

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502022000200091>

El retiro de confianza en el ordenamiento laboral peruano. Necesidad de un reexamen en clave protectora

*Javier Espinoza Escobar**

RESUMEN

El artículo analiza el tratamiento que recibe el retiro de confianza en el ordenamiento jurídico peruano. Se plantea que aquel debe reexaminarse bajo el influjo del principio protector. Así se evitará que los trabajadores con relación de exclusiva confianza se queden al margen de la protección frente al despido otorgada por la Constitución a todos los trabajadores, sin excepción. Se deja en evidencia la utilidad práctica del principio protector para cumplir tal finalidad. Al haberse nutrido de la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito de la empresa e incluir dentro de su contenido la exigencia de causalidad como límite a la decisión extintiva empresarial, el principio se convierte en el mecanismo más eficaz para la integración del derecho frente a la ausencia de norma que regule el retiro de confianza.

Trabajadores de confianza; principio protector; retiro de confianza

The withdrawal of trust in the peruvian labour order. Need for a re-examination in protective key

ABSTRACT

The article analyzes the treatment that the withdrawal of trust gets in the Peruvian legal system. It is suggested that it must be re-examined under the influence of the protective principle. This will prevent workers with a relationship of exclusive trust from being left out of the protection against dismissal granted by the Constitution to all workers, without exception. The practical utility of the protective principle to fulfill this purpose is evident. By having been nourished by the theory of the effectiveness of fundamental rights in the field of the company and including within its content the requirement of causality as a limit to the business termination decision, the principle becomes the most important mechanism for the integration of the law in the absence of rules that regulates the withdrawal of trust.

Trust workers; protective principle; trust withdrawal

* Abogado por la Universidad de Piura, Perú. Máster en Derecho con mención en Derecho de la Empresa, Universidad de Piura, Perú. Máster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a través de la Jurisprudencia, Universidad Rey Juan Carlos, España. Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola, Lima, Perú. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9906-0526>. Correo electrónico: jespinozae@usil.edu.pe.

Artículo recibido el 29.8.2021 y aceptado para su publicación el 3.5.2022.

I. INTRODUCCIÓN

Los trabajadores de confianza constituyen una categoría especial de trabajadores cuya relación laboral se constituye y desarrolla en torno a la especial confianza que el empleador deposita en ellos. Esta constituye una razón objetiva con la suficiente entidad para sustentar un tratamiento normativo distinto al del común de los trabajadores, sea en lo correspondiente a las condiciones de trabajo, al goce de ciertos derechos o a la culminación de la relación laboral.

En diversos ordenamientos jurídicos se encuentra reconocida la posibilidad de extinguir, de manera unilateral, el vínculo laboral con los trabajadores de confianza, sin necesidad de expresar causa¹; o, alegando una causa razonable aun cuando no coincida con las causas justas para la rescisión del contrato². Asimismo, se da por establecido, y así se recoge legislativamente, que esta culminación del vínculo no generará readmisión en el empleo sino el pago de una indemnización³.

A pesar de la existencia de un antecedente que regulaba la cuestión del retiro de confianza y reconocía el pago de una indemnización⁴, en la actualidad, Perú no cuenta con una disposición específica ni genérica que regule el retiro de confianza; esto significa que no se encuentra reconocido como causa de extinción de la relación laboral, tampoco se exige el cumplimiento de formalidad alguna para hacerlo efectivo, ni mucho menos se reconocen consecuencias jurídicas para esta decisión empresarial unilateral.

Después de sucesivas marchas y contramarchas, y a partir de la diferenciación entre trabajadores de confianza con relación de exclusiva confianza y con relación laboral mixta, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema han establecido como criterio jurisprudencial que, a los primeros, no les corresponde reposición en el empleo ni indemnización en caso de retiro de confianza. En cambio, a los segundos, les corresponde retornar a su puesto de origen y, en todo caso, la indemnización, en el caso que el empleador les impida reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo; o cuando el propio trabajador opte por no reincorporarse a él.

¹ Por ejemplo, en España el Real decreto 1382/1985, de 1 de agosto por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, artículo 11. El desistimiento empresarial no requiere expresar causa, pero se debe realizar la comunicación por escrito y mediando un preaviso. En el Código de Trabajo de Chile de 1994, no se exige expresión de causa, pero el desahucio debe realizarse por escrito. Igual requerimiento en el Código de Trabajo del Ecuador de 2005, artículo 184°.

² Ley Federal del Trabajo de México de 1970, artículo 185°.

³ Como ocurre en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto de España, sea que se trate de indemnización pactada en el contrato o a falta de esta la que establezca la ley. En el Código de Trabajo de Ecuador se regula una bonificación por desahucio (artículo 185). Según el Código de Trabajo de Chile, se pagará una indemnización en dinero, cuando no se anticipe por escrito el desahucio en los términos que precisa la ley (artículo 161°).

⁴ Nos referimos a la Ley 24514 de 1986. En su artículo 15° estableció que quienes desempeñaran cargos de confianza estaban amparados por la ley; “pero solo podrán ejercitar la acción indemnizatoria”. Según esta norma, eran cargos de confianza los que “se ejercen a nivel de dirección los que conllevan poder decisorio o importan representación general del empleador”. La mencionada norma estuvo vigente hasta el 12 de noviembre de 1991.

Este artículo se centrará en los trabajadores con relación de exclusiva confianza del régimen laboral privado. Se brindarán argumentos dirigidos a sostener que a estos sí les corresponde protección frente al retiro de confianza. La base fundamental con la que se construirán esos argumentos será el principio protector que “constituye el núcleo central y básico del sistema”⁵ del Derecho del Trabajo. Se plantea que este no solo es una simple regla inspiradora del ordenamiento laboral, sino que constituye una verdadera herramienta con utilidad práctica para brindar amparo al trabajador.

Para realizar tal tarea, se abordará el tratamiento normativo de los trabajadores de confianza en Perú; también se revisará el recorrido y sentido de los diversos pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema hasta llegar al criterio actualmente vigente que niega la indemnización a los trabajadores con relación de exclusiva confianza. Posteriormente, se plantearán tres argumentos construidos en torno al principio protector con el fin de sustentar que los trabajadores con relación de exclusiva confianza sí tienen derecho a la indemnización frente al retiro de confianza. Finalmente, se esbozarán algunas conclusiones.

II. PUNTO DE PARTIDA: EL TRATAMIENTO NORMATIVO DE LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA DEL RÉGIMEN LABORAL PRIVADO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

No existe en Perú una norma que regule de manera unificada las diversas cuestiones laborales relacionadas con la categoría especial de los trabajadores de confianza del régimen laboral privado. No obstante, el artículo 43° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral de 1997 (en adelante, LPCL) reconoce dentro de esta categoría a dos tipos de trabajadores: el personal de dirección y los trabajadores de confianza⁶.

Según esta disposición, el personal de dirección es “aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquellas funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial”. Asimismo, serán trabajadores de confianza “aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales”.

A partir de esta disposición, los Tribunales de Justicia han concluido que el personal de dirección, “tiene poder de decisión y actúa en representación del empleador, con poderes propios de él”⁷, a diferencia del personal de confianza que “únicamente coadyuva

⁵ PLÁ, 1978, p. 34.

⁶ A lo largo de la presente contribución se utilizará el término “trabajadores de confianza” para referirnos a las dos categorías de trabajadores mencionados en el citado artículo.

⁷ Por todas, Corte Suprema, 17.12.2009, casación laboral N° 25643-2017-Arequipa.

a la toma de decisiones por parte del empleador o del referido personal de dirección, son sus colaboradores directos”⁸.

En todo caso, la confianza que deposita el empleador en los trabajadores será el elemento basilar que le otorga a esta relación laboral un carácter especial⁹. En virtud de ella, tendrán 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”¹⁰; y, por tanto, tendrán una posición de preeminencia dentro de la estructura organizativa de la empresa.

La intrínseca relación entre la confianza y las funciones, tareas y responsabilidades que desempeñan sustenta la posibilidad de otorgarles un tratamiento particular “con unos efectos jurídicos propios y distintos a los que se generan con los trabajadores ordinarios y con una exigencia cualificada de la obligación de actuar de buena fe, pues a ellos se exigirá más que al común de los trabajadores”¹¹. La afirmación anterior guarda relación con la disposición constitucional que posibilita dictar leyes especiales “porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas” (artículo 103° de la Constitución de 1993); asimismo, con la posibilidad legítima de que “bajo ciertos esquemas y parámetros” se permita un tratamiento diferenciado, siempre que existan causas objetivas y razonables que lo justifiquen¹². En el caso de los trabajadores de confianza, las causas objetivas y razonables se vinculan con la especial función o actividad que desempeñan al interior de la empresa.

El artículo 44° de la LPCL precisa que los trabajadores de confianza pueden acceder a tal condición, directamente o por promoción. Según el Tribunal Constitucional¹³, en el primer caso, nos encontramos frente a los trabajadores con relación de exclusiva confianza; es decir, aquellos “contratados específicamente para cumplir funciones propias del personal de confianza y que, en consecuencia, desde el inicio de la relación laboral tienen pleno conocimiento de lo que ello implica”. En el segundo caso, ante los trabajadores con relación laboral mixta; es decir, aquellos “que accedieron a un puesto de trabajo para realizar funciones comunes u ordinarias, pero que posteriormente, por determinados factores, el empleador les asignó el cumplimiento de funciones propias de un trabajador de confianza”.

Sea cual fuere el modo de acceso, debe tenerse en cuenta que “en la designación o promoción del trabajador, la ley no ampara el abuso del derecho o la simulación”¹⁴. Como se verá más adelante, esta diferencia constituye la base con las que los Tribunales

⁸ Por todas, Tribunal Constitucional, 15.03.2007, expediente N° 03501-2006-PA/TC.

⁹ DE BUEN, 2000, p. 14.

¹⁰ Tribunal Constitucional, 15.03.2007, expediente N° 03501-2006-PA/TC.

¹¹ ESPINOZA, 2017b, p. 132.

¹² Por todas, Tribunal Constitucional, 21.11.2007, expediente N° 00027-2006-PI/TC.

¹³ Tribunal Constitucional, 15.03.2007, expediente N° 03501-2006-AA/TC. El mismo criterio en Corte Suprema, 23.08.2016, casación laboral N° 18450-2015-Lima.

¹⁴ Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997, artículo 44°.

de justicia excluyen a los trabajadores con relación de exclusiva confianza de la protección frente al retiro de confianza.

Al margen del procedimiento legal para la calificación de los puestos de dirección o de confianza que debe seguir el empleador¹⁵, su inobservancia “no enerva dicha condición, si de la prueba actuada esta se acredita”¹⁶. Será entonces el principio de primacía de la realidad el que juegue un rol fundamental en la identificación de esta categoría de trabajadores, pues de aquella dependerá la validez del tratamiento diferenciado respecto de los trabajadores ordinarios¹⁷. De esta forma, la calificación del puesto como uno de dirección o de confianza se vinculará con la naturaleza de la función desempeñada; o sea, con “las labores o funciones objetivas que se derivan de la posición o puesto”¹⁸ que deberán estar relacionadas “en forma inmediata y directa con la vida misma de las empresas, sus intereses, la realización de sus fines y con su dirección, administración, entre otras actividades”¹⁹.

Acerca de la materia concreta que nos ocupa, esto es, el retiro de confianza; no existe ninguna disposición expresa que lo reconozca como causa de extinción de la relación laboral, ni que establezca un procedimiento o determine las consecuencias jurídicas que aquel genera. Tampoco se encuentra considerado entre las causas de extinción del contrato de trabajo contempladas en la LPCL. Pese a ello, en la práctica, se lo trata como “una situación especial que extingue el contrato de trabajo de naturaleza subjetiva”²⁰. Esta tiene como fundamento el poder de dirección del empleador, esto es, su potestad para “estructurar, categorizar y organizar su fuerza laboral”²¹ y —como no podía ser de otra forma— la confianza, o más bien, la pérdida de esta.

A partir de ello, se pueden esbozar sus elementos configuradores: (i) unilateralidad, pues, al igual que el despido, la manifestación de voluntad depende, única y exclusivamente, del empleador; (ii) carácter recepticio, porque el retiro de confianza requiere ser conocido por el trabajador; (iii) inexistencia de forma prescrita; esto es, ausencia de procedimiento o forma alguna para darse a conocer; (iv) inexistencia de preaviso, lo que permite que se ejerza en cualquier momento y que tenga efectos inmediatos; (v) ausencia de causa, porque el retiro de confianza no requiere de la explicitación de una

¹⁵ Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, 1996, artículo 60°.

¹⁶ Tribunal Constitucional, 19.04.2005, expediente N° 1651-2005-PA/TC. Según esta, la omisión de consignar en la resolución de designación la calificación del trabajador de confianza “no enervaría dicha condición, ya que la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas” (fundamento jurídico 7).

¹⁷ Así, entre otras, la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, 2002 que los excluye de la jornada máxima legal y del derecho al pago de horas extras; la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, 1992 que recoge el impedimento de afiliación sindical; o la propia Ley de Productividad y Competitividad Laboral 1997 que establece un periodo de prueba mayor (6 meses para los trabajadores de confianza y un año para el personal de dirección).

¹⁸ TOYAMA y MERZTHAL, 2014, p. 83.

¹⁹ Tribunal Constitucional, 19.04.2005, expediente N° 1651-2005-PA/TC.

²⁰ Tribunal Constitucional, 15.03.2007, expediente N° 03501-2006-PA/TC.

²¹ ARCE y QUISPE, 2021, p. 23.

causa o motivación para hacerla efectiva²², “es suficiente con que exista una pérdida de confianza por parte de la empresa”²³ en el trabajador; y, (vi) carácter constitutivo de la declaración del empleador, porque la sola declaración del retiro de confianza genera la extinción de la relación laboral especial, cuando se trata de trabajadores con relación de exclusiva confianza²⁴.

Como se aprecia, la confianza adquiere trascendencia no solo para la constitución de la relación laboral sino, especialmente, para la estabilidad en el empleo, pues este se convierte en “el espacio de mayor vulnerabilidad de los trabajadores de confianza”²⁵ con especiales singularidades²⁶.

Al margen de lo señalado, la cuestión central es determinar si el retiro de la confianza genera algún mecanismo de protección ante la repentina pérdida de empleo, específicamente, de aquellos trabajadores con relación de exclusiva confianza. Esta respuesta vino de los tribunales de justicia como se muestra a continuación.

III. LA RESPUESTA JURISPRUDENCIAL A LA CUESTIÓN DEL RETIRO DE CONFIANZA

Frente a la ausencia de regulación normativa han sido los Tribunales de Justicia del más alto nivel (Tribunal Constitucional y Corte Suprema) los que han ido atribuyendo diversas –y contradictorias– consecuencias jurídicas al retiro de confianza.

En un primer momento, se estableció que a “quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición, sino la indemnización”²⁷, siendo necesario para ello que “se acredite fehacientemente el cargo ejercido”²⁸. Así, se convalidó la posibilidad de dejar sin efecto la relación laboral de un trabajador con relación de exclusiva confianza, alegando retiro de confianza, sin necesidad de expresar motivo, siempre y cuando se cumpla con pagar la respectiva indemnización²⁹.

²² Corte Suprema, 17.12.2019, casación laboral Nº 25643-2017-Arequipa.

²³ RAMOS, 2021, p. 987. El autor expresa que esta facultad excepcional *ad nutum* se apoya “en la supletoriedad de la legislación civil y mercantil y sus principios generales; y en la inexistencia de un régimen disciplinario en sentido propio”, tal como se desprende del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto..

²⁴ La precisión es fundamental. Tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema han determinado que, en el caso de los trabajadores con relación laboral mixta, el retiro de la confianza origina que el trabajador vuelva a ocupar el puesto primigenio del que fue promovido. Como se puede apreciar, la relación laboral continuará vigente, siendo que, a partir de la comunicación del retiro de confianza, el trabajador volverá a desarrollar las funciones ordinarias correspondientes al puesto originario del que fue promovido. Funciona en la práctica como un cambio de puesto de trabajo.

²⁵ REYNOSO, 1992, p. 38.

²⁶ RAMOS, 2021, p. 973.

²⁷ Tribunal Constitucional, 13.04.2007, expediente Nº 00078-2006-PA/TC. Tribunal Constitucional, 19.04.2004, expediente Nº 00746-2003-AA/TC. Tribunal Constitucional, 17.02.2005, expediente Nº 4492-2004-AA/TC.

²⁸ Tribunal Constitucional, 19.04.2004, expediente Nº 00746-2003-AA/TC.

²⁹ TOYAMA y MERZTHAL, 2014, p. 89.

Si el trabajador de confianza mantuvo una relación laboral mixta, entonces el retiro de confianza generaba el derecho a retornar al puesto original del que fue promovido porque “suponer lo contrario, es decir que incluso en tales casos el retiro de la confianza implica la ruptura del vínculo laboral, significaría permitir un abuso del derecho del empleador, lo cual es prohibido por el artículo 103° de la Constitución”³⁰.

Esta doctrina constitucional también fue asumida por la Corte Suprema. Según esta, a los trabajadores de confianza les corresponde el pago de una indemnización por despido arbitrario porque “se encuentran igualmente protegidos contra el despido arbitrario” al haber sido despedidos sin expresión de causa³¹. Asimismo, partiendo de la no inclusión del retiro de confianza dentro de las causales de extinción de la relación laboral contempladas en el artículo 16° de la LPCL, la Corte concluyó en otro pronunciamiento que “sí corresponde al trabajador de confianza en particular, como a todo trabajador en general, el derecho a la protección contra el despido arbitrario”³².

Como se aprecia en las citadas resoluciones, en el caso de retiro de confianza a los trabajadores con relación de exclusiva confianza, el derecho al trabajo y la protección frente al despido arbitrario implicaban el pago de la indemnización contemplada en la ley. Debido a la especial relación existente entre las partes, la forma adecuada de proteger el derecho al trabajo frente a la culminación del vínculo laboral sin expresión de causa contemplada en la ley no podía ser la reposición, sino la indemnización.

Sin embargo, junto con este criterio, marchaba de forma paralela otro, según este, no se produce afectación de derecho constitucional alguno por el retiro de la confianza en tanto que, desde el inicio de la relación laboral, la estabilidad en el empleo estaba supeditada a la confianza del empleador.

Así, en un caso en el que el demandante ejerció como Gerente de Administración y Finanzas, la Corte expresó que: “la conclusión de su relación laboral no vulnera derecho constitucional alguno, ya que el puesto del demandante, desde el inicio de la relación laboral, estaba sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en el empleo”³³. En otra sentencia, se afirmó que “con la expedición de la Carta EF/92.2000 N° 109-2010, de fecha 2 de junio de 2010 (folio 40), que dio por concluida la designación del demandante en el cargo que ocupaba, no se ha vulnerado derecho constitucional alguno”³⁴.

Por su parte, la Corte Suprema³⁵ declaró, de manera controversial y sin mayor sustento, que la regla jurisprudencial que otorga indemnización frente al retiro de

³⁰ Tribunal Constitucional, 13.11.2007, expediente N° 08257-2006-PA/TC. Agregó que “la admisión del retiro de confianza en tal supuesto como causal válida de ruptura del vínculo laboral supondría admitir una forma de despido arbitrario dado que representaría una forma indirecta de despido incausado” (fundamento jurídico 9). Similar criterio en Tribunal Constitucional, 15.03.2007, expediente N° 3501-2006-PA/TC.

³¹ Corte Suprema, 1.12.2000, casación laboral N° 1489-2000-Lima.

³² Corte Suprema, 23.01.2006, casación laboral N° 0498-2005-Lima.

³³ Tribunal Constitucional, 10.09.2012, expediente N° 01849-2012-AA/TC.

³⁴ Tribunal Constitucional, 21.11.2017, expediente N° 01384-2015-PA/TC. De la misma forma, Tribunal Constitucional, 12.12.2018, expediente N° 02340-2017-PA/TC.

³⁵ Corte Suprema, 23.08.2016, casación laboral N° 18450-2015-Lima.

confianza resulta un absurdo porque significaría que los contratos de trabajo para ejercer un puesto de confianza deben contener “tácitamente una cláusula de ‘indemnización por despido arbitrario’, toda vez que siempre que cese el trabajador, sea cual fuere la causa, incluyendo el retiro de confianza, tendría que ser indemnizado por ser arbitrario dicho cese”. Precisó, además, que el retiro de confianza no constituye un caso de despido arbitrario, sino una situación especial de naturaleza subjetiva por la que se pone fin al contrato de trabajo “y como tal no resultaría factible juzgar el carácter arbitrario ni el despido”. Por tanto, al haberse probado “la no existencia de despido, en los términos normativos, y menos que se pueda juzgar el carácter arbitrario o no del mismo por las razones señaladas (...), mal podría resultar aplicable una norma cuyo supuesto de hecho es la preexistencia acreditada de un despido arbitrario”.

A partir de lo resuelto, la Corte Suprema inicia una línea jurisprudencial que deja en la absoluta desprotección a los trabajadores con relación de exclusiva confianza, frente al retiro de confianza. Después de un retroceso temporal en esta nueva línea jurisprudencial³⁶, esta termina consolidándose mediante lo aprobado en la IV conclusión del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional³⁷. Según esta, a los trabajadores con relación de exclusiva confianza del sector privado a quienes se retira la confianza “no les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso que su empleador les retire la confianza”; mientras que a los que ingresaron inicialmente a un cargo en el que realizaban funciones comunes u ordinarias, y que fueron promovidos a un cargo de confianza “les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso que 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”.

Jurisprudencialmente, y sin mayores argumentos, se impone una diferencia de tratamiento entre los trabajadores de confianza, a partir de su forma de ingreso al puesto. Así, los trabajadores con relación de exclusiva confianza quedan excluidos de cualquier mecanismo de protección frente al retiro de confianza que se convierte, de esta forma, en una causa “válida” de extinción de la relación laboral, sin mayores consecuencias jurídicas. Este proceder de los tribunales afecta el contenido esencial del derecho al trabajo y a la

³⁶ De forma temporal, la Corte regresó al criterio tradicional: Corte Suprema, 9.09.2016, casación laboral Nº 3106-2016- Lima. En su considerando décimo se precisó que el dispositivo legal que exige causa justa para el despido “no señala en absoluto que se excluya a los trabajadores de confianza, es decir no hace distinción con los trabajadores del régimen común”.

En otra sentencia, a partir del marco jurídico internacional y nacional (constitucional y legal) manifestó que la indemnización recogida en la ley y “concebida como una reparación del daño ocasionado al trabajador por la disolución abusiva e ilegal del contrato por parte de su empleador e interpretada sistemáticamente con las que emanan de las disposiciones contenidas en los artículos 43° y 44° del mismo cuerpo normativo (que conceptualizan al personal de dirección y a los trabajadores de confianza); no limita a aquellos, la protección adecuada contra el despido arbitrario al que se refiere el artículo 27° de la Constitución”. Corte Suprema, 6.07.2017, casación laboral Nº 18482-2015- Lima.

³⁷ Este Pleno Jurisdiccional reunió a los Jueces Supremos integrantes de la Primera y Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República el 22 de mayo de 2018. Los acuerdos fueron publicados en el diario oficial *El Peruano* el 1 de setiembre de 2018.

protección frente al despido regulados en los artículos 22^{o38} y 27^{o39} de la Constitución; la propia interpretación que, acerca de dichas disposiciones, han sido emitidas por el Tribunal Constitucional y el principio protector, fundamento del ordenamiento laboral.

A continuación se brindarán argumentos destinados a sustentar la necesidad de reorientar el tratamiento del retiro de confianza de los trabajadores con relación de exclusiva confianza, a partir del principio protector y desde una visión constitucional.

IV. EL RETIRO DE CONFIANZA A LA LUZ DEL PRINCIPIO PROTECTOR

El principio protector ha sido la piedra angular donde se originó y desarrolló el Derecho del Trabajo. La evidencia de que la vinculación jurídica entre empleador y trabajador no se produce entre dos sujetos en igualdad de condiciones ha implicado la creación de todo un sistema normativo e institucional destinado a equilibrar esta desventaja. La idea histórica del Derecho del Trabajo se construye en torno a una “fórmula compleja y paradójica” en la que se vinculan la libertad, el sometimiento y los límites al sometimiento⁴⁰. Estos límites, impuestos desde el Estado o desde la autonomía colectiva, no tienen otra finalidad que lograr un “régimen de trabajo realmente humano”⁴¹, en el que se aseguren condiciones mínimas de empleo y se resguarden los derechos fundamentales del contratante más débil.

El principio protector sigue siendo “la columna vertebral”⁴² del ordenamiento laboral. Implica un mandato dirigido al legislador para que, en la producción de normas laborales, se brinde una tutela preferente a favor del trabajador. Sin duda, este mandato carecería de toda eficacia si el juez lo omite al momento de administrar justicia laboral, pues en este ámbito vuelve a reproducirse la posición desigual entre trabajador y empleador; y, por tanto, se acrecienta el deber del juez de abocarse “a la aplicación del derecho laboral a los casos particulares, con carácter tuitivo y justo”⁴³.

El carácter fundamental del principio protector y su razón de ser vinculada con la defensa de la dignidad del trabajador lo dota de la suficiente fuerza y versatilidad para mantenerse vigente, pese a los embates que recibe desde la economía que pretenden subordinarlo a criterios de eficiencia, flexibilidad, competitividad y las reglas del mercado⁴⁴. De la misma forma, sigue siendo capaz de fundamentar la adaptación del Derecho del Trabajo a cualquier tipo de relación laboral, general o especial y a los diversos

³⁸ Constitución de 1993, artículo 22: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

³⁹ Constitución de 1993, artículo 27: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

⁴⁰ GOLDIN, 2014, p. 31.

⁴¹ Constitución de la OIT de 1919, preámbulo.

⁴² GAMONAL, 2013, p. 448

⁴³ Díez, 2019, p. 341.

⁴⁴ GOLDIN, 2014, p. 37

cambios económicos, productivos, tecnológicos, organizativos, etc., que han afectado el mundo de la empresa y del trabajo, pues “el fenómeno que le dio vida al principio se mantiene en su esencia” y exige que este “se ajuste a estas nuevas realidades sociales”⁴⁵. El principio protector debe seguir siendo el punto de inicio y de retorno de cualquier proceso de recreación del Derecho del Trabajo.

Llevado a la problemática que aquí nos ocupa, este principio constituye la base fundamental para sustentar que los trabajadores con relación de exclusiva confianza, a pesar de la especial relación que mantienen con su empleador, tienen derecho a percibir la indemnización en caso de retiro de confianza; sobre todo si se tiene en cuenta que tal facultad empresarial no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico y que sí se ha contemplado todo un conjunto de mecanismos garantistas de la estabilidad laboral y el derecho al trabajo, del que no se encuentran excluidos los trabajadores de confianza.

Para ello se vinculará al principio protector con la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Asimismo, se sustentará que la exigencia de causalidad para la extinción de la relación laboral sumada a mecanismos como la indemnización por despido arbitrario son expresión del principio protector. Finalmente, se revalorará la función del principio protector como mecanismo de integración. En ese sentido, la laguna del derecho existente en relación con el retiro de confianza, debe llenarse adecuadamente desde una perspectiva protectora y desde una visión constitucional.

1. *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales como expresión constitucional del principio protector*

La Constitución ha dejado de ser considerada exclusivamente como un sistema de garantías de protección de los derechos fundamentales frente a posibles agresiones por parte del Estado, para extenderse también a las relaciones entre particulares. Con ello se busca “contrarrestar la potencialidad lesiva de los poderes privados”⁴⁶ que a lo largo del tiempo han logrado “salir avantes de sus propias transgresiones a la vida social. La nueva dimensión de los derechos fundamentales va en el sentido de propiciar mecanismos de defensa acordes con un Estado ciudadanizado y con el empoderamiento de la sociedad civil organizada”⁴⁷.

Esto significa que los derechos fundamentales “rigen como derechos subjetivos incondicionales en las relaciones jurídicas entre privados, siendo oponibles, por tanto, no solo a los poderes públicos, sino también a las personas privadas, desarrollando una eficacia horizontal”⁴⁸. Por ello, la vigencia de los derechos fundamentales se extiende a las relaciones laborales que se desarrollan dentro de la empresa y que muestran una

⁴⁵ BALLESTEROS, 2002, p. 114

⁴⁶ BLANCAS, 2011, p. 285.

⁴⁷ ARROYO, 2015, p. 228.

⁴⁸ CAAMAÑO, 2006, p. 24.

situación de desventaja de quien se encuentra subordinado frente a quien ejerce el poder de dirección⁴⁹.

Esta situación de desventaja se manifiesta con mayor intensidad en el momento de la culminación de la relación laboral por decisión unilateral del empleador, pues con ella se deja al trabajador, sea ordinario o cualificado, fuera del sistema que le proporciona la posibilidad de ejercer adecuadamente su ciudadanía social. Por eso el despido, entendido de forma amplia como cualquier terminación derivada de la voluntad unilateral del empleador, es “un acto de violencia del poder privado”, con su ejecución se “crea una persona sin cualidad social, porque la cualidad de la misma y los referentes que le dan seguridad en su vida social depende del trabajo”⁵⁰.

Adquiere así vigencia una regla de actuación exigible a los tribunales de justicia, esto es, que “el derecho constitucional debe proyectarse en sentido protector a favor del trabajador”⁵¹. Tal es su importancia que se convierte en la premisa con la que “debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador en todo momento: al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral”. La actuación desde una perspectiva protectora permitirá proteger efectivamente el trabajo humano, y concretamente, a la persona que lo realiza⁵². El principio protector se refuerza al nutrirse de los valores, principios y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución al punto que estos se convierten en límites y marcos en los que debe desenvolverse la autonomía de la voluntad⁵³.

Solo de esta forma se dará contenido a las disposiciones constitucionales que consagran la cláusula del Estado social y democrático de derecho (artículo 43°), al deber de todos los peruanos de “respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la nación” (artículo 38°), así como al deber estatal de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44°), inclusive al interior de las relaciones entre particulares. No en vano, la suprema norma precisa que “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador” (artículo 23°).

Queda claro que, en lo concerniente a las controversias vinculadas con las relaciones de trabajo, existe un marco constitucional que sustenta la eficacia horizontal de los derechos fundamentales vinculada al principio protector. Este cumplirá una función interpretativa, integradora e informadora del ordenamiento jurídico laboral y

⁴⁹ Y es que “los derechos constitucionales informan y se irradian para todos los sectores del ordenamiento jurídico –incluidos los referidos a materia laboral–”. Tribunal Constitucional, 13.03.2003, expediente N° 976-2001-AA/TC.

⁵⁰ BAYLOS y PÉREZ, 2009, p. 44.

⁵¹ ERMIDA, 2011, p. 16. Para el autor, la finalidad protectora del Derecho del Trabajo y su preocupación por cautelar la dignidad de la persona “coloca al derecho del trabajo en el tronco mismo de derechos fundamentales”.

⁵² Cuestión que, además, se sustenta en la Constitución de 1993. Según su artículo 23°: “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan”.

⁵³ BLANCAS, 2011, p. 286.

su real vigencia “dependerá de la aplicabilidad que le dé la justicia laboral y la justicia constitucional”⁵⁴ en cada caso concreto.

Pero todo este esquema constitucional que rige las relaciones laborales pierde su razón de ser si el juzgador se aleja de una actuación iusgarantista, excluyendo a un grupo de trabajadores de la protección que los artículos 22° y 27° de la Constitución otorgan, sin distinción alguna, frente a la culminación arbitraria de la relación. Como afirman Vivanco y Martínez⁵⁵, el rol de garante que cumple el juez no solo está referido a velar por la supremacía de la Constitución, sino que incluye el deber “de proteger los derechos y libertades fundamentales”, pues se trata de “facultades jurídicas invocables ante ellos”. Cualquier actuación que no evidencie el cumplimiento estricto de este deber, colisiona con la obligación constitucional de administrar justicia con arreglo a la Constitución y a las leyes y de preferir la norma constitucional a la legal, en caso de incompatibilidad entre ellas (artículo 138°).

La eficacia normativa de la Constitución vincula a los poderes públicos, incluido el Poder Judicial que, al constituir “el primer nivel de protección de los derechos fundamentales”⁵⁶ también queda vinculado por “la interpretación que de ella efectúa el tribunal constitucional en su función de intérprete supremo”⁵⁷. Por tanto, una actuación contraria estaría viciada de inconstitucionalidad.

En esta cuestión relacionada con el retiro de confianza se echa en falta una solución con orientación protectora, pues, como ha precisado el Tribunal Constitucional, “la culminación de la relación laboral por voluntad unilateral del empleador, (...) debe también plantearse tomando como base a la eficacia *inter privatos* de los derechos constitucionales”⁵⁸. Como se verá a continuación, mediante la exigencia de causalidad y del pago de una indemnización se construye la protección frente a la decisión unilateral del empleador de extinguir la relación laboral con los trabajadores de confianza.

2. *La exigencia de causalidad y el pago de la indemnización como expresión del principio protector en materia de extinción del vínculo laboral*

A partir de la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, y acudiendo a los tratados de derechos humanos ratificados por Perú, el Tribunal Constitucional ha desarrollado, de manera progresiva, el contenido del derecho al trabajo y el derecho a la protección frente al despido arbitrario.

Según el supremo intérprete⁵⁹, el contenido esencial del derecho al trabajo incluye la proscripción de ser despedido, salvo por causa justa. Implica también que, al momento en que el legislador cumpla con el mandato constitucional de dotar de protección frente

⁵⁴ GAMONAL, 2013, p. 448.

⁵⁵ VIVANCO y MARTÍNEZ, 1997, p. 68.

⁵⁶ Tribunal Constitucional, 19.09.2011, expediente Nº 03191-2011-PA/TC.

⁵⁷ APARICIO, 1989, p. 50.

⁵⁸ Tribunal Constitucional, 11.07.2001, expediente Nº 1124-2001-AA/TC.

⁵⁹ Tribunal Constitucional, 11.07.2001, expediente Nº 1124-2001-AA/TC.

al despido arbitrario, no afecte el contenido esencial del derecho al trabajo porque “el empleador no cuenta con una facultad de despido arbitrario”. Además, “las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable”.

Se entiende el despido como cualquier forma de terminación unilateral de la relación laboral dependiente de la voluntad del empleador⁶⁰. Si aquel carece de causa justa se deberá activar la tutela del ordenamiento jurídico, porque la causalidad “integra el núcleo duro del derecho constitucional al trabajo”⁶¹. Esta misma razón debe extenderse a cualquier situación que ponga fin a la relación laboral, como lo es el retiro de confianza. De allí que el ordenamiento peruano ha considerado una lista *numerus clausus* de causas de extinción de la relación laboral, no siendo posible que se puedan crear causas distintas a las legalmente establecidas, ya sea por voluntad del empleador, por acuerdo de partes o por “decisión” judicial, en caso de laguna del derecho. Se vincula así el principio de causalidad con el de legalidad como mecanismos garantistas de la estabilidad en el empleo y de protección efectiva frente a cualquier culminación a sola voluntad del empleador.

Esta exigencia es mayor, por cuanto Perú ha ratificado tratados internacionales que reconocen expresamente el derecho al trabajo y “la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación”⁶². Si bien la estabilidad laboral no consiste en una “permanencia irrestricta en el puesto de trabajo”, sí implica otorgar “debidas garantías de protección al trabajador a fin de que en caso de despido se realice este bajo causas justificadas”⁶³.

Asimismo, aun cuando no ha sido ratificado por Perú, por tratarse de una norma que consagra derechos fundamentales en el trabajo; y, por tanto, ser de *ius cogens*, se debe tomar en cuenta el Convenio 158 (1982) de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo. En su artículo 4° se precisa que: “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”⁶⁴. La OIT coloca como piedra angular de las disposiciones del Convenio a “la necesidad de que la terminación se fundamente en una causa justificada”⁶⁵; por eso es cuestionable que el ordenamiento jurídico admita la sola existencia de una causal de terminación del contrato que no requiera motivación, pues

⁶⁰ BAYLOS y PÉREZ, 2009, p. 26. En el mismo sentido, NEVES, 2015, p. 228.

⁶¹ FERRO, 2012, p. 484.

⁶² Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (1988) ratificada por Perú en 1995, artículo 7, literal d).

⁶³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31.08.2017, caso Lagos del Campos vs Perú.

⁶⁴ Del artículo 2° numeral 1 del citado convenio se desprende que el convenio se aplica a todas las ramas de actividad económica y a todas las personas empleadas. Además, la categoría de trabajadores de confianza no se encuentra dentro de la relación de categorías de personas empleadas excluidas de la totalidad o de algunas de las disposiciones del Convenio.

⁶⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2011, p. 16.

todo trabajador tiene derecho a conocer los motivos que llevaron a su empleador a dar por concluida la relación laboral⁶⁶.

Siendo ambas disposiciones parte de tratados respecto de derechos humanos se insertan en el bloque de constitucionalidad; por tanto, deben ser tomadas en cuenta para fines hermenéuticos, pues “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”⁶⁷; esto es, del sistema de fuentes que vincula a los jueces laborales⁶⁸. Como afirma Neves, “de algún modo el precepto constitucional se amplía, incorporando al tratado de derechos humanos y a la jurisprudencia recaída sobre él. En este sentido, se constitucionaliza”⁶⁹.

Así, la causalidad adquiere trascendencia como mecanismo de protección del trabajador y “como límite del poder unilateral del empleador de dar por finalizado el vínculo laboral”⁷⁰. Esta es la razón por la que se inserta expresamente en la regulación legal al disponerse que, para el despido de un trabajador del régimen laboral privado, “es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada”⁷¹.

En suma, la culminación de la relación laboral, sobre todo si esta depende solo de la voluntad del empleador, implica la necesaria exigencia de causa legal como expresión del principio protector y de su conformidad con la Constitución. En caso que se efectivice la extinción del vínculo laboral sin causa alguna, “el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador”⁷².

Junto con la causalidad, la indemnización por despido arbitrario constituye un mecanismo que garantiza la estabilidad laboral. Su naturaleza jurídica es la de ser una sanción pecuniaria tasada establecida por ley⁷³ aplicable al empleador que ha incumplido con su obligación de cesar al trabajador con base en una causa justa debidamente

⁶⁶ ARELLANO, 2017, p. 53.

⁶⁷ Constitución de 1993, artículo 55°. Recuérdese, además, que según la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

⁶⁸ Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, 2010. En el artículo IV del título Preliminar se precisa que: “Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República”.

⁶⁹ NEVES, 1999, p. 201.

⁷⁰ ESPINOZA, 2017, p. 128.

⁷¹ Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997, artículo 22°.

⁷² Tribunal Constitucional, 28.11.2005, expediente N° 206-2005-PA/TC.

⁷³ Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997. En su artículo 34° establece que: “Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización”. El artículo 38° de la misma norma precisa que la indemnización es “equivalente a una remuneración y media mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones”.

comprobada. Además, constituye un mecanismo de protección adecuado frente a la extinción arbitraria en la medida que repara patrimonialmente las consecuencias de este⁷⁴ y que guarda coherencia con lo establecido en el Protocolo Adicional a la Convención americana de derechos humanos⁷⁵.

Tanto la Corte Suprema cuanto el Tribunal Constitucional se han apartado de esta doctrina sin mayor sustento. La cuestión se agrava, por cuanto, la ausencia de regulación expresa del retiro de confianza exigía decisiones adecuadamente fundamentadas, a base del principio protector, los derechos constitucionales y utilizando adecuadamente los mecanismos de integración jurídica permitidos por el ordenamiento jurídico.

3. *Principio protector como mecanismo eficaz de integración frente a las lagunas del derecho laboral*

La ausencia de disposición normativa que regule el trascendental y específico asunto del retiro de confianza evidencia la existencia de una laguna del derecho. Ello no implica que el juez deba dejar de administrar justicia, pues para resolver la cuestión sometida a su consideración debe acudir a la técnica de la integración jurídica y aplicar “los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”⁷⁶.

Junto con estos mecanismos, también se admite pacíficamente el uso de la interpretación extensiva y la analogía. La diferencia entre una y otra radica en que, en esta última, se traslada “la norma de un marco institucional a otro”; mientras que en aquella “nos movemos dentro de su marco institucional, pero ampliamos el supuesto de la norma”⁷⁷. En ambos casos, la situación que debe resolver el juez “tiene una racionalidad sustantivamente igual a la de otro caso que sí está normado”⁷⁸.

Para resolver la cuestión del retiro de confianza se debe partir de una primera cuestión: en Perú se recogen expresamente las causas de extinción de la relación laboral. La *ratio legis* de dicha regulación está emparentada con la naturaleza protectora de las normas laborales, de allí que se busque asegurar la continuidad del vínculo laboral, salvo que se presente alguna de las causas expresamente establecidas en la ley. Como ya se afirmó, en el caso de la terminación de la relación laboral, el principio protector supone la vigencia del principio de causalidad. Si el retiro de confianza no se encuentra recogido entre las causales de extinción, no es posible que se lo considere válidamente como tal. Por ello, esta “situación especial de naturaleza subjetiva” deviene en arbitraria, por afectación de la causalidad.

⁷⁴ Ver, por todas Tribunal Constitucional, 13.03.2001, expediente N° 976-2001-AA/TC.

⁷⁵ Protocolo adicional a la Convención americana de Derechos humanos (1988) ratificada por Perú en 1995, artículo 7, literal d): “En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

⁷⁶ Constitución de 1993, artículo 139, numeral 8.

⁷⁷ NEVES, 2018, p. 151.

⁷⁸ ARCE y RUBIO, 2019, p. 138

Una segunda cuestión es que detrás del retiro de confianza se encuentra el problema de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales; y, concretamente, del derecho al trabajo y a la protección frente al despido arbitrario. Estos derechos también corresponden a los trabajadores con relación de exclusiva confianza, pues ni la Constitución ni ningún tratado internacional los excluye de tal derecho y no hay que distinguir donde la ley no distingue.

Establecidas estas cuestiones, se debe examinar los efectos que tal decisión empresarial genera. De ocurrir el retiro de confianza, se produciría una culminación unilateral del vínculo laboral por decisión del empleador, situación que es claramente asimilable al despido. Ello habilita a que el juez realice una interpretación extensiva de las disposiciones sobre despido arbitrario expresamente contempladas en la ley para incorporar dentro de su ámbito de aplicación a los trabajadores con relación de exclusiva confianza, al existir una semejanza sustancial entre el elemento regulado (despido) y el no regulado (retiro de confianza).

Aquí aparece nuevamente el principio protector. El juez debe resolver las cuestiones relacionadas con la extinción del vínculo laboral tomando en cuenta este principio que informa todo el ordenamiento laboral y que no excluye a ningún trabajador, sea cual fuere el tipo de relación laboral que lo vincule con el empleador. Con más razón, en una situación en la que no existe regulación expresa sobre el retiro de confianza aplicable a los trabajadores del régimen laboral privado en la que se acrecienta el rol *ius* garantista del juez. La relación laboral de los trabajadores de confianza también está informada por el principio protector. En términos constitucionales significa que contiene implícitamente una cláusula de protección frente a la culminación incausada de la relación laboral⁷⁹.

Y es que, como afirma Pizarro⁸⁰, la creación judicial que realicen los jueces sea por medio de la interpretación de las normas, sea mediante los mecanismos de integración, “no se realiza en el vacío”, sino que está sometida a ciertos límites. El primero, la sujeción a la ley y a todo el sistema de fuentes del derecho. El segundo, la obligación de cautelar que la interpretación que se elija no contravenga disposiciones de rango superior. El tercero, su obligación de motivar debidamente las resoluciones. Todos estos límites no han sido observados en aquellas decisiones que excluyen de la indemnización a los trabajadores con relación de exclusiva confianza.

Si como se ha afirmado, el retiro de confianza puede ser considerado dentro del concepto amplio de despido por su origen (voluntad unilateral del empleador) y por sus efectos (extinción de la relación laboral), entonces, evidenciada su arbitrariedad por ausencia de causa, corresponde otorgar la protección que las normas legales han contemplado para estos casos, por medio de una interpretación extensiva.

⁷⁹ En términos que también son aplicables al retiro de confianza, el Tribunal Constitucional manifiesta que: “cualquiera sea la opción que adopte un trabajador con el fin de obtener una ‘protección adecuada’ contra el despido arbitrario, esta parte de una consideración previa e ineludible. El despido arbitrario, por ser precisamente ‘arbitrario’, es repulsivo al ordenamiento jurídico”. Tribunal Constitucional, 13.03.2003, expediente N° 976-2001-AA/TC.

⁸⁰ PIZARRO, 2016, pp. 422-423.

Surge aquí una cuestión importante, si la interpretación del Tribunal Constitucional respecto de la adecuada protección frente al despido arbitrario incluye la opción reparadora o la indemnizatoria, a elección del trabajador ¿deberá aplicarse esta regla a los trabajadores de confianza? Esto es, ¿podrían solicitar la reposición en el empleo?

Para resolver esta cuestión, es preciso tener en cuenta que la confianza es el elemento basilar que sustenta esta relación laboral especial. Este elemento no está presente de la misma forma, ni con la misma intensidad, que en las relaciones laborales del resto de trabajadores. Ese nivel de confianza especial sustenta un trato diferenciado, pues “ante una diferencia objetiva, como es la naturaleza del cargo, puede permitirse ciertos matices”⁸¹. De allí que, razonablemente, el retiro de la confianza no puede traer como consecuencia la reposición en el empleo, si no solo la indemnización⁸² que, como quedó dicho, constituye un mecanismo adecuado de protección frente al despido arbitrario y de garantía de la estabilidad laboral.

En el asunto del retiro de confianza entra en juego también el interés empresarial en el mantenimiento de unas relaciones laborales armoniosas al interior de la empresa; sobre todo, con el personal que ocupa una posición superior en la organización. La naturaleza de las funciones lleva implícita la imposibilidad de reponerlo si es que se ha perdido la confianza en ellos. Concluir que a los trabajadores de confianza con relación de exclusiva confianza les corresponde la indemnización y no la reposición, no afecta el principio protector ni el contenido esencial del derecho al trabajo, pues se trata de una opción constitucionalmente válida y protectora.

Mientras no se regule expresamente el retiro de confianza, se debe reorientar la línea jurisprudencial vigente por ser claramente atentatoria de los derechos constitucionales de estos trabajadores y del principio protector. No debe olvidarse que en relación con la extinción de la relación laboral lo que “está en juego es la eficacia de las normas del mismo Derecho del Trabajo, puesto que la regulación del despido define la relación de poder entre las partes”⁸³.

V. CONCLUSIONES

1. La confianza constituye el elemento basilar que fundamenta la relación laboral especial de los trabajadores de confianza. Tal es su trascendencia que constituye una razón objetiva para otorgarles un trato diferenciado.
2. En Perú no está regulado el retiro de confianza como causa de extinción de la relación laboral. Esta situación obliga a una respuesta judicial que tenga en cuenta el

⁸¹ GUTIÉRREZ, 2009, p. 178.

⁸² En el mismo sentido, ARCE, 2006, p. 24. Evidentemente, no nos referimos a aquellos casos en los que el retiro de confianza encubre graves vulneraciones a los derechos fundamentales, en los que, en todo caso, el mecanismo protector de las normas debería significar la posibilidad de que el trabajador solicite la reposición en el empleo. El análisis de tal cuestión escapa al objetivo del presente artículo.

⁸³ ROJAS, 2014, p. 118.

- marco constitucional y el carácter protector del Derecho del Trabajo. No existen razones para excluir a los trabajadores con relación de exclusiva confianza de la protección frente al despido arbitrario otorgada por la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y las sentencias del Tribunal Constitucional.
3. El retiro de confianza en su origen y en sus efectos se asimila al despido sin causa. Esto exige que se otorgue protección a los trabajadores que la sufren. El pago de la indemnización por despido constituye un adecuado mecanismo protector conforme con la Constitución.
 4. El principio protector no solo es una regla inspiradora del ordenamiento laboral, sino que constituye una herramienta protagónica útil para dotar de protección a los trabajadores con relación de exclusiva confianza frente al retiro de confianza. Su vinculación estrecha con la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la exigencia de causalidad como condición de la extinción y su propia razón de ser la convierte en el mecanismo más idóneo al que deben recurrir los jueces para integrar el derecho frente a la laguna existente en el ordenamiento peruano.

BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO, Miguel, 1989: “La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 3, pp. 47-85. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1048963.pdf> [Fecha de consulta: 10.08.2021].
- ARCE, Elmer y QUISPE, Roy, 2021: “El retiro de la confianza y la reducción de remuneraciones”, en *Análisis Laboral*, volumen XLV, N° 526.
- ARCE, Elmer y RUBIO, Marcial, 2019: *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- ARCE, Elmer, 2006: “La reposición de los trabajadores de confianza y de dirección”, en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 63.
- ARELLANO, Pablo, 2017: “Causales de término de la relación de trabajo y el Convenio Núm. 158 de la OIT: El desahucio y la exigencia de motivación de la causal”. En A.A.V.V.: *Estabilidad en el empleo. Estudios en homenaje al profesor Francisco Walker Errázuriz*. pp. 45-63 Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2017. Disponible en <http://www.derecho-trabajo.cl/wp-content/uploads/2019/02/EstabilidadEnElEmpleo2.pdf> [Fecha de consulta: 24.07.2021].
- ARROYO, Edgar, 2015: “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en España y México: Algunas Notas para su análisis”, *AFDUC*, N° 19, pp. 223-248. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/61918784.pdf>. [Fecha de consulta: 20.07.2021].
- BALLESTEROS, Carlos, 2002: “Vigencia de los principios del derecho laboral en un mundo globalizado. Aplicación al caso colombiano”, *Opinión Jurídica*, volumen 1, N° 2. Disponible en [Dialnet-VigenciaDeLosPrincipiosDelDerechoLaboralEnUnMundoG-5237991.pdf](http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5237991) [Fecha de consulta: 12.08.2021].
- BAYLOS, Antonio y PÉREZ, Joaquín, 2012: *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid: Trotta, S.A., 2012. Disponible en ProQuest Ebook Central, <https://ebookcentral.proquest.com/lib/bibliosil-ebooks/detail.action?docID=3199013>.

- BLANCAS, Carlos, 2011: *La cláusula del Estado social en la Constitución*, Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- CAAMAÑO, Eduardo, 2006: “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la dirección del trabajo”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, volumen 1, N° XXVII, pp. 19-44. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/1736/173620058001.pdf> [Fecha de consulta: 11.08.2021].
- DE BUEN, Néstor, 2000: *Derechos del Trabajador de Confianza*. México D.F.: Cámara de Diputados y Universidad Nacional Autónoma de México.
- DIEZ, Manuel, 2019: “Los principios del Derecho Laboral”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, volumen 69, N° 273-1, pp. 323-352. Disponible en <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/68617> [Fecha de consulta: 1.08.2021].
- ERMIDA, Oscar, 2011: “Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y No Discriminación”, *Derecho & Sociedad*, N° 37, pp. 15-37. Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoy sociedad/article/view/13139> [Fecha de consulta: 13.08.2021].
- ESPINOZA, Javier, 2017a: “El Tribunal constitucional peruano y la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la configuración de la protección frente al despido arbitrario” en Pilar Charro, Javier Espinoza y Alba Silva (directores), *La protección internacional en el ámbito laboral. Un estudio desde las dos orillas*, Cali, Editorial Bonaventuriana, pp. 121-142.
- ESPINOZA, Javier, 2017b: “La calificación del personal de dirección o de confianza: Entre los hechos y las formas. A propósito de la Casación Laboral N° 11137-2014-Lima”, *Yachaq Revista de Derecho de la Universidad Nacional Antonio Abad del Cusco*, N° 8, pp. 130-144. Disponible en https://www.researchgate.net/publication/349571143_La_calificacion_del_personal_de_direccion_o_de_confianza_Entre_los_hechos_y_las_formas_A_proposito_de_la_Casacion_Laboral_N_11137-2014-LIMA [Fecha de consulta: 13.07.2021].
- FERRO, Víctor, 2012: “La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Derecho PUCP*, N° 68, pp. 471-494. Disponible en <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201201.018> [Fecha de consulta: 22.07.2021].
- GAMONAL, Sergio, 2011: “El principio de protección de trabajador en la Constitución chilena”, *Estudios Constitucionales*, año 11, N° 1, pp. 425-458. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v11n1/art11.pdf> [Fecha de consulta: 2.08.2021].
- GOLDIN, Adrián, 2014: “Algunos rasgos definitorios de un derecho del trabajo en proceso de cambio”, *Themis*, N° 65, pp. 27-40. Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10847/11353> [Fecha de consulta: 22.07.2021].
- GUTIÉRREZ, Armando, 2009: “La protección contra el despido arbitrario de los trabajadores de confianza”. *Ius et Veritas*, N° 38, pp. 170-182. Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12198> [Fecha de consulta: 12.07.2021].
- NEVES, Javier, 2018: *Introducción al Derecho del trabajo*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- NEVES, Javier, 2015: “El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisprudenciales Supremos en materia laboral”, *Themis Revista De Derecho*, N° 67, pp. 227-232. Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/14470> [Fecha de consulta: 22.08.2021].
- NEVES, Javier, 1999: “La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la constitución y los derechos laborales”. *Ius et Veritas*, N° 9, pp. 196-201. Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15867> [Fecha de consulta: 22.07.2021].
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2011: *Instrumentos sobre despido. Documento de referencia para la reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y la Recomendación sobre la terminación de la relación de*

- trabajo*, 1982 (núm. 166), Ginebra: OIT. Disponible en https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2011/111B09_27_span.pdf [Fecha de consulta: 22.08.2021].
- PIZARRO, Mónica, 2016: “La interpretación de los jueces al resolver conflictos laborales y sus límites”, en *Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, SPDTSS, pp. 419-434.
- PLÁ, Américo, 1978: *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires: Depalma.
- RAMOS, Francisco, 2021: “El contrato de trabajo del personal de alta dirección: peculiaridades extintivas” en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 14, pp. 970-993. Disponible en https://idibe.org/wp-content/uploads/2021/03/28._Francisco_Ramos_pp._970-993.pdf [Fecha de consulta: 12.07.2021].
- REYNOSO, Carlos, 1992: *Los regímenes especiales laborales*, México: Universidad Autónoma Metropolitana. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/83079927.pdf> [Fecha de consulta: 02.07.2021].
- ROJAS, Irene, 2014: “La indemnización por término de contrato de trabajo: instrumento de protección ante el despido”, *Ius et Praxis*, volumen 20, N° 1, pp. 91-122. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v20n1/art05.pdf> [Fecha de consulta: 4.08.2021].
- TOYAMA, Jorge y MERZTHAL, Marilú, 2014: “Reflexiones sobre el tratamiento jurisprudencial del personal de dirección y de confianza”, *Themis Revista De Derecho*, N° 65, pp. 81-96. Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10851> [Fecha de consulta: 14.07.2021].
- VIVANCO, Angela y MARTÍNEZ, José, 1997: “Acerca de la Supremacía de la constitución”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 18, pp. 63-76. Disponible en <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/358/333> [Fecha de consulta: 4.08.2021].

Normas jurídicas citadas

- CONSTITUCIÓN de la OIT de 1919.
- LEY Federal del Trabajo de México de 1970.
- REAL decreto 1382/1985 de España, de 1 de agosto por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección,
- LEY 24514, por la que se regula el derecho de estabilidad laboral en el trabajo, publicada el 5 de junio de 1986.
- PROTOCOLO adicional a la Convención americana de Derechos humanos ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa 26448 publicada el 28 de abril de 1995
- CÓDIGO de Trabajo de Chile de 1994
- REGLAMENTO de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo 001-96-TR, publicado el 26 de enero de 1996
- LEY de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada por Decreto Supremo 003-97-TR, publicada el 27 de marzo de 1997
- LEY 27671, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, publicada el 21 de febrero de 2002
- DECRETO Ley 25593, ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, publicada el 2 de julio de 1992.
- CÓDIGO de Trabajo del Ecuador de 2005.
- LEY 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, publicada el 15 de enero de 2010.

Jurisprudencia citada

CORTE Suprema, 1.12.2000, casación laboral N° 1489-2000-Lima.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 11 de julio de 2001, expediente N° 1124-2001-AA/TC.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 13 de marzo de 2003, expediente N° 976-2001-AA/TC.

TRIBUNAL Constitucional del expediente, sentencia de fecha 19 de abril de 2004, expediente N° 00746-2003-AA/TC.

CORTE Suprema, sentencia de fecha 23 de enero de 2006, casación laboral N° 0498-2005-Lima.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 17 de febrero de 2005, expediente N° 4492-2004-AA/TC.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 19 de abril de 2005, expediente N° 1651-2005-PA/TC.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2005, expediente N° 206-2005-PA/TC.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 15 de marzo de 2007, expediente N° 03501-2006-PA/TC.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 13 de abril de 2007, expediente N° 00078-2006-PA/TC.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 13 de noviembre de 2007, expediente N° 08257-2006-PA/TC.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 21 de noviembre de 2007, expediente N° 00027-2006-PI/TC.

CORTE Suprema, sentencia de fecha 17 de diciembre de 2009, casación laboral N° 25643-2017-Arequipa.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 4 de junio de 2011, expediente N° 01568-2011-PA/TC.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 19 de setiembre de 2011, expediente N° 03191-2011-PA/TC.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 10 de setiembre de 2012, expediente N° 01849-2012-AA/TC.

CORTE Suprema, sentencia de fecha 6 de julio de 2017, casación laboral N° 18482-2015- Lima.

CORTE Suprema, sentencia de fecha 23 de agosto de 2016, casación laboral N° 18450-2015-Lima.

CORTE Suprema, sentencia de fecha 9 de setiembre de 2016, casación laboral N° 3106-2016- Lima.

CORTE Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 31 de agosto de 2017. Caso Lagos del Campo vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C N° 340.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 21 de noviembre de 2017, expediente N° 01384-2015-PA/TC.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 12 de diciembre de 2018, expediente N° 02340-2017-PA/TC.

CORTE Suprema, sentencia de fecha 17 de diciembre de 2019, casación laboral N° 25643-2017-Arequipa.

