los Vocales Laborales votaron por mayoría a favor de una ponencia que, acogiendo como pauta lo señalado por la Corte Suprema (Casación No. 18450-2015-LIMA) señala que "no corresponde el abono de la indemnización por despido arbitrario únicamente en el caso de los trabajadores de exclusiva confianza". Sin embargo, hasta ahí se pensaba que este criterio podría ser modificado en sede casatoria. Ello hasta la emisión de la Casación No. 4396-2017 LIMA, mediante la cual la Corte Suprema dispuso que si el trabajador de confianza exclusiva es cesado por "retiro de confianza", no existirá despido arbitrario.

El polémico tema del retiro de confianza como causal válida de extinción del vínculo laboral de un Gerente, o de cualquier trabajador que ocupe un cargo de confianza, ha vuelto a la discusión tras la publicación de las conclusiones del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, en el cual los Jueces Supremos integrantes de la Primera y la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República,



han señalado que el personal que ocupa cargos de confianza desde el inicio de sus labores, tanto en empresas y/o instituciones del sector privado como estatales, carecen del derecho a percibir la indemnización por despido arbitrario en caso la confianza les sea retirada.

Si bien los acuerdos adoptados en un Pleno Jurisdiccional no son vinculantes (artículo 116 de la Ley Orgánica del Poder Judicial-LOPJ) pues no se trata de un pleno casatorio (art. 400 del Código Procesal Civil y 40 de la Nueva Ley Procesal del Trabajo), ni tampoco pronunciamientos emitidos al amparo del artículo 22 de la LOPJ, es altamente probable que las instancias inferiores se adhieran a los mismos. Es más, si algún Juez o Sala Laboral se aparta (del criterio establecido por el mencionado Pleno Jurisdiccional), nos queda claro el sentido en que resolverá la Corte Suprema si el caso llega a dicha máxima instancia.

El efecto práctico del acuerdo consiste en que las empresas podrán desvincular por retiro de confianza a los Gerentes (o quienes hayan ocupado el cargo de confianza desde el inicio de sus labores) sin estar obligadas al pago de la indemnización legal por dicho despido, por lo que es probable que muchos ejecutivos renegocien sus términos contractuales solicitando una indemnización convencional, que viene sujeta al descuento del impuesto a la renta. Sin duda este criterio genera mucha preocupación entre los ejecutivos.

En cuanto al personal de "confianza mixta" la redacción del acuerdo es confusa pues se indica que podrán acceder a la indemnización por despido si el empleador les impide reincorporarse en su antiguo puesto de trabajo o si el trabajador opta por no reponerse. Entonces, ¿si el trabajador decide reincorporarse y la empresa lo impide, aquél únicamente tendrá derecho a la indemnización por despido? Este juego de palabras nos lleva a pensar que la reposición dependerá al final de lo que decida el empleador. En efecto, a decir del Pleno, si el empleador decide impedirlo corresponderá únicamente la indemnización, que es seguramente lo que va a ocurrir en los hechos pues es muy complejo reponer al personal por mandato judicial. ¿Retorno a la estabilidad relativa prevista en la Ley de Productividad y Competitividad Laboral? Parecería que sí. La pregunta que se cae de madura es porqué para este personal sí y para los trabajadores ordinarios no?

El Pleno tampoco se pronuncia sobre la remuneración que deben percibir los trabajadores de confianza mixta que puedan



reincorporarse, es decir, si es la que corresponde al cargo de confianza o al anterior ni tampoco si la empresa puede directamente quitarles la confianza y retornarlos al cargo previo sin tener que despedirlos.

El acuerdo deja más dudas que respuestas. Veamos cómo se resuelven los casos en el Poder Judicial de aquí en adelante pues independientemente de que la decisión sea acertada o no, necesitamos predictibilidad.”

6. PROPUESTA DE REGLAMENTO DE LEY DE PRODUCTIVIDAD Y COMPETITIVIDAD LABORAL

Coincidiendo con los criterios enunciados en el numeral anterior, y ajustándose a las normas de derecho internacional que obligan al Perú, con fecha 04 de noviembre del 2019, el Gobierno publicó la Propuesta de Reglamento de la Ley De Productividad y Competitividad²⁰, el mismo que propone la siguiente regulación al respecto

“Artículo 24.- Es arbitrario el despido que se produce en contravención del artículo 22 de la Ley y se sanciona con la indemnización establecida en el artículo 38 de la misma.

La indemnización referida en el párrafo anterior corresponde a los trabajadores que laboren cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, sean de dirección, de confianza u otros trabajadores.”

7. CONCLUSIONES

El artículo 22 de la Constitución Política del Perú establece que el trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona. Asimismo, su artículo 27 señala que la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", que forma parte del derecho nacional conforme lo establece el artículo 55 de la Constitución Política del Perú, establece en el inciso d) de su artículo 7 el derecho a la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación; y que “En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una

²⁰ Resolución Ministerial 263-2019-TR publicado en el Diario Oficial El Peruano de fecha 04/11/2019. Disponen la pre publicación del proyecto de decreto supremo que aprueba el Reglamento de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, y su exposición de motivos en el Portal Institucional del Ministerio.



indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional". Resaltado nuestro.

Las opiniones jurídicas que se incluyen en el presente proyecto de ley coinciden con los enunciados de derecho internacional público que obligan al Perú, y establecen que todos los trabajadores, incluyendo los de dirección y confianza, tienen derecho a la protección del despido arbitrario, no resultando constitucional ni ajustado a nuestras obligaciones internacionales que la ley incluya reglas de excepción para dichos trabajadores.

A lo anterior se suma el que, jurídicamente hablando, en propiedad no existe en nuestra legislación una causal de despido "*por cese de confianza*", toda vez que las únicas causales previstas al respecto se encuentran contenidas en el artículo 25 del D.S. 003-97-TR que aprobó el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728 - Ley de Competitividad y Productividad Laboral.

Es del caso resaltar, asimismo, que el artículo 10 del Decreto Supremo 003-97-TR refiere que la ampliación del período de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el período inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección. Como consecuencia de ello, después los periodos indicados, dichos trabajadores tienen plena estabilidad laboral y les corresponde el derecho de protección contra el despido arbitrario conforme al artículo 27° de la Constitución Política del Perú.

El principio de no discriminación laboral, que tiene relación con el contenido del derecho al trabajo, "que tiene dos elementos por un lado, supone que el Estado adopte una política que permita que la población puede acceder a un puesto de trabajo y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa."²¹

"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. (Exp.1124-2001-AA/TC, fundamento 12. "

"La igualdad se configura como un derecho fundamental de la persona a no sufrir discriminación por ningún motivo, a no ser tratado de manera distinta de quienes tienen una misma condición, salvo que exista una condición objetiva y razonable para esa diferencia de trato.

²¹ Tribunal Constitucional del Perú Centro de Estudios Constitucionales "Jurisprudencia y Doctrina Constitucional Laboral. Primer Seminario Temas de Derecho Laboral en la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional." Lima Octubre de 2006. Contenido del Derecho del Trabajo. Pág. 21.



La discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano" (ver Exp. No. 008-2005-PJ/TC, fundamento 23.)

No obstante, a pesar de que a los trabajadores de dirección y confianza les asiste el derecho de indemnización por despido arbitrario, este no está incluido en el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral; razón por la cual presentamos el presente proyecto de Ley con la finalidad de modificar el artículo 44, en los términos siguientes:

"Artículo 44.- Todos los trabajadores que directamente o por promoción accedan a puestos de dirección o de confianza se encuentran comprendidos en los alcances del artículo anterior.

En la designación o promoción del trabajador, la Ley no ampara el abuso del derecho o la simulación.

La indemnización por despido arbitrario a que se refiere el artículo 38 de esta ley corresponde a los trabajadores de dirección y confianza que laboren cuatro o más horas diarias para un mismo empleador.

La forma y requisitos para su calificación como tales, así como los demás elementos concurrentes, se encuentran precisados en el Reglamento."

8. ANALISIS COSTO BENEFICIO

La presente iniciativa no tiene costo alguno y hace justicia a los trabajadores de dirección y confianza para que, en caso de que sean víctimas de un despido arbitrario, puedan obtener una reparación resarcitoria (indemnización) conforme al artículo 38 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral, sin tener que recurrir a largos y costosos procesos judiciales.

9. EFECTO DE LA VIGENCIA DE LA NORMA EN NUESTRA LEGISLACIÓN NACIONAL

El presente proyecto de ley propone la modificación del artículo 44 del Texto Único Ordenado del Decreto legislativo 728 - Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo 003-07-TR, agregando un párrafo que reconoce el derecho de indemnización por despido arbitrario de los trabajadores de dirección y confianza que laboren cuatro o más horas diarias para un mismo empleador. Por tanto, con este se cumple estrictamente con lo establecido por el



RICARDO BURGA CHUQUIPIONDO
Congresista de la República

"Año de la Universalización de la Salud"

artículo 27 de la Constitución Política del Perú que otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario.

10. VINCULACIÓN CON EL ACUERDO NACIONAL

La presente iniciativa legislativa es concordante con el Acuerdo Nacional y la Política de Estado N° 14 "Acceso al empleo pleno, digno y productivo".

Lpderecho.pe