

Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de protección contra el despido de los trabajadores que ocupan puestos de dirección o de confianza

César Puntriano Rosas

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú.

1. INTRODUCCIÓN

La relación laboral supone la existencia de un vínculo jurídico entre una persona natural que pone sus servicios subordinadamente a disposición de otro a cambio de una retribución. Así, como lo considera la doctrina, son elementos para calificar este vínculo obligacional, la prestación personal, la retribución, llamada remuneración y la subordinación, siendo la contrapartida de esta última las atribuciones que ostenta el acreedor de los servicios y que se conoce como poder de dirección.

Estas partes en la relación jurídico-laboral son denominadas trabajador, quien es el deudor de la prestación y acreedor de la remuneración y el empleador, quien ocupa la posición de deudor de la remuneración y acreedor de la prestación.

Esencialmente la relación laboral se caracteriza por una desigualdad formal y material entre las partes, con la primera nos referimos a que el empleador ocupa la posición de director de la actividad que va a realizar el trabajador, mientras que este último ocupa la posición de dirigido, mientras que con desigualdad material nos referimos al hecho evidente de que, quien dirige o maneja la organización en la cual se enmarca la relación laboral tiene una posición más ventajosa que quien realiza la misma, toda vez que es capaz de determinar cómo, cuándo y dónde se laborará, pudiendo impartir órdenes o directivas, supervisar su cumplimiento e inclusive sancionar su trasgresión, sanción que puede llegar a la culminación del vínculo que los une.

La posición jurídica de trabajador no es uniforme, pues existe una categoría distinta o especial de trabajadores que ostentan una posición diferente, un status distinto en la organización empresarial. Nos referimos a aquellos que ocupan una posición directiva, de responsabilidad o de dirección y quienes son catalogados como trabajadores de confianza, que en la práctica son aquellos que jerárquicamente se ubican por debajo de los trabajadores de dirección pero por ello no pierden el especial status laboral que su calificación les otorga.

Este personal distinto, en cuanto a responsabilidades y exigencias laborales se refiere, e inclusive también en el aspecto retributivo, ha sido objeto de un tratamiento especial a nivel normativo y jurisprudencial.

En la presente ponencia comentaremos el tratamiento especial otorgado a dicho personal en relación a la protección contra el despido arbitrario a partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Debemos precisar que no es objeto del presente trabajo analizar la relación laboral entre el trabajador de dirección o de confianza y una entidad o institución del Sector Público como su empleadora, aunque aquél se encuentre comprendido en el régimen laboral privado.

2. ANÁLISIS CONSTITUCIONAL-LABORAL DE LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN RELACIÓN A LA PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO ARBITRARIO DE LOS TRABAJADORES DE DIRECCIÓN O CONFIANZA.

2.1. Los tipos de pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional que adquieren la condición de fuente de Derecho: precedente vinculante y la jurisprudencia constitucional vinculante (doctrina constitucional).

En este punto queremos dejar sentada nuestra posición en el sentido que la jurisprudencia constitucional emanada del Tribunal Constitucional¹, constituye fuente

¹ En su condición de supremo intérprete de la Constitución.

de Derecho, en tanto el Tribunal es un auténtico creador del mismo, toda vez que sus sentencias vinculantes serán verdadera fuente a aplicarse por los tribunales inferiores, el legislador y los operadores jurídicos en general².

Lo anterior surge dada importancia de la interpretación constitucional que realiza el TC como instancia máxima (supremo intérprete), y fundamentalmente merced al propio mandato de la Constitución³, pues ese sentido de fuente se desprende del artículo 139 inciso 8 de la norma suprema (“no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley”), como del artículo 201 del mismo cuerpo normativo (que le otorga al TC la función de control de la Constitución), las que se refuerzan por preceptos legales contenidos en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional⁴, el tercer párrafo del artículo VI del mismo⁵ Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional y en la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del TC⁶.

Asimismo, la fuerza vinculante de la jurisprudencia, por su parte, se desprende de nuestro texto Constitucional, en específico del principio de seguridad jurídica (artículo 43, artículo 3, artículo 2 inciso 24, literales a y d, y artículo 139, inciso 3), del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 2, inciso 2), de la propia

² MARTINEZ SOSPEDRA, M. El Tribunal Constitucional como órgano político. Citado por: ADRIAN. op.cit. p.5

³ ADRIAN CORIPUNA, Javier. La jurisprudencia vinculante de los Altos Tribunales como límite al principio de independencia judicial. En: Estudios al precedente constitucional. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de Jurisprudencia. 1ª edición febrero 2007. p. 112.

⁴ Artículo VII.- Precedente

“Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.”

⁵ Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

(...) Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional.”

⁶ “PRIMERA.- *Los jueces y Tribunales interpretan y aplican las leyes y toda norma con rango de ley y los reglamentos respectivos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional en todo tipo de procesos, bajo responsabilidad.*”

potestad de administrar justicia (artículo 138), y, tratándose de la jurisprudencia constitucional, además, del artículo 201 de la Constitución.

Esta fuerza vinculante es entendida por la doctrina como *“aquel elemento característico de la jurisprudencia producida en el Estado Constitucional, que exige tanto a los poderes públicos (incluidos los propios tribunales de justicia inferiores y superiores) como los ciudadanos en general se encuentren efectivamente vinculados con los criterios, orientaciones y principios establecidos por los altos tribunales de justicia (doctrina jurisprudencial); y, además, que ante casos iguales, estos tribunales de justicia se encuentren vinculados por sus decisiones anteriores (precedente vinculante horizontal), y que los tribunales inferiores se encuentren vinculados a las decisiones de los aludidos tribunales supremos (precedente vinculante vertical)”*⁷.

Resulta importante para los efectos del presente trabajo hacer una breve distinción entre la jurisprudencia constitucional vinculante y el precedente vinculante pues como se advertirá, las resoluciones que comentaremos carecen de la condición de precedente vinculante pero constituyen jurisprudencia constitucional vinculante.

Según Roger Rodríguez⁸ la jurisprudencia constitucional vinculante alude a la repetición de criterios normativos contenidos en la sentencias del Tribunal Constitucional, *“y que por transmitir el claro parecer del supremo intérprete de la Constitución sobre un concreto asunto de relevancia constitucional debe ser observado por todos los jueces y tribunales de la República (...)”*. Sin embargo, Adrián⁹, en su concepción de la jurisprudencia vinculante del TC, a la que denomina “doctrina jurisprudencial”, afirma que la misma vincula también a los ciudadanos, en la medida que en ejercicio de su función institucional, proveen los criterios, orientaciones y principios que sirven para crear la regla que soluciona los casos, *“de manera que en el futuro los poderes públicos y ciudadanos pue-*

⁷ ADRIAN, La jurisprudencia.. op.cit. p.119.

⁸ RODRIGUEZ SANTANDER, Roger. El precedente constitucional en el Perú. En: Estudios al precedente constitucional. Palestra del Tribunal Constitucional. Revista mensual de Jurisprudencia. 1ª edición febrero 2007. p.59

⁹ ADRIAN, La jurisprudencia.. op.cit. p.120.

dan contar con tales elementos que no hacen sino complementar el ordenamiento jurídico”.

Si bien el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, respecto a los jueces se encuentra expresamente prevista en el artículo VI del Título Preliminar del CPC, así como en la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, creemos que esta obligatoriedad en su aplicación es extensiva a los ciudadanos en la medida que, es el TC el supremo intérprete constitucional, y la Constitución vincula a todos los ciudadanos en general.

Además, en la medida que existiría predictibilidad en el contenido de las resoluciones judiciales al seguir lo dispuesto por el TC, es de esperar que el ciudadano adecue sus conductas a la jurisprudencia del Colegiado, pues, si no se da el cumplimiento efectivo en la práctica y el conflicto se judicializa, entonces el ciudadano sabrá que esperar de los tribunales.

El precedente vinculante, por su parte, es la regla jurídica contenida en una resolución del TC que soluciona un caso particular y que debe ser de observancia obligatoria para el propio Tribunal (precedente vinculante horizontal), así como para todos los jueces y tribunales inferiores (precedente vinculante vertical), en todos aquellos casos que sean sustancialmente iguales¹⁰. Debemos precisar que el precedente vinculante no solamente se encuentra en sentencias del Tribunal que resuelvan procesos de control concreto de constitucionalidad como el amparo, hábeas corpus o hábeas data sino también en el proceso de control abstracto, o proceso de inconstitucionalidad¹¹.

La base legal del precedente vinculante se encuentra en el artículo VII del Título Preliminar del CPC, el cual dispone que, *“Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apar-*

¹⁰ Ibid. p.121.

¹¹ Véase caso de la Barrera Electoral (Expediente N° 0030-2005-AI/TC) en el cual el TC estableció un precedente vinculante respecto al dictado de las sentencias interpretativas o integrativas denominadas “manipulativas”.

tándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.”

De lo expresado en este acápite podemos colegir que el atributo vinculante de la jurisprudencia constitucional y del precedente constitucional proviene tanto de nuestra Constitución como de las leyes, siendo por ende exigibles a todos los operadores jurídicos.

2.2. Jurisprudencia inicial del Tribunal Constitucional en cuanto a la protección contra el despido arbitrario de los trabajadores de dirección o de confianza

Inicialmente el TC no establecía diferencia alguna con los trabajadores de dirección o de confianza en cuanto a su acceso a la justicia constitucional mediante el proceso de amparo para obtener la tutela restitutoria (reposición) frente a un despido lesivo de su derecho fundamental al trabajo.

Posteriormente, el Colegiado descarta toda posibilidad de reposición de los trabajadores de dirección o de confianza merced a la especial relación laboral que poseen con el empleador.

2.2.1. Caso César Antonio Cossio y otros contra Telefónica del Perú S.A., Expediente N° 1112-98-AA/TC, sentencia publicada el 17 de Agosto de 1999.

En el presente caso los demandantes interponen su demanda de amparo solicitando su reposición alegando que su despido vulneró su derecho constitucional al trabajo, toda vez que la demandada le cursó cartas de preaviso de despido denunciando la comisión de la falta grave de disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de la producción, aunque en las cartas se aludió a la “disminución de su productividad”, imputación no prevista en la normatividad laboral.

Añaden los demandantes que la demandada no acreditó los hechos que configuran su despido, incumpliendo su carga probatoria.

El Tribunal Constitucional ampara su demanda ordenando su reincorporación, fundamentando su pronunciamiento en que la ausencia de material probatorio al imputar la falta grave atentó contra el derecho de defensa de los trabajadores, siendo el despido inconstitucional. El TC dispone la reincorporación de los trabajadores demandantes al considerar que la empresa demandada vulneró su derecho al debido proceso.

No existe análisis alguno relativo a la condición de trabajadores de dirección o de confianza de los demandantes.

2.2.2. Caso Gloria Ordoñez contra Telefónica del Perú S.A., Expediente N° 482-99-AA/TC, sentencia publicada 18 de Diciembre de 1999.

En forma similar al caso comentado anteriormente, la demandante interpone su demanda de amparo solicitando su reposición alegando que su despido vulneró su derecho constitucional al trabajo, toda vez que la demandada le cursó la carta de preaviso de despido denunciando la comisión de la falta grave de disminución deliberada y reiterada en el rendimiento de las labores o del volumen o de la calidad de la producción, aunque en la carta se aludió a la “disminución de su productividad” imputación no prevista en la normatividad laboral.

El Tribunal Constitucional ampara su demanda ordenando su reincorporación, aplicando un razonamiento similar al citado en el numeral precedente.

2.2.3. Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica del Perú Holding, Expediente N° 1124-2001-AA/TC, sentencia publicada el 11 de setiembre de 2002.

En el presente caso, las organizaciones sindicales interpusieron una acción de amparo contra las demandadas, con el objeto de que se abstengan de amenazar y vulnerar los derechos constitucionales de los trabajadores a los cuales representan, en virtud de la aplicación de un Plan de Despido Masivo contenido en un

Resumen Ejecutivo elaborado por la Gerencia de Recursos Humanos de la primera de las demandadas.

El TC sostiene en su sentencia que el análisis tendrá por objeto determinar si el acto de despido cuestionado resulta lesivo o no de los derechos fundamentales alegados por los demandantes implica, fundamentalmente, determinar si se ha afectado: a) la libertad de sindicación y, b) el derecho al trabajo.

El Colegiado resuelve declarar fundada la demanda y ordena la reincorporación al trabajo de las personas afiliadas a los sindicatos demandantes que fueron despedidas por Telefónica del Perú S.A.A.

Fundamenta su posición en que el despido se ha motivado en la afiliación sindical, y que deviene en una lesión al derecho constitucional a la sindicación.

Con este fallo, el TC comienza a consolidar su posición jurisprudencial en cuanto a la reposición como mecanismo reparador *per se* ante un despido fundado en el artículo 34° de la LPCL, es decir, un despido arbitrario más el pago de la indemnización, inaplicando dicho dispositivo por considerarlo inconstitucional.

2.2.4. Caso Eusebio Llanos contra Telefónica del Perú S.A, Expediente N° 976-2001-AA/TC, sentencia publicada el 13 de Mayo de 2003.

El demandante interpone acción de amparo contra Telefónica del Perú S.A. solicitando se deje sin efecto legal la Carta Notarial de despido de fecha 16 de febrero de 2001, por considerar que vulnera su derecho constitucional al trabajo, ya que las faltas graves imputadas no eran tales.

El TC si bien declara improcedente la demanda, debido a que la dilucidación de la controversia requería de medios de prueba adicionales que no se pueden actuar en el proceso de amparo por carecer de estación probatoria, deja sentado un importante pronunciamiento relativo al ejercicio de los derechos laborales frente al empleador.

El Colegiado sostuvo que la readmisión en el empleo *derivada de la infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos, se generan en los tres casos siguientes: Despido nulo (...) Despido incausado (...) Despido fraudulento*” (FUNDAMENTO JURÍDICO 15 DE LA STC).

Añade el Tribunal Constitucional que la protección adecuada contra el despido arbitrario previsto en el artículo 27° de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso”. (FUNDAMENTO JURIDICO 16 DE LA STC).

Vemos también un retroceso en cuanto a la declaratoria de inconstitucional *inter partes* (control difuso) efectuado en el caso seguido por el Sindicato de Telefónica y que hemos comentado en el numeral anterior.

No existe en este caso referencia alguna a los trabajadores de dirección o de confianza por lo que un empleado que ostente dichas categorías podría recurrir a la vía procesal constitucional de amparo para ser repuesto, en la medida que su despido se enmarque en algunos de los supuestos indicados por el TC.

2.2.5. Caso Nelly Catia García contra Corte Superior de Justicia de Ayacucho, Expediente N° 746-2003-AA/TC, publicada el 19 de abril de 2004.

La demandante interpone acción de amparo contra la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, en la persona de su Presidente, a fin de que se ordene su reposición a su centro de trabajo como Jefe de la Oficina de Administración de la citada entidad judicial, pues mediante Oficio N.º 478-2002-P-CSJAY/PJ, del 28 de junio de 2002, en forma arbitraria y sin expresar causa alguna, dio por concluida su designación como Jefe de la Oficina de Administración de la Corte Superior de Ayacucho, con efectividad al 30 de junio de 2002.

El TC declara infundada la demanda, sin embargo sostiene que “*en autos no se ha acreditado fehacientemente la calificación del cargo de la demandante*”

a fin de determinar si le corresponde su reposición o, por haber ejercido un puesto de confianza, sólo la acción indemnizatoria, resultando inevitable contar con elementos probatorios idóneos y con una estación adecuada para la actuación de los mismos” (FUNDAMENTO JURÍDICO 3 DE LA STC). (subrayado nuestro).

En cuanto a la falta de calificación de la demandante como cargo de confianza, el TC añade que, “si el emplazado hubiera omitido consignar en la boleta de la accionante la calificación de trabajadora de confianza, ello no enervaría dicha condición, si se llegara a acreditar con las pruebas pertinentes. (FUNDAMENTO JURÍDICO 2 DE LA STC).

El Tribunal Constitucional evidencia un cambio de criterio en lo relativo a la reposición de trabajadores de dirección o de confianza¹² pues sostiene que, si la demandada acreditara que la demandante poseía dicha condición, no le correspondería la reposición en su puesto de trabajo sino solamente la indemnización.

Lamentablemente en esta sentencia no encontramos una motivación del TC respecto a este criterio.

Este pronunciamiento fue reiterado en los siguientes casos:

- Caso Aníbal Leonardo Salmón contra CORPORACIÓN PERUANA DE AEROPUERTOS Y AVIACIÓN COMERCIAL S.A.(CORPAC), Expediente N° 4492-2004-AA/TC, sentencia publicada el 30 de setiembre de 2005.
- Caso Segundo Juan Argomedo contra la Empresa Prestadora de Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado Barranca S.A. (EPS SEMAPA BARRANCA S.A.), Expediente N° 2358-2005-PA/TC, sentencia publicada el 25 de agosto de 2005.

¹² Como veremos después, cuando el TC se refiere a los trabajadores de confianza comprende también a los de dirección.

- Caso Consuelo Muñante contra la Empresa Prestadora de Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Ica S.A. (EPS EMAPICAS.A.), Expediente N° 4040-2004-AA/TC, sentencia publicada el 8 de noviembre de 2005.
- Caso Josué Tejada Alaya contra el Directorio y la Gerencia General de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca, Expediente N° 3572-2005-PA/TC, sentencia publicada el 22 de marzo de 2006¹³.

2.2.6. Caso César Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. EMAPA HUACHO, Expediente N° 0206-2005-PA/TC, sentencia publicada el 14 de diciembre de 2005.

El actor interpone demanda de amparo contra la E.P.S. EMAPA HUACHO S.A. y don Víctor Manuel Hacen Bernaola, en su calidad de Gerente General de la citada empresa, solicitando que se declaren inaplicables la carta notarial de imputación de cargos de fecha 3 de marzo de 2004 y la carta notarial de despido de fecha 17 de marzo de 2004; y que, por consiguiente, se lo reponga en el puesto de asistente de control patrimonial, con el pago de sus remuneraciones dejadas de percibir.

El Tribunal Constitucional declara improcedente la demanda, sin embargo, atribuye a la presente sentencia la condición de precedente vinculante relativo a los criterios de procedencia de la acción de amparo en materia laboral.

El TC ratifica los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. N.º 976-200-AA/TC, para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos.

Asimismo afirma que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos

¹³ En esta sentencia se hizo extensiva la imposibilidad de la reposición a los trabajadores de dirección lo cual resulta razonable pues si el fundamento para impedir la reposición del personal de confianza radica en las responsabilidades que poseen, con mayor razón debería aplicarse dicho razonamiento a los trabajadores de dirección, y además, señalamos que para el TC la condición de trabajadores de dirección supone la de confianza.

controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo.

Es interesante indicar que el precedente no incorpora en la sentencia su posición, ya constante hasta ese momento, respecto a la improcedencia de la reposición de trabajadores de confianza.

Creemos que su omisión no debilita la jurisprudencia sentada por el TC sobre el particular sin embargo la misma hubiese sido fortalecida si el Colegiado se refería a la misma en el precedente.

2.3. Comentarios acerca de la decisión del Tribunal Constitucional de excluir a los trabajadores de dirección o de confianza de la tutela resarcitoria proveniente del proceso de amparo frente a un despido lesivo de derechos constitucionales

En el último grupo de sentencias comentadas hemos podido verificar que el TC, a partir de la sentencia correspondiente al Expediente N° 746-2003-AA/TC, considera que los trabajadores de dirección o de confianza poseen únicamente el derecho a ser resarcidos frente a un despido lesivo de derechos constitucionales con la indemnización y no con la reposición o reinstalación en el puesto de trabajo.

Las razones en que se funda este pronunciamiento radican en que, en la medida que el trabajador que ocupa estas categorías posee una relación especial con el empleador en razón a un mayor grado de responsabilidad por las funciones que desempeñan, ya que se relacionan en forma inmediata y directa con la vida misma de la empresas, con sus intereses, con la realización de sus fines y con su dirección, administración, entre otras actividades (Exped. 2348-2005-PA/TC), carecería de sentido pretender que sean readmitidos en el centro de trabajo cuando el empleador les perdió la confianza.

Este razonamiento es adecuado debido a que, si la relación se basa en la confianza del empleador hacia su trabajador y la misma se pierde, no tiene sentido imponer a las partes la reinstalación del vínculo laboral.

Así lo entiende Arévalo Vela¹⁴ al afirmar que, “(...) *el problema surge cuando el empleador procede a despedir al trabajador que ocupa un cargo de confianza en forma arbitraria. Dada la naturaleza del cargo, que radica en la confianza del empleador, no se podría obligar a este a que vuelva a confiar en el trabajador; pues es una posición que solo nace de la voluntad del empleador, motivo por el cual es inviable pensar que a través de un proceso constitucional de amparo se pueda lograr reponer al trabajador de confianza en el puesto que venía ejerciendo (...)*”

Arce¹⁵ sin embargo discrepa con esta postura del TC pues “*sólo se podría despedir lícitamente a un trabajador de confianza o de dirección, cuando concurre un hecho que se tipifique como causa justa de despido. (...) Añade que este criterio del Tribunal “(...) permitiría que muchos despidos inconstitucionales no sean declarados como tales, sino simplemente arbitrarios (...)*”¹⁶”.

Frente a estas dos posiciones interesantes respecto al criterio del TC, opinamos siguiente:

(i) El cuestionamiento del despido de los trabajadores de dirección o de confianza debe realizarse en la vía judicial ordinaria.

Esta alternativa, a nuestro entender acorde con la Constitución supondría que el TC modifique su precedente vinculante relativo a la reposición a través del proceso de amparo como reparación ante un despido arbitrario.

¹⁴ AREVALO VELA, Javier. La protección de los trabajadores de confianza frente al despido arbitrario. En: *Diálogo con la jurisprudencia*. Lima. Gaceta Jurídica. Año 13, N° 112, Enero de 2008. p. 30.

¹⁵ ARCE ORTIZ, Elmer. La reposición de los trabajadores de confianza y de dirección. En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*. Lima. Editorial Normas Legales. Año 8, N° 63, Mayo 2006. p. 112.

¹⁶ *Ibid.* p.115.

En relación a la protección contra el despido arbitrario o injustificado, consideramos que nuestro ordenamiento constitucional, en armonía con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 17 de noviembre de 1988 (Protocolo de San Salvador), aprobado por Resolución Legislativa N° 26448, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29 de julio de 1995, reconoce una adecuada protección contra el mismo, siendo válida la reserva de ley para su desarrollo así como la reparación prevista en el artículo 34° de la LPCL, esto es la indemnización¹⁷.

Asimismo, la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo N° 166 de 1982, establece en su artículo 18° que, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada debería tener derecho, a una indemnización por fin de servicios u otras prestaciones análogas, a prestaciones del seguro de desempleo o a una combinación de tales prestaciones.

En consecuencia, el artículo 27° de la Constitución, en concordancia con su artículo 22°¹⁸ y lo establecido en el Protocolo de San Salvador, que forma parte de nuestra legislación, y el Convenio 158° OIT que la orienta,¹⁹ delega al legislador la facultad de decidir que protección contra el despido arbitrario es adecuada, y éste

¹⁷ En efecto, el artículo 6° del Protocolo, al desarrollar el Derecho al Trabajo, señala que “toda persona tiene derecho al trabajo, el cual incluye la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna y decorosa a través del desempeño de una actividad lícita libremente escogida o aceptada (...)”.

A su vez, el artículo 7° que regula las “condiciones justas, equitativas y satisfactorias del trabajo” determina que los Estados “garantizarán en sus legislaciones nacionales de manera particular: ... d) La estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación. En caso de despido injustificado el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”. (subrayado agregado).

¹⁸ Artículo 22.- El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona.

¹⁹ Adicionalmente, el Convenio N° 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), no ratificado por nuestro país, pero que posee carácter de recomendación, precisa que si el órgano jurisdiccional llega “(...) a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada (arbitraria) y, si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible dadas las circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”.

a su vez, consagra a la indemnización como única reparación frente al despido arbitrario y a la reposición como mecanismo restitutorio frente al despido nulo. Dichas opciones en buena cuenta son válidas a la luz de nuestra Constitución.

En ese sentido, siendo la indemnización por despido arbitrario una adecuada reparación contra el mismo, dejamos *ab initio* sentada nuestra discrepancia con la jurisprudencia del TC que permite accionar a través de un proceso constitucional de amparo la obtención de la reposición ante un despido arbitrario. Similar consideración sería aplicable a los denominados “despidos fraudulentos” pues al ser en el fondo injustificados o arbitrarios, la reparación conveniente sería la indemnización.

Por ende, y basándonos en los argumentos precedentes, el cuestionamiento del despido de un trabajador que ocupaba un puesto de dirección o de confianza debería dilucidarse en la vía judicial ordinaria, en la cual se podrá esclarecer la causalidad del despido, la categoría del trabajador entre otros aspectos. De estimarse la demanda, el trabajador de dirección o de confianza tendrá derecho a la indemnización, salvo que se acredite que su despido se fundó en alguno de los motivos prohibidos del artículo 29 de la LPCL, en cuyo caso procede la reposición en la vía judicial ordinaria.

(ii) Los trabajadores de dirección o de confianza deberán obtener un resarcimiento económico en el entendido que su reclamación deba ventilarse únicamente en el proceso laboral ordinario.

En sus resoluciones iniciales el TC sostuvo que, en tanto la parte demandante calificaba como empleado de confianza, únicamente podía acceder a una indemnización por despido arbitrario como reparación frente a un despido arbitrario (incausado o fraudulento, en términos del Colegiado).

La Corte Suprema, en diversas ejecutorias, como las Casaciones N° 1489-2000-Lima, 820-2002-Lambayeque o 2037-2000 Piura, ha venido sosteniendo que los trabajadores de dirección o de confianza tienen derecho a la tutela indemnizatoria como reparación frente al despido arbitrario.

Compartimos el pronunciamiento de la Corte Suprema, en el sentido que, si los trabajadores de dirección o de confianza son objeto de un despido arbitrario les corresponderá la indemnización como única reparación.

(iii) Partiendo de la jurisprudencia del TC sobre protección contra el despido arbitrario, con la cual discrepamos, compartimos la posición del TC en que la indemnización es la única reparación que les corresponde.

Esta posición del Tribunal parecería evidenciar un retroceso de su jurisprudencia inicialmente absoluta en materia de protección contra el despido arbitrario, como lo hemos visto en los acápites anteriores, pues se limitaría el acceso al proceso constitucional de amparo de una categoría especial de trabajadores, aquellos que ocupan posiciones de dirección o de confianza.

La motivación del TC se funda en la especial relación de responsabilidad y de compromiso con los resultados de la empresa del trabajador de dirección o de confianza.

En consecuencia, resulta razonable que, quien ocupa un cargo de especial relevancia no pueda ser readmitido, teniendo en cuenta además que existe un mecanismo de protección adecuado como la indemnización por despido arbitrario, salvo que, nos encontremos en alguno de los supuestos previstos como causales de nulidad de despido previstos en la LPCL.

(iv) Los trabajadores de dirección o de confianza podrían ser readmitidos en el empleo si su despido es nulo conforme al artículo 29° de LPCL.

Sin perjuicio de la doctrina jurisprudencial en materia de protección contra el despido, que sin duda posee la condición de fuente de Derecho, como es sabido, nuestro ordenamiento laboral ya contemplaba dos tipos de tutela frente a un despido arbitrario, la indemnización por despido y la reposición, este último caso en la medida que el acto extintivo de la relación laboral sea calificado como nulo por contravenir algún derecho constitucional en la medida que se presenten los moti-

voy prohibidos regulados en el artículo 29 de la LPCL²⁰ Así, establece la norma en mención, es nulo el despido que tenga por motivo:

a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales; .

El Tribunal Constitucional, por su parte, ha dispuesto en su doctrina sentada a partir del caso Llanos (Expediente N° 976-2001-AA/TC) y ratificada en el caso Baylón (Expediente N° 0206-2005-PA/TC), que si el trabajador es víctima de un despido fundado en alguno de los motivos prohibidos antes indicados puede recurrir a la justicia constitucional.

Siguiendo al precedente del TC, en la medida que en el proceso de amparo los trabajadores de confianza no se podrán reponer, entonces resulta idóneo, y una vía satisfactoria para que se cumpla lo previsto en la LPCL que recurran como ya está previsto en la ley a la vía judicial ordinaria.

Además, tengamos en cuenta que en los procesos de nulidad de despido existe normalmente una carga probatoria importante que no puede desplegarse en un proceso de amparo, pues éste carece de etapa probatoria y además resulta improcedente si existen hechos controvertidos²¹ (Expediente 0206-2005-PA/TC).

En ese sentido, es más conveniente sin duda, y legalmente posible, que los trabajadores de confianza despedidos mediante un acto lesivo de sus derechos

²⁰ Así, establece la norma en mención, es nulo el despido que tenga por motivo:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- c) 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;
- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;
- e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir. Esto es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.

²¹ A esto le debemos añadir que en el proceso de amparo no se dispone el pago de remuneraciones dejadas de percibir ("salarios caídos") lo que sí ocurre en el proceso ordinario de nulidad de despido.

constitucionales enumerados en el artículo 29 de la LPCL, recurran a la justicia laboral ordinaria.

2.4. Análisis del nuevo criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional en cuanto a la protección contra el despido de los trabajadores de dirección o de confianza.

En esta sección veremos como el Tribunal varía su posición al establecer una distinción entre aquellos trabajadores que ingresaron a ocupar un puesto de confianza y quienes accedieron a los mismos por una promoción.

2.4.1. Caso Ricardo David Chávez Caballero contra el Banco Central de Reserva del Perú (BCR), Expediente N° 03501-2006-PA/TC, sentencia publicada el 28 de noviembre de 2007.

El actor solicita que se le reponga como Subgerente de Desarrollo de Sistemas de la referida entidad, manifiesta haber sido despedido de manera injustificada, imputándosele hechos falsos, Asimismo, sostiene que la empleada invocó como causal de despido el “retiro de confianza”, la cual no está prevista como tal en la legislación laboral.

El Tribunal Constitucional desestima la demanda de amparo, estableciendo un nuevo criterio en materia de reposición de trabajadores de confianza:

(i) *“Los trabajadores 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”.* (FUNDAMENTO JURÍDICO N° 3 DE LA STC).

(ii) *“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". (FUNDAMENTO JURÍDICO N° 5 DE LA STC).

(iii) "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". (FUNDAMENTO JURÍDICO N° 11 DE LA STC).

(iv) "Como puede apreciarse, la mayor diferencia existente entre ambas categorías de trabajadores radica en que sólo el personal de dirección tiene poder de decisión y actúa en representación del empleador, con poderes propios de él. En cambio, el personal de confianza, si bien trabaja en contacto directo con el empleador o con el personal de dirección, y tiene acceso a información confidencial, únicamente coadyuva a la toma de decisiones por parte del empleador o del referido personal de dirección, son sus colaboradores directos. Este Colegiado considera que, por su naturaleza, la categoría de trabajador de dirección lleva implícita la calificación de confianza, pero un trabajador de confianza no necesariamente es un trabajador de dirección, en la medida que no tiene poder de decisión ni de representación". (FUNDAMENTO JURÍDICO N° 13 DE LA STC).

(v) " (...) 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". (FUNDAMENTO JURÍDICO N° 19 DE LA STC).

El pronunciamiento anterior ha sido reiterado en los casos Jesús Canessa Román contra PETROLEOS DEL PERU, Expediente N° L-2007-PA/TC, publicado el 26 de marzo de 2008²² y recientemente en el caso María Elizabeth Santisteban contra SEDAPAL, Expediente N° 03926-2007-PA/TC, publicado el 5 de junio de 2008.

2.4.2. Comentarios acerca de la decisión del Tribunal Constitucional de considerar al “retiro de confianza” como causa justa de despido de un trabajador de dirección o de confianza sujeto al régimen laboral de la actividad privada.

Discrepamos con el nuevo criterio del supremo intérprete constitucional toda vez que, a nuestro entender, el trabajador al ser promovido a la condición de confianza (se entiende comprende a la de dirección) ya adquiere ese status en la empresa, con lo cual sería inviable su reposición²³, no existiendo diferencia basada en fundamentos objetivos entre un trabajador promovido y uno que directamente ingresa a ocupar un cargo de confianza en la empresa²⁴.

Esta ausencia de criterios objetivos de diferenciación nos induce a afirmar que el Tribunal estaría realizando un acto discriminatorio entre los trabajadores de confianza ascendidos y los que ingresaron a dichos puestos.

Además, pareciera que el TC se hubiera obsesionado con el personal que se incorporó desde el inicio a un puesto de confianza ya que, en forma excesiva, estaría creando una nueva causal de despido, “el retiro de confianza”. Respecto a este punto coincidimos con Arce²⁵ quien sostiene que, “(...) *el retiro de confian-*

²² Caso particular pues quien pretendía su reposición era el Gerente General que había ocupado puestos de dirección (cargos gerenciales) con anterioridad a su designación como Gerente General, por lo que el TC resuelve que sea repuesto como Coordinador de Comercialización de la Gerencia de Planeamiento Corporativo o en otro similar de la empresa demandada como el de Jefe de Unidad de Monitoreo en el Departamento de Planeamiento Estratégico.

²³ Partimos de la existencia y obligatoriedad del precedente vinculante recaído en el caso Baylón, Expediente 026-2005-PA/TC.

²⁴ Podría alegarse que el TC tiene por objetivo el fortalecer la situación de aquellos trabajadores que hicieron línea de carrera en la empresa, ¿pero qué sucede con aquellos que hicieron línea de carrera en cargos de dirección o de confianza?

²⁵ ARCE. Ibid. p.121.

za, como es fácil deducir, es un motivo con una fuerte dosis de subjetividad que sin duda agravia el derecho al trabajo, el derecho de defensa y el principio de tipicidad en el despido. Agravia el derecho al trabajo en tanto la pérdida de confianza no configura una causa justa de despido en el orden laboral peruano. El derecho de defensa no puede operar por cuanto el trabajador no conoce con precisión cuál es el motivo de despido. Y, al mismo tiempo, lesiona el principio de tipicidad, en la medida que el retiro de la confianza no se encuentra tipificado como causa justa de despido en el artículo 22 y siguientes de la LPCL (...)”.

Adicionalmente consideramos que se estaría vulnerando el artículo 27° de nuestra Constitución que dispone una adecuada protección contra el despido arbitrario; ¿de qué adecuada protección estamos hablando, si se permite despedir por “retiro de confianza”? ¿Cómo el trabajador podría cuestionar esta “falta”?, creemos que el TC se ha excedido.

En ese sentido, el retiro de la confianza es inconstitucional. Como lo sostiene Arévalo²⁶, “(...) *El Tribunal Constitucional debe velar por el respeto de los derechos de los trabajadores de confianza (...). La inobservancia del artículo 27 de nuestra Constitución no es aceptable bajo ninguna perspectiva y menos aún si dicha vulneración proviene del Supremo Intérprete de la Constitución, que en múltiples fallos manifiesta ser el órgano encargado de velar por la plena vigencia de los derechos constitucionales (...)*”.

No olvidemos sin embargo, que frente a un “retiro de confianza” como causa de despido, el trabajador podría, en la medida que acredite el motivo prohibido del artículo 29° de la LPCL en que se base el acto extintivo, demandar la nulidad del mismo al amparo de la LPCL.

Tengamos en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Suprema habilita al ex trabajador a demandar el pago de su indemnización, aunque si bien los pronuncia-

²⁶ AREVALO. Ibid. p. 32.

mientos del Tribunal Constitucional priman sobre cualquier órgano jurisdiccional, existe cierta tendencia de los jueces a desacatar la jurisprudencia de este órgano y darle cierta preeminencia a aquellas provenientes de la Corte Suprema.

Creemos además que el justiciable podría ampararse en la norma laboral, que no realiza distinciones entre los trabajadores de dirección o de confianza y aquellos que no lo son y de todas maneras intentar una reparación en la vía laboral, pero de ninguna manera recurrir al proceso de amparo.

Sin embargo, es evidente que el TC estaría generando indefensión por lo que, esperemos cambie de opinión.

Una consecuencia cuestionable adicional del fallo del Tribunal es el efecto perverso que pueda causar pues el empleador preferirá contratar a trabajadores de dirección o de confianza directamente que promover a su propio personal, lo cual a la larga podría desincentivar a la organización en tanto los trabajadores sentirán la ausencia de una línea de carrera en su empresa.

Ello vaciaría de contenido al derecho al ascenso, reconocido en el Protocolo de San Salvador, que fuera ratificado por nuestro país, el cual dispone en su artículo 7° que los Estados deben garantizar el derecho del trabajador a la promoción o ascenso dentro de su trabajo, teniendo en cuenta sus calificaciones, competencia, probidad y tiempo de servicio. Con la jurisprudencia del TC, el empleador, reiteramos, preferirá no ascender a sus trabajadores a puestos de dirección o de confianza para gozar de una mayor flexibilidad para cesarlos.

Finalmente, el fallo bajo comentario carece de motivación respecto al cambio de criterio del TC al establecer dos clases de trabajadores de dirección o de confianza, los que pueden ser repuestos y los que no, lo cual añade un vicio de inconstitucionalidad al mismo.

Sobre el particular, si bien la doctrina jurisprudencial en materia de protección contra el despido arbitrario de trabajadores de dirección o de confianza no ha sido calificada como precedente vinculante, y por ende no se le aplica el artículo VII

del Título Preliminar del CPC que exige que, cuando el TC se aparte de su precedente deba expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente, somos de la opinión que, en la medida que se trata de doctrina jurisprudencial producida por el Supremo Intérprete de la Constitución, lo apropiado hubiese sido tener una sentencia que exprese con claridad y precisión sus fundamentos, y que además fuese precedente vinculante²⁷.

La falta de motivación del TC añadiría un vicio de inconstitucionalidad al pronunciamiento, pues se vulneraría el derecho al debido proceso. Si no se tratara de una sentencia emitida por el TC, podríamos aplicar lo indicado por el Colegiado en el ya citado Expediente N° 00654-2007-PA/TC, en el sentido que la falta de motivación supone que, "(...) el derecho-garantía a la debida motivación de las resoluciones judiciales puede ser enjuiciada por este Colegiado en un proceso de amparo contra resoluciones judiciales (...)".

En consecuencia, el cambio de criterio inmotivado del Tribunal, resulta inadecuado pues es discriminatorio, atenta contra el Derecho al Trabajo, el Derecho de defensa y el principio de tipicidad, y por ende resulta inconstitucional.

3. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto en el presente trabajo, podemos extraer las siguientes conclusiones:

Los trabajadores de dirección o de confianza ocupan un status especial en la empresa en razón no a su condición personal sino a las características del trabajo

²⁷ En cuanto a la motivación de las resoluciones judiciales, el propio Tribunal ha sostenido que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales a que se refiere el artículo 139.5 de la Constitución "(...) es al propio tiempo un derecho de quienes comparecen en el proceso judicial, como también una garantía y principio de la función jurisdiccional. En cuanto derecho subjetivo obliga a los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, a fundamentar sus decisiones en base al derecho vigente y a los hechos expuestos por las partes, dando respuesta afirmativa o negativa a las cuestiones planteadas. En tanto garantía y principio de la función jurisdiccional constituye en cambio un valioso instrumento para el control público de las decisiones judiciales y, a la vez, un medio que presta legitimidad de ejercicio a los jueces.(...)" (Expediente N° 00654-2007-PA/TC). (subrayado nuestro).

que realizan. Un trabajador de dirección posee la condición de trabajador de confianza, pero no todo trabajador de confianza es a su vez personal de dirección.

La jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional es fuente de Derecho, dada la importancia de la interpretación constitucional que realiza como instancia máxima (supremo intérprete), y fundamentalmente merced al propio mandato de la Constitución, pues ello se desprende del artículo 139 inciso 8 de la Constitución (“no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley”), y del artículo 201 del mismo cuerpo normativo (que le otorga al TC la función de control de la Constitución), viéndose reforzado ello por preceptos legales contenidos en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, el tercer párrafo del artículo VI del mismo y en la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

Asimismo, la jurisprudencia emitida por el TC en relación a la protección contra el despido de los trabajadores de dirección o de confianza es sin duda vinculante, sin embargo, carece de la condición de precedente vinculante, toda vez que el TC no la ha calificado como tal conforme lo dispone el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, sin embargo, ello no impide que el Colegio fundamente debidamente las razones de hecho y de derecho de cualquier cambio en su criterio.

Como se ha visto, los pronunciamientos jurisprudenciales del TC inicialmente habilitaban a los trabajadores de dirección o de confianza a demandar su reposición en un proceso de amparo frente a un despido arbitrario, nulo, fraudulento, pues en sus resoluciones no analizaba si los demandantes poseían dicha categoría. Posteriormente, negó de plano esa posibilidad sosteniendo que al personal de dirección o confianza no le correspondía la reposición en razón a la naturaleza especial de su cargo, para luego realizar una diferencia inconstitucional.

La inconstitucionalidad radica en que el Colegio discriminó a los trabajadores de confianza que ocupaban dicha posición desde el inicio de su relación laboral con aquellos que accedieron a puestos de esa categoría por promoción, pues a los primeros no les permitía reponerse y a los segundos sí. Adicionalmente dejó en un

estado de indefensión a los primeros pues señaló que el “retiro de confianza” es una causa justa de despido, cuando la misma no se encuentra contemplada en la legislación.

Esta situación genera que, si un trabajador de dirección o de confianza que ocupó su puesto desde el inicio de su relación laboral no pueda cuestionar el “retiro de confianza” de su empleador mediante una acción de amparo; el problema radica en que tampoco lo podría hacer en la vía judicial ordinaria en la medida que los jueces deben acatar los criterios vinculantes del TC, situación que en este caso esperemos no se de en la práctica, pues se estaría materializando una abierta violación de la Constitución por su parte de su propio guardián.

Finalmente, el nuevo criterio vacía de contenido el derecho al ascenso previsto en el Protocolo de San Salvador en tanto el empleador preferirá contratar personal para que directamente ocupen puestos de dirección o de confianza, y así poder despedirlos sin generar la contingencia de una reposición vía acción de amparo en vez de promover a sus propios cuadros, lo cual, sin duda, generará descontento laboral y una falta de identificación con los objetivos empresariales.