

## **LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA Y DIRECCIÓN Y SU PROTECCIÓN CONTRA EL DESPIDO. ALGUNOS APUNTES A PROPÓSITO DEL VII PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL**

DANTE ABRAHAM BOTTON GIRÓN<sup>1</sup>

### **I. INTRODUCCIÓN**

La unificación de la jurisprudencia ha sido y será siempre un objetivo de todo sistema normativo debido, entre otras razones, a que genera certeza y seguridad jurídica para los particulares y en general para todos los operadores del derecho (jueces, litigantes, abogados, etc).

En ese sentido, el Tribunal Europeo de Derecho Humanos, en el conocido caso *Sunday Times vs Reunido Unido* (Sentencia de Fondo del 26 de abril de 1979, párrafo 49) declaró que: “una norma no puede ser considerada como una ley a menos que sea formulada con precisión suficiente como para que el ciudadano pueda regular su conducta”.

Consciente de ello, el Poder Judicial viene impulsando hace varios años la emisión de Plenos Jurisdiccionales de diverso alcance (distritales, nacionales y supremos) los cuales además son de heterogéneas especialidades (penal, civil, constitucional, comercial, familia y en los últimos años particularmente laboral).

En materia laboral, obtener seguridad jurídica en cuanto a la forma de resolver los conflictos generados entre los sujetos de la relación de trabajo tiene especial relevancia pues: (i) afecta a miles de prestadores de servicios, especialmente a los trabajadores; (ii) incumbe a los empresarios pues afecta directamente la toma de decisiones en la gestión y

---

<sup>1</sup> El suscrito es Abogado y egresado de la Maestría en Derecho del Trabajo de la Universidad San Martín de Porres. Actualmente es asociado al área laboral del Estudio Payet, Rey, Cauvi, Pérez.

administración de los recursos humanos; *(iii)* incide en el incremento de las controversias que hoy se encuentran vigentes bajo la Nueva Ley Procesal del Trabajo, las que han generado, en diversos distritos judiciales, que los plazos de fijación de las audiencias de conciliación y juzgamiento, así como la entrega de sentencias se alejen de forma palmaria a los previstos por la Ley N° 29497; afectando directamente los principios de celeridad, economía procesal e inmediatez que inspiran dicho modelo procesal.

No obstante, hace apenas algunos días se publicaron en el diario oficial “El Peruano”<sup>2</sup>, las conclusiones del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional (en adelante “El Pleno”). Dentro de dichas conclusiones ha llamado la atención las generadas a propósito de determinar en que circunstancias corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario a favor de los trabajadores de confianza y de dirección.

Más específicamente y para lo que el presente trabajo interesa<sup>3</sup>, el Pleno ha definido que aquellos trabajadores que ingresaron directamente a un cargo de confianza o dirección, no les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso el empleador les retire la confianza. Debido a ello, en lo sucesivo carecerían de protección alguna contra el despido al despojárseles tanto de la tutela restitutoria (reposición en el empleo) como de la resarcitoria (pago de una reparación económica).

La finalidad del presente artículo es analizar la constitucionalidad del precitado Pleno teniendo en cuenta que el prisma desde el cual deben analizarse y estudiarse las instituciones del Derecho del Trabajo hoy en día, ya no puede ser simplemente la del legislador decimonónico en el cual la ley tenía validez dentro del ordenamiento jurídico laboral por sí misma, es decir, por haberse dictado por el órgano y siguiendo el procedimiento correspondiente, sino aquel que determina que las disposiciones normativas (y los sentidos interpretativos realizados por los jueces) serán válidas siempre que se encuentren en clara concordancia y asidero con los derechos, principios y mandatos que la Constitución imparte, entre los que encontramos al Derecho al Trabajo.

Con el propósito de lograr dicho objetivo, también daremos cuenta del tratamiento que ha merecido la protección contra el despido por parte de los trabajadores de confianza y dirección a nivel normativo y por parte de los órganos jurisdiccionales del país, esencialmente la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.

## II. LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA Y DE DIRECCIÓN

La relación de trabajo está fundada entre otros aspectos, en la buena fe, específicamente la buena fe *confianza*, pues el éxito o fracaso de la actividad empresarial

---

<sup>2</sup> La publicación se efectuó el día 1 de setiembre de 2018.

<sup>3</sup> El presente trabajo sólo analizará la conclusión vinculada a la eliminación de toda forma de protección a aquellos trabajadores de confianza y dirección dentro del régimen de la actividad privada.

está estrechamente vinculado a la correcta y dedicada prestación de servicios por parte de los trabajadores.

Sin embargo, dicha confianza tendrá diferente intensidad en algunos trabajadores que en otros. En efecto, en toda organización existirá un grupo determinado de trabajadores que en atención a la información a la que tiene acceso, a la posibilidad de influenciar directamente en la toma de decisiones, así como al grado de responsabilidad que detentan, la confianza se convierte en el elemento determinante y cercanamente necesario en su contratación, debido a lo cual dejarán de ser trabajadores “ordinarios o comunes” para ser considerados como trabajadores de *confianza o de dirección*.

En línea de lo antes mencionado, la Corte Suprema indicó que: “En sentido coloquial, la confianza consiste en la esperanza firme que se tiene de alguien o algo, y si bien dicho elemento se encuentra ínsito en toda relación interpersonal; sin embargo, en términos jurídicos, encontramos que en el ámbito laboral, el legislador ha impregnado de características adicionales al elemento confianza, contenido en la designación de trabajadores en determinados puestos, que para la empresa o entidad resultan claves, por la naturaleza de funciones desarrolladas (...)”<sup>4</sup>

El ordenamiento jurídico laboral peruano no ha sido ajeno a dicha distinción y ha referenciado a estos dos tipos específicos de trabajadores. Sobre los primeros, Barajas indica que: “Trabajador de confianza es la persona que por razón de jerarquía, vinculación, lealtad y naturaleza de la actividad que desarrolla al servicio de una empresa o patrono, adquiere representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones, las mismas que lo ligan de manera íntima al destino de esa empresa o a los intereses particulares de quien lo contrata, en forma tal que sus actos merezcan plena garantía y seguridad, y tenga su comportamiento laboral plena aceptación”<sup>5</sup>

A nivel normativo, el segundo párrafo del artículo 43° del Decreto Supremo N° 003-97-TR establece lo siguiente: “Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales”.

Como vemos, las características del trabajador de confianza son especialmente que: *i)* tiene contacto directo con el empleador o con el personal de dirección; y *ii)* tiene

---

<sup>4</sup> Casación 5453-2013-La Libertad, considerando jurídico 2.3.

<sup>5</sup> BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago. “*Los contratos especiales de trabajo*”. 1era. edición. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, 1992. p. 142.

acceso a información de carácter reservado de la empresa o *iii*) sus opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

Con el ánimo de “aclarar” dichos criterios que identifican a los trabajadores de confianza, la Corte Suprema en cuanto al *contacto directo* precisa que: “este se refiere a la jerarquía del trabajador de confianza respecto del empleador o su representante, pues la existencia de intermediarios en la cadena de mando, impediría el acceso a información de carácter reservado y/o la posibilidad que las opiniones o informes del trabajador coadyuven a la formación de decisiones empresariales (...)”<sup>6</sup>

Respecto del *acceso a información reservada* de la empresa: “el mismo está referido a asuntos industriales, comerciales, profesionales u otros similares cuyo conocimiento se encuentra restringido, en la medida que forman parte de las estrategias estructurales implementadas por las empresas y/o entidad para su subsistencia en el mercado, la prestación adecuada de los servicios que brinda a usuarios o aquella información relacionada con el ciclo económico de los bienes que comercializa en el mercado (...)”<sup>7</sup>

Finalmente y en lo que se refiere a la *emisión de opiniones o informes* que contribuyan a la formación de las decisiones empresariales: “se deberá tomar en cuenta el tipo de información generada y proporcionada por el trabajador, la cual deberá tener relación directa con el giro del negocio de la empresa, pues en función de dicha información procesada, el empleador se encontrará en posibilidades de adoptar una decisión con aptitud de trascender en el desarrollo del negocio o actividades que desarrolla en el mercado o la comunidad, descartándose de esa manera el procesamiento mecánico de información que carezca de un análisis sustantivo”<sup>8</sup>

Por otro lado, y con relación al trabajador de dirección, el precitado artículo 43° del Decreto Supremo N° 003-97-tr nos dice que: “es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquella, funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial”.

Al respecto, Carlos Blancas indica que: “Sobre el personal de dirección, se ha indicado que las facultades de la norma hacen referencia a aquel personal que posee poder decisorio y alta responsabilidad, y sin cuya actividad no sería posible que la empresa o entidad lleve a cabo su propia actividad. Implica, por consiguiente, capacidad

---

<sup>6</sup> Casación 5453-2013-La Libertad, considerando jurídico 2.4.

<sup>7</sup> Casación 5453-2013-La Libertad, considerando jurídico 2.4.

<sup>8</sup> Casación 5453-2013-La Libertad, considerando jurídico 2.4.

de mando, posición jerárquica y el ejercicio de funciones esenciales para la organización”<sup>9</sup>.

Adicionalmente, Montoya Melgar define al personal de dirección “como aquellos que desempeñan poderes propios del empleador (no necesariamente de todos) que versen sobre los objetivos generales de la empresa”<sup>10</sup>.

Finalmente, Manuel Carlos Palomeque: establece que: “lo que caracteriza al personal de dirección es la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial”<sup>11</sup>.

Como vemos, esencialmente (y no únicamente), los trabajadores de dirección son aquellos de rango o nivel gerencial o de alta jerarquía dentro de la empresa o de la entidad, pues como es fácil colegir, respecto de ellos *depende directamente el correcto y debido funcionamiento de la organización*.

Sin perjuicio de ello, y conforme lo ha establecido el Tribunal Constitucional, “(...) 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”<sup>12</sup>.

### **III. LA REPOSICIÓN EN EL EMPLEO Y LOS TRABAJADORES DE DIRECCIÓN Y CONFIANZA. A PROPÓSITO DEL CASO “CHAVEZ CABALLERO”**

Cuando se revisa la configuración del Derecho al Trabajo, verificamos que el constituyente se ha preocupado por indicar que la ley otorga *adecuada* protección contra el despido arbitrario (Artículo 27° de la Constitución). En ese sentido, y conforme lo indicara el Tribunal Constitucional a partir de las sentencias recaídas en los expedientes Fetratel vs Telefónica (Exp. 1124-2001-AA/TC) y Llanos Huasco vs Telefónica (Exp. 976-2001-AA/TC), ese mandato de *adecuada* protección importa, entre otros aspectos, que el

---

<sup>9</sup> BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos. “El despido en el Derecho Laboral Peruano”. Tercera edición. Lima: Jurista Editores. 2013. p. 588.

<sup>10</sup> MONTOYA MELGAR, Alfredo. “Derecho del Trabajo”. Tecnos. Décimo novena Edición. Madrid. 1998. p. 501

<sup>11</sup> PALOMEQUE LÓPEZ, Manuel Carlos. “Derecho del Trabajo”. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Sexta Edición. Madrid. 1998. p. 1019.

<sup>12</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 3501-2006-AA/TC, Fundamento Jurídico 14.

diseño de tutela confeccionado por legislador contra el despido deba respetar un mínimo de proporcionalidad, esto es, que sea en buena cuenta, un diseño óptimo u idóneo.

Así, el máximo intérprete de la Constitución indicó que: "(...) el que la Constitución no indique los términos de esa protección adecuada, no quiere decir que exista prima facie una convalidación tácita de cualquier posible desarrollo legislativo que se haga en torno al derecho reconocido en su artículo 27 o acaso, que se entienda que el legislador se encuentre absolutamente desvinculado de la Norma Suprema. Si bien el texto constitucional no ha establecido cómo puede entenderse dicha protección contra el despido arbitrario, ella exige que, cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, estas deban satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad, como dice expresamente el texto constitucional, se trate de medidas adecuadas"<sup>13</sup>

En el caso peruano, hasta antes de la dación de las sentencias antes mencionadas, para el despido arbitrario y para el despido indirecto (generado por la comisión de algún acto de hostilidad por parte del empleador) correspondía la *tutela resarcitoria*, esto es, el pago de la indemnización por despido arbitrario prevista por el artículo 38° del Decreto Supremo N° 003-97-TR. Asimismo, la *tutela restitutoria* (reposición en el empleo) sólo era procedente en caso se alegue la existencia de un despido nulo bajo los alcances de alguna de las causas previstas por el artículo 29° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, esto es, por razón antisindical, discriminación, trabajadoras gestantes, entre otras.

Luego, el Tribunal Constitucional construyó las categorías de despido incausado, despido fraudulento y despido nulo (pero sin limitarse a los derechos fundamentales cuya protección se encuentra de forma expresa por la legislación laboral ordinaria); en cuyos casos se habilitaba la tutela restitutoria a elección del trabajador, esto es, el trabajador elegía si optar por la reposición en el empleo o por el pago de una suma económica.

Dicho esto, y pasados algunos años, la pregunta que intentó responder el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia, es si los trabajadores de confianza y dirección también tenían derecho a la tutela restitutoria. Para ello, expidió la sentencia recaída en el expediente N° 3501-2006-PA/TC (Caso Chávez Caballero).

En dicho pronunciamiento, el TC indicó lo siguiente: "De la misma manera la calificación de dirección o de confianza es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita. Por lo que, si un trabajador desde el inicio de sus labores conoce de su calidad de personal de confianza o dirección, o por el hecho de realizar labores que implique tal calificación, estará sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en su empleo,

---

<sup>13</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 976-2001-AA/TC, Fundamento Jurídico 12.

de lo contrario solo cabría la indemnización o el retiro de la confianza depositada en él, tal como viene resolviendo este Colegiado”<sup>14</sup>.

Como vemos, para el Tribunal Constitucional aquellos trabajadores que desde el ingreso a la Empresa o la entidad desempeñaron un cargo de confianza o dirección, sólo les correspondería la tutela resarcitoria debido a que siempre tuvieron conocimiento que la confianza era la que delimitaba la continuidad en la prestación de sus servicios. Si bien es cierto la argumentación de la sentencia es deficiente y diminuta, es posible coincidir con el máximo intérprete de la Constitución en su conclusión. Nos explicamos.

Desde un punto de vista formal, fue el Tribunal Constitucional el que “modificó” el ordenamiento jurídico laboral privado al fijar una nueva tipología de despidos, e incorporar a los despidos incausados, fraudulentos y nulos (pero no sólo desde la perspectiva de los supuestos previstos por la ley laboral sustantiva) como generadores de una tutela restitutoria. Como hemos dicho, dicha situación no era la regulada por el legislador laboral peruano y por ende, a partir de una interpretación del artículo 27° de la Constitución y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, consideró que dicha tutela era válida para cualquier trabajador. Claramente se instituyó (aunque algunos no deseen aceptarlo) la estabilidad laboral absoluta.

Pero si esto era así, el propio Tribunal Constitucional tenía la posibilidad de “reinterpretar” o “modificar” los alcances de su posición inicial e identificar si todos los trabajadores podían optar tanto por la tutela restitutoria como por la resarcitoria. Como hemos dicho, a partir de la sentencia del caso Chávez Caballero, el TC marcó la primera limitación: a los trabajadores de confianza o dirección sólo les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario prevista en la legislación laboral.

Por otro lado, y en cuanto a la corrección material de la respuesta dada por el Tribunal Constitucional, debemos tener en cuenta que tenemos por un lado el Derecho al Trabajo (cuya lesión claramente se efectúa ante un despido) y por otro lado la Libertad de Empresa (que resultará intervenido en gran medida en caso se ordena la reincorporación de un trabajador). Se trata en buena cuenta desde mi punto de vista de un conflicto entre dos derechos fundamentales, cuya solución sólo podría darse a través del principio de proporcionalidad.

En ese sentido y conforme indica Mijail Mendoza “El instrumento conceptual que permitirá resolver el problema de colisión será el *principio de proporcionalidad* con sus tres subprincipios: adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto”<sup>15</sup>.

---

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 3501-2006-AA/TC, Fundamento Jurídico 16.

<sup>15</sup> MENDOZA ESCALANTE, Mijail. *Derechos Fundamentales y Derecho Privado*. Editora y Librería Jurídica Grijley E.I.R.L. Primera Edición. 2009. p. 64.

## VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

En cuanto, al contenido del principio de proporcionalidad, Bernal Pulido nos indica con certeza que: “Idoneidad: según este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe ser idónea para contribuir a alcanzar un fin constitucionalmente legítimo. Necesidad: según este subprincipio, toda intervención en los derechos fundamentales debe realizarse con la medida más favorable para el derecho intervenido de entre todas las medidas que revistan la misma idoneidad para alcanzar el objetivo perseguido. Proporcionalidad en sentido estricto: según este subprincipio, la importancia del objetivo que persigue la intervención en el derecho fundamental debe estar en una relación adecuada con el significado del derecho intervenido. En otras palabras, las ventajas que se obtengan mediante la intervención en el derecho fundamental deben compensar los sacrificios que ello implica para su titular y para la sociedad en general”<sup>16</sup>.

Al respecto, la reposición en el empleo claramente será una *medida idónea* para la satisfacción del Derecho al Trabajo pues a través de aquella justamente el trabajador recupera su fuente de ingresos y su readmisión en el empleo. De otro lado y con relación a la superación del subprincipio de *necesidad*, efectivamente, sí existe otra medida menos gravosa para la satisfacción de dicho derecho como es el pago de una reparación económica que ha sido prevista por el legislador ordinario a efectos de resarcir el daño ocasionado por la pérdida del empleo.

Pese a ello, algunos podrían discrepar respecto de que la reparación económica sea una medida *igualmente satisfactoria* como la reposición en el empleo. Consciente de ello correspondería asumir ello y proceder a la de ponderación en sentido estricto. En ese sentido, considero que la readmisión de un trabajador de confianza (que maneja información reservada o coadyuva a la toma de decisiones empresariales con sus opiniones y que además trabaja en contacto directo con el empleador o el personal de dirección) y la de un trabajador de dirección propiamente dicho (del que depende propiamente el resultado de la actividad empresarial o de la entidad) inciden de manera *grave* en la Libertad de Empresa, pues se tornaría incapaz el normal y correcto desenvolvimiento de la actividad empresarial.

De otro lado, el grado de satisfacción en el derecho interviniente sería *medio* pues debe tenerse en cuenta que este tipo de trabajadores nunca tuvieron una expectativa de estabilidad como los trabajadores comunes pues conocía que tanto su elección como su desvinculación estaba vinculada a la confianza depositada en ellos.

Suponer lo contrario significaría que por ejemplo el Gerente de Ventas de una Empresa (claramente un personal de dirección) pudiera tener derecho a la readmisión en el empleo, pese a que el empleador ya no confía en él y que sobre aquel dependen los resultados de la Empresa. De igual modo, la secretaria del gerente general (personal de confianza) podría retornar a trabajar pese a que en atención a la información que maneja se requiere un grado de confianza altísimo a efectos de evitar su fuga o mal uso.

---

<sup>16</sup> BERNAL PULIDO, Carlos. *El Derecho de los Derechos*. Primera Edición. Editorial Cordillera S.A.C. Colombia 2005. pp. 66-67.



En conclusión, sí resulta razonable y proporcional que los trabajadores de confianza y dirección no ostenten una tutela restitutoria en tanto y en cuanto la reposición en el empleo no resulta ser una medida idónea, necesaria ni proporcional en sentido estricto con respecto a la intervención que genera en la Libertad de Empresa. Corresponde entonces analizar el Pleno.

#### **IV. DISCREPANCIAS CON RELACIÓN AL VII PLENO JURISDICCIONAL SUPREMO EN MATERIA LABORAL Y PREVISIONAL**

Con la finalidad de determinar si el Pleno se ajusta a los términos que los Tratados Internacionales, la Constitución y el ordenamiento jurídico laboral imponen, estructuraremos los argumentos que nos permiten sustentar nuestra posición en torno a dicha interrogante.

##### **a) Inexistencia de duda en cuanto a la protección resarcitoria**

Como indicamos anteriormente, el VII Pleno Supremo Jurisdiccional Laboral y Previsional establece dentro de sus conclusiones lo siguiente: “Aquellos trabajadores que ingresaron directamente a un cargo de confianza o de dirección, no les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les retire la confianza”. Es decir, a dicho tipo de trabajadores no les corresponde (a decir de los jueces peruanos) ni siquiera el pago de la indemnización por despido arbitrario prevista en la ley sustantiva laboral.

El primer aspecto que corresponde tener en cuenta es que como hemos indicado en la parte inicial del presente trabajo, una de las finalidades principales de los plenos jurisdiccionales es unificar la jurisprudencia y por ello generar certeza entre los operados jurídicos y particularmente entre los sujetos de la relación laboral respecto a la forma en que los órganos de justicia decidirán las controversias surgidas en dicho ámbito.

Ello se presenta obviamente en caso existan dudas o discrepancias en la forma de resolver dichos conflictos. En caso eso no sea así, esto es, si los órganos jurisdiccionales no tienen duda en cuanto a los alcances de determinado derecho o en cuanto a la interpretación de una disposición normativa, los plenos jurisdiccionales carecen de sentido alguno. Aquí, conviene preguntarnos ¿Existía duda respecto a si a los trabajadores de confianza o dirección les correspondía el pago de la indemnización por despido arbitrario? La respuesta es claramente negativa, pues existía consenso incluso en la propia Corte Suprema respecto a que la tutela resarcitoria era la propia para dicho tipo de trabajadores. Ello puede verse por ejemplo en la Casación N° 3106-2016-Lima y en la sentencia expedida por el TC en el expediente n° 2961-2012-AA/TC, entre otros diversos casos. No obstante, deseo precisar algunos argumentos por lo que considero que el Pleno yerra groseramente también desde un punto de vista material.

**b) El Pleno viola el Protocolo de San Salvador**

Como es por todos conocidos, la validez de las disposiciones internas no está sujeta únicamente a su compatibilidad con la Constitución, sino además con los tratados internacionales de los que el Perú es parte. Sobre el particular, el Protocolo Adicional sobre la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” establece en su artículo 7° lo siguiente: “(...) para lo cual dichos Estados garantizarán en sus legislaciones adicionales, de manera particular: (...) la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de la industria y profesiones y con las causas de justa separación. En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una *indemnización o a la readmisión en el empleo* o a cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

El Protocolo nos muestra entonces dos opciones válidas desde los tratados internacionales en cuanto al tratamiento de los despidos injustificados, esto es, la readmisión en el empleo o el pago de una indemnización. Existe una salvedad prevista por el propio Protocolo y es que en caso exista otra prestación prevista por la legislación nacional, ello también será válido. No obstante, en la legislación peruana ello no resulta predicable pues el ordenamiento jurídico laboral no prevé otro mecanismo adicional de protección contra el despido que los antes mencionados. Por tanto, concluir que los trabajadores de confianza y dirección no les corresponde ninguna de las protecciones establecidas por el Protocolo equivale en buena cuenta a desacatar los mandatos derivados de dicho instrumento internacional y por tanto afectar el artículo 55° de la Constitución Política del Estado que establece que: “Los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”.

**c) El Pleno vacía de contenido al Derecho al Trabajo**

Conforme hemos indicado en líneas anteriores: “El derecho al trabajo está reconocido por el artículo 22° de la Constitución. Este Tribunal estima que el contenido esencial de este derecho constitucional implica dos aspectos. El de acceder a un puesto de trabajo, por una parte y, por otra, el derecho a no ser despedido sino por causa justa. En el primer caso, el derecho al trabajo supone la adopción por parte del Estado de una política orientada a que la población acceda a un puesto de trabajo; si bien hay que precisar que la satisfacción de este aspecto de este derecho constitucional implica un desarrollo progresivo y según las posibilidades del Estado. El segundo aspecto del derecho trata del derecho al trabajo entendido como proscripción de ser despedido salvo por causa justa”<sup>17</sup>.

---

<sup>17</sup> Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 0263-2012-AA/TC, Fundamento Jurídico 3.3.1.

Siendo ello así, tenemos que eliminar cualquier mecanismo legal de protección contra el despido a los trabajadores de confianza y dirección vacía de contenido al Derecho al Trabajo pues no existiría propiamente una proscripción en cuanto a no ser despedido salvo por causa justa y por tanto se justificaría el despido sin consecuencia jurídica alguna.

#### **d) El Periodo de Prueba**

Al momento de regular la protección contra el despido, el legislador ordinario tiene cierta amplitud para dichos efectos. Así, por ejemplo, y conforme a la mayoría de las legislaciones comparadas, se ha tenido en cuenta una institución particular del Derecho del Trabajo denominado “periodo de prueba”.

Al respecto se ha indicado que: “El periodo de prueba es el lapso de tiempo en el que el empleador evalúa si el trabajador se desempeña de acuerdo con las expectativas de idoneidad y eficiencia requeridas por el puesto de trabajo para el que fue contratado”<sup>18</sup>. En efecto, el periodo de prueba consiste en aquel lapso en el cual el legislador dispensa de protección contra el despido arbitrario al trabajador con la finalidad de que el empleador determine según su perspectiva si este reúne los requisitos, condiciones y competencias que aquel requiere para desempeñar las funciones que fueron plasmadas en el contrato de trabajo.

El ordenamiento jurídico peruano se ha preocupado de diferenciar los plazos máximos de dicho periodo de prueba. En efecto, en el artículo 10° del Decreto Supremo se indica lo siguiente: “El periodo de prueba es de tres meses, a cuyo término el trabajador alcanza derecho a la protección contra el despido arbitrario. Las partes pueden pactar un término mayor en caso las labores requieran de un periodo de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. La ampliación del periodo de prueba debe constar por escrito y no podrá exceder, en conjunto con el periodo inicial, de seis meses en el caso de trabajadores calificados o de confianza y de un año en el caso de personal de dirección”

Como vemos, el propio legislador se ha preocupado de delimitar que el periodo de prueba, que justamente genera una excepción al régimen de protección contra el despido arbitrario y por tanto permite la libre resolución del contrato de trabajo por cualquier de los sujetos de la relación laboral tenga un plazo tope o límite de seis (6) meses o un (1) respectivamente. En ese sentido, la consecuencia dada por el propio enunciado normativo es que superado dicho plazo, incluido el personal de confianza y dirección que son justamente a los que hace referencia, también alcanzan protección contra el despido arbitrario.

---

<sup>18</sup> DOLORIER TORRES, Javier; Tratado Práctico de Derecho Laboral; 1° Edición, Gaceta Jurídica S.A, Lima, 2010, p. 24.

En ese sentido nos preguntamos ¿A qué protección contra el despido podría referirse el mencionado artículo 10°? Pues, únicamente al pago de la indemnización por despido arbitrario prevista en el artículo 38° del Decreto Supremo 003-97-TR. El Pleno no ha tenido en cuenta dicha circunstancia y ha considerado de forma aislada que el retiro de la confianza supone una forma especial de extinción del vínculo laboral, sin atender al hecho que el propio legislador ha tenido en cuenta la protección contra el despido de los trabajadores de confianza y dirección superado el extenso periodo de prueba previsto en la norma peruana.

**e) El Pleno distingue donde la ley no lo hace**

Otro argumento para discrepar del Pleno es que en buena cuenta, lo que ha hecho la Corte Suprema es distinguir donde la ley no lo hace. En efecto, además de la interpretación sistemática que debió darse a razón de la regulación del periodo de prueba, que a contrario sensu, establece de forma expresa la protección contra el despido arbitrario de los trabajadores de dirección y confianza en caso superen el periodo de prueba, es que el artículo 34° del Decreto Supremo no hace distinción alguna en cuanto a los trabajadores a los que les alcanza dicho derecho.

En efecto, el enunciado normativo establece lo siguiente: “El despido del trabajador fundado en causas relacionadas con conducta o su capacidad no dan lugar a la indemnización. Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar está en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización prevista por el artículo 38°, cómo única reparación por el daño sufrido (...)”

Como vemos, el legislador no ha hecho ninguna distinción alguna a efectos del pago de la indemnización por despido arbitrario con relación a los trabajadores de confianza y dirección, debido a lo cual tenemos que el Pleno distingue generando un régimen de excepción o exclusión de dichos trabajadores cuando de forma alguna ello ha sido previsto por el legislador laboral ordinario.

**V. CONCLUSIONES**

A manera de conclusión podemos expresar las siguientes ideas:

- Es proporcional que la protección contra el despido para los trabajadores de confianza y dirección sea la tutela resarcitoria, pues se condice con el grado de afectación que supondría en la Libertad de Empresa su readmisión en el empleo.
- La eliminación de toda forma de protección contra el despido para los trabajadores de confianza y dirección supone una infracción directa contra el Protocolo de San Salvador, debido a lo cual el Pleno resulta ser inaplicable en sede nacional.

- La eliminación de toda forma de protección contra el despido para los trabajadores de confianza y dirección supone vaciar de contenido el Derecho al Trabajo, resultando por tanto el Pleno incompatible con la Constitución Política del Perú.
- La eliminación de toda forma de protección contra el despido para los trabajadores de confianza y dirección no se condice con el hecho que el propio legislador haya establecido un plazo máximo del periodo de prueba, pues justamente superado aquel, también adquieren protección contra el despido como los demás trabajadores.
- La eliminación de toda forma de protección contra el despido para los trabajadores de confianza y dirección implica distinguir donde el legislador no lo ha hecho conforme al propio texto del artículo 34° del Decreto Supremo N° 003-97-TR.