

ESTABILIDAD REMUNERATIVA ANTE EL RETIRO DE CONFIANZA COMENTARIOS A LA AFECTACIÓN DE REMUNERACIONES AL INTERIOR DE LA EMPRESA

CARLOS EDUARDO SACO CHIPANA*¹

I. INTRODUCCIÓN

A través de la Ley N°30709, Ley que prohíbe la discriminación remunerativa entre varones y mujeres, se dictan las disposiciones concretas para evitar la discriminación remunerativa en los centros laborales. Dentro de sus disposiciones, se exige cuadros de categorías y funciones, por lo cual los empleadores deben fijar las remuneraciones correspondientes a cada categoría sin existir tratos diferenciados, debiéndose informar a sus trabajadores el contenido de las políticas remunerativas. En ese contexto, de la revisión del artículo 26.1 de nuestra Constitución Política, señala como principio de las relaciones laborales la **igualdad de oportunidades sin discriminación** y que mediante la Ley N°28983, Ley de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, desde el 2007 se estableció el principio de **idéntica remuneración por trabajo de igual valor**, premisa recogida de disposiciones internacionales.

Sin embargo, en la práctica se puede apreciar circunstancias que ocasionan diferenciación de remuneraciones entre trabajadores de la misma categoría o que al desempeñar las mismas funciones, perciben salarios diferentes. Por excepción, como lo establece el artículo 6 del Decreto Supremo N°002-2018-TR, Reglamento de la Ley N°30709, los trabajadores pertenecientes a una misma categoría pueden percibir remuneraciones diferenciadas, cuando la distinción se justifica en criterios objetivos tales como la antigüedad en el centro de labores, el desempeño, la negociación colectiva, la escasez de oferta de mano de obra calificada para un puesto, el costo de vida, la experiencia laboral, el perfil académico o educativo, el desempeño, el lugar de trabajo, entre otros que sustente o motive la justificación. La citada norma indica que el empleador tiene la potestad de mantener, de ser el caso, la remuneración de un trabajador en un particular nivel o estatus cuando se produzca una modificación de la estructura salarial u

* Abogado por la Universidad Nacional Jorge Basadre Grohmann de Tacna. Jefe de Gestión del Capital Humano en Caja Municipal de Ahorro y Crédito de Tacna S.A.

organizacional, reclasificación, degradación o ajuste razonable, aunque el valor asignado al puesto de trabajo o categoría haya decrecido o el nuevo puesto de trabajo corresponda a una categoría de inferior nivel remunerativo.

Un caso particular, es el relacionado al personal de dirección o de confianza, que una vez ocurrido el retiro de confianza permanece laborando para el empleador. De conformidad al VII Pleno Jurisprudencial Supremo en materia laboral y previsional, se estableció los nuevos criterios interpretativos y que en el Punto IV el Pleno acordó por unanimidad el alcance de la indemnización por despido arbitrario de los trabajadores de dirección y de confianza. En ese contexto, ante el retiro de confianza de un trabajador que inicialmente desarrollaba funciones comunes u ordinarias, y que accedieron con posterioridad a un cargo de dirección o confianza se reincorpora a su antiguo puesto de trabajo, qué remuneración debe percibir. Por lo tanto, hoy en día se ha previsto que un trabajador de confianza o dirección que ha efectuado línea de carrera tendrá adecuada protección contra el despido arbitrario, correspondiendo el pago de una indemnización si una de las partes decide concluir con en vínculo laboral. En el marco de seguridad jurídica de la relación laboral, si se opta porque retorne al cargo ordinario anterior, el empleador no podrá dar por terminada la relación laboral sin que exista una causa objetiva, y luego por supuesto, de haber realizado el debido procedimiento respectivo. Siendo así, en el mismo marco de seguridad jurídica se puede afirmar que un trabajador de confianza o dirección tiene la protección de la acción unilateral y subjetiva del empleador de retirarle la confianza basándose únicamente en su decisión; pues, a efectos de otorgar la confianza al trabajador, no se ha tenido una voluntad sin justificación, sino que se ha generado a partir del desempeño del trabajador.

No es finalidad de la presente investigación dar respuesta final a esta disyuntiva, sino más bien brindar un alcance de las interpretaciones a la norma, así como dar una alternativa de opinión sobre la jurisprudencia actual para dar seguridad jurídica a esta materia.

II. DERECHO A LA REMUNERACIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO LABORAL PERUANO

II.1. Alcance del derecho a la remuneración como fundamento constitucional en el Ordenamiento Jurídico Laboral Peruano

Creemos por conveniente señalar una noción general de la relación laboral. Puede definirse al contrato de trabajo como el acuerdo de voluntades entre dos partes, una llamada empleador y otra parte denominada trabajador, mediante el cual éste se compromete a prestar sus servicios en forma personal, remunerada y subordinada a aquél. De acuerdo a la doctrina nacional, estamos ante un contrato por cuenta ajena remunerado y, por ello, los frutos o resultados de los servicios pertenecen al empleador y éste asume los riesgos del negocio (Toyama y Vinatea, 2013, p. 13). En tal sentido, existe una relación laboral cuando se presentan conjuntamente los tres elementos esenciales

del contrato de trabajo: **prestación personal del servicio, remuneración y subordinación.**

En el caso particular de la remuneración, como elemento del contrato de trabajo, el artículo 6 del Decreto Supremo N°003-97-TR, T.U.O. del Decreto Legislativo N°728 Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante LPCL), la define como:

Constituye remuneración para todo efecto legal el íntegro de lo que el trabajador recibe por sus servicios, en dinero o en especie, cualquiera sea la forma o denominación que tenga, siempre que sean de su libre disposición. Las sumas de dinero que se entreguen al trabajador directamente en calidad de alimentación principal, como desayuno, almuerzo o refrigerio que lo sustituya o cena, tienen naturaleza remunerativa. No constituye remuneración computable para efecto de cálculo de los aportes y contribuciones a la seguridad social así como para ningún derecho o beneficio de naturaleza laboral el valor de las prestaciones alimentarias otorgadas bajo la modalidad de suministro indirecto.

Conforme lo señala la doctrina a través de Tarazona y Valderrama (2018, p. 207), la remuneración presenta las siguientes características:

- **Es de carácter irrenunciable**, la remuneración tiene reconocimiento constitucional y legal, y por ende es un derecho que no puede dejar de percibirse pese a que obedezca a una declaración unilateral del trabajador. Asimismo, está proscrito toda forma de trabajo forzoso, por tanto, toda labor debe ser remunerada.
- **Es de carácter contraprestativo**, al ser la relación laboral de tracto sucesivo, la remuneración es la contraprestación prevista por el desempeño de las funciones y servicio desarrollado por el trabajador.
- **Es de libre disposición para el trabajador**, solo éste puede decidir el destino que le brinde a la remuneración abonada, sea en dinero o en especie.
- **Es de naturaleza alimentaria**, por cuanto debe procurar la manutención del trabajador y su familia, la cual debe ser equitativa y suficiente para su bienestar.
- **Es de prioridad en el pago**, por cuanto los pagos de adeudos laborales tienen preferencia respecto de otras deudas del empleador.

Podemos concluir que la remuneración, permite al trabajador percibirla como contraprestación por sus servicios a través de una serie de conceptos (dinero, especie o servicios), lo que conlleva que las estructuras salariales puedan hacerse más complejas y respondan tanto a las necesidades del trabajador como a las posibilidades del empleador².

II.2. Contenido constitucional de la remuneración

² Cfr. AA/VV. (2016) Comentarios a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. 25 ensayos que analizan la reforma laboral individual. (1° ed.), Lima, Gaceta Jurídica, p.77.

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

El artículo 24 de la Constitución, señala en su primer párrafo como derecho primordial del trabajador, que éste tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. A criterio del Tribunal Constitucional (en adelante TC), en su Sentencia recaída en el Expediente N°0020-2012-PI/TC, en su fundamento 16 expone los elementos del contenido esencial del derecho fundamental a la remuneración:

- Acceso, en tanto nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución (artículo 23 de la Constitución).
- No privación arbitraria como reflejo del acceso, en tanto ningún empleador puede dejar de otorgar la remuneración sin causa justa.
- Prioritario, en tanto su pago es preferente frente a las demás obligaciones del empleador, de cara a su naturaleza alimentaria y su relación con el derecho a la vida y el principio-derecho a la igualdad y la dignidad (segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución).
- Equidad, al no ser posible la discriminación en el pago de la remuneración (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución).
- Suficiencia, por constituir el quantum mínimo que garantiza al trabajador y a su familia su bienestar (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución).

Consideramos oportuno citar a Sarzo Tamayo (2012, p. 12) al señalar que el derecho a la remuneración es también un derecho humano:

En primer lugar, porque resulta una expresión concreta de la dignidad humana: la dignidad de la persona en tanto trabajador. Y es que el reconocimiento del derecho a la remuneración en el artículo 24 de la Constitución tiene como finalidad esencial garantizar al trabajador y a su familia una vida acorde con aquella. Por esto, dicha norma exige que la remuneración sea suficiente y equitativa, de tal manera que pueda procurar bienestar material y espiritual al trabajador y sus dependientes.

En segundo lugar, porque el derecho a la remuneración se encuentra positivado en importantes instrumentos internacionales vinculantes para el Perú. Así, por ejemplo, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce al trabajador el derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria que le asegure, a él y a su familia, una existencia digna. En el mismo sentido se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, agregando que los trabajadores tienen derecho a una remuneración igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie.

De similar forma, a través del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos

Económicos, Sociales y Culturales, los Estados parte (entre ellos el peruano) se comprometieron a garantizar en sus legislaciones nacionales una remuneración digna, decorosa, equitativa e igual sin ninguna distinción (esto último, si se trata de un trabajo igual).

Si recurrimos a la normativa supranacional, el Convenio N°100 de la Organización Internacional del Trabajo, que se encuentra ratificado por nuestro país, establece como remuneración todo aquel salario o sueldo o emolumento que percibe el trabajador en forma directa o indirecta, sea en especie o en dinero, a cambio del servicio prestado. Podemos concluir que la remuneración es un derecho fundamental, que fluye del principio de que nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución o sin su libre consentimiento, que posee naturaleza alimentaria acorde a los principios a la igualdad y la dignidad de la persona (Cfr. Fundamento 6 de la STC N°4922-2007-PA/TC).

La remuneración concebida como la contraprestación por el servicio prestado a un empleador se encuentra establecido en el desarrollo de la relación laboral. Es importante detallar que el TC mediante su pronunciamiento recaído en el Expediente N°009-2004-AA/TC, desarrolla los alcances del convenio de reducción de remuneraciones. Referente a ello, la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizado expresamente por la Ley N°9463, del 17 de diciembre de 1941 y que la cual a la fecha se mantiene vigente, ello siempre que medie autorización expresa del trabajador.

III. LAS FACULTADES DEL EMPLEADOR EN LA RELACIÓN LABORAL

III.1. Facultades del empleador frente al trabajador

En el acápite anterior, desarrollamos puntualmente los alcances de la remuneración, como elemento de la relación laboral. A continuación desarrollaremos brevemente, los otros 2 elementos esenciales del contrato de trabajo.

La **prestación personal de servicios**, es concebida como la puesta a disposición del trabajador para el desarrollo de sus funciones asignadas. Como lo señala Dolorier Torres (2010), los servicios de naturaleza laboral son prestados en forma personal y directa por el trabajador, como persona natural.

En el caso de la **subordinación**, consideramos pertinente indicar que es el elemento característico de la relación laboral, por el cual, el trabajador presta sus servicios bajo la dirección del empleador. Como lo indica Dolorier Torres (2010), este elemento resulta fundamental para calificar una relación como laboral, a fin de diferenciarla de otras prestaciones de servicios reconocidas en nuestro ordenamiento.

De acuerdo a nuestra legislación laboral vigente, las manifestaciones de dirección del empleador en la relación laboral y sus derivaciones de éste, nacen como un poder particular reconocido legalmente para adecuar la labor de los trabajadores a los fines y

necesidades de la acción productiva de la empresa. Para ello, desarrollaremos las 3 principales facultades reconocidas al empleador como manifestación de la subordinación jurídica:

a. Poder de dirección³

Llamado también **facultad reglamentaria o direccional**; el empleador cuenta con las facultades de dirección y reglamentación de las labores del trabajador. Ello tiene su manifestación expresa en el *ius variandi*, el cual desarrollaremos más adelante.

b. Poder de supervisión

Denominado también **facultad fiscalizadora o supervisora**. Por esta facultad, el empleador dicta órdenes necesarias para la ejecución de los servicios, así como verifica el cumplimiento de tales directrices. Ahora bien, dicha supervisión debe ser en marco razonable y proporcional que no conlleve afectar la dignidad del trabajador ni su salud.

c. Poder de sanción

Se le conoce como **facultad disciplinaria o sancionadora**; el empleador puede sancionar disciplinariamente al trabajador bajo los preceptos de motivación de sus decisiones, inmediatez, razonabilidad y proporcionalidad, y que en la práctica común, las medidas disciplinarias que impone el empleador pueden ser amonestación verbal, amonestación escrita, suspensión sin goce de remuneraciones y el despido. Cabe resaltar que en la tramitación de las sanciones, debe preverse todas las garantías constitucionales que dan contenido al debido proceso, derecho constitucional que también ha sido reconocido a los trabajadores.

III.2. La modificación de las condiciones laborales⁴

³ Conforme lo señala Toyama Miyagusuku, el empleador tiene la facultad de dirección, que presenta 3 características generales: 1) es *intuitu personae*, es decir es indelegable y no se puede subrogar a otro, 2) es complejo, por cuanto tiene aspectos múltiples en el desarrollo de la relación laboral, factores relacionados a la propia empresa y las modalidades contractuales con los trabajadores, 3) no requiere de especialización por la persona que lo ostenta, siendo netamente un poder jurídico otorgado para ostentarlo (Cfr. TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. (2015) *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico*. (1ª ed.) Gaceta Jurídica S.A., Lima). Sugerimos un ensayo acorde a las nuevas tendencias del poder de dirección del empleador en: ALARCÓN, Magaly, CADILLO, CASTAÑEDA, Elvira et al. (2016) "*Nuevas formas de ejercer el poder de dirección. Cambios en la regulación del ius variandi*". En "Comentarios a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. 25 ensayos que analizan la Reforma Laboral Individual". (1ª ed.) Gaceta Jurídica S.A., Lima, pp. 47-66.

⁴ Las condiciones de trabajo en sentido amplio son todos los aspectos del entorno de trabajo como la remuneración económica, los servicios sociales, la calidad, la seguridad, la limpieza de la infraestructura, entre otros factores que inciden en el bienestar y la salud de los trabajadores. De forma más restringida, se define como los egresos que el empleador asume y entrega a sus trabajadores, ya sean otorgados a través de dinero o en especie (bienes y servicios), para el cabal desempeño de sus labores (CÁCERES, J.; DÍAZ, K.; NAVARRETE, A.; TOVALINO, F.;

Las modificaciones a las condiciones laborales por parte del empleador encuentran su reconocimiento en el denominado *ius variandi*, que no es más que el poder reconocido al empleador jurídicamente, para variar en forma unilateral pero no sustancialmente, las estipulaciones iniciales del contrato de trabajo, sin que las mismas afecten en forma radical y arbitraria los derechos reconocidos laboralmente⁵. En tales supuestos se encuentran las movilidades funcionales y geográficas, los cambios de horarios entre otras. Como lo señala la doctrina nacional y nuestra legislación, tales modificaciones deben sustentarse en criterios de razonabilidad y se sustenten en las necesidades de la empresa.

En lo concerniente a la denominada movilidad funcional, ésta constituye al cambio de posición del trabajador respecto a sus funciones a desarrollar dentro del ámbito laboral (puede ser una rotación de cargo, sea ascendente o descendente, movilidad geográfica o encargaturas a cargos superiores). Al respecto, la jurisprudencia ha establecido lo siguiente en la Casación N°1932-98-Lima:

(...) la estructura organizativa de una empresa responde a las actividades, objetivos, funciones, número de trabajadores y otros factores (...) la disminución en la categoría como acto de hostilidad no se determina en función de la variación de la remuneración efectiva percibida con la que aparece en la nueva estructura para el cargo reasignado, sino en la carencia de una motivación de la disminución de la categoría causándole perjuicio al trabajador.

Consideramos que, el retiro de confianza es una expresión natural de una movilidad funcional descendente y que el primer cambio sustancial es la reducción de la categoría. Resulta conveniente señalar que cuando el empleador rebasa los criterios de razonabilidad y se supere las necesidades de la empresa encubriéndose la acción de causar perjuicio al trabajador, nos encontramos ante los actos de hostilidad. Éstos pueden definirse como las acciones o medidas adoptadas por empleador que vulneran los derechos laborales del trabajo y que tienen como finalidad causarles perjuicio, encontrándose tipificados en el artículo 30 de la LPCL⁶. En conclusión, tales

VALDERRAMA, L. (2016) *“Diccionario del Régimen Laboral Peruano. Enfoque normativo, doctrinario y jurisprudencial”*. Lima: Gaceta Jurídica, p. 99).

⁵ En estos aspectos, coincidimos con la opinión de Haro Carranza al señalar que: “La alteración del contrato consiste en el cambio sustancial introducido unilateralmente por una de las partes: al no existir consentimiento y rebasar los límites del *ius variandi*, constituye un incumplimiento contractual, una alteración ilícita del contrato. Por supuesto que en ésta como en otras tantas situaciones, existen casos claros que se califican fácilmente como ejercicio lícito del *ius variandi* (un pequeño cambio de horario, impuesto por necesidades reales de la empresa, que no causa perjuicio alguno al trabajador), o como alteración ilícitas del contrato (disminución del salario) y otros “casos límites”, ubicados en “zonas grises” de catalogación verdaderamente dificultosa”. (HARO, J. (2016) *Derecho del Trabajo I*. Lima: Universidad Inca Garcilaso de la Vega, p. 291).

⁶ El artículo 30 de la LPCL establece los supuestos en los cuales el empleador incurre en actos de hostilidad: “Son actos de hostilidad equiparables al despido los siguientes:

manifestaciones se constituyen en incumplimientos de las obligaciones asumidas por el empleador en el marco del contrato de trabajo.

IV. EL RETIRO DE CONFIANZA. TRATAMIENTO NORMATIVO Y JURISPRUDENCIAL

Si bien es cierto nuestra legislación laboral no ha establecido una clasificación expresa de la condición de los trabajadores en el desempeño de sus funciones, de la lectura del artículo 43° de la LPCL, se puede desprender las siguientes categorías de trabajadores:

1. **Trabajadores de labores ordinarias o comunes**, es aquel personal que desarrolla funciones simples y que se encuentran previstas en la organización de la empresa, pudiéndose principales o complementarias de acuerdo al giro de negocio. Aquí no califica personal que sea categorizado como trabajador de dirección o de confianza.
2. **Trabajadores de confianza propiamente dichos**, son aquellos trabajadores que laboran en contacto directo con el empleador o con el personal designado de dirección, teniendo accesos a secretos industriales, comerciales o profesionales y en general, a información reservada o confidencial del empleador. Pueden calificar como personal de confianza aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de decisiones del empleador.
3. **Trabajadores de dirección**, es el personal que ejerce la representación general del empleador frente a los demás trabajadores o terceros, o que lo sustituyen o que comparte las funciones de administración y control. También califican en tal categoría, aquellos de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.

-
- a) La falta de pago de la remuneración en la oportunidad correspondiente, salvo razones de fuerza mayor o caso fortuito debidamente comprobados por el empleador;
 - b) La reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría;
 - c) El traslado del trabajador a lugar distinto de aquél en el que preste habitualmente servicios, con el propósito de ocasionarle perjuicio;
 - d) La inobservancia de medidas de higiene y seguridad que pueda afectar o poner en riesgo la vida y la salud del trabajador;
 - e) El acto de violencia o el faltamiento grave de palabra en agravio del trabajador o de su familia;
 - f) Los actos de discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole;
 - g) Los actos contra la moral y todos aquellos que afecten la dignidad del trabajador;
 - h) La negativa injustificada de realizar ajustes razonables en el lugar de trabajo para los trabajadores con discapacidad.

El trabajador, antes de accionar judicialmente deberá emplazar por escrito a su empleador imputándole el acto de hostilidad correspondiente, otorgándole un plazo razonable no menor de seis días naturales para que efectúe su descargo o enmiende su conducta, según sea el caso.

Los actos de hostigamiento sexual se investigan y sancionan conforme a la Ley sobre la materia”.

Una vez conocida la distinción conceptual de las categorías de trabajadores que de forma metodológica ha sido expuesta para los fines de este trabajo, el empleador debe proceder a la calificación del trabajador de dirección o de confianza, debiendo observar el siguiente procedimiento:

1. Deberá identificar y determinar los puestos de dirección y de confianza de la empresa. Para ello, en la práctica tales cargos son previsto en el Reglamento Interno de Trabajo y las normativas internas que regulan los procesos productivos y los manuales de organización y funciones del personal.
2. Seguidamente, comunicará formalmente a los trabajadores que ocupan los puestos de dirección o de confianza, que sus cargos han sido calificados como tales.
3. Posteriormente consignará en la planilla electrónica y boletas de pago la calificación correspondiente.

La formalidad expuesta precedentemente es de observancia para el empleador, ello con la finalidad de calificar los cargos de dirección o de confianza. Sin embargo, de no observarse tal formalismo, de acreditarse dicha condición no deja sin efecto la designación. De igual forma, el trabajador que considere que su cargo ha sido calificado indebidamente, puede recurrir a la sede judicial para que deje sin efecto tal calificación, siempre y cuando la demanda se presente dentro de los 30 días naturales siguientes a la comunicación efectuada por su empleador.

Recientemente en el mes de septiembre fue publicado en el Diario Oficial El Peruano, el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, estableciendo 4 nuevos criterios. En uno de ellos, la Corte Suprema ha definido los derechos del trabajador de confianza ante su despido, tanto en el ámbito público como privado. Consideramos particularmente que este es el principal acuerdo del VII Pleno Supremo Laboral⁷ y que ha conllevado a diversos comentarios.

⁷ El VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, ha establecido por Unanimidad como Cuarto Criterio Interpretativo, lo siguiente:

“En el caso de trabajadores de dirección o de confianza de empresas y/o instituciones del sector privado:

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

En el caso de los trabajadores de dirección o de confianza de entidades públicas, la designación establecida en el artículo 43° del TUO del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N°003-97-TR, se realiza en el marco de políticas públicas regulado por la Ley N°28175, por lo que el retiro de la confianza o la remoción de dicho cargo no genera indemnización alguna para aquellos trabajadores que fueron designados directamente a un cargo de confianza o de dirección.

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

Nos planteamos el caso expreso, y que es comúnmente presentado en la práctica laboral, que al efectuarse el retiro de confianza a un trabajador calificado como de dirección o de confianza, valga la redundancia, retorna a su cargo desempeñado con anterioridad. Es decir, procede a reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo luego de retirada la confianza. En ese contexto, para el caso particular que nos atañe evaluar, nos remitimos a lo señalado por el TC en su sentencia recaída en el Expediente N°03501-2006-PA/TC, señalando:

(...) De forma que si el trabajador realizó con anterioridad labores comunes y luego es promocionado, luego al retirársele la confianza depositada, retornaría a realizar las labores anteriores y no perder el empleo, salvo que se determine que cometió una falta grave que implique su separación de la institución.

Siguiendo esta línea de análisis podemos determinar que en la realidad existen dos modos diferenciados de acceder a un cargo de confianza: (i) mediante el ingreso directo a un cargo de confianza dentro de la empresa; y, (ii) mediante el ingreso a la empresa en un cargo común el cual fuera posteriormente variado mediante el ascenso a un puesto de confianza (línea de carrera). En ese sentido, las consecuencias de perder la confianza serán diferentes en uno u otro caso, como procedemos a exponer:

- a. Para un trabajador que desde el inicio de sus funciones se desempeñó como trabajador de confianza, la pérdida de esta característica principal en su puesto de trabajo conllevaría a la extinción de su vínculo laboral pues la confianza fue la que ocasionó su contratación; o,
- b. Para un trabajador que, mediante línea de carrera, ascendió de un puesto común a un cargo de confianza, en ese caso el retiro de la confianza tiene como consecuencia el retorno al puesto de origen. Sin embargo, el VII Pleno Jurisdiccional establece como regla que corresponderá el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador le 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 cargo.

Mientras que en el caso de los trabajadores de dirección o de confianza de empresas del Estado, la designación establecida en el artículo 43° del TUO del Decreto Legislativo N°728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, aprobado por Decreto Supremo N°003-97-TR, no genera derecho a indemnización alguna para aquellos trabajadores que fueron designados directamente a un cargo de confianza o de dirección, y a los cuales posteriormente se les retire la confianza o se les remueva de dicho cargo.

En el caso de los trabajadores que han venido desarrollando labores comunes u ordinarias y luego son promovidos a cargos de dirección o de confianza, dentro de las mismas entidades públicas o empresas del Estado en las que trabajan, una vez que se les retire la confianza o sean removidos de dichos cargos, les corresponderá el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso su empleador les impida reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo; o cuando el propio trabajador opte por no reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo”.

A continuación, y luego de haberse planteado los alcances sobre la remuneración con reconocimiento constitucional y la categoría de personal de dirección o de confianza, cabe preguntarnos: ¿qué tratamiento corresponde dar en el aspecto remunerativo, a un trabajador que al haberse retirado la confianza, ambas partes acuerdan que retorne a su cargo anteriormente desempeñado sin poner fin al vínculo laboral? Es pertinente analizar si deberá mantener la remuneración del cargo de dirección o de confianza que mantenía justificándose una distinción remunerativa para sus pares o es justificable la reducción de remuneraciones, invocando que son funciones ordinarias que impliquen menor responsabilidad y en aras de respetar el principio de a igual trabajo igual remuneración.

V. LA ESTABILIDAD REMUNERATIVA ANTE EL RETIRO DE CONFIANZA ¿ES JUSTIFICABLE LA REDUCCIÓN DE REMUNERACIÓN?

Para dar respuesta a la interrogante formulada, es pertinente establecer el caso particular de aquellos trabajadores que por promoción interna o a través de concurso interno o por designación unilateral del empleador, han sido promovidos a un cargo de dirección o de confianza calificados como tales. Queda claro y sin mediar duda, que al ser promovidos o considerados en dichos cargos, el empleador ha procedido a modificar las condiciones iniciales del contrato de trabajo (manifestando el *ius variandi*) y por ende, el trabajador adquiere un nuevo status laboral al corresponderle una nueva remuneración asignada y una nueva categoría en la estructura salarial. Siendo ello así, podemos concluir preliminarmente que tal designación no puede considerarse como de carácter temporal, toda vez que no se trata de una encargatura, por citar un ejemplo, sino de una calificación del nuevo cargo designado. Un punto importante a considerar: en la práctica, la preocupación del trabajador o empleador no nace por la reducción de categoría, sino en mantener la remuneración. Para el primero considerarlo como un derecho adquirido, para el segundo representa un costo laboral.

Debemos en primer término, tomar conocimiento del contexto del artículo 30 inciso b de la LPCL, el cual establece que constituye un acto de hostilidad la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría. Para ser considerado como tal, debe de carecer necesariamente de una motivación objetiva o legal. Conforme lo ha señalado la doctrina⁸, al evaluar el pronunciamiento del TC recaído en el Expediente N°0020-2012-PI/TC, respecto al proceso de inconstitucionalidad formulado contra la Ley N°29944, Ley de Reforma Magisterial:

“Si la causa es objetiva, la reducción inmotivada no es considerada un acto de hostilidad equiparable al despido, no obstante, ello no quiere decir que la reducción sea legal, por el contrario, en este caso sigue siendo ilegal y en consecuencia susceptible de impugnación. Existiría un incumplimiento por parte del empleador

⁸ En AA/VV (2016) “Comentarios a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. 25 ensayos que analizan la Reforma Laboral Individual” (1° ed.), Gaceta Jurídica S.A., Lima, p. 64.

en el pago de la remuneración por lo que el trabajador podría demandar el pago completo más los intereses.

(...)

Ahora bien, si la causa es legal, es decir, si existe una intervención legislativa la situación es distinta, pues podría admitirse su afectación ante casos absolutamente extraordinarios, cuando la finalidad esté dirigida a proteger otros derechos fundamentales, cumpla con criterios de razonabilidad, proporcionalidad, idoneidad, necesidad, y además constituyan medidas temporales. Ello, por cuanto, los derechos fundamentales encuentran su límite en otros derechos fundamentales.”

Evaluando el tema, podemos advertir dos alternativas para el tratamiento de remuneraciones del personal que ha sufrido el retiro de confianza: justificar que el trabajador mantenga su remuneración, o justificar la reducción de la remuneración al trabajador reconociéndole aquella del cargo ordinario que desempeñará.

a. Justificación de mantener la remuneración al trabajador

Para tomar conocimiento del contexto de cómo un trabajador asume el cargo de dirección o de confianza citamos el artículo 44 de la LPCL, al señalar que **en la designación o promoción del trabajador, la Ley no ampara el abuso del derecho o la simulación**, siendo que a partir de ello, se puede concluir con claridad que en la promoción o designación no se permite el abuso del derecho como tampoco está permitido en la reducción del salario, lo cual afecta considerablemente el proyecto de vida y el status social adquirido por el trabajador.

Deseamos iniciar este comentario, citando la justificación razonable de un trato diferenciado, que fue abordado por la Intendencia de Lima Metropolitana de Sunafil en su Resolución de Intendencia N°563-2015-SUNAFIL/ILM, al señalar que:

“No obstante lo expuesto, tanto la prohibición de discriminación como el derecho a la igualdad ante la ley pueden implicar trato diferenciados, siempre que posean justificación objetiva y razonable, es decir, que el tratamiento desigual no conduzca a un resultado injusto, irrazonable o arbitrario. El derecho a la igualdad no importa que todos los sujetos de derecho o todos los destinatarios de las normas tengan los mismos derechos y las mismas obligaciones. Es decir, no todo trato desigual constituye una discriminación, sino solo aquella [que] no está razonablemente justificada.”

Por tanto, consideramos que existe una justificación legal que autoriza que el empleador, una vez retirada la confianza a un trabajador mantenga la remuneración que

percibía cuando desempeñaba dicho cargo y no la del cargo ordinario que desempeñará, toda vez que existirá un trato diferenciado justificado y que no tendría el por qué fraccionar la equidad remunerativa interna de la organización. Es importante destacar que a través de la Casación N°3636-2010-CUSCO, respecto a la rebaja inmotivada de la remuneración la Corte Suprema de Justicia señala que:

- i) es jurídicamente válido aplicar la prohibición legal de reducción inmotivada de remuneraciones consagrada en el inciso b) del artículo 30 de la LPCL, a los trabajadores de confianza, pues no existe razón jurídica para su exclusión al no existir norma que determine ello (principio de legalidad);
- ii) a este tipo de trabajadores de “confianza” –utilizando el término genérico que abarca a los trabajadores de confianza propiamente dicho y a los trabajadores de dirección– también les resulta aplicable conforme lo exige la Ley N° 9463, que medie acuerdo expreso e indubitable respecto de la reducción de la remuneración, no siendo posible admitir la misma, si se origina en la decisión unilateral e inmotivada del empleador; y;
- iii) el contexto mismo de las circunstancias que rodean a este tipo de trabajadores, como el tiempo que dura la designación, y atendiendo a la conexidad existente entre el derecho a la remuneración equitativa y el principio – derecho a la dignidad de la persona, hace que el quantum remunerativo adquiera una importancia significativa para alcanzar los fines de la remuneración previstos en nuestra norma constitucional, cual es, lograr el bienestar material y espiritual del trabajador.

En la misma Sentencia, en el fundamento vigésimo quinto la Corte Suprema de Justicia ha señalado que:

(...) no constituye razón válida para dispensar un trato remunerativo diferenciado al demandante, el haberlo retirarlo (sic) del cargo de confianza que venía desarrollando, pues la tesis de la asunción de distinto cargo –e indirectamente distintas funciones–, desconoce abiertamente no solo el derecho del trabajador de que su remuneración no sea disminuida inmotivadamente, cuya base es constitucional y supranacional; sino que también, desconoce el carácter social del salario.

Siguiendo la línea establecida en el pronunciamiento citado, este sirve para designar a todos los componentes de la remuneración que no tienen origen contraprestativo y que implican que el trabajador se obliga a realizar su prestación para obtener los medios necesarios para satisfacer sus necesidades, dado que, la remuneración tiene una doble función: retribuir el servicio prestado y sustentar al trabajador y su familia. Es este el contexto en que debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 6º de la LPCL. Y ello es así por cuanto la facultad del empleador para modificar las condiciones de trabajo tiene límites, es decir, no es absoluto, pues dicha libertad se encuentra regulada en los principios de progresividad de las remuneraciones, protección e irrenunciabilidad de los derechos laborales. De tal sentencia se nos presenta los

requisitos del test de razonabilidad: ningún acto dentro del sistema de personal debe afectar la integridad de la remuneración del trabajador; en tal horizonte, se establece que toda medida del empleador que busque modificar las condiciones de trabajo, debe superar el test de razonabilidad, es decir, las medidas adoptadas, deben ser razonables, objetivas, proporcionales y previsibles. De no superarse dicho test, estaremos ante la existencia de un acto de hostilidad.

Igualmente, la Casación N° 2921-2011-La Libertad, refiere que el retiro de confianza no podrá afectar la remuneración que percibía anteriormente el trabajador; siendo que no se puede decir que al modificarse la función asignada, se modificará unilateralmente e inmotivadamente en perjuicio la remuneración total obtenida, ya que ello podría afectar seriamente no solo el desarrollo del proyecto de vida del trabajador, sino directamente el status de socio económico alcanzado. Compartimos la postura que para establecer jurídicamente la existencia de la pérdida de confianza, es necesario examinar la conducta del trabajador, en íntima relación y su relación directa con las labores que le hayan sido encomendadas. Por tanto, no se encuentra fundamento legal para que el empleador de forma unilateral proceda a efectuar la reducción de la remuneración. Creemos que tal supuesto, solo corresponderá en caso excepcional siempre que se encuentre previsto expresamente en la legislación laboral.

b. Justificación de reducir la remuneración al trabajador

Para el TC, al desarrollar la sentencia recaída en el Expediente N°0020-2012-PI/TC, señala que la posibilidad de reducción consensuada no es nueva en el derecho laboral. Concluyen ello por cuanto de la lectura del artículo único de la Ley N°9463, se establece que **“la reducción de remuneraciones aceptada por un servidor, no perjudicará en forma alguna los derechos adquiridos por los servicios ya prestado”**. Sobre ello, el TC ha indicado en la STC N°0009-2004-AA/TC, que la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada por la Ley N°9463, siempre que medie la aceptación del trabajador. Sin embargo, al efectuarse una interpretación *contrario sensu*, del artículo 30 inciso b de la LPCL en concordancia con el artículo 49 del Decreto Supremo N°001-96-TR, Reglamento de la LPCL, resulta válido en términos constitucionales la reducción de la remuneración o de la categoría por decisión unilateral del empleador, si es que posee una causa objetiva o legal.

De esta forma, la normativa laboral establece que se entenderá como acto de hostilidad, y por tanto equiparable al despido: la reducción de remuneración o categoría sin que medie una razón objetiva y con el sólo propósito de ocasionarle un perjuicio. En el mismo sentido, ha fallado la sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el expediente N° 009-2004-AA/TC que a continuación citamos:

“(…) la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada expresamente por la Ley N. ° 9463, del 17 de diciembre de 1941, siempre que medie aceptación del trabajador. Igual situación es

contemplada, contrario sensu, por el artículo 30 °, inciso b), del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N. ° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR, y el artículo 49° de su reglamento, aprobado mediante Decreto Supremo N° 001-96-TR, que consideran la reducción INMOTIVADA de la remuneración o de la categoría como acto de hostilidad equiparable al despido. (...)"

En consecuencia, de la referida sentencia puede colegirse claramente que el propio TC reconoce la potestad del empleador contenida en el *ius variandi*, en cuanto a la reducción de categoría y remuneración se trata, siempre que aquellas se encuentren debidamente motivadas. Debido a tal razonamiento jurídico, nos remitimos al fundamento 11 de la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída sobre el expediente N° 035012006-PA/TC, el cual refiere lo siguiente:

“Es de la misma opinión este Colegiado, que estima que un trabajador de confianza tiene particularidades que lo diferencian de los trabajadores “comunes”, tales como:

(...)

d) No es la persona la que determina que un cargo sea considerado de confianza. La naturaleza misma de la función es lo que determina la condición laboral del trabajador.

(...)

f) La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva (...)"

Preliminarmente puede concluirse que las propias funciones asignadas a un trabajador que encaje en los supuestos señalados en párrafos anteriores constituye uno de confianza o dirección; situación que de conformidad con la doctrina es de naturaleza absolutamente subjetiva, por lo que el empleador en legítimo uso del *ius variandi* tendría la potestad de retirar la confianza sin expresión de causa. Ahora bien, en este punto nos remitiremos nuevamente a la Sentencia del TC recaída sobre el expediente N° 03501-2006-PA/TC, la cual detalla que los trabajadores de confianza tienen las siguientes particularidades que los diferencian de los trabajadores “comunes”, por cuanto 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

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

derecho (artículo 103º de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley.

Para conectar la propuesta que se expone, debe recordarse que el TC mediante la sentencia recaída en el Expediente N° 0020-2012-PI/TC desarrolla los alcances del derecho fundamental a la remuneración, reconociendo en dicho documento la posibilidad de reducir las remuneraciones, la misma que puede realizarse por acuerdo entre las partes o por decisión unilateral del empleador, teniendo esta última que estar fundamentada en una causal objetiva para que sea constitucionalmente válida.

En efecto, la Sentencia del TC citada recoge la posibilidad de reducción tanto unilateral como bilateral de remuneración en los siguientes fundamentos:

“(i) Reducción consensuada

38. La reducción de la remuneración es consensuada si es realizada de manera voluntaria, es decir, si existe un acuerdo libre, espontáneo, expreso y motivado entre el trabajador y el empleador.

39. La posibilidad de reducción consensuada no es nueva en el derecho interno. A esta conclusión se puede llegar de la lectura del artículo único de la Ley 9463, del 17 de diciembre de 1941, que señala que "La reducción de remuneraciones aceptada por un servidor, no perjudicará en forma alguna los derechos adquiridos por servicios ya prestados (...), debiendo computársele las indemnizaciones por los años de servicios de conformidad con las remuneraciones percibidas, hasta el momento de la reducción. Las indemnizaciones posteriores se computarán de acuerdo con las remuneraciones rebajadas", sobre lo cual este Tribunal ha tenido oportunidad de manifestar que la posibilidad de reducir las remuneraciones está autorizada por la Ley 9463 siempre que medie la aceptación del trabajador (fundamento 3 de la STC 00092004 AA/TC).

40. También se ha admitido jurisprudencialmente que puede existir una reducción de la remuneración a través de un descuento aceptado por el trabajador (fundamento 6 de la STC 0818-2005-PA/TC).

(ii) Reducción no consensuada

41. La reducción de la remuneración también puede ser adoptada por una decisión unilateral por parte del empleador, particular o el Estado mismo, es decir, sin aceptación previa del trabajador.

42. Esta posibilidad de reducción, aparte de la afectación de las planillas de pago por orden judicial (consentido en el fundamento 6 de la STC 0818-2005-PA/TC), de otro lado, se encuentra contemplada en el derecho interno y resulta de la interpretación y aplicación a contrario sensu del artículo 30.6 del Decreto Supremo 003-97-TR y del artículo 49 de su Reglamento, aprobado por el Decreto Supremo 001-96-TR, que consideran que la reducción inmotivada de la remuneración o de la categoría es un acto de hostilidad equiparable al despido si es dispuesta por decisión unilateral del empleador que carezca de causa objetiva o legal. Desde esta perspectiva, resulta válida -en términos constitucionales- la reducción de la remuneración o de la categoría por decisión unilateral del empleador si es que posee una causa objetiva o legal.

43. Este Colegiado ergo considera viable la reducción no consensuada de remuneraciones por causa objetiva y justificada, siempre que dicha disminución de haberes refleje la expresión de los motivos o razones por los que se procede a la reducción de la remuneración o la invocación de la regulación legal que la justifique.

Como puede desprenderse de la Sentencia recaída sobre el Expediente N° 0020-2012-PI/TC, el Tribunal Constitucional refiere que sí procede la reducción unilateral de la remuneración al efectuar una interpretación contrario sensu del numeral b) del artículo 30° de la LPCL el cual determina que un supuesto de hostilidad es la reducción inmotivada de la remuneración o categoría, entonces el empleador bien puede efectuar una reducción motivada de la remuneración o categoría.

Analizados ambos supuestos y evaluado el contexto actual de nuestro país, puede apreciarse que en los dos casos puede sustentarse técnicamente que el personal mantenga la remuneración ante el retiro de confianza; así como también asumiendo la tesis del TC, sería factible unilateralmente reducir la remuneración del trabajador al invocarse el retiro de confianza como sustento. Sin embargo, a título personal, consideramos que debe mantenerse la remuneración percibida por el trabajador, debido a que adquirió una estabilidad remunerativa y un status tanto de carácter laboral así como social. Ello, no conlleva a vulnerar el principio de a igual trabajo igual remuneración, por cuanto se encontraría sustentado tal trato diferenciado.

VI. A MODO DE CONCLUSIONES

La asignación de funciones de categoría superior a un trabajador, conlleva el otorgamiento de confianza a éste, y que en la práctica se incrementa la remuneración. Por tanto, consideramos en primer término que el trabajador al tener una promoción modifica su status tanto laboral como social.

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

Como buena práctica laboral, se sugiere que el empleador deberá cuidar de que su decisión de retiro de confianza, sea debidamente motivada y razonable, a fin de que no vulnere aspectos constitucionales de la relación laboral.

Asimismo, es conveniente que si ambas partes, empleador y trabajador deciden que ante el retiro de confianza el trabajador retorne a su cargo anterior, suscriban un convenio de reducción de remuneraciones y nuevas condiciones laborales, para delimitar adecuadamente los nuevos deberes y obligaciones que se establecerán por las modificaciones aplicadas a la relación laboral.

En caso de que el empleador decida unilateralmente reducir las remuneraciones del trabajador, sin invocar causa motivada en la legislación y sin prever la formalidad sugerida, afectará a criterio nuestro los principios de buena fe laboral y seguridad jurídica. Consideramos que dicho accionar vulnera el proyecto de vida del trabajador y su status sociolaboral, que engloban la dignidad de aquel, por cuanto consideramos que la remuneración alcanzada se ha convertido en parte estructural de la relación laboral.

Una conclusión implícita a la que llegamos, es que en el retiro de confianza al acordarse la permanencia del trabajador para que retorne a su cargo anterior de labores comunes, sí se permite la reducción de la categoría. Ello debido a que se autoriza legal y jurisprudencialmente la movilidad funcional descendente, lo cual consideramos no debe ser materia de discusión, salvo que se acredite mala fe en el accionar del empleador.

BIBLIOGRAFÍA

1. AA/VV. (2016) *Comentarios a la Ley de Productividad y Competitividad Laboral. 25 ensayos que analizan la reforma laboral individual*. (1° ed.) Lima: Gaceta Jurídica.
2. CÁCERES, J.; DÍAZ, K.; NAVARRETE, A.; TOVALINO, F.; VALDERRAMA, L. (2016) *Diccionario del Régimen Laboral Peruano. Enfoque normativo, doctrinario y jurisprudencial*. (1° ed.), Lima: Gaceta Jurídica.
3. CHÁVEZ, F.; CURAY, F.; DE LAMA, M.; MUNAYCO, E.; QUIROZ, L. (2011) *Jurisprudencia laboral para el abogado litigante*. (1° ed.), Lima: Gaceta Jurídica.
4. DOLORIER, J. (2010) *“Tratado Práctico de Derecho Laboral”* Tomo I. (1° ed.), Lima: Gaceta Jurídica.
5. EGUIGUREN, A.; TOYAMA, J. (2018) *Inspección del Trabajo. Jurisprudencia Administrativa más relevante*. (1° ed.), Lima: Gaceta Jurídica.
6. HIGA, A. (2017) *La irrenunciabilidad de los derechos laborales. Un enfoque sustantivo y procesal*. (1° ed.), Lima: Gaceta Jurídica.
7. MESINAS, F.; GARCÍA, A. (2008) *Problemas y Soluciones Laborales. Guía de casos de controversias laborales resueltos por los tribunales*. (1° ed.) Lima: Gaceta Jurídica.
8. SARZO TAMAYO, V. (2012) *La configuración constitucional del derecho a la remuneración en el Ordenamiento Jurídico Peruano* (Tesis para optar el título profesional de Abogado), Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
9. TARAZONA, M.; VALDERRAMA, L. (2018) *Régimen Laboral Explicado 2018*. Lima: Gaceta Jurídica.

10. TOYAMA, J. (2015) *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico*. Lima: Gaceta Jurídica.
11. TOYAMA, J. y VINATEA, L. (2013) “*Guía Laboral. Para asesores legales, administrativos, jefes de recursos humanos y gerentes*”. (6° ed.), Lima: Gaceta Jurídica.