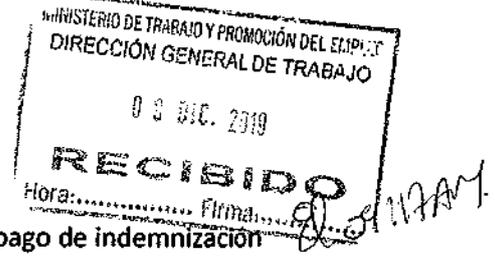




"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"
"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"

INFORME N° 145-2019-MTPE/2/14.1



A : JUAN CARLOS GUTIÉRREZ AZABACHE
Director General de Trabajo

ASUNTO : Opinión técnica sobre procedencia del pago de indemnización por despido arbitrario en virtud del retiro de confianza.

REFERENCIA : H.R. N° E-188533-2019

FECHA : 06 de diciembre de 2019

Es grato dirigirme a usted en relación al asunto del rubro y documento de la referencia, a fin de informar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

1.1. Mediante el documento de la referencia, nos consultan si es posible que el retiro de la confianza tenga como consecuencia el pago de una indemnización por despido arbitrario.

A tal efecto, someten a nuestra consideración el caso de un trabajador de una empresa del Estado que, inicialmente, fue designado gerente de operaciones; luego, asumió el cargo de Director Ejecutivo, liberándose la plaza anterior (gerente de operaciones), la cual finalmente fue ocupada por otro trabajador después de un proceso de reclutamiento interno.

Posteriormente, de acuerdo a los términos de la consulta, el Director Ejecutivo renuncia a dicho cargo; poco después, el directorio de la empresa le retira la confianza y la administración de la empresa procede abonar al trabajador una indemnización por despido arbitrario.

1.2. Conforme a lo previsto en el literal c) del artículo 76 de la Sección Segunda del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobada por Resolución Ministerial N° 285-2019-TR, la Dirección de Normativa de Trabajo cuenta con la función de emitir opinión técnica especializada en materia de trabajo. Ello implica la posibilidad de pronunciarse emitiendo criterios generales sobre los alcances de la legislación laboral. En tal sentido, la opinión técnica contenida en el presente documento de ninguna manera resuelve casos concretos, ya que ello corresponde a las instancias administrativas o judiciales competentes de acuerdo al marco legal.

1.3. En atención a lo expuesto, procedemos a pronunciarnos en el marco de nuestras competencias.

II. BASE NORMATIVA

2.1. Constitución Política del Perú.

2.2. Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR (en adelante, TUO de la LPCL).



"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"
"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"

- 2.3. Reglamento de la Ley de Fomento al Empleo, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-96-TR (en adelante, RLFE).
- 2.4. Sección segunda del Reglamento de Organización y Funciones del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, aprobada por Resolución Ministerial N° 285-2019-TR.

III. ANÁLISIS

- 3.1. En la consulta se señala que el trabajador fue designado en el cargo de Gerente de Operaciones; sin embargo, no se precisa si este cargo estuvo calificado como cargo de dirección o de confianza, y si la designación en el mismo se realizó de manera directa. En tal sentido, y atendiendo a los términos empleados en la consulta, entenderemos que se trata de un cargo de dirección y que la relación laboral inició con la designación directa del trabajador en el mismo¹.

A) Naturaleza especial del retiro de la confianza

- 3.2. En el caso que motiva la consulta, el empleador y el trabajador coincidieron en asumir que la renuncia presentada por este último fue al cargo de Director Ejecutivo y no a la relación laboral que mantenía con el empleador. Sin embargo, luego de ello no fue posible que el trabajador retorne a su puesto de origen (Gerente de Operaciones), pues este había sido ocupado por otro trabajador como resultado de un proceso de reclutamiento interno. Por tal motivo, el empleador decidió retirarle la confianza, extinguiéndose el vínculo laboral.
- 3.3. Al respecto, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional ha configurado a la pérdida o retiro de la confianza como una *situación especial*, de naturaleza subjetiva, por la cual se extingue el vínculo laboral del trabajador que ingresó a ocupar directamente un cargo de confianza o de dirección². Así, ha establecido que:

"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, 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"³.

B) Consecuencia del retiro de la confianza

¹ De acuerdo el artículo 44 del TUO de la LPCL, el acceso a un puesto de dirección o de confianza se realiza por designación directa o por promoción. Por la primera modalidad, el trabajador inicia su relación laboral como trabajador de dirección o de confianza; por la promoción, el trabajador adquiere dicha condición luego de un ascenso.

² Repárese que, por la naturaleza de sus funciones, la categoría de trabajador de dirección lleva implícita la calificación de confianza.

³ Sentencia recaída en el expediente N° 03501-2006-PA/TC de fecha 15 de marzo de 2007, fundamento 11.f. Criterio que ha sido reiterado en sentencias posteriores recaídas en los expedientes N°s. 00575-2011-PA/TC, 02961-2012-PA/TC, 04916-2011-PA/TC y 03285-2013-PA/TC.



*"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"
"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"*

- 3.4. Este punto ha sido materia de sendos pronunciamientos a lo largo del tiempo, tanto del Tribunal Constitucional como de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de Justicia, los cuales nos permiten apreciar la falta de uniformidad de criterios en la jurisdicción constitucional y la jurisdicción ordinaria.

Jurisprudencia del Tribunal Constitucional

- 3.5. Así, tenemos que el Tribunal Constitucional en los expedientes N^{os}. 746-2003-AA/TC, 4492-2004-AA/TC y 3572-2005-PA/TC, señaló que, si el demandante poseía la condición de trabajador directivo o de confianza, ante el retiro de la confianza no le correspondía la reposición en su puesto de trabajo, sino únicamente la indemnización por despido arbitrario:

STC N^o 746-2003-AA/TC del 19 de abril de 2004

"(...) 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 (...)"

STC N^o 4492-2004-AA/TC del 17 de febrero de 2005

"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".

STC N^o 3572-2005-PA/TC del 12 de setiembre de 2005

"(...) es necesario mencionar que el demandante se desempeñó en un cargo directivo, motivo por el cual no es posible su reposición, pudiendo únicamente solicitarse, en caso de despido arbitrario, el pago de una indemnización".

En dichas sentencias, el Tribunal Constitucional no estableció ninguna distinción entre trabajadores que ingresaron a laborar directamente en un cargo de confianza y aquellos que, habiendo desempeñado inicialmente labores comunes u ordinarias, fueron luego promovidos a cargos de confianza.

- 3.6. Posteriormente, a partir de la sentencia recaída en el expediente N^o 03501-2006-PA/TC, el máximo intérprete de la Constitución cambió de criterio, configurando el retiro de la confianza como una causa válida de extinción del contrato de trabajo en los siguientes términos:

STC N^o 03501-2006-PA/TC del 15 de marzo de 2007

"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 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

"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"
"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"

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".⁴

- 3.7. De esta forma, el Tribunal Constitucional distingue dos tipos de trabajadores de confianza: el que ingresó a laborar en un cargo de confianza (*relación laboral de exclusiva confianza*) y el que, realizando inicialmente labores comunes u ordinarias, fue promovido a dicho cargo (*relación laboral mixta*); estableciendo que, para el primero, el retiro de la confianza constituye una situación especial que extingue el vínculo laboral, mientras que el segundo debe regresar a su puesto inicial, por lo que de producirse el término de la relación de trabajo, en este último caso sí estaríamos ante un despido arbitrario.

Esta última regla va a quedar meridianamente clara en el fundamento 8 de la sentencia recaída en el expediente N° 08257-2006-PA/TC:

STC N° 08257-2006-PA/TC del 13 de noviembre de 2007

"(...) tal criterio [el retiro de la confianza como causal válida de extinción del vínculo laboral], tiene una excepción por cuanto no procede en el supuesto que el trabajador, después de haber venido laborando en un cargo ordinario, hubiera variado su calidad a personal de confianza, en cuyo caso, de producirse el retiro de la confianza, no corresponderá como consecuencia la ruptura del vínculo laboral sino el retorno del trabajador al puesto que había venido desempeñando anteriormente. Suponer lo contrario, es decir, que incluso en tales casos el retiro de la confianza implica la ruptura del vínculo laboral significaría permitir un abuso del derecho del empleador, el cual es prohibido por el artículo 103° de la Constitución, dado que podría darse el caso de que se varíe la calidad de un trabajador a "trabajador de confianza", con el propósito de despedirlo más adelante aduciendo la pérdida de la misma."⁵

- 3.8. Posteriormente, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 1042-2007-PA/TC, en la cual examinó el caso de un trabajador promovido a un puesto de dirección y que luego fue cesado por retiro de la confianza⁶, estableció que la **designación en un cargo de confianza es temporal y no conlleva estabilidad laboral**, operando la conclusión en la designación como una causa justa de despido.

STC N° 1042-2007-PA/TC del 9 de junio de 2009

⁴ Este criterio ha sido reiterado en sentencias posteriores recaídas en los expedientes N°s. 03926-2007-PA/TC, 00575-2011-PA/TC, 02961-2012-PA/TC, 04916-2011-PA/TC y 03285-2013-PA/TC.

⁵ Véase también la sentencia recaída en el expediente N° 00443-2008-PA/TC, del 10 de setiembre de 2008, en la que el Tribunal Constitucional expresa lo siguiente: "(...) ha sido un trabajador común que realizaba labores ordinarias y que fue promovido a un cargo de confianza, al concluir dicha función debió retornar a su anterior labor, pudiendo ser despedido por una causa justa relacionada con su conducta o capacidad laboral; por lo que la ruptura del vínculo laboral, sustentada en el retiro de la confianza, tiene el carácter de un despido arbitrario, frente a lo cual procede la reposición como finalidad eminentemente restitutoria de todo proceso constitucional de tutela de derechos fundamentales."

⁶ De acuerdo con el texto de la sentencia, el accionante solicitó que se le reincorpore al cargo que venía desempeñando en el área de Subgerencia de Operaciones y Mantenimiento de un proyecto especial, puesto que ocupaba antes de ser designado como Gerente General de dicho proyecto.



*"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"
"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"*

"[...] 3. La designación en un cargo de confianza es una acción administrativa por el cual una persona asume cargos de responsabilidad directa o de confianza con carácter temporal que no conlleva la estabilidad laboral [...] en consecuencia, **no ha existido despido arbitrario sino conclusión de la referida designación (...)**".

- 3.9. Si bien el referido pronunciamiento, al no reparar en la condición inicial de trabajador común u ordinario del accionante, parecía alejarse de anteriores criterios asumidos por el Tribunal Constitucional, en la sentencia emitida en el expediente N° 1828-2010-PA/TC, va a quedar claro que, para el máximo intérprete de la Constitución, el retiro de la confianza constituye una causa válida de extinción del contrato de trabajo solo si el trabajador tiene la calidad de personal de confianza o dirección desde el inicio de sus labores.

STC N° 1828-2010-PA/TC, del 4 de octubre de 2010.

"En la STC N° 03501-2006-PA/TC, se ha establecido que si un trabajador desde el inicio de sus labores conoce de su calidad de personal de confianza o dirección, o por el hecho de realizar labores que implique tal calificación, estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en su empleo; **de lo contrario, solo cabría la indemnización o el retiro de la confianza depositada en él, tal como viene resolviendo este Colegiado.**"

Este criterio se reitera en la sentencia recaída el expediente N° 4045-2010-PA/TC, del 7 de octubre de 2011.

Jurisprudencia de la Corte Suprema

- 3.10. No obstante la posición ahora uniforme asumida por el Tribunal Constitucional, la Corte Suprema ha ido variando de criterio con respecto a la naturaleza jurídica del "retiro de confianza" y sus consecuencias.

Así, tenemos que en la Casación N° 1489-2000 LIMA, del 1 de diciembre de 2000, se consideró 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 [...]".

- 3.11. De igual manera, en la Casación N° 2634-2009 HUAURA, de fecha 10 de marzo de 2010, al analizar el caso de un trabajador que ocupaba el cargo de gerente general de una institución pública, la Corte Suprema señaló lo siguiente:

"[...] queda absolutamente descartado que la norma denunciada [artículo 43 del TUO de la LPCL], en forma literal o por su finalidad y espíritu, busque excluir al trabajador de dirección o de confianza del ámbito de protección contra el despido arbitrario [...], lo cual se ve definido por su concreta regulación que excluye cualquier diferencia entre un trabajador de dirección o de confianza a partir de las funciones que les corresponden y de aquellas que corresponde al común de los trabajadores [...]

[...] el trabajador de dirección o de confianza tiene derecho a la protección contra el despido arbitrario una vez superado el período de prueba; lo que

*"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"
"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"*

es ratificado con lo dispuesto en sus artículos 34 y 38 que no distinguen el derecho al pago de la indemnización por despido arbitrario en relación a la calidad de trabajador de dirección o de confianza, lo que a su vez guarda consonancia con el hecho que el artículo 16 de la acotada Ley [TUO de la LPCL], que contempla los supuestos de la extinción de la relación de trabajo, no prevea alguno vinculado a la posibilidad de su resolución unilateral vía la pérdida o el retiro de la confianza".

- 3.12. De esta forma, la Corte Suprema consideró que la pérdida o retiro de la confianza, al no estar prevista en régimen laboral de la actividad privada como causa justificante de extinción del vínculo laboral, consistía en un despido arbitrario, con el consiguiente otorgamiento de la tutela indemnizatoria al trabajador. Similar criterio fue expuesto en posteriores fallos, como las Casaciones Laborales N° 13810-2014 LIMA y 15156-2014 LIMA.

Casación Laboral N° 13810-2014 LIMA, del 23 de marzo de 2015 (considerando décimo segundo)

"(...) en consecuencia, si a estos trabajadores se les invoca la "pérdida de confianza", como causal de despido, sin estar sustentada en un hecho objetivo relacionado a su capacidad o conducta (...), les corresponde el otorgamiento de la tutela indemnizatoria que dispone la norma denunciada por el recurrente, como ocurre en el caso de autos (...)"

Casación Laboral N° 15156-2014 LIMA, del 3 de agosto de 2015 (considerando noveno)

"(...) referida a la indemnización por despido arbitrario, en razón que en dicha norma [artículo 34 del TUO de la LPCL] no hace ninguna diferencia de trato entre trabajadores de confianza o dirección y aquellos que no tienen dicha condición (...) les corresponde el otorgamiento de la tutela indemnizatoria (...)"

Cabe anotar que, en las citadas sentencias, la Corte Suprema no estableció reglas diferenciadas para los trabajadores que desde el inicio de la relación laboral cumplen funciones propias del personal de confianza, y aquellos trabajadores que ingresaron a realizar funciones comunes u ordinarias, pero que posteriormente, asumieron funciones propias de un trabajador de confianza.

- 3.13. Sin embargo, la Casación Laboral N° 18450-2015 LIMA, del 23 de agosto de 2016, muestra un cambio de criterio de la Corte Suprema, negando la indemnización por despido arbitrario a trabajadores que ingresaron a laborar directamente en un cargo de dirección o de confianza (*relación laboral de exclusiva confianza*).

Casación Laboral N° 18450-2015 LIMA (considerandos 3.9 y 3.10)

"En cuanto a la posición asumida por la Corte Suprema, en la referida sentencia casatoria (Cas. 1489-2000 Lima), considero que no resulta cierto que la regla, tratándose de trabajadores de confianza, sea que su cese, cual fuere el motivo, incluyendo el mero retiro de la confianza, de lugar siempre al pago de una indemnización por despido arbitrario.



*"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"
"Decenio de la Igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"*

[...] si el vínculo contractual se extingue por el retiro de confianza no habrá derecho a la indemnización por despido arbitrario, siendo que por excepción ello será posible en los casos en que estemos frente a trabajadores cuya *'relación laboral sea mixta'*, es decir hayan sido trabajadores comunes y luego promovidos a cargos de confianza, en cuyo caso el retiro de confianza no puede ni debe extinguir el vínculo contractual, sino que debe dar lugar a que el trabajador retorne al puesto de trabajo 'común'. Y si se le despide, con motivo del retiro de la confianza, del cargo de confianza y del cargo 'común' entonces sí correspondería no solo la reposición en el cargo 'común', o la indemnización por despido arbitrario".

3.14. Poco tiempo después, en la Casación Laboral N° 3106-2016 LIMA, del 9 de setiembre de 2016, la Corte Suprema retomó su posición previa a favor de la indemnización por despido arbitrario a trabajadores de confianza cuyo vínculo se extinga por el retiro de la confianza, señalando que el artículo 22 del TUO de la LPCL establece que, para el despido de un trabajador sujeto al régimen de la actividad privada, es indispensable la causa justa para el despido, sin señalar en absoluto que se excluya a los trabajadores de confianza. Por lo tanto, al corroborar que el accionante había sido contratado en un cargo de confianza, dispuso que se le debía resarcir con la indemnización por despido arbitrario, al no configurarse causal de despido, sino por la sola voluntad del empleador.

3.15. El tema del pago de indemnización por despido arbitrario a trabajadores de confianza también fue materia del Pleno Jurisdiccional Laboral Distrital de Lima, realizado el 7 de diciembre de 2017, en el cual, los jueces superiores, jueces especializados de trabajo y jueces de paz letrados de trabajo participantes acordaron por mayoría que "no corresponde el abono de la indemnización por despido arbitrario únicamente en el caso de los trabajadores de exclusiva confianza", acogiendo de este modo lo señalado en la Casación Laboral N° 18450-2015 LIMA.

3.16. Bajo este contexto, la falta de uniformidad en los criterios jurisprudenciales motivó que este tema fuera abordado en el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, llevado a cabo el 22 de mayo de 2018. En dicha ocasión, los Jueces Supremos de las Salas de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema arribaron en forma unánime a la siguiente conclusión respecto de los trabajadores de dirección o de confianza de empresas del Estado:

"[...] 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, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, 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 remueva 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



*"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"
"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"*

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".

- 3.17. Posteriormente, se emitieron las Casaciones Laborales N°s 4396-2017 LIMA, del 11 de julio de 2018, y 16378-2016 LIMA, del 28 de noviembre de 2018, en las cuales la Corte Suprema dispuso que si el trabajador cuya relación laboral es de exclusiva confianza, es cesado por "retiro de confianza", no existirá despido arbitrario, por cuanto, conforme lo señaló el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el expediente N° 03501-2006-PA/TC, la pérdida de confianza 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.

De este modo, la Corte Suprema coincide con la posición del Tribunal Constitucional respecto del retiro de la confianza como supuesto especial de extinción del vínculo laboral, y complementándola, señala que en tal caso, no nos encontramos ante un despido arbitrario.

- 3.18. Si bien encontramos que, desde el año 2017, en la jurisprudencia de la Corte Suprema viene consolidándose una posición que niega el pago de indemnización por despido arbitrario a los trabajadores de dirección y de confianza que iniciaron labores como tales, resulta relevante la falta de uniformidad en los criterios asumidos por dicho órgano jurisdiccional a lo largo de los años; más aun si tenemos en cuenta que el pago de indemnización por despido arbitrario es una pretensión que se hace valer únicamente en la vía judicial ordinaria.



Nuestras consideraciones sobre la situación actual definida por la jurisprudencia

- 3.19. En virtud a todo lo expuesto, a la fecha de hoy existe un criterio jurisprudencial compartido por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema de Justicia de la República, el cual considera que a los trabajadores que fueron designados directamente a un cargo de confianza o de dirección, cuyo vínculo laboral se extingue por el retiro de confianza, no tienen derecho a la indemnización por despido arbitrario.
- 3.20. Sin embargo, estas posiciones jurisprudenciales tampoco implican desconocer que la pérdida o retiro de la confianza no está expresamente regulada como causa de extinción del contrato de trabajo en el articulado del capítulo IV del TUO de la LPCL.
- 3.21. Además de ello, se tiene que las normas constitucionales y legales **no excluyen a los trabajadores de confianza y de dirección de la protección contra el despido arbitrario**. Así, encontramos que el artículo 27 de la Constitución ordena al legislador que brinde al trabajador "adecuada protección contra el despido arbitrario", mientras que el artículo 22 del TUO de la LPCL requiere únicamente que el trabajador labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, **no haciendo ninguna distinción entre trabajadores ordinarios y trabajadores de dirección o de confianza**.
- 3.22. De este modo, tenemos que la Constitución y la ley admiten una lectura distinta a la de los criterios del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, que incluso ha sido asumida por un sector de la doctrina nacional.



PERÚ

Ministerio
de Trabajo
y Promoción del Empleo

Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo

"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"
"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"

Así, Blancas Bustamante, refiriéndose a la posición del Tribunal Constitucional, señala lo siguiente:

"No existe fundamento legal-positivo ni doctrinario para esta posición que contradice la propia jurisprudencia del tribunal: ¿Por qué el trabajador de dirección o de confianza objeto de un despido incausado no tiene derecho al trabajo como lo ha señalado el propio tribunal? ¿Existen acaso dos versiones del derecho al trabajo, según se trate de un trabajador de dirección o de confianza o de uno que no tiene un cargo de confianza? En efecto, reconocer que el 'retiro de la confianza' no es una causa justa de despido, por no estar establecida legalmente, por lo que todo despido por este motivo da lugar al pago de una indemnización, admite, implícitamente, que se trata de un despido sin causa"⁷.

Por su parte, Toyama Migayusuku y Merzthal Shigyo también disienten del criterio del Tribunal Constitucional, al considerar que:

"Estamos ante trabajadores que sí tienen derecho a la tutela ante un despido arbitrario. Tienen derecho a la protección contra el despido arbitrario, pero este se limita a la indemnización. Mientras que el resto de trabajadores tiene derecho a escoger entre la reposición y la indemnización, en estos casos la protección sólo comprende a la indemnización dado el carácter especial de los servicios que prestan"⁸.

3.23. Con respecto al lugar de la doctrina en el ordenamiento jurídico nacional, conviene remitirnos a las consideraciones expuestas por el Tribunal Constitucional en la sentencia plenaria recaída en el expediente N° 047-2004-AI/TC, en la cual señala que "el Tribunal Constitucional y los diversos niveles jerárquicos del Poder Judicial recurren a la doctrina, nacional y extranjera, para respaldar, ilustrar, aclarar o precisar los fundamentos jurídicos que respaldarán los fallos que se sustentan en la Constitución, en las normas aplicables al caso y en la jurisprudencia"; asimismo, citando a Rubio Correa⁹, agrega que "(...) la doctrina ha sido recogida y citada intensamente por el Tribunal Constitucional, lo que muestra reconocimiento de esta fuente del Derecho".

3.24. Por lo tanto, si bien finalmente estamos ante un escenario en el cual ya existe una posición clara de la jurisprudencia por negar el pago de la indemnización por despido arbitrario a los trabajadores que ingresaron a laborar directamente en un cargo de dirección o de confianza; el tema sigue siendo controvertido en nuestro ordenamiento jurídico. En este contexto, a criterio de esta Dirección de Normativa de Trabajo, no es posible afirmar que el pago de la indemnización por despido arbitrario en virtud del retiro de confianza sea una consecuencia prohibida por el ordenamiento jurídico peruano.

⁷ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. *El despido en el Derecho Laboral Peruano*. Tercera edición. Lima: Jurista Editores. 2013. p. 623.

⁸ TOMAYA MIYAGUSUKI, Jorge & MERZTHAL SHIGYO, Marilú. *Reflexiones sobre el tratamiento jurisprudencial del personal de dirección y de confianza*, en Themis, N° 65, julio 2014, p. 94.

⁹ RUBIO CORREA, Marcial. *La interpretación de la Constitución según el Tribunal Constitucional*. Lima: Fondo Editorial, PUCP, 2005, p. 36.



*"Año de la Lucha contra la Corrupción y la Impunidad"
"Decenio de la igualdad de oportunidades para mujeres y hombres"*

Esta precisión resulta pertinente si se toma en cuenta que, al menos en el año 2012, año en que la empresa objeto de la consulta efectuó el pago de la indemnización por despido arbitrario al trabajador cuya confianza le fue retirada, dicho concepto (indemnización por despido arbitrario) estaba expresamente avalado por los pronunciamientos de la Corte Suprema; no así a nivel del Tribunal Constitucional, cuya jurisprudencia desde el año 2007, descarta el pago de la indemnización por despido arbitrario a trabajadores cuya relación laboral fue de confianza exclusiva.

IV. CONCLUSIONES

- a) El tema del retiro de la confianza y sus consecuencias jurídicas ha sido materia de sendos pronunciamientos del Tribunal Constitucional así como de la Corte Suprema de Justicia, los mismos que han ido variando a lo largo del tiempo y nos permiten apreciar la falta de uniformidad de criterios jurisprudenciales respecto de si el retiro de confianza constituye una causal válida de terminación del vínculo laboral o si, por el contrario, supone un despido arbitrario que daría lugar al pago de la indemnización legal correspondiente.
- b) De acuerdo con la actual jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia, el retiro de confianza da lugar al pago de indemnización por despido arbitrario cuando se trata de un trabajador que ingresó a laborar a un puesto de trabajo común u ordinario y fue promovido a la condición de trabajador de dirección o de confianza; y siempre que el empleador no le permita retornar a su puesto anterior o el trabajador opte por no retornar.

En cambio, a criterio de ambos órganos jurisdiccionales, actualmente no correspondería el pago de indemnización por despido arbitrario al trabajador que ingresó a laborar directamente en un cargo de dirección o de confianza y su vínculo laboral se extingue por retiro de la confianza.

- c) Estamos finalmente ante un escenario en el cual hay una posición clara de los máximos órganos jurisdiccionales, sin embargo, el tema sigue siendo controvertido en nuestro ordenamiento jurídico. Esto, por cuanto las normas constitucionales y legales no excluyen a los trabajadores de confianza y de dirección de la protección contra el despido arbitrario, lo cual abre la posibilidad jurídica de asumir una conclusión distinta a los criterios del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, esto es, el reconocimiento a todos los trabajadores de dirección y de confianza de la protección frente al despido arbitrario ante el retiro de la confianza. Cabe resaltar que un sector de la doctrina respalda esta idea.
- d) En opinión de esta Dirección de Normativa de Trabajo, y a la luz de la normativa vigente y nuestro sistema de fuentes del Derecho, no es posible afirmar que el pago de la indemnización por despido arbitrario, en virtud del retiro de la confianza, sea una consecuencia prohibida por el ordenamiento jurídico peruano.

Atentamente,


.....
RENATO SARZO TAMAYO
Director de Normativa de Trabajo (e)
Dirección General de Trabajo