



EXP. N° 001489-2018-0-1801-JR-LA-16 (Expediente Electrónico)

S.S.:

YANGALI IPARRAGUIRRE

VASCONES RUIZ

GONZALEZ SALCEDO

Juzgado de Origen: 16° Juzgado Especializado de Trabajo Permanente

Vista de la Causa: 30/03/2021

***Sumilla:** El Derecho al Trabajo encuentra reconocimiento en el artículo 22° de la Constitución Política del Estado, derecho constitucional que independientemente del régimen laboral que se trate implica dos aspectos: 1) el acceder a un puesto de trabajo; y 2) el derecho a no ser despedido sin causa justa contemplada en la Ley, aspecto relevante para estos autos en tanto importa la proscripción de ser despedido salvo por causa justa, brindando protección al trabajador contra el despido*

SENTENCIA DE VISTA

Lima, treinta de marzo del dos mil veintidós.-

VISTOS: Observando las formalidades previstas por el artículo 131° del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial, interviene como ponente el señor **Juez Superior Yangali Iparraguirre**; por lo que, esta Octava Sala Laboral emite resolución con base en lo siguiente:

I. PARTE EXPOSITIVA:

I.1. Objeto de la revisión

Viene en revisión a esta instancia el recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, **BLUE MARLIN BEACH CLUB S.A.**, contra la Sentencia N° 025-2022-16°JETL contenida mediante Resolución N° 07, de fecha 31 de enero de 2022, en el cual se declaró fundada la demanda, ordenando para ello lo siguiente:

- a) Reponer a la parte demandante en su puesto de trabajo o en otro de similar categoría, al haberse constituido un despido nulo conforme a lo establecido en el inciso c) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97- TR.
- b) Convocar a una reunión de supervisión virtual, respecto al cumplimiento del mandato de reposición.



- c) Pagar las costas y costos procesales, los cuales se determinarán en ejecución de sentencia.

I.2. Del recurso de apelación (expresión de los agravios)

Laparte demandada, **BLUE MARLIN BEACH CLUB S.A.**, alega que la sentencia apelada ha incurrido en diversos errores, al sostener los siguientes elementos:

- i. Se aprecia un error al momento de estimar la constitución de despido nulo por la presentación de una queja, pues la parte demandante no ha determinado el nexo de causalidad entre la presentación de la demanda (en el Exp. N° 17510-2017) con la extinción de la relación laboral; debido a que la empresa tuvo conocimiento desde antes que fuese notificada la demanda. (Agravio N°01)
- ii. No se ha considerado que el cese de la relación laboral se ha sujetado al cumplimiento del plazo contratado, conforme a la suscripción del contrato de comisión mercantil; agregando que la interposición de la demanda se realizó el 14 de diciembre de 2017, mientras que la no renovación del contrato se produjo el 08 de enero de 2018 (periodo de 26 días). (Agravio N°02)
- iii. Habiéndose descartado la constitución de un despido nulo por queja, tampoco ha correspondido la reposición al puesto de trabajo; en cuanto que la parte demandante ha sido un trabajador sujeto a un cargo de confianza (Jefe de Mercadeo) y solamente se le ha retirado la confianza. (Agravio N°03)
- iv. Si no se admite la invalidez de la pretensión de reposición al puesto de trabajo por la causal de despido nulo, tampoco procede el pago de remuneraciones devengadas. (Agravio N°04)

II. PARTE CONSIDERATIVA:

PRIMERO: En lo que respecta a los límites de las facultades de este colegiado al resolver el recurso de apelación.-De conformidad con el artículo 364° del Código Procesal Civil, de aplicación supletoria al presente proceso laboral, el recurso de apelación tiene por objeto que el órgano jurisdiccional superior examine los fundamentos vertidos por el órgano jurisdiccional de primera instancia, a solicitud de parte o tercero legitimado, la resolución que les produzca agravio, con el propósito de que sea anulada o revocada, total o parcialmente.

Así, conforme a la aplicación del principio contenido en el aforismo latino *tantum y devolutum quantum appellatum*, la competencia del Superior sólo alcanzará a ésta y a su tramitación; por lo que, corresponderá a este órgano jurisdiccional circunscribirse únicamente al análisis de la resolución impugnada, pronunciándose respecto a los agravios contenidos en el escrito.

.....



CONSIDERACIONES PREVIAS: GARANTIAS CONSTITUCIONALES

SEGUNDO: De la motivación de las Resoluciones Judiciales.-El inciso 5) del artículo 139° de la Constitución Política del Perú prescribe que toda resolución emitida por cualquier instancia judicial, incluido el Tribunal Constitucional, se deberá encontrar debidamente motivada, en donde manifestará en los considerandos la ratio decidendi que fundamenta la decisión, la cual deberá contar –por ende- con los fundamentos de hecho y de derecho que expliquen por qué se ha resuelto de tal o cual manera¹. Con ello, la exigencia de que las resoluciones judiciales se encuentren motivadas o fundamentadas, por un lado, informa sobre la manera en que se está llevando a cabo la actividad jurisdiccional, y –por otro lado- constituye un derecho fundamental para que los justiciables ejerzan de manera efectiva su defensa²; pero, también se deberá analizar con criterio de conciencia que el mismo no garantizará una determinada extensión de la motivación, pues solamente deberá existir un suficiente sustento fáctico, jurídico y probatorio en la decisión a asumir, es decir, una relación entre lo pedido y lo resuelto.

Con tal finalidad, mediante los Expedientes N° 4215 -2010-PA/TC , N° 01230-2002-HC/TC y N° 08125-2005-HC/TC, el citado colegio de constitucional ha sostenido en reiterada jurisprudencia:

“(...) La jurisprudencia de este Tribunal ha sido constante al establecer que la exigencia de que las decisiones judiciales sean motivadas “garantiza que los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, expresen el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; pero también con la finalidad de facilitar un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables (...) De este modo, la motivación de las resoluciones judiciales se revela tanto un principio que informa el ejercicio de la función jurisdiccional, así como un derecho constitucional que asiste a todos los justiciables (...)El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales no garantiza una determinada extensión de la motivación, por lo que su contenido constitucional se respeta, prima facie, siempre que exista: a) fundamentación jurídica, que no implica la sola mención de las normas a aplicar al caso, sino la explicación y justificación de por qué tal caso se encuentra o no dentro de los supuestos que contemplan tales normas; b) congruencia entre lo pedido y lo resuelto, que implica la manifestación de los argumentos que expresarán la conformidad entre los pronunciamientos del fallo y las pretensiones formuladas por las partes; y, c) que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si esta es breve o concisa, o se presenta el supuesto de motivación por remisión (...)”.

¹ LANDA ARROYO CESAR, “La Constitucionalización del Derecho, El Caso del Perú”, Edit. PALESTRA, Lima, 2018, Pág. N° 532.

² Ibidem, pág. 532



TERCERO: Asimismo, en lo que respecta al contenido esencialmente protegido del Derecho Constitucional a la Motivación de las Resoluciones Judiciales, tal colegiado sostiene que:

“(…) El Tribunal Constitucional ha formulado una tipología de supuestos en los cuales dicho contenido resulta vulnerado, como es el caso de la sentencia recaída en el Expediente N.º 03943-2006-PA/TC, en la que el Tribunal reconoció las siguientes hipótesis de vulneración:

- a) Inexistencia de motivación o motivación aparente*
- b) Falta de motivación interna del razonamiento, que se presenta en una doble dimensión: por un lado, cuando existe invalidez de una inferencia a partir de las premisas que establece previamente el Juez en su decisión; y, por otro, cuando existe incoherencia narrativa, que a la postre se presenta como un discurso absolutamente confuso incapaz de transmitir, de modo coherente, las razones en las que se apoya la decisión. Se trata, en ambos casos, de identificar el ámbito constitucional de la debida motivación mediante el control de los argumentos utilizados en la decisión asumida por el juez o tribunal, ya sea desde la perspectiva de su corrección lógica o desde su coherencia narrativa.*
- c) Deficiencias en la motivación externa; justificación de las premisas, que se presenta cuando las premisas [normativa y fáctica] de las que parte el Juez no han sido confrontadas o analizadas respecto de su validez fáctica o jurídica [según corresponda].*
- d) La motivación insuficiente, referida básicamente al mínimo de motivación exigible atendiendo a las razones de hecho o de derecho indispensables para asumir que la decisión está debidamente motivada. Si bien, como ha establecido este Tribunal, no se trata de dar respuestas a cada una de las pretensiones planteadas, la insuficiencia, vista aquí en términos generales, sólo resultará relevante desde una perspectiva constitucional si es que la ausencia de argumentos o la “insuficiencia” de fundamentos resulta manifiesta a la luz de lo que en sustancia se está decidiendo.*
- e) La motivación sustancialmente incongruente. El derecho a la tutela judicial efectiva y, en concreto, el derecho a la debida motivación de las sentencias, obliga a los órganos judiciales a resolver las pretensiones de las partes de manera congruente con los términos en que vengan planteadas, sin cometer, por lo tanto, desviaciones que supongan modificación o alteración del debate procesal (incongruencia activa). Desde luego, no cualquier nivel en que se produzca tal incumplimiento genera de inmediato la posibilidad de su control mediante el proceso de amparo. El incumplimiento total de dicha obligación, es decir, el dejar incontestadas las pretensiones, o el desviar la decisión del marco del debate judicial generando indefensión, constituye vulneración del derecho a la tutela judicial y también del derecho a la motivación de la sentencia (incongruencia omisiva).*

De manera que, si bien no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales, cierto es también que el deber de motivar constituye una garantía del



justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que se derivan del caso (...)”.

En base a los fundamentos expuestos, con relación a los derechos fundamentales descritos, se procederá al desarrollo jurídico de cada agravio formulado.

.....

CONSIDERACIONES SOBRE EL CONFLICTO JURIDICO ESPECÍFICO

CUARTO:Respecto al derecho a la libertad de empresa.- La libertad de empresa se manifiesta como el derecho constitucional mínimo de las personas a elegir libremente la actividad ocupacional, económica o profesional que desee o prefiera desempeñar, disfrutando de su rendimiento económico y satisfacción espiritual; de ello, conforme al presente derecho, el Estado Constitucional de Derecho ofrece una amplia libertad de los ciudadanos para poder elegir la actividad económica lícita que requiera, ejecutarla y desarrollarla de acuerdo a las normas legales y obtener los beneficios que de ello se deriven³, hasta la propia voluntad de extinguir aquella actividad económica.

En ese sentido, se aprecia que el reconocimiento constitucional de la libertad de empresa garantiza un amplio margen al ciudadano de organizar, dirigir y decidir sobre la organización de los elementos productivos, el cual constituye un aspecto funcional de la organización de los elementos productivos; por cuanto su titularidad se concentrará objetivamente en la libertad de poder organizar, estructurar y modificar la modalidad de organización de la empresa, así como la aplicación de facultades empresariales que estimen pertinentes hacia terceros o a su propio personal.

Por ello, a través del desarrollo del presente derecho constitucional, se advierte que la iniciativa privada (eje de la libertad de empresa) podrá desenvolverse dentro de los amplios cánones de organización y dentro de la escala productiva⁴, siempre y cuando aquella actividad privada organizada (mediante la autodeterminación) no pueda colisionar con los intereses legales de la sociedad o el orden público; en ese sentido, si bien es verdad que nuestra Constitución Política del 1993 protege la iniciativa privada contra la injerencia desproporcionada de los poderes públicos, pero tales poderes organizativos podrá limitarse adecuadamente mediante la fiscalización de aquella actividad

³ IRUERTA URIARTE PEDRO, “*El núcleo laboral del derecho constitucional a la libertad de empresa*”, Revista Estudios Constitucionales, Volumen N° 11, N° 02, Santiago de Chile, 2013. Para poder revisar este trabajo podrá acceder al siguiente link:<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200010>

⁴ RODRIGUEZ CAIRO VLADIMIR, “*Principios Generales del Régimen Económico de la Constitución Política del Perú*”, Revista de la Facultad de Ciencias Contables Vol. 24 N.º 45 A pp. 121-137 (2016) UNMSM, Lima - Perú ISSN: 1560-9103 (versión impresa) / ISSN: 1609-8196 (versión electrónica). A través del presente trabajo, el autor asume la postura por el cual una sociedad caracterizada por la libre empresa puede ser al menos una sociedad pluralista, que conoce no una única jerarquía de fines, sino que tiene muchos principios diferentes en que se basa la estima.



conforme a la titularidad del orden público o la protección ponderada de otros derechos fundamentales.

QUINTO: En ese sentido, dentro del desarrollo de una relación laboral, también se aprecia el desenvolvimiento de la libertad dentro de la propia esfera jurídica de los trabajadores, pues a causa de las diversas formas de organización, dirección y sanción hacia los trabajadores; la parte empleadora podrá utilizar las diversas formas de sanción o extinción de la relación laboral que estime conveniente aplicar, por cuanto nuestro sistema jurídico ha optado por diversas modalidades de extinción de la relación laboral tales como la jubilación, el despido, el cese por cargo de confianza, el mutuo disenso, etc.; de los cuales el empresario podrá utilizar una de ellas para poder sancionar o finalizar indistintamente una específica relación laboral, bajo la condición que su ejercicio encuentren regidos por los cánones establecidos por la Ley y la Constitución Política del Perú.

En ese sentido, la doctrina ha precisado que las facultades disciplinarias deberán ser ejercidas dentro del ámbito señalado por las normas legales, contratos, convenios colectivos o la propia legislación laboral, por cuanto los mismos podrán estructurar una atribución eminentemente reglada y evitando abusos por parte del propio órgano empresarial.

SEXTO: Para tal efecto, a nivel jurisprudencial, el Tribunal Constitucional (Exp. N° 008-2003-AI/TC) ha precisado cuál es la estructura y el ámbito de aplicación del derecho a la libertad de empresa, mediante el modelo económico de la libre iniciativa privada, por cuanto aprecia:

*"(...) Otro principio que informa a la totalidad del modelo económico es el de la libre iniciativa privada, prescrito en el artículo 58° de la Constitución y que se encuentra directamente conectado con lo establecido en el inciso 17), artículo 2° del mismo texto, el cual establece el derecho fundamental de toda persona a participar, ya sea en forma individual o asociada, en la vida económica de la Nación. De ello se colige que toda persona natural o jurídica tiene derecho a emprender y desarrollar, con autonomía plena, la actividad económica de su preferencia, afectando o destinando bienes de cualquier tipo a la producción y al intercambio económico con la finalidad de obtener un beneficio o ganancia material (...) Dicho derecho tiene un contenido de libertad y otro de actuación económica, cuya expresión es "que las personas son libres de realizar las actividades económicas que mejor consideren para obtener los recursos de su vida cotidiana y de su capitalización (...) La libertad de empresa (...) Consagrada por el artículo 59° de la Constitución, se define como la facultad de poder elegir la organización y efectuar el desarrollo de una unidad de producción de bienes o prestación de servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. **La libertad de empresa tiene como marco una actuación económica autodeterminativa, lo cual implica que el modelo económico social de mercado será el fundamento de su actuación, y simultáneamente le impondrá límites a su accionar.** Consecuentemente, dicha libertad debe ser ejercida con sujeción a la ley -siendo sus limitaciones básicas aquellas que derivan de la seguridad, la higiene, la moralidad o la preservación del medio ambiente-, y su ejercicio deberá respetar los diversos derechos de carácter socio-económico que la Constitución reconoce (...)"*



Asimismo, a través de una estructura teórica esbozada en el Exp. N° 3330-2004-AA/TC, el TC ha elaborado un contenido esencial del presente derecho, el cual se encuentra configurada por cuatro tipos de libertades elementales, tales como:

"(...) Ahora bien, el contenido de la libertad de empresa está determinado por cuatro tipos de libertades, las cuales terminan configurando el ámbito de irradiación de la protección de tal 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 in/ra.

*- 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. de otro lado, la libertad de empresa está íntimamente relacionada con las libertades de comercio y de industria.

La primera consiste en la facultad de elegir la organización y llevar a cabo una actividad ligada al intercambio de mercaderías o servicios, para satisfacer la demanda de los consumidores o usuarios. Tal libertad presupone el atributo de poder participar en el tráfico de bienes lícitos, así como dedicarse a la prestación de servicios al público no sujetos a dependencia o que impliquen el ejercicio de una profesión liberal. Por su parte, la libertad de industria se manifiesta en la facultad de elegir y obrar, según propia determinación, en el ámbito de la actividad económica cuyo objeto es la realización de un conjunto de operaciones para la obtención y/o transformación de uno o varios productos (...)"

En consecuencia, este **Colegiado Superior** considera que la libertad de poder emplear cualquier tipo de sanción o modalidad de extinción de la relación laboral, por cuanto la propia libertad de empresa permite emplear una gama de posibilidades establecidas por nuestra legislación para poder emplear su potestad de dirección y sancionatoria, bajo los límites establecidos por la propia norma y la carta magna.

.....

SETIMO: Sobre la Categoría de Trabajador de Confianza.- Preliminarmente, no ha existido un consenso definitivo para poder identificar a este tipo de trabajador, pues han existido diferentes parámetros para poder obtener tal resultado⁵, por ello, en las legislaciones de Trabajo, se ha nombrado varias

⁵ MIGUEL CANTON MOLLER, "El Contrato de Trabajo de Confianza", Estudios sobre Derecho Individual de Trabajo en homenaje al profesor Mario L. Deveali, Edit. Heliasta S.R.L, Buenos Aires, 1979, el autor, además, menciona que cuando se establecía como causal para la terminación del contrato



veces -sin definirlos-a aquellos que han ocupado cargos de directores, administradores, gerentes y demás personas que ejerzan actos de administración; excluyéndolos de esta manera de los convenios colectivos y demás protecciones sociales.

Además, ante una aparente contradicción sobre su reconocimiento como trabajadores o como sujetos independientes⁶, actualmente **nuestra legislación ha definido al personal de confianza (en los artículos 43^{o7} y 44^{o8} del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR) como aquellos que poseen un mayor grado de responsabilidad en atención a la tarea a desempeñar para hacer presentes los intereses del empleador⁹**, pues la confianza es una relación especial en razón a la representación general del empleador frente a los trabajadores, siempre observando que se cumplan debidamente los intereses de la empresa y la competencia profesional de cada trabajador¹⁰; de esta manera, en nuestro sistema jurídico nacional, el concepto de trabajador de confianza se relativizará a cada caso en concreto, pues su diferencia no se sujetará a un tipo de trabajador, sino por la responsabilidad y la función desempeñada.

En tal sentido, actualmente la jurisprudencia ha reiterado que el cargo de confianza de un trabajador no se sustentará en un criterio meramente subjetivo o de análisis objetivo de cada puesto en una empresa, sino de una peculiar condición en la que el trabajador se vincule a cada ambiente productivo; con ello, conforme a la modalidad de ingreso al cargo se determinará el tipo de protección a aplicar, pues solamente existirá -conforme a los recientes fallos judiciales y acuerdos plenarios en materia laboral- una tutela jurídica si el acceso al cargo de confianza se produjo a través de la promoción o ascenso y

de Trabajo de quienes ejercen labores de dirección, fiscalización y vigilancia, era la pérdida de confianza y, consiguientemente, se excluía de la posibilidad por su calidad de representantes del patrón, para ingresar en el sindicato de los demás trabajadores, criterio abiertamente debatible, puesto que solo se considera el ámbito meramente subjetivo sin tomar en cuenta las propias condiciones del trabajo, es decir, la finalidad y la estructura propia de la labor, estos criterios serán desarrollados más adelante.

⁶ En efecto, existía un amplio debate sobre cuáles eran los criterios para considerar a un prestador como trabajador, para tal efecto, MARIO DE LA CUEVA, citado por NESTOR DE BUEN, “*Derechos del Trabajador de Confianza*”, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pág. 15, en la que consideraba que aquellos sujetos eran altos empleados, concluyendo que no eran trabajadores y que la designación de un director o de un gerente se asemeja a la de un profesional liberal fundada en razones “*intuitu personae*”, causales para relativizar la jornada como la forma de pago; para el autor JESUS CASTORENA, cit. por Moller, sostenía que entre el patrón y su personal de confianza no existía un Contrato de Trabajo, sino un mandato, en tanto que los actos de servicio del mandatario sirven al objeto del contrato, mientras que los del trabajador son el objeto de la relación jurídica.

⁷ El artículo 43° de la LPCL claramente ha prescrito que los trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado.

⁸ El artículo 44° de la LPCL dispone de forma expresa que todos los trabajadores que directamente o por promoción acceden a puestos de dirección o de confianza se encuentran comprendidos en los alcances del artículo 43°. Asimismo, regula que 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.

⁹NESTOR DE BUEN, “*Derechos del Trabajador de Confianza*”, Cámara de Diputados, LVIII Legislatura, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pág. 15

¹⁰ MANUEL ALONSO GARCIA, “*Curso del Derecho del Trabajo*”. Edit. Ariel, 1981, pág. 148



no en aquellos supuestos en donde se haya nombrado el cargo de confianza en forma directa, pues el cese de cargo de confianza no conllevará a la configuración de un despido arbitrario, ni mucho menos a una indemnización.

OCTAVO: En efecto, el Tribunal Constitucional ya ha señalado desde hace varios años - tal como lo descrito en el Exp. N° 03501-2006-PA/TC- que:

"(...)A nivel doctrinario, existe consenso en considerar que, dentro de la relación laboral de la actividad privada, los denominados trabajadores de confianza tienen, a diferencia de los demás trabajadores, un grado mayor de responsabilidad, a consecuencia de que el empleador les ha delegado la atención de labores propias de él, otorgándoles una suerte de representación general(...) Este Colegiado (...) estima que un trabajador de confianza tiene particularidades que lo diferencian de los trabajadores "comunes", tales como:

- a) La confianza depositada en él, por parte del empleador; la relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe, como fundamento de esta relación laboral especial.*
- b) Representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones; las mismas que lo ligan con el destino de la institución pública, de la empresa o de intereses particulares de quien lo contrata, de tal forma que sus actos merezcan plena garantía y seguridad. (...)*

Mientras que los que asumen un cargo de confianza están supeditados a la "confianza", valga la redundancia, del empleador. En este caso, el retiro de la misma es invocada por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos (...)"

De esta manera, en caso del cese de la confianza por parte del empleador, la propia jurisprudencia constitucional ha precisado tal pérdida subjetiva conllevará a la extinción de una relación laboral -en caso se ingrese en forma directa a tal cargo- sin opción a una reposición al puesto de trabajo, pues:

*"(...)Este Colegiado (...) estima que un trabajador de confianza tiene particularidades que lo diferencian de los trabajadores "comunes", tales como: (...) f) La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva. **El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo**, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes o 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.(...)"*

Salvo que en el proceso se haya podido acreditar que el demandante ha accedido al cargo de confianza a través de un progreso en su carrera, en donde si se admitirá la reposición al puesto anterior asumido con anterioridad al cese; en efecto, de la propia revisión del Exp. N° 03501-2006-PA/TC, se



aprecia que, en el caso de ascenso o progreso en la carrera, se deberá optar por la opción de la reposición al puesto anterior, por cuanto:

"(...) En referencia a los trabajadores que son promocionados, la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en su artículo 44°, señala que es factible que un trabajador que realiza funciones ordinarias pueda acceder a puestos de dirección o de confianza mediante promociones; resaltando que tal promoción no debe ser abusiva ni simulada, pues podría atribuírsele a un trabajador tal calificación para luego simplemente retirársele la confianza y despedírsele en el transcurso de un tiempo (...) De forma que si el trabajador realizó con anterioridad labores comunes y luego es promocionado, luego al retirársele la confianza depositada, retornaría a realizar las labores anteriores y no perder el empleo, salvo que se determine que cometió una falta grave que implique su separación de la institución (...) Por lo que, cuando un trabajador es promocionado, este no puede perder su derecho al empleo del que es poseedor, pues al realizarse una promoción de esta naturaleza cabría la posibilidad de que se genere un abuso del derecho, tal como lo declara el artículo 44° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, pues este no renuncia a las labores que realizaba, sino que sigue bajo la subordinación de su empleador, sin perder su carácter de trabajador común que ostentaba. Esto en bien de la paz social y armonía de los derechos constitucionales que podrían vulnerarse cuando el empleador abusando del jus variandi que posee le retirase la confianza posteriormente al ser promovido (...)"

NOVENO: Asimismo, en lo que respecta a la indemnización por despido arbitrario, si bien es verdad que anteriores criterios jurisdiccionales sustentaban la viabilidad de otorgar una indemnización por no haberse renovado la confianza, también se encuentra acorde a Derecho que la propia Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República ha variado sustancialmente tal criterio, al precisar en forma expresa, tal como lo señalado en la Casación N° 1 8450-2015-Lima, que:

*"(...) Al respecto cabe señalar que la regla tratándose de los **trabajadores de confianza** es en sentido inverso, es decir, 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 (...)"*

Tan cierto es lo afirmado que el Pleno Jurisdiccional Distrital Laboral de la Lima (NLPT) del año 2017 ha acordado:

"(...) No corresponde el abono de la indemnización por despido arbitrario únicamente en el caso de los trabajadores de exclusiva confianza, en cuanto, conforme el segundo párrafo del artículo 44° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, TUO del Decreto



Legislativo N°728, en la designación o promoción del trabajador, la Ley no ampara el abuso del derecho o la simulación (...)"

Puesto que se ratifica la posición por el cual la terminación del vínculo laboral que tiene como motivo o causa el retiro de confianza del empleador no supone un despido arbitrario, pues dichas particularidades subjetivas (propias de los trabajadores de confianza) determinan que no corresponda otorgar indemnización por despido arbitrario, pues el retiro de confianza es una situación especial que extingue el contrato de trabajo de naturaleza subjetiva, salvo en los supuesto de ascenso de categoría; salvo que el empleador decida a libre discrecionalidad, conforme a su derecho constitucional a la libertad de empresa, extinguir la relación laboral conforme a la aplicación del despido mediante una causa justa, mediante el cual el propio empleador deberá acreditar la extinción mediante la constitución de una causa justa y conforme a la prevalencia de un Debido Proceso y el derecho a la Defensa.

DECIMO: Además, es preciso señalar que recientemente la propia Corte Suprema de la República ha expedido el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, mediante el cual las Salas Constitucionales y Sociales han concordado por unanimidad la siguiente conclusión:

“(...) Aquellos trabajadores que ingresaron directamente a un cargo de confianza o de dirección, no les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les retire la confianza. Aquellos trabajadores que ingresaron inicialmente a un cargo en el que realizaban funciones comunes u ordinarias, y que accedieron con posterioridad a un cargo de confianza o dirección dentro de la misma empresa o institución privada, les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les impida reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo luego de retirada la confianza; o cuando el propio trabajador opte por no reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo (...).”

De esta manera, actualmente existe el criterio interpretativo mayoritario por el cual no se otorgará una indemnización por despido arbitrario para aquellos trabajadores que hayan ingresado en forma directa al puesto de cargo de confianza y hayan sido cesados por la causal de cese de la propia confianza por parte del empleador; mas no a los que ingresaron a tal puesto por una actuación meritocrática.

DECIMO PRIMERO: Del caso en concreto (Agravio N°03). - De los actuados, **la parte demandada** sostiene que el órgano jurisdiccional de primera instancia comete un error al momento de haber admitido la pretensión de reposición al puesto de trabajo, en cuanto que se deberá tener presente que el cargo de Jefe de Mercadeo ha sido un cargo de confianza.

Ahora, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** advierte que la parte demandada ha acreditado en forma objetiva el ejercicio de una labor sujeto a un cargo de confianza; pero el cese de la relación laboral no estaba sujeta a una motivación correspondiente luego de 20 años de servicios, pues solamente se ha sujetado a una no renovación del contrato.



DECIMO SEGUNDO: Ahora, de la revisión de los actuados, este **Colegiado Superior** estima que las partes procesales han coincidido, dentro de la demanda, contestación de la misma y la audiencia de Vista de la Causa; que el actor demandante si ha iniciado su vínculo laboral mediante el ejercicio del cargo de Jefe de Mercadeo, el cual se ha mantenido durante la vigencia de la misma.

Por consiguiente, conforme a los medios probatorios ofrecidos por las partes procesales, así como lo señalado dentro de los argumentos de defensa formulados, se podrá observar que la función desempeñada dentro del cargo de Jefe de Mercadeo si se ha sujetado dentro de la categoría de un cargo de confianza desde el inicio de su relación laboral; por cuanto que esta parte procesal si controlaba personal subordinado, sin que la misma haya podido modificar su condición jurídica.

DECIMO TERCERO: Ahora bien, con respecto a la valoración de la parte demandante con respecto a su condición de confianza, desde el inicio de su relación laboral, dentro de la sentencia de primera instancia; se podrá advertir que, si bien es verdad la determinación de un error al momento de omitir la categoría de la parte demandante (al momento de evaluar la constitución de un despido nulo por presentación de una queja), pero la misma se podrá subsanar en esta instancia procesal, si se advierte que ambas partes procesales han coincidido que el cargo de la parte demandante ha ostentado una condición de confianza.

Pero, también se deberá tener presente que la propia jurisprudencia constitucional ya ha señalado que no todo error contenido dentro de una sentencia podrá acarrear necesariamente la nulidad de una sentencia, por cuanto que solamente se admitirá un claro vicio a la motivación de las resoluciones judiciales cuando la calificación de los medios probatorios contradiga gravemente las premisas asumidas dentro del fallo o su razonamiento resulte claramente contradictorio; con esto, a través del Exp. N° 00728-2008-PHC/TC, el Tribunal Constitucional ha precisado expresamente que cualquier error no podrá admitirse la nulidad de la sentencia impugnada, pues:

“(...) El derecho a la debida motivación de las resoluciones judiciales es una garantía del justiciable frente a la arbitrariedad judicial y garantiza que las resoluciones no se encuentren justificadas en el mero capricho de los magistrados, sino en datos objetivos que proporciona el ordenamiento jurídico o los que derivan del caso. Sin embargo, no todo ni cualquier error en el que eventualmente incurra una resolución judicial constituye automáticamente en la violación del contenido constitucionalmente protegido del derecho a la motivación de las resoluciones judiciales (...)”

Así, aunque no se haya indicado en la sentencia que la parte demandante ha ostentado la categoría de trabajador de cargo de confianza, pero tal omisión no podrá acarrear la nulidad de la misma; por cuanto que en esta etapa procesal ya se ha determinado tal condición material.



Conforme a ello, **nose deberá admitir el agravio deducido por la parte demandada**, debiéndose confirmar la sentencia en el presente extremo.

.....

DECIMO CUARTO: Sobre la acreditación de una causa justa en materia de Despido.- Respecto al mismo, cabe referir que el Derecho al Trabajo encuentra reconocimiento en el artículo 22° de la Constitución Política del Estado, derecho constitucional que, independientemente del régimen laboral que se trate, implica dos aspectos: **1)** el acceder a un puesto de trabajo; y **2)** el derecho a no ser despedido sin causa justa contemplada en la Ley, aspecto relevante para estos autos en tanto importa la proscripción de ser despedido salvo por causa justa, brindando protección al trabajador contra el despido arbitrario.

De esta manera, en los artículos 31° y 32° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, se regula el procedimiento formal que debe observar todo empleador, cuando un trabajador incurre en la comisión de faltas graves; como una garantía del derecho constitucional del derecho al Debido Proceso, que implica tanto el otorgamiento del trabajador de la real posibilidad del ejercicio de su derecho constitucional de defensa, como la observancia ineludible del principio de inmediatez, así como la motivación de la falta grave en cuestión, o estar sujeto a cualquier acto coactivo que menoscabe su voluntad.

De esta manera, si el empleador no respeta el procedimiento previo -tal como es la presentación del pre aviso de despido- la sanción aplicable será inválida y se sujetará a una indemnización por despido arbitrario, para ello, se podrá apreciar que -en la sentencia recaída en el Exp. N° 02939-20 12-PA/TC- el TC ha reiterado que:

"(...) El artículo 31° de la referida norma legal establece que el empleador no podrá despedir por causa relacionada con la conducta o con la capacidad del trabajador sin antes otorgarle por escrito un plazo razonable no menor de seis días naturales para que pueda defenderse por escrito de los cargos que se le formulare, salvo aquellos casos de falta grave flagrante en que no resulte razonable tal posibilidad o de treinta días naturales para que demuestre su capacidad o corrija su deficiencia(...)"

DECIMO QUINTO: En efecto, la falta grave se califica como la infracción por el trabajador de los deberes esenciales que emanan del contrato de trabajo, de tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación laboral y para su configuración se requiere la concurrencia de tres (3) elementos:

i) La infracción de los deberes esenciales del trabajador, establecidos en el contrato de trabajo; el cual por su naturaleza reconoce derechos, como también imponer obligaciones que deben ser cumplidos por el trabajador; y en este último caso debe tratarse de deberes esenciales establecidas respecto del empleador.



ii) La gravedad de la falta del trabajador; que según el artículo 25° de la LPCL, debe ser *"De tal índole, que haga irrazonable la subsistencia de la relación"*; para ello se requiere la concurrencia de cuatro elementos calificativos de la falta grave: oportunidad, objetividad, causalidad y proporcionalidad.

iii) La legitimidad de la imposición de la sanción podrá ser apreciada entonces, no sólo en base a la causa alegada y a los hechos invocados, sino también en relación a la existencia de una prueba y a la objetividad de la misma.

Para ello, con el fin de determinar la viabilidad jurídica de una indemnización en caso no se observe una causa adecuada o justificada prevista en la ley, se deberá tener presente que la misma ha derivado de una protección constitucional reconocida en el artículo 27° de la Constitución Política del Perú, por parte del Tribunal Constitucional, pues a través de los Exp. N° 1124-2001-AA/TC, N° 976-2001-AA/TC y N° 206-2005-AA/TC (tal como lo referido en el caso Eusebio Llanos Huasco) se ha precisado que:

"(...) El artículo 27° de la Constitución contiene un "mandato al legislador" para establecer protección "frente al despido arbitrario". Tres aspectos deben resaltarse de esta disposición constitucional:

- a. Se trata de un mandato al legislador*
- b. Consagra un principio de reserva de ley en garantía de la regulación de dicha protección.*
- c. No determina la forma de protección frente al despido arbitrario, sino que la remite a la ley.*

Sin embargo, cuando se precisa que ese desarrollo debe ser "adecuado", se está resaltando -aunque innecesariamente- que esto no debe afectar el contenido esencial del derecho del trabajador. En efecto, todo desarrollo legislativo de los derechos constitucionales presupone para su validez el que se respete su contenido esencial, es decir, que no se desnaturalice el derecho objeto de desarrollo. Por esta razón, no debe considerarse el citado artículo 27° como la consagración, en virtud de la propia Constitución, de una "facultad de despido arbitrario" hacia el empleador.

Por este motivo, cuando el artículo 27° de la Constitución establece que la ley otorgará "adecuada protección frente al despido arbitrario", debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles.

Para el Tribunal Constitucional no se trata de emplazar el problema desde la perspectiva de la dualidad conceptual estabilidad absoluta y estabilidad relativa y, a partir de ello, inferir que al no haber consagrado la Constitución vigente -como lo hizo su predecesora de 1979- la denominada estabilidad absoluta, toda protección restitutoria ante un despido arbitrario sería absolutamente inadmisibles. Por el



contrario, planteado en términos de derecho constitucional lo que interesa en el análisis es determinar si el contenido esencial de un derecho constitucional como el derecho al trabajo es o no respetado en su correspondiente desarrollo legislativo. Más precisamente, si la fórmula protectora acogida por el legislador respeta o no el contenido esencial del derecho al trabajo".

DECIMO SEXTO: Por consiguiente, una causa válida de despido solamente podrá ser alegada, sustentada y ejecutada mediante una sujeción a la normatividad sustantiva vigente, así como en la jurisprudencia laboral ordinaria y constitucional, los cuales prevén como objeto de extinción de la relación jurídica, entre otros, a través de las formas y requisitos permitidos por ley (inciso g) del artículo 16° de la LPCL) y que esté relacionada con la capacidad o conducta del trabajador. Asimismo, en lo que respecta a la configuración de una falta grave, la misma se sujetará necesariamente a lo prescrito en el artículo 25° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, previsto en la LPCL.

Con eso, la acreditación del despido, en base a la aplicación de los numerales 23.1), 23.3) y 23.4) del artículo 23° de la NLPT y concordante con el artículo 37° del Texto Único Ordenado de la LPCL, constituirá una carga probatoria impuesta a ambas partes, en donde la acreditación de la causa justa del despido y **el cumplimiento del procedimiento formal del despido le corresponderá exclusivamente al empleador, mientras que la ilegalidad o desproporcionalidad de la misma será a cuenta del propio trabajador.**

Asimismo, los artículos 31° y 32° de la propia LPCL (a su vez) regulan el procedimiento formal que deberá observar todo empleador, al ser una garantía del derecho a un debido proceso, que implica tanto el otorgamiento del trabajador de la real posibilidad del ejercicio de su derecho constitucional de defensa, como la observancia ineludible del principio de inmediatez.

DECIMO SETIMO: **La igualdad y No Discriminación en la extinción de la relación laboral, desde una perspectiva del Derecho Internacional del Trabajo.** - En materia propiamente laboral, el artículo 1° del Convenio N° 111 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT, el cual el Estado Peruano forma parte a través de su aprobación mediante Decreto Ley N° 17687 publicado el 07 de junio de 1969 y ratificado el 10 de agosto de 1970, ha prescrito que:

"(...) A los efectos de este Convenio, el término discriminación comprende:

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



Por lo que, la propia Organización Internacional del Trabajo - OIT ha establecido en forma conveniente una definición amplia de discriminación, señalando que se entiende como tal toda distinción, exclusión o preferencia basada en motivos de raza, color, sexo, religión, opinión política, ascendencia nacional u origen social que tenga como efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación; exceptuando de aquellas, las medidas especiales que se dicten para satisfacer las necesidades particulares de las personas a los que, por razones de edad, sexo, invalidez, cargas familiares o nivel social o cultural, generalmente se les reconozca como necesitados de protección o asistencia especial.

Para ello, se deberá tener presente que la OIT ha expedido el Convenio sobre la Discriminación N° 111 (empleo y ocupación) mediante el cual:

"(...) El término discriminación comprende (...) Cualquier otra distinción, exclusión o preferencia que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo u ocupación que podrá ser especificada por el Miembro interesado previa consulta con las organizaciones representativas de empleadores y de trabajadores, cuando dichas organizaciones existan, y con otros organismos apropiados (...) Todo Miembro para el cual este Convenio se halle en vigor se obliga a formular y llevar a cabo una política nacional que promueva, por métodos adecuados a las condiciones y a la práctica nacionales, la igualdad de oportunidades y de trato en materia de empleo y ocupación, con objeto de eliminar cualquier discriminación a este respecto (...)"

DECIMO OCTAVO: Asimismo, el referido Convenio y la Recomendación (número 111), de 1958, definen a la discriminación como cualquier distinción, exclusión o preferencia (basada en una de las causas que enumeran) que tenga por efecto anular o alterar la igualdad de oportunidades o de trato en el empleo y la ocupación¹¹ (el cual se podrá aplicar plenamente en el presente caso, por la tutela de acceso de los derechos contra la discriminación); en tal sentido, el organismo internacional ha referido que existirá discriminación siempre que una persona no disfrute plenamente - por razones que no se deberían tener en cuenta - de las mismas oportunidades o del mismo trato del que gozan otras personas en materia de empleo y de profesión.

Por tal razón, la definición dada en los instrumentos de la OIT en 1958¹² tiene en cuenta el hecho de que la igualdad de oportunidades o de trato se puede ver afectada no sólo por actitudes negativas, que son las más aparentes, sino también por "preferencias" (tal como se puede considerar, en la aplicación de

¹¹ ROSSILLION CLAUDE, "La OIT y la eliminación de la discriminación en el empleo", Organización Internacional del Trabajo - OIT, la cual se podrá revisar en el siguiente enlace:
<file:///C:/Users/pjudicial/Downloads/Dialnet-LaOITYLaEliminacionDeLaDiscriminacionEnElEmpleo-5460996.pdf>

¹² En el Informe de la Comisión de Expertos de la OIT se ha designado en virtud del artículo 26° de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo, el cual ha permitido examinar el cumplimiento de diversos países latinoamericanos, (como por ejemplo Chile) en base a la aplicación del Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (número 111), OIT, 1975 (especialmente los párrafos 174 y 175).



una figura solamente legal ante la protección de la madre gestante, la libertad sindical o los actos de represalia por parte del empleador); que, a menudo, son más difíciles de descubrir, pues tales distinciones, exclusiones o preferencias, provendrán de la legislación como a las que se manifiestan en la práctica, incluso en las prácticas privadas en donde la política nacional también debe tender a eliminar la discriminación.

Con esto, este **Colegiado Superior** ha considerado que incluirá la discriminación indirecta, la cual puede resultar de medidas o prácticas que no hacen referencia a un criterio discriminatorio pero que, en las circunstancias en que se aplican, conducen a una desigualdad de oportunidades o de trato; dentro de materia legislativa¹³.

DECIMO NOVENO: Ahora bien, a nivel jurisprudencial, de la revisión de los Exp. N° 008-2005-PI/TC y N° 04922-2007-PA/TC, se podrá apreciar que el órgano de control de la constitución ha establecido el derecho a la igualdad en materia remunerativa también puede ser consecuencia de la aplicación textual de una norma específica, por cuanto:

"(...) La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia. Así el artículo 103° de la Constitución Política del Perú compromete al Estado a expedir leyes especiales porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas. En tal sentido la igualdad de oportunidades en estricto, igualdad de trato - obliga a que la conducta ya sea del Estado o de los particulares, en relación a las actividades laborales, no genera una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria (...) Sobre el particular este Colegiado ha precisado la discriminación en materia laboral aparece cuando se afecta al trabajador en sus características innatas como ser humano (lo propio y privativo de la especie), o cuando se vulnera la cláusula de no discriminación prevista por la Constitución", en donde, "(...) La discriminación en materia laboral, estrictu sensu, se acredita por los dos tipos de acciones siguientes: 1) acción directa: cuando la conducta del empleador forja una distinción basada en una razón inconstitucional. En esta hipótesis, la intervención y el efecto perseguibles se fundamentan en un juicio y una decisión carente de razonabilidad y proporcionalidad; y 2) por acción indirecta: cuando la conducta del empleador forja una distinción basada en una discrecionalidad antojadiza y veleidosa revestida con la apariencia de "lo constitucional", cuya intención y efecto perseguible, empero, son intrínsecamente discriminatorios para uno o más trabajadores." Por tanto, dichas acciones proscritas por la Constitución pueden darse en las condiciones o circunstancias siguientes: Acto de diferenciación arbitraria al momento de postular a un empleo. Acto de diferenciación arbitraria durante la relación laboral (formación y capacitación laboral, promociones, otorgamiento de beneficios, etc.)".

Tan es cierto lo afirmado, que recientemente la propia Corte Suprema ha expedido la Casación N° 20121-2016-Lima, por el cual:

¹³ Para ello, se podrán revisar el texto "La igualdad en materia de empleo en las legislaciones y otras normas nacionales", OIT, 1967, Pág. 7, así como el trabajo denominado "Cómo combatir la discriminación en el empleo", Guía práctica; OIT, 1981.



"(...)Este Colegiado Supremo considera que no todo comportamiento que establezca una distinción constituye un acto discriminatorio y vulnera el derecho a la igualdad, pues, se debe tener presente que dentro de nuestra sociedad existe una serie de desigualdades, para las cuales se deben tomar un conjunto de medidas dirigidas a efectivizar la aplicación de dicho derecho, impidiendo que se limite solo a su reconocimiento formal, sino que llevado al campo fáctico, este se materialice en una igualdad de oportunidades para el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas (...)De lo expuesto, podemos afirmar válidamente que los principios de igualdad y de no discriminación no constituyen una facultad de las personas para exigir un trato igual a todos los demás en cualquier situación, sino que dichos derechos se encuentran orientados a exigir un comportamiento y trato igual entre sujetos que se encuentren en la misma condición; por lo tanto, un comportamiento será calificado como discriminatorio, y por ende, vulnerará el derecho a la igualdad tutelado por el inciso 2) del artículo 2° de la Constitución Política del Perú, cuando establezca una diferenciación entre personas que se encuentren en idéntica situación, siempre que no medie causa objetiva y razonable para ello (...)"

Con tal razón, la presente protección de carácter internacional reforzará integralmente y en forma amplia la protección legal y constitucional del despido nulo por queja (acorde con los principios constitucionales de razonabilidad, proporcionales e interdicción de la arbitrariedad, así como en la aplicación del derecho constitucional del desarrollo de la personalidad) en los casos de despido abusivo o ilegal (más allá de la distinción legal o jurisprudencial del inciso c) del artículo 29° de la LPCL), pues la misma se enfocará necesariamente (integrando ambas causales normativas) en el sendero determinado por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos - CIDH, dado que **la legislación laboral no solo deberá enfocar prohibiciones contra el despido de los trabajadores que interponen una queja, sino que se deberá prohibir ampliamente cualquier tipo de trato inferior o maltrato laboral condicionado al ejercicio de sus derechos (sin importar la categoría del trabajador).**

VIGESIMO:El caso en concreto (Agravio N° 03).- De los actuados, la **parte demandada** advierte que el juzgado de primera instancia comete un error al momento de admitir la constitución de un despido nulo por queja, tampoco ha correspondido la reposición al puesto de trabajo; en cuanto que la parte demandante ha sido un trabajador sujeto a un cargo de confianza (Jefe de Mercadeo) y solamente se le ha retirado la confianza.

Por otro lado, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** afirma la constitución de un despido nulo por la presentación de una queja, por cuanto que la extinción de la relación laboral se ha producido causalmente a la presentación de una demanda judicial contra su empleador.

VIGESIMO PRIMERO: Para tal fin, este **Colegiado Superior** observa que la jurisprudencia nacional ha reiterado que el cargo determinará el tipo de protección jurídica a aplicar, pues solamente existirá -conforme a los recientes fallos judiciales y acuerdos plenarios en materia laboral- una tutela jurídica si el acceso al cargo de confianza se produjo a través de la promoción o ascenso y no en aquellos supuestos en donde se haya nombrado el cargo de confianza



en forma directa; pues el cese de cargo de confianza no conllevará a la configuración de un despido arbitrario, ni mucho menos a una indemnización.

En efecto, el Tribunal Constitucional ya ha señalado desde hace varios años - tal como lo descrito en el Exp. N° 03501-2006-PA/TC - que la protección solamente se sujetará a aquellos que han formado de una modalidad de ascenso meritocrático, en cuanto:

"(...)A nivel doctrinario, existe consenso en considerar que, dentro de la relación laboral de la actividad privada, los denominados trabajadores de confianza tienen, a diferencia de los demás trabajadores, un grado mayor de responsabilidad, a consecuencia de que el empleador les ha delegado la atención de labores propias de él, otorgándoles una suerte de representación general(...) Este Colegiado (...) estima que un trabajador de confianza tiene particularidades que lo diferencian de los trabajadores "comunes", tales como:

- a) La confianza depositada en él, por parte del empleador; la relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodarán el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe, como fundamento de esta relación laboral especial.*
- b) Representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones; las mismas que lo ligan con el destino de la institución pública, de la empresa o de intereses particulares de quien lo contrata, de tal forma que sus actos merezcan plena garantía y seguridad. (...)*

Mientras que los que asumen un cargo de confianza están supeditados a la "confianza", valga la redundancia, del empleador. En este caso, el retiro de la misma es invocada por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos (...)"

VIGESIMO SEGUNDO: De esta manera, en caso del cese de la confianza por parte del empleador, la propia jurisprudencia constitucional ha precisado tal pérdida subjetiva conllevará a la extinción de una relación laboral -en caso se ingrese en forma directa a tal cargo- sin opción a una reposición al puesto de trabajo, pues:

*"(...) Este Colegiado (...) estima que un trabajador de confianza tiene particularidades que lo diferencian de los trabajadores "comunes", tales como: (...) f) La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva. **El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo**, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes o 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.(...)"*

Asimismo, en lo que respecta a la indemnización por despido arbitrario, si bien es verdad que anteriores criterios jurisdiccionales sustentaban la viabilidad de



otorgar una indemnización por no haberse renovado la confianza; también se encuentra acorde a Derecho que la propia Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República ha variado sustancialmente tal criterio, al precisar en forma expresa, tal como lo señalado en la Casación N° 1 8450-2015-Lima, que:

"(...)Al respecto cabe señalar que la regla tratándose de los trabajadores de confianza es en sentido inverso, es decir, 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".

VIGESIMO TERCERO: Tan cierto es lo afirmado que el Pleno Jurisdiccional Distrital Laboral de la Lima (NLPT) del año 2017 ha acordado:

"(...) No corresponde el abono de la indemnización por despido arbitrario únicamente en el caso de los trabajadores de exclusiva confianza, en cuanto, conforme el segundo párrafo del artículo 44° del Decreto Supremo N°003-97-TR, TUO del Decreto Legislativo N°728, en la designación o promoción del trabajador, la Ley no ampara el abuso del derecho o la simulación (...)"

Puesto que se ratifica la posición por el cual la terminación del vínculo laboral que tiene como motivo o causa el retiro de confianza del empleador no supone un despido arbitrario, pues dichas particularidades subjetivas (propias de los trabajadores de confianza) determinan que no corresponda otorgar indemnización por despido arbitrario, pues el retiro de confianza es una situación especial que extingue el contrato de trabajo de naturaleza subjetiva.

Además, es preciso señalar que recientemente la propia Corte Suprema de la República ha expedido el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, mediante el cual las Salas Constitucionales y Sociales han concordado por unanimidad la siguiente conclusión:

"(...) Aquellos trabajadores que ingresaron directamente a un cargo de confianza o de dirección, no les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les retire la confianza. Aquellos trabajadores que ingresaron inicialmente a un cargo en el que realizaban funciones comunes u ordinarias, y que accedieron con posterioridad a un cargo de confianza o dirección dentro de la misma empresa o institución privada, les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les impida reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo luego de retirada la confianza; o cuando le propio trabajador opte por no reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo (...)"



VIGESIMO CUARTO: Ahora, ante la evidente colisión de las presentes posiciones doctrinarias y jurisprudenciales sobre el tratamiento legal del cese de la relación laboral por el retiro de la confianza y la protección especial contra la presentación de quejas ante el empleador, este **Colegiado Superior** aprecia que, si bien es verdad, actualmente existe el criterio interpretativo mayoritario por el cual no se podrá otorgar una indemnización o reposición (mediante un ingresado en forma directa al puesto de cargo de confianza) por la causal de cese de confianza por parte del empleador, pero se deberá preservar las garantías especiales establecidas en el sistema internacional y continental sobre tales aspectos, al tener el mismo nivel jerárquico de nuestra Carta Magna.

En ese sentido, este **Colegiado Superior** asume la postura por el cual **la categoría denominada trabajador de confianza no podrá equipararse a nivel constitucional e internacional- con la protección especial a modalidades especiales de protección del despido, pues el sistema internacional no ha contemplado el condicionamiento de la tutela restitutoria (reposición) por la presentación de una queja con la situación especial de una confianza**, pues -se reitera- **ningún derecho reconocido o vigente en un estado en virtud de la legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el protocolo no los reconoce o lo reconoce en un menor grado**, tal como lo reconoce el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denominado "Protocolo de San Salvador" y el artículo 11° de la Convención CEDAW, pues este acuerdo continental reitera que se debe impedir la discriminación, pues se asegurar su derecho a trabajar mediante el impedimento del despido por razón de la presentación de una queja.

En efecto, la presente protección de carácter internacional reforzará integralmente y en forma amplia la protección legal y constitucional del trabajador que ha presentado una queja (acorde con los principios constitucionales de razonabilidad, proporcionales e interdicción de la arbitrariedad, así como en la aplicación del derecho constitucional del desarrollo de la personalidad) en los casos de despido abusivo o ilegal (más allá de la aplicación legal de la figura del cese por el retiro de la confianza o el criterio asumido por la Corte Suprema en la Casación N° 4396-2017-Lima¹⁴), pues la misma se enfocará necesariamente en el sendero determinado por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos – CIDH (tal como el caso “Lagos del Campo vs Perú”), dado que **la legislación laboral no solo deberá enfocar prohibiciones contra el despido de las mujeres o presentación de una queja, sino que se deberá prohibir cualquier tipo de trato inferior o maltrato laboral condicionado al ejercicio de un derecho.**

¹⁴En la Casación N° 4396-2017-Lima, la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social de la Corte Suprema de la República ha referido que los trabajadores comunes u ordinarios gozan de estabilidad en su trabajo y no pueden ser despedidos sino por una causa prevista en la Ley, mientras que los trabajadores que sumen un cargo de confianza, están supeditados a la "confianza" de su empleador, por lo que el retiro de la misma constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave que son objetivos; en ese sentido, se concluye que se ha incurrido en una interpretación errónea del artículo 27° de la Constitución Política del Perú.



VIGESIMO QUINTO: En ese sentido, este órgano superior comparte la postura por el cual, a pesar que la parte demandante haya tenido la condición de trabajador de confianza, tal categoría jurídica (cargo de confianza) no será óbice o elemento condicionante para que una instancia jurisdiccional nacional pueda aplicar o sustentar una tutela contemplada en el artículo 05° del Convenio N° 158 de la Organización Internacional de Trabajo – OIT, el artículo 04° del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denominado "Protocolo de San Salvador" y el artículo 11° de la Convención CEDAW, pues **tales apartados normativos de carácter internacional han regulado expresamente que los Estados Miembros deberán impedir la discriminación contra el trabajador por haber presentado una queja o demanda laboral**, por cuanto existe la obligación continental de asegurar su derecho a trabajar mediante el impedimento del despido por razón de actos de represalia, aún más si el sistema internacional no contempla como excepción a la tutela resarcitoria la figura solamente legal del cargo de confianza¹⁵.

En consecuencia, si se advierte que un claro trato discriminatorio por la falta de protección prevista en nuestra legislación nacional (Ley de Productividad y Competitividad Laboral) y la evidente vulneración de los derechos de la madre gestante, esta instancia asume la prevalencia de los tratados internacionales sobre la Ley; agregando la condición judicial de la parte demandante (en donde se determinó su condición de trabajador a plazo permanente), así como su afectación a su dignidad (artículo 1° de la Constitución Política del Perú).

En base a tales razones, **nose deberá admitir el agravio deducido por la parte demandada**, debiéndose confirmar la sentencia en el presente extremo.

.....

VIGESIMO SEXTO: El nivel de protección convencional al trabajador por haber presentado una queja contra el empleador. – Con respecto al nivel de protección internacional que ostenta un trabajador despedido, a causa de la formulación de una queja o el ejercicio de su expresión, se podrá apreciar que el artículo 26° de la Convención Americana de Derechos Humanos, conocido como el "Pacto de San José", ha prescrito la incorporación necesaria de derechos que se deriven de las garantías sociales, culturales respecto a la evaluación de los alcances materiales del derecho a la Estabilidad Laboral (sin advertir un tipo de calidad de trabajador); por cuanto que se deberán evitar los ceses a causa de actos de represalia por parte del empleador, por ejercer un derecho o expresarle libremente (conforme al derecho establecido en nuestra legislación).

¹⁵ El artículo 04° del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denominado "Protocolo de San Salvador" ha señalado en forma clara que no se podrá restringir o menoscabar (artículo 4°) ningún derecho reconocido o vigente en un estado en virtud de la legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el protocolo no los reconoce o lo reconoce en un menor grado.



En efecto, los artículos 1.1°, 8°, 13°, 16° y 26° de la Convención Americana de Derechos Humanos ha prescrito la necesidad de implementar tales derechos fundamentales, conforme a la afirmación trascendental de los siguientes apartados:

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

“(...) 1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que éste sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (...)”

“(...) 8. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (...)”

“(...) 13. Libertad de Pensamiento y de Expresión

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.

2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores, las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas (...)”

VIGESIMOSÉTIMO: A nivel del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el inciso 1) del artículo 1° de la Convención Americana de Derechos Humanos, vigente desde 1978, dispuso que los Estados Miembros deberán realizar:

“(...) Se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social (...)”.

En donde el inciso 1) del artículo 5° sienta un principio de carácter fundamental, esto es:



“(…) Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral (…)”.

Asimismo, en el Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales denominado "Protocolo de San Salvador"¹⁶, los estados partes de la Convención Americana sobre Derechos Humanos acordaron que todo ciudadano tiene derecho a la estabilidad en el empleo, en donde -en caso de despido injustificado- la trabajadora tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo; en donde -a un propio nivel internacional- no se podrá restringir o menoscabar (artículo 4º) ningún derecho reconocido o vigente en un estado en virtud de la legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el protocolo no los reconoce o lo reconoce en un menor grado.

VIGESIMO OCTAVO: Para ello, a través de la sentencia denominada “Lagos del Campo vs Perú”, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha precisado que la protección a la libertad de expresión (respecto a la defensa de derechos) y la necesidad de emplear una causa justificada dentro del momento del cese de la relación laboral, se deberá garantizar la vigencia de tales derechos convencionales ante la sola implementación de una extinción de una relación laboral; en cuanto que la reposición puesto de trabajo (o la indemnización, si la parte trabajadora lo estima conveniente) se sujetará a la constitución de una decisión no justificada o abusiva, en cuanto:

“(…) Por tanto, al analizar el contenido y alcance del artículo 26 de la Convención en el presente caso, la Corte tomará en cuenta, a la luz de las reglas generales de interpretación establecidas en el artículo 29 b, c, y d de la misma, la aludida protección a la estabilidad laboral aplicable al caso concreto. (...) En este sentido, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su Observación General No. 18 sobre el derecho al trabajo, expresó que este mismo “implica el derecho a no ser privado injustamente del empleo” (...) Asimismo, ha señalado que el “incumplimiento de la obligación de proteger se produce cuando los Estados Partes se abstienen de adoptar todas las medidas adecuadas para proteger a las personas sometidas a su jurisdicción contra las vulneraciones del derecho al trabajo imputables a terceros”, lo cual incluye “el hecho de no proteger a los trabajadores frente al despido improcedente (...)”

“(…) Cabe precisar que la estabilidad laboral no consiste en una permanencia irrestricta en el puesto de trabajo, sino de respetar este derecho, entre otras medidas, otorgando debidas garantías de protección al trabajador a fin de que, en caso de despido se realice éste bajo causas justificadas, lo cual implica que el empleador acredite las razones suficientes para imponer dicha sanción con las debidas garantías, y frente a ello el trabajador pueda recurrir tal decisión ante las autoridades internas,

¹⁶ El artículo 1º del Protocolo Adicional a la Convención Americana de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador" establece que los Estados se comprometen a adoptar medidas necesarias dentro del orden interno como mediante la cooperación entre los Estados, a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos.



quienes verifiquen que las causales imputadas no sean arbitrarias o contrarias a derecho (...)”

“(...) En este sentido, la libertad de expresión resulta una condición necesaria para el ejercicio de organizaciones de trabajadores, a fin de proteger sus derechos laborales, mejorar sus condiciones e intereses legítimos, puesto que sin este derecho dichas organizaciones carecerían de eficacia y razón de ser (...) Es decir, frente al despido arbitrario por parte de la empresa (supra, párr. 132) el Estado no adoptó las medidas adecuadas para proteger la vulneración del derecho al trabajo imputable a terceros (...) Por ende, no se le reinstaló en su puesto de trabajo ni recibió ninguna indemnización ni los beneficios correspondientes (...) Con motivo de ello, el señor Lagos del Campo perdió su empleo, la posibilidad de acceder a una pensión por jubilación, así como ejercer sus derechos como representante de los trabajadores (...)”

VIGESIMO NOVENO: Además, si el artículo 05° del Convenio N° 158 de la Organización Internacional del Trabajo – OIT, el cual es una fuente de interpretación a nivel internacional y nacional, ha establecido que en ninguna forma podrá ser objeto de un cese justificado el cese de una relación laboral por la interposición de una queja contra el empleador, al momento de indicarse:

“(...) Entre los motivos que no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo figuran los siguientes:

- (a) la afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo;*
- (b) ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;*
- (c) presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes (...)*”

Entonces podremos apreciar que existe una norma de carácter internacional, tal como el Convenio N° 158 de la OIT, a través del cual se ha precisado que ningún tipo de trabajador, sea trabajador de confianza puro o no, podrá ser cesado de su puesto de trabajo si es que el mismo ha sido un acto de represalia por parte del empleador; conllevando a que la garantía a la Estabilidad Laboral contemplada ahora en el artículo 26° de la Convención Americana de Derechos Humanos exija la nulidad o invalidez de todos los actos del empleador que tenga como objeto de extinguir la relación laboral a consecuencia del ejercicio de la libertad de expresión, la libertad sindical, actos de discriminación, presentación de quejas, etc.

En base a esto, si nuevamente se menciona la sentencia denominada “Lagos del Campo vs Perú”, se podrá apreciar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos impide todo acto de represalia del empleador en caso del ejercicio de la libertad sindical o derechos, debido a que:

“(...) La Corte advierte que el despido del señor Lagos del Campo, al haber sido realizado en represalia por sus labores de representación, pudo tener un efecto amedrentador e intimidante en los demás miembros de la Comunidad Industrial. 163.



En vista de lo anterior, esta Corte concluye que el Estado es responsable por la violación del artículo 16.1 y 26 en relación con los artículos 1.1, 13 y 8 de la Convención Americana, en perjuicio del señor Lagos del Campo (...)"

TRIGESIMO: Con ello, los órganos supervisores a nivel internacional, OIT así como la Organización de las Naciones Unidas- ONU, han concluido que toda disminución legal o fáctica que limite la protección en el empleo de los trabajadores será objeto de tutela a nivel continental, pues el despido por causa del embarazo, ejercicio de la libertad sindical, representación sindical, actos de discriminación, la formulación de una queja, entre otros; serán serios elementos de amenaza grave que vulneren fehacientemente garantías mínimas y derechos fundamentales dentro de una relación laboral, más aún en el Despido.

En consecuencia, para poder delimitar el nivel de protección dentro del ámbito internacional, este **Colegiado Superior** asume las conclusiones vertidas en el informe expedido por la Comisión Interamericana de Derechos¹⁷, mediante el cual el sistema interamericano exige que los Estados miembros no solo se abstengan de discriminar o tolerar formas de discriminación en el ámbito laboral, pues también deberán **generar condiciones que faciliten la reinserción y permanencia de los trabajadores en este ámbito**; el cual posee una plena concordancia con el artículo 11° de la Convención CEDAW, pues este acuerdo continental reitera que se debe impedir la discriminación contra los trabajadores bajo contextos especiales, pues se asegurar su derecho a trabajar mediante el impedimento del despido por razón de maternidad o la discriminación de los despidos en base a una condición forma no reconocida dentro del sistema internacional.

De esta manera, la presente protección de carácter internacional reforzará integralmente y en forma amplia la protección legal y constitucional a estos tipos de trabajadores en los casos de despido abusivo o ilegal, pues la misma se enfocará necesariamente en el sendero determinado por la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos - CIDH, dado que **la legislación laboral no solo deberá enfocar prohibiciones contra el despido por la presentación de una queja, sino que se deberá prohibir cualquier tipo de trato inferior o maltrato laboral condicionado a tales condiciones.**

TRIGESIMO PRIMERO: Sobre el Despido Nulo por presentación de una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes. - Sobre la causal regulada en el inciso c) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral regulado en el Decreto Supremo N° 003-97-TR, se deberá tener presente que la propia norma ha previsto en forma expresa:

¹⁷ COMISION INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, "El trabajo, la educación y los recursos de las mujeres: La ruta hacia la igualdad en la garantía de los derechos económicos, sociales y culturales", Organización de los Estados Americanos - OEA, Ser. L/V/II.143, Documento N° 59, 2011, Pág. 30 a 60



"(...) Es nulo el despido que tenga por motivo: Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25° (...)".

Para ello, la doctrina refiere que todo trabajador que fuese despedido luego de interponer alguna queja o reclamo en contra de su empleador y considere que el motivo de su desvinculación se ha sujetado en el interés de búsqueda hacia una tutela efectiva, podrá cuestionar judicialmente la nulidad de su despido, debiendo acreditar (en este caso) que el despido se realizó a causa del reclamo efectuado¹⁸; asimismo, la propia teoría jurídica precisa que cuando se defina la causal concerniente a una queja o reclamo contra el empleador, se referirá a una disconformidad con respecto a alguna situación o tema en particular, cuya acción no tendrá que ser planteado ante un mismo empleador, sino ante órganos especializados de resolver la controversia, según corresponda¹⁹.

TRIGESIMO SEGUNDO: Ahora, si bien es verdad que la doctrina nacional y la jurisprudencia (ordinaria y constitucional) siempre han señalado que esta causal solamente se configurará ante la presentación de una queja ante órganos administrativos, conciliatorios o judiciales que no sea el empleador (con relación al Convenio N° 158 de la OIT²⁰); pero, a nivel internacional y jurisprudencial, actualmente esta instancia superior también se encuentra tutelando la protección dentro de la etapa de ejecución de sentencia, pues ahora no es necesario que la causal de despido nulo por queja se encuentre encasillada a la presentación de un queja ante las autoridades judiciales y administrativas correspondientes, pues actualmente se admite la posibilidad que la referida queja sea presentada ante el propio empleador o que el acto judicial se encuentre en ejecución de sentencia.

De esta manera, a través de la Casación N° 12914-2014-Junín y N° 8984-2016-Lima expedida por la Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de la República, se detalla lo siguiente:

"(...) El inciso c) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, establece que será nulo el despido que tenga por motivo la

¹⁸ TOYAMA MIYAGUSUKU JORGE, "Criterios jurisprudenciales de la Corte Suprema sobre el despido nulo", Revista IUS ET VERITAS, N° 52, Julio, 2016, Pág. N° 232 -257

¹⁹ Ídem, Pág. 236

²⁰ El artículo 5° del Convenio N° 158 de la Organización Internacional del Trabajo - OIT prescribe que, ente estos motivos, no constituirán causa justificada para la terminación de la relación de trabajo:

(a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales fuera de las horas de trabajo o, con el consentimiento del empleador, durante las horas de trabajo.

(b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad.

(c) Presentar una queja o participar en un procedimiento entablado contra un empleador por supuestas violaciones de leyes o reglamentos, o recurrir ante las autoridades administrativas competentes.

(d) La raza, el color, el sexo, el estado civil, las responsabilidades familiares, el embarazo, la religión, las opiniones políticas, la ascendencia nacional o el origen social.

(e) La ausencia del trabajo durante la licencia de maternidad.



presentación de una queja o la participación en un proceso judicial contra el empleador, en dicha razón el juzgador deberá establecer la vinculación del despido con la motivación real del mismo, no bastando que se acredite por separado los hechos invocados, sino que tenga una relación con la decisión del empleador (...)"

"(...) La queja interpuesta fue presentada de manera formal u estricta a su propia empleadora, sin tener en cuenta los alcances del supuesto que invoca, pues dicho dispositivo establece como causal de despido nulo presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes. Asimismo, el artículo 47° del reglamento del Decreto Supremo N° 003-97-TR, aprobado por el Decreto Supremo N° 001-96-TR, establece que se configura la nulidad del despido (...) si la queja o reclamo ha sido planteado contra el empleador ante las autoridades administrativas o judiciales competentes; por lo que la queja así formulada por el accionante escapa del ámbito de protección contenido en el inciso c) del artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR (...)"

TRIGESIMO TERCERO: El caso en concreto (Agravios N° 01, N° 02 y N° 04).- De los actuados, la **parte demandada** advierte la existencia de un error al momento de estimar la constitución de despido nulo por la presentación de una queja, pues la parte demandante no ha determinado el nexo de causalidad entre la presentación de la demanda (en el Exp. N° 17510-2017) con la extinción de la relación laboral; debido a que la empresa tuvo conocimiento desde antes que fuese notificada la demanda.

Por esto, no se ha considerado que el cese de la relación laboral se ha sujetado al cumplimiento del plazo contratado, conforme a la suscripción del contrato de comisión mercantil; agregando que la interposición de la demanda se realizó el 14 de diciembre de 2017, mientras que la no renovación del contrato se produjo el 08 de enero de 2018 (periodo de 26 días). Así, no se debe admitir la invalidez de la pretensión de reposición al puesto de trabajo por la causal de despido nulo, tampoco procede el pago de remuneraciones devengadas.

Sobre esto, el **órgano jurisdiccional de primera instancia** afirma la constitución de un despido nulo por la presentación de una queja, por cuanto que la extinción de la relación laboral se ha producido causalmente a la presentación de una demanda judicial contra su empleador.

TRIGESIMO CUARTO: Para tal fin, este **Colegiado Superior** estima que, con respecto a la constitución de un Despido Nulo a consecuencia de la aplicación del inciso c) del artículo 29° de la LPCL, la parte demandante presentó una demanda de desnaturalización del contrato con fecha 14 de diciembre de 2017; mientras que la no renovación del contrato se produjo el 08 de enero de 2018 (dentro de un periodo de 26 días), es decir dentro de un periodo razonable para poder evaluar la constitución de un despido ilegal.

Conforme a esto, si la propia parte demandada ha reconocido, dentro de su recurso de apelación, que había tenido conocimiento de la demanda con anterioridad a la no renovación del contrato (ratificado dentro de la celebración



de la Vista de la causa); entonces nos encontramos ante claros elementos respecto a la constitución de un despido nulo por la formulación de una queja, pues el empleador realizó un acto de represalia ante el conocimiento de la demanda de reconocimiento de una relación laboral a plazo indeterminado (condición material que ya tiene la condición de Cosa Juzgada), dentro de un plazo razonable para poder verificar el nexo de causalidad.

Por tales consideraciones, pronunciándose sobre el fondo de la controversia, si se aprecia la constitución de un Despido Nulo estipulado en el inciso c) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR.; por cuanto que la inmediata ejecución del despido ha tenido como finalidad evitar que la parte demandante pueda tener la condición de trabajador a plazo indeterminado (el cual fue reconocido posteriormente), el cual tampoco ha sido cuestionado por la parte demandada.

Con razón a ello, **no corresponderá amparar el agravio deducidos por la parte demandada**; por lo que, se deberá confirmar la sentencia en el presente extremo.

.....

TRIGESIMO QUINTO:Respecto a finalidad de tutela de los derechos fundamentales.-Al respecto, el Artículo I del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, aplicable de manera supletoria al presente proceso, ha previsto que los procesos constitucionales (tales como los procesos de amparo, habeas corpus, habeas data, cumplimiento, etc.) tendrán por finalidad proteger los derechos constitucionales, reponiendo al estado anterior la violación o amenaza de violación de los derechos reconocidos en la Constitución Política del Perú.

Para ello, la doctrina nacional actualmente ha referido que la tutela restitutoria de los procesos constitucionales, el cual podrá aplicarse a los procesos ordinarios, se concentrarán en la protección de los derechos fundamentales, reponiendo las cosas al estado anterior a la violación o amenaza²¹; en donde esta reposición al estado anterior a la vulneración del derecho fundamental se concentrará en restituir al accionante el goce y disfrute de la situación jurídica o de la garantía contravenida, conforme al reconocimiento judicial o derecho pre existente²² al momento de haberse constituido la vulneración; garantizándose de esta manera el ejercicio del derecho vulnerado que ha dado origen al

²¹EGUREN PRAELI FRANCISCO JOSE, "La finalidad restitutoria del proceso constitucional de amparo y el alcance de sus sentencias", Revista Derecho y Sociedad - Asociación Civil, Lima N° 25, Pág. N° 144 a 149.

²²Tal como lo señalado por el autor NESTOR SAGUÉS PEDRO en su libro "Derecho Procesal Constitucional: Acción de Amparo", Buenos Aires, Edit. Astrea, 1988, Pág. 433; la ley de amparo posibilita una variada gama de conductas que pueden imponerse al accionado, en donde la demanda de amparo tendrá efectos restitutorios, pues tienden a impedir que se consume la lesión si el acto no ha tenido principio de cumplimiento, lo suspende si ha comenzado a cumplirse y en cuanto a lo ya cumplido retrotrae las cosas al estado anterior, si es posible.



procedimiento judicial, es decir, cesar la referida violación, eliminando la causa de la misma y haciendo cesar sus efectos²³.

De la misma forma, a nivel internacional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos - CIDH ha sostenido progresivamente que la reparación constitucional del daño ocasionado por la infracción de una obligación internacional consiste en la plena restitución (*restitutio in integrum*), lo que incluye **el restablecimiento de la situación anterior** y la **reparación de las consecuencias que la infracción produjo**²⁴, más el pago de una indemnización como compensación por los daños patrimoniales y extrapatrimoniales; por lo que, en su propia jurisprudencia, la referida Corte ha sostenido que la reparación es el término genérico que comprende las diferentes formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido, ya sea a través de la restitución íntegra, la indemnización, satisfacción, o de garantías de no repetición.

TRIGESIMO SEXTO: En tal dirección, a través de reiterada jurisprudencia, tal como lo desarrollado en los expedientes N° 0976-200 1-AA/TC, N° 0253-2003-AA/TC y N° 03052-2009-PA/TC, el TC ha dejado expresa constancia de la presente garantía a nivel de restituciones (en el presente caso reposiciones laborales) de los derechos fundamentales señalados, al momento de precisar:

"(...)Teniendo en cuenta la propia finalidad del amparo, que es la de “reponer las cosas al estado anterior a la violación o amenaza de violación de un derecho constitucional”, como expresamente lo indica el artículo 1° de la Ley N° 28237, debe concluirse, que verificado que sea la existencia de una lesión de derechos fundamentales(...)carecerá de efecto legal- cuando se produce con violación de los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o los tratados relativos a la promoción, defensa y protección de los derechos humanos (...)".

TRIGESIMO SETIMO: El caso en concreto. - De los actuados, en el presente proceso, este **Colegiado Superior** considera que, al haberse declarado fundada la demanda, será válida la restitución de sus derechos vulnerados y el reconocimiento de las remuneraciones devengadas; por cuanto la misma ha guardado relación con la eficacia de los derechos fundamentales presuntamente vulnerados; por consiguiente, el cálculo de los devengados se realizará en la etapa de ejecución de sentencia.

En consecuencia, **no corresponderá amparar el agravio deducidos por la parte demandada**; por lo que, se deberá confirmar la sentencia en el presente extremo.

.....

²³EGUREN PRAELI FRANCISCO JOSE, "La finalidad restitutoria del proceso constitucional de amparo y el alcance de sus sentencias", Revista Derecho y Sociedad - Asociación Civil, Lima N° 25, Pág. N° 144 a 149.

²⁴FAUNDEZ LEDESMA HECTOR, "El Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Aspectos Institucionales y Procesales", citado por EGUREN PRAELI FRANCISCO JOSE en su obra "La finalidad restitutoria del proceso constitucional de amparo y el alcance de sus sentencias".



III. PARTE RESOLUTIVA:

Por los fundamentos expuestos, este Colegiado Superior, con la autoridad que le confiere el artículo 138° de la Constitución Política del Perú y la Ley, impartiendo justicia en nombre de la Nación.

HA RESUELTO:

1.- CONFIRMAR la Sentencia N° 025-2022-16°JETL contenida mediante Resolución N°07, de fecha 31 de enero de 2022, en el cual se declaró fundada la demanda, ordenando para ello lo siguiente:

- a) Reponer a la parte demandante en su puesto de trabajo o en otro de similar categoría, al haberse constituido un despido nulo conforme a lo establecido en el inciso c) del artículo 29° del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por el Decreto Supremo N°003-97- TR.
- b) Convocar a una reunión de supervisión virtual, respecto al cumplimiento del mandato de reposición.
- c) Pagar las costas y costos procesales, los cuales se determinarán en ejecución de sentencia.

En los seguidos por **YONIS ROMERO RUEDA** contra la demandada **BLUE MARLIN BEACH CLUB S.A.**, sobre reposición al puesto de trabajo y otros; y los devolvieron al juzgado de origen. **Notifíquese.** -

LJBB