

La calificación del personal de dirección o de confianza: Entre los hechos y las formas. A propósito de la Casación Laboral N° 11137-2014-Lima

Javier H. Espinoza Escobar¹

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL DE DIRECCIÓN Y DE CONFIANZA. 1. Los rasgos esenciales de la relación especial de dirección y de confianza. 2. Precisiones legislativas y jurisprudenciales en la relación laboral especial de los trabajadores de dirección y de confianza. 2.1. Respecto del periodo de prueba. 2.2. Respecto del descanso vacacional. 2.3. Respecto de los derechos colectivos. 2.4. Respecto a la Jornada de trabajo y sobretiempo. 2.5. Respecto de la protección frente al despido por retiro de confianza. 3. El Procedimiento para la calificación de los trabajadores de dirección y confianza y la primacía de la realidad. III. ANÁLISIS DE LA CASACIÓN LABORAL N° 11137-2014-LIMA. IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

Mediante la Casación N° 11137-2014², la Corte Suprema ha señalado que cuando se califique a un trabajador como de confianza, se deben cumplir estrictamente con los requisitos establecidos en el artículo 43° del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL). Por lo que, si el empleador no logra acreditar o demostrar que los trabajadores laboran en contacto directo con el personal de dirección, que tienen acceso a información de carácter reservado y que el trabajo efectuado tiene

¹ Profesor Principal de Derecho del Trabajo de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Máster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a través de la Jurisprudencia por la Universidad Rey Juan Carlos (España). Máster en Derecho con mención en Derecho de la Empresa por la Universidad de Piura. Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Director de la Sección Perú del Laboratorio Hispano – Andino de Jurisprudencia Laboral y de la Seguridad Social. Director de la Revista IUS. Revista de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Correo electrónico: hespinoza@usat.edu.pe.

² Cfr. Casación N° 11137-2014-Lima del 20 de julio de 2015 (Caso Sindicato de Empleados de la Administración Clínica Ricardo Palma contra Administradora Clínica Ricardo Palma) publicada en el Diario Oficial El Peruano el 30/06/2016. El texto de la casación puede encontrarse en el siguiente link: <http://es.slideshare.net/ Rooswelth/csj-sentencia-de-casacin-laboral-n-111372014-lima-el-empedor-debe-acreditar-la-calificacin-de-puesto-de-direccin-y-confianza>.

injerencia en la marcha de la empresa; entonces aquellos no pueden ser calificados como trabajadores de confianza.

Desde nuestro punto de vista, esta sentencia no hace sino confirmar la trascendencia del principio de primacía de la realidad como principio basilar del Derecho del Trabajo peruano cuyo ámbito de aplicación es lo suficientemente amplio para aplicarse a diversas situaciones en las que se pretenda –fraudulentamente- ocultar la verdadera naturaleza de un acuerdo o de una decisión unilateral del empleador. Además, se reafirma su estrecha relación con el principio protector recogido en el artículo 23 de la Constitución Peruana (CP) pues su adecuada aplicación trae consigo el respeto de los derechos e intereses de los trabajadores.

En el presente artículo realizaremos un análisis de la figura del personal de dirección y de confianza, desde el punto de vista legislativo y jurisprudencial, estableciendo sus rasgos característicos así como los efectos que tal calificación jurídica generan en los trabajadores de dirección y de confianza que los diferencia de los trabajadores comunes. Finalmente, nos pronunciaremos sobre lo resuelto en la casación laboral desde una mirada procesal y sustantiva.

II. RÉGIMEN JURÍDICO DEL PERSONAL DE DIRECCIÓN Y DE CONFIANZA

1. Los rasgos esenciales de la relación especial de dirección y de confianza

A diferencia de legislaciones como la española³, nuestra legislación no regula en una norma específica al personal de dirección o de confianza sino que son diversas las normas que regulan algún aspecto de la relación laboral especial del personal de dirección y de confianza, tales como el TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo (LJT) aprobada por el D.S. N° 007-2002-TR; el TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo (LRCT), aprobado por D.S. N° 010-2003-TR; la Ley de Descansos Remunerados (LDR) aprobada por Decreto Legislativo N° 713; y la propia LPCL. Asimismo, son diversos los pronunciamientos judiciales que, como

³ Nos referimos al Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección.

iremos demostrando a lo largo del presente artículo, han contribuido a su configuración jurídica.

De modo general, podemos afirmar que el personal de dirección y de confianza tiene un *status* distinto al de cualquier trabajador ordinario que lo hace más cercano al empleador, sea personificándolo o asumiendo labores propias del poder de dirección y cuyas decisiones son trascendentales para los fines de la empresa (trabajador de dirección) o trabajando directamente con los representantes del empleador y coadyuvando a la toma de decisiones empresariales (trabajador de confianza). De esta forma el personal de dirección o de confianza, dada la responsabilidad y representatividad asumida se encuentra directamente relacionado con el destino de la empresa.

La confianza, entendida según la RAE como la esperanza firme que se tiene de alguien o algo, constituye la condición fundamental o el rasgo esencial para convertir la relación laboral con estos trabajadores en una relación laboral especial, en razón de las funciones que desempeñan dentro de la empresa, con unos efectos jurídicos propios y distintos a los que se generan con los trabajadores ordinarios y con una exigencia cualificada de la obligación de actuar de buena fe pues a ellos se exigirá más que al común de los trabajadores⁴.

El Tribunal Constitucional (TC) ha evidenciado las particularidades que diferencian a este tipo de trabajadores de los trabajadores “comunes”. Así, la confianza depositada por el empleador en ellos; la representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones, la dirección y dependencia respecto del empleador⁵, entre otras.

La LPCL establece en su artículo 43° que personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquél las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.

⁴ Así, DE BUEN ha manifestado que <<el trabajo de confianza no es un trabajo especial sino una relación especial entre el patrón y el trabajador, en razón de las funciones que éste desempeña>>. Cfr. DE BUEN, N. (2000). *Derechos del Trabajador de Confianza*. México D.F.: Cámara de Diputados y Universidad Nacional Autónoma de México, p. 14.

⁵ Cfr. STC 03501-2006-PA/TC (Caso Chávez Caballero) de 15 de marzo de 2007, fundamento jurídico 11. También STC 03285-2013-PA/TC (Caso Marina Ramos) de 23 de julio de 2014, fundamento jurídico 8. La Corte Suprema también ha asumido esta interpretación, tal como se puede verificar en la Casación Laboral N° 18450-2015-Lima, de 23 de agosto de 2016, considerando 3.3.

Respecto de los trabajadores de confianza, el citado artículo 43 establece que 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, aquéllos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

Del análisis de dicho artículo queda claro que la principal diferencia entre ambas categorías de trabajadores radica en que el personal de dirección hace las veces del empleador, esto es, ejerce su representación y, por tanto, es titular del poder de dirección y cuenta con las facultades suficientes para adoptar las decisiones empresariales; mientras que el personal de confianza trabajan “al lado” del personal de dirección brindando su opinión o informes que les permitan a aquellos adoptar decisiones o accediendo a secretos e información de carácter reservado⁶.

Así también lo ha reconocido el TC al expresar que <<la mayor diferencia existente entre ambas categorías de trabajadores [personal de dirección y personal de confianza] 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>>⁷.

Pese a esta diferenciación es necesario resaltar, que por su naturaleza, la categoría de dirección lleva implícita la calificación de confianza, no obstante un trabajador de

⁶ En el ordenamiento español se ha precisado que no todo directivo de una empresa debe ser incluido en la categoría especial de personal alto directivo sino que es necesaria la existencia de tres requisitos: el requisito funcional, esto es, <<que el trabajador ejercite poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, lo cual implica, fundamentalmente, la capacidad de llevar a cabo actos y negocios jurídicos en nombre de la empresa y de realizar actos de disposición patrimonial, teniendo la facultad de obligar a ésta frente a terceros>>; el requisito objetivo, esto es <<que esos poderes afecten a los objetivos generales de la compañía no pudiendo ser calificados como tales los que se refieran a facetas o sectores parciales de la actividad de ésta>>; y el requisito jerárquico, esto es <<que el ejercicio de esos poderes se efectúe con autonomía y plena responsabilidad, con la sola limitación de los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona física o jurídica que represente la titularidad de la empresa>>. Cfr. DE VAL TENA, A. (2011). La relación laboral especial del personal de alta dirección. En *El Contrato de Trabajo. Relaciones Laborales especiales y contratos con particularidades*. Navarra: Aranzadi - Thomson Reuters, p. 69.

⁷ Cfr. STC 03501-2006-PA/TC (caso Chávez Caballero) de 15 de marzo de 2007, fundamento jurídico 13. También STC 01201-2013-PA/TC (caso Flores Díaz) de 28 de noviembre de 2013, fundamento jurídico 10.

confianza no necesariamente es un trabajador de dirección, en la medida en que nuestro ordenamiento señala que solo el primero de los mencionados tiene poder de decisión y de representación⁸.

Si bien la LPCL establece los rasgos que caracterizan a ambos tipos de trabajadores, la calificación de un cargo como de dirección o de confianza corresponde exclusivamente al empleador quien, en uso de su poder de dirección, calificará -razonablemente⁹- los puestos de dirección y de confianza y al personal que asumirá tales puestos. La razonabilidad de tal calificación dependerá de la naturaleza misma de la función desempeñada y de las necesidades del centro de trabajo. Además, la calificación deberá enmarcarse en la descripción realizada en el artículo 43 antes reseñado. Con ello se busca evitar cualquier arbitrariedad en la actuación del empleador, más aún si la propia LPCL en su artículo 44 establece que en la designación o promoción del trabajador, la Ley no ampara el abuso del derecho o la simulación.

Finalmente, respecto a la forma en que se puede acceder al cargo de dirección o de confianza, el artículo 44 de la LPCL establece que puede serlo directamente o por promoción. De allí que, desarrollando tal precepto, la jurisprudencia ha establecido que tales cargos se llegan a adoptar de la siguiente manera: <<a) Aquellos trabajadores contratados específicamente para cumplir funciones propias de personal de confianza y que, en consecuencia, desde el inicio de la relación laboral tiene pleno conocimiento de lo que ello implica (relación laboral de exclusiva confianza); y b) Aquellos trabajadores que accedieron a un puesto de trabajo para realizar funciones comunes u ordinarias, pero que luego, por determinados factores, el empleador les asignó el cumplimiento de funciones propias de un trabajador de confianza (relación laboral mixta)>>¹⁰.

2. Precisiones legislativas y jurisprudenciales en la relación laboral especial de los trabajadores de dirección y de confianza

Tal como se ha afirmado anteriormente, la calificación de un trabajador como de dirección o de confianza genera unas consecuencias jurídicas distintas respecto de los

⁸ Cfr. Sentencia en Casación N° 18450-2015-Lima del 23 de agosto de 2016, considerando 3.2.

⁹ La razonabilidad y las necesidades de la empresa como criterios que limitan el poder de dirección del empleador se encuentran reconocidas legislativamente en el artículo 9 de la LPCL, razón por la cual se extienden, sin ningún problema, a las decisiones empresariales relacionadas con la calificación de los puestos como de dirección y de confianza. .

¹⁰ Por todas, Cfr. STC 03501-2006-PA/TC (caso Chávez Caballero) de 15 de marzo de 2007, fundamento jurídico 14.

trabajadores ordinarios o comunes. Esto se ve evidenciado en la diferente regulación de las instituciones jurídicas o de los derechos de unos respecto de los otros. Así tenemos:

2.1. Respecto del periodo de prueba:

Como se sabe, el periodo de prueba constituye una institución del Derecho Laboral que consiste en <<el otorgamiento de un tiempo determinado para que el empresario pueda comprobar la idoneidad del trabajador y para que éste evalúe si el trabajo satisface sus aspiraciones personales y de no estar conforme cualquiera de las partes con el negocio pactado, ponerle fin libremente, sin asumir ninguna obligación adicional>>¹¹.

En nuestro país, el periodo de prueba se regula en el artículo 10º de la LPCL que fija, de modo general, un periodo de prueba de tres meses, Pero, además, establece la posibilidad de que las partes pacten un término mayor en caso de que las labores a realizar requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada. El acuerdo de ampliación del período de prueba debe constar por escrito y debe respetar un plazo máximo: seis meses para los trabajadores calificados o de confianza o un año para el personal de dirección.

Queda claro que la ampliación del periodo de prueba no es automática, esto es, no porque el trabajador vaya a ostentar la condición de trabajador de dirección o de confianza se debe consignar un periodo de prueba mayor. La LPCL exige la celebración de un pacto de ampliación que, con base en el principio tutelar y el principio de primacía de la realidad, apela a los hechos ya que se exige justificar tal ampliación sea porque las labores a realizar requieran de un periodo de capacitación o adaptación o sea que por su naturaleza y grado de responsabilidad tal prolongación pueda resultar justificada.

En suma, aun cuando las partes pacten por escrito la ampliación del periodo de prueba, si es que en la realidad se comprueba que tal necesidad no existe, primará la realidad sobre el pacto.

2.2. Respecto del descanso vacacional

¹¹ PACHECO, L. (2008). El periodo de prueba: naturaleza y régimen jurídico. *JuS-Doctrina & Práctica*, 7, 352.

La LDR establece en su artículo 23 un derecho a favor de los trabajadores que habiendo alcanzado el derecho a disfrutar de vacaciones no las hayan gozado efectivamente dentro del año siguiente a aquel en el que adquirieron su derecho: la triple vacacional.

La triple vacacional consiste en el pago de una remuneración por el trabajo realizado, una remuneración por el descanso vacacional adquirido y no gozado; y una indemnización equivalente a una remuneración por no haber disfrutado del descanso.

La razón del pago de dicha indemnización –según la Corte Suprema- es reparar el agotamiento del trabajador por no gozar de su descanso de dos años de labor continua¹².

No obstante, de acuerdo con el artículo 24° del Reglamento de la LDR, aprobado por Decreto Supremo N° 012-92-TR, la indemnización por falta de descanso vacacional prevista en el art. 23.c) de la LDR, cuyo monto es equivalente a una remuneración, no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional. En ambos casos, como se puede deducir de la norma, nos referimos al personal de dirección más no al de confianza.

Interpretando el término “gerentes” y “representantes”, TOYAMA¹³ manifiesta que bajo el término Gerentes caben <<todos los trabajadores que ostenten este cargo y ejerzan funciones gerenciales en el centro laboral>>”, debiendo entenderse por funciones gerenciales <<la dirección, administración y/o representación del empleador”.

En el caso de los representantes se debe interpretar de modo genérico, de tal forma que “la representación debería centrarse, pues, en la intermediación o nexo entre la dirección de la empresa y los trabajadores de la misma>>, refiriéndose por tanto a las personas que representan al empleador ante los trabajadores, tales como el propio gerente general y el gerente de recursos humanos.

Como sustento de esta disposición se encuentra el principio de buena fe que busca evitar que el personal de dirección (gerente o representante) valiéndose de su *status* busque obtener una ventaja económica por su falta de descanso vacacional, ya que cuenta con el poder suficiente para decidir a sola voluntad la oportunidad de su goce vacacional.

¹² Cfr. Casación N° 399-2000-Lima de 2 de octubre de 2000, considerando décimo segundo.

¹³ TOYAMA, J. (2015). *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico práctico*. Lima: Gaceta Jurídica, p.p. 450-451.

En la Jurisprudencia se ha precisado que es necesaria una condición objetiva y razonable para no reconocer este derecho a estos trabajadores, de allí que los gerentes o representantes de una empresa <<deben tener además la facultad de poder decidir si hacen uso o no del descanso vacacional para que no tengan derecho a la referida indemnización>>¹⁴. En ese sentido, atendiendo al principio de primacía de la realidad, corresponde a la empleadora demostrar que el trabajador de dirección (gerente o representante) ostentando un “poder de decisión” fue quien decidió no hacer uso de su descanso vacacional. En caso tal prueba no se logre entonces el trabajador sí tiene derecho a la indemnización antes mencionada¹⁵.

2.3. Respeto de los derechos colectivos

La LRCT, en su artículo 12º inciso b), establece como un requisito para ser afiliado a un sindicato que el trabajador no forme parte del personal de dirección o desempeñe un cargo de confianza del empleador, salvo que el estatuto expresamente lo admita. Asimismo, el artículo 42 de la citada Ley excluye de los efectos del convenio colectivo a quienes ocupan puestos de dirección o desempeñan cargos de confianza. Finalmente, en el artículo 77.a) se establece que la huelga determina la abstención total de las actividades de los trabajadores en ella comprendidos, con excepción del personal de dirección o de confianza.

Como se puede apreciar, la LRCT excluye del goce de los derechos colectivos tanto al personal de dirección como a los que ejercen cargos de confianza, extensión que – consideramos- es violatoria de la CP y de los Convenios 87 y 98 de la OIT. Si bien la disposición parece lógica para los trabajadores de dirección, no lo es para el personal de confianza a quien se le debe permitir no solo la sindicación sino también disfrutar de los beneficios de un convenio colectivo o ejercer la huelga. Ello porque, a diferencia del personal de dirección, los trabajadores de confianza no representan los intereses del empleador ni pueden adoptar decisiones relacionadas con la solución del conflicto

¹⁴ Casación Laboral N° 2306-2004-Lima del 13 de julio de 2006 publicada en el diario El Peruano el 5 de enero de 2007.

¹⁵ Cfr. Casación Laboral N° 2943-2015-Lima de 11 de noviembre de 2015, considerando décimo. Tal pronunciamiento, se sustenta además en que <<de las Cartas emitidas por el Presidente del directorio de la empresa emplazada, se acepta que el accionante tiene pendientes descansos vacacionales acumulados, inclusive se programan los mismos partiendo del mes de mayo del dos mil seis, el cual concordado con el Memorándum emitido por el propio Presidente del Directorio, que corre a fojas diecinueve, dispones el uso físico de las vacaciones del demandante y encarga la gerencia General a otra persona por el tiempo que dure dicho periodo vacacional>>.

colectivo; por tanto, no se encuentran en una situación de conflicto de intereses con la empleadora que sustente su exclusión del goce y disfrute de estos derechos.

Una interpretación constitucional de estas disposiciones de la LRCT debería generar que los trabajadores de confianza sí puedan ser titulares y disfrutar de los derechos colectivos recogidos en la Constitución y los Tratados Internacionales¹⁶.

En nuestra opinión, también estamos de acuerdo con que esta restricción vulnera el principio de igualdad de trato a los trabajadores de confianza, pues ellos deben gozar su derecho de sindicación al igual que los trabajadores “comunes”, ya que incluso este se encuentra reconocido a nivel constitucional.

2.4. Respecto a la Jornada de trabajo y sobretiempo

El artículo 5 de la LJT establece que no se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de dirección, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia. Por su parte, el artículo 11 del Reglamento de la LJT, aprobado por Decreto Supremo 008-2002-TR, precisa que no se encuentran comprendidos en la jornada máxima los trabajadores de confianza, cuyas características se encuentran definidas en el artículo 43 de la LPCL, exceptuándose de lo previsto en este artículo, a los trabajadores de confianza sujetos a un control efectivo del tiempo de trabajo.

Como se puede apreciar, el reglamento introduce una exclusión no contemplada en la LJT; al considerar a los trabajadores de confianza como sujetos que no están comprendidos dentro de la jornada máxima pese a que la LJT no se refiere a ellos en ninguno de sus supuestos, regulando un supuesto ilegal e incluso inconstitucional, en la medida que violenta el artículo 25 de la CP que reconoce la jornada máxima a todos los trabajadores sin exclusión alguna.

Desde ese punto de vista, aun cuando existen argumentos para considerar que también en su caso se vulnera el mandato constitucional, consideramos que la exclusión de la

¹⁶ En este mismo sentido se ha pronunciado el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (MTPE) que, mediante Informe N° 07-2012-MTPE/2/14 de 27 de enero de 2012, ha establecido que el referido artículo 42° de la LRCT colisiona de manera directa con la Constitución Política del Perú y con los Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) N° 87 y 98, por lo que los beneficios del convenio colectivo sí deben alcanzar a los trabajadores de confianza, siempre que éstos se encuentren afiliados a la organización sindical que lo negoció. El Informe puede encontrarse en el siguiente link: <http://www.trabajo.gob.pe/archivos/file/DGT/doc20120525085203.pdf>.

jornada máxima solo debe ser aplicable a los trabajadores de dirección que reúnen las características del art. 43 de la LPCL.

2.5. Respecto de la protección frente al despido por retiro de confianza

No existe en la legislación laboral disposición expresa referida a la culminación del vínculo laboral con los trabajadores de dirección o de confianza por retiro de confianza. En ese sentido, a dichos trabajadores les correspondería el mismo trato que sobre protección frente al despido arbitrario se encuentra regulado a nivel constitucional y legal y que ha sido objeto de diversos pronunciamientos del TC¹⁷.

Pese a lo afirmado anteriormente, ha sido la jurisprudencia constitucional¹⁸ la que, en diversos pronunciamientos, ha establecido un régimen propio para la culminación del vínculo laboral por retiro de confianza.

Así, el TC ha establecido que <<(…) la designación en un cargo de confianza es una acción administrativa por la cual una persona asume cargos de responsabilidad directa o de confianza con carácter temporal que no conlleva la estabilidad laboral>>¹⁹. Con ello, queda claro que quienes asumen un puesto de dirección o de confianza están supeditados a la confianza que generen en el empleador para la realización de las labores encomendadas. Es por eso que <<(…) el empleador puede invocar dicha razón para requerir el retiro de la confianza, tal es así, que el despido constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave (...)>>²⁰ que son de naturaleza objetiva, pues es la propia ley quien las determina.

Las consecuencias del retiro de la confianza han pasado de la denegación de la reposición en el empleo y el reconocimiento del derecho a solicitar una indemnización

¹⁷ Entre las que destacan, la STC 1124-2001-AA/TC (Caso Telefónica del Perú), de 11 de julio de 2002; la STC 976-2001-AA/TC (Caso Llanos Huasco), de 13 de marzo de 2003 y la STC 0206-2005-PA/TC (Caso Baylón Flores), de 28 de noviembre de 2005.

¹⁸ Para un acercamiento sobre el tratamiento que la jurisprudencia constitucional ha venido otorgando al tema del despido de los trabajadores de dirección o de confianza se puede consultar ULLOA, D. (2011). El despido libre de los trabajadores de confianza. A propósito de una curiosa tendencia del Tribunal Constitucional. *Ius et Veritas*, 21 (43), 196-206. En este artículo el autor niega que el despido por la causal de retiro de confianza sea un derecho del empleador que pueda ser válido en el régimen laboral de la actividad privada pues se trata de un cese sin sustento legal que afecta derechos constitucionales que, en todo caso, debe generar una compensación al trabajador.

¹⁹ Cfr. Entre otras, la STC. N° 01042-2007-PA/TC (Caso Janampa Janampa) de 09 de junio del 2009, fundamento jurídico 3; STC N° 01536-2012-PA/TC (Caso Huarcaya Rodríguez) de 10 de setiembre de 2012, fundamento jurídico 4; STC N° 01807-2012-PA/TC (Caso Pajares Bazán) de 2 de agosto de 2012, fundamento jurídico 4.

²⁰ EGÚSQUIZA, B.. (2011). Criterio a tener en cuenta para considerar a un trabajador de confianza. *Actualidad Empresarial: Revista de Investigación y Negocios*, 235, 9.

como protección frente al despido²¹ hasta la necesidad de determinar cuál ha sido la forma de acceso del trabajador para –según ello- determinar las consecuencias que genera el retiro de la confianza.

Así, quien directamente ha accedido a dicha condición no tendrá derecho a reposición en el empleo pero sí a la indemnización por despido, mientras que el trabajador que adquirió tal calidad por promoción tendrá derecho a retornar al puesto o función que venía desempeñando antes de su promoción. De esta forma, se busca proteger el derecho al trabajo de aquel trabajador que ha sido promovido pues es irrazonable que vea peligrar su estabilidad en el trabajo por el solo hecho de la promoción y de la posterior pérdida de la confianza. Lo contrario, significaría <<permitir un abuso del derecho del empleador, el cual es prohibido por el artículo 103° de la Constitución, dado que podría darse el caso de que se varíe la calidad de un trabajador a “trabajador de confianza”, con el propósito de despedirlo más adelante aduciendo la pérdida de la misma>>²².

La Corte Suprema ha venido siguiendo esta línea jurisprudencial²³; sin embargo, a través de la Casación Laboral N° 18450-2015-Lima, ha establecido que solo los trabajadores de confianza promovidos tienen derecho a una indemnización y no los que accedieron directamente al cargo de confianza porque asumir lo contrario implicaría aceptar <<que el contrato de trabajo para ejercer cargos de confianza contenga tácitamente una cláusula de indemnización por despido arbitrario>>²⁴.

Además, se afirma que tratándose de los trabajadores de confianza, la regla debe aplicarse en sentido inverso: <<si el vínculo laboral se extingue por el retiro de la confianza no habrá derecho a la indemnización por despido arbitrario, siendo que por excepción ello será posible en los casos en que estemos frente a trabajadores cuya ‘relación laboral sea mixta’, es decir hayan sido trabajadores comunes y luego

²¹ STC N° 00746-2003-AA/TC (Caso García Villa), fundamento jurídico; STC 4492-2004-AA/TC (Caso Salmón Varea) de fecha 17 de febrero de 2005, fundamento jurídico 2.

²² STC 8257-2006-PA/TC de 13 de noviembre de 2007, fundamento jurídico 8. En el mismo sentido, la STC. N° 3501-2006-PA/TC (15 de marzo del 2007), considerando 11, apartado f).

²³ Así, por ejemplo la casación N° 1489-2000-Lima, de 1 de diciembre de 2000 que consideró que “(...) Los trabajadores de confianza de empresas que se rigen por las normas de la actividad privada se encuentran igualmente protegidos contra el despido arbitrario; por lo que al haber sido despedido sin expresión de causa le corresponde el pago de una indemnización por despido arbitrario”. En el mismo sentido, la Casación Laboral N° 1610-2012, del 20 de agosto de 2012 (Caso Fernández García), antecedentes y considerando noveno.

²⁴ Casación laboral N° 18450-2015-Lima (Caso Romero Aquino), de 23 de agosto de 2016, considerando 3.9.

promovidos a cargos de confianza, en cuyo caso el retiro de confianza no puede ni debe extinguir el vínculo contractual, sino que debe dar lugar a que el trabajador retorne al puesto de trabajo común>>²⁵.

Desde nuestro punto de vista, la Casación Laboral N° 18450-2015-Lima constituye un retroceso en la protección laboral de los trabajadores de confianza. No existe argumento objetivo ni razonable con base constitucional que permita sustentar la exclusión del pago de la indemnización por despido de los trabajadores de confianza que han accedido directamente a dicha condición y tratarlos de modo distinto de los trabajadores de confianza que han accedido a tal condición por promoción.

Tampoco tiene sentido afirmar que no se le debe pagar indemnización porque <<todo aquel que contrata a un trabajador de confianza sabrá que al retirarle la confianza le tiene que indemnizar>> lo cual significa que <<el trabajador de confianza estaría en mejor posición que el trabajador común, a quien para indemnizarle se tiene que probar que el despido fue arbitrario>>²⁶. Estas afirmaciones parecen olvidar que el despido para ser conforme a las disposiciones constitucionales debe cumplir con las condiciones de causa y procedimiento y que la llamada causal subjetiva de retiro de confianza no está regulada legislativamente; razón por la cual debe generar una consecuencia jurídica que si bien no puede ser la reposición en el empleo por el tipo de relación especial en que consiste, sí puede serlo la indemnización por despido arbitrario al representar tal situación una forma indirecta de despido incausado proscrito por nuestra norma constitucional.

3. El procedimiento para la calificación de los trabajadores de dirección y de confianza y la primacía de la realidad

La trascendencia de la labor de quien ostenta un cargo de dirección o de confianza ha generado el cumplimiento por parte del empleador de un procedimiento para la calificación de un trabajador como de dirección o de confianza. De esta forma, el artículo 60 del Reglamento del Decreto Legislativo N° 728, aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR (RLPCL) establece que la calificación de los puestos de dirección o de confianza, es una formalidad que debe observar el empleador.

²⁵ Casación laboral N° 18450-2005-Lima, de 23 de agosto de 2016, considerando 3.10.

²⁶ Casación laboral N° 18450-2005-Lima, de 23 de agosto de 2016, considerando 4.11.

Es evidente que esta obligación es una muestra del deber de buena fe exigible al empleador pues este –bajo criterios de razonabilidad y necesidades del centro de trabajo y de conformidad con la ley- no solo debe determinar dentro de la organización empresarial cuáles son los puestos de dirección o de confianza sino que debe comunicar a los trabajadores que ocuparán esos puestos cuál es su condición dentro de la empresa por las consecuencias jurídicas que ella genera²⁷.

El artículo 59° del RLPCL establece el procedimiento que se debe seguir para calificar los puestos de dirección y de confianza. En primer lugar, el empleador deberá identificar y determinar los puestos de dirección y de confianza de la empresa, de conformidad con la Ley; luego, deberá comunicar por escrito a los trabajadores que ocupan los puestos de dirección y de confianza, que sus cargos han sido calificados como tales; y, finalmente, deberá consignar en el libro de planillas y boletas de pago la calificación correspondiente.

A pesar de esta exigencia formal, el artículo 60 del RLPCL ha precisado que su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita. Esto es, respecto de la calificación de un puesto como de dirección o de confianza o de la designación de un trabajador como de dirección o de confianza priman los hechos sobre las formas, en otras palabras, opera eficazmente el principio de primacía de la realidad.

De acuerdo con el TC, el principio de primacía de la realidad constituye un <<elemento implícito en nuestro ordenamiento, y concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución>>²⁸ que ordena que <<en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, debe darse preferencia a los primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos>>²⁹. Solo si las formas se condicen con la realidad entonces la decisión empresarial no sería arbitraria.

Siendo así y teniendo en cuenta que la suprema norma regula el principio protector en materia laboral (art. 23) y que no ampara el abuso del derecho (art. 103), en una

²⁷ Una muestra de ello es lo establecido en la STC en la que se deniega el recurso de amparo porque <<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, solo la acción indemnizatoria, resultando inevitable contar con elementos probatorios idóneos y con una estación adecuada para la actuación de los mismos>>. Cfr. STC 746-2003-AA/TC (Caso García Villa) del 19 de abril de 2004, fundamento jurídico 3.

²⁸ Cfr. STC 03500-2011-PA/TC (caso Córdova Torres) del 13 de setiembre de 2012, fundamento jurídico 4.

²⁹ Cfr. STC 1944-2002-AA/TC (Caso Chinchay Puse), fundamento jurídico 3. También, la STC 05240-2007-PA/TC (Caso Huamán Pérez) de 5 de noviembre de 2009, fundamento jurídico 4 y la STC 03198-2011-PA/TC (Caso Rivera Arrunátegui), de 13 de abril de 2012, fundamento jurídico 5.

situación en la que el empleador valiéndose de formalidades empresariales o legales o de procedimientos que están dentro de su esfera de acción, califica un puesto como de dirección o de confianza que no se condice con la verdadera naturaleza de las funciones desempeñadas por el trabajador y con los rasgos característicos regulados en el art. 43 de la LPCL entonces se hace necesario declarar que dicha calificación es indebida. En tal caso, es de aplicación el principio de primacía de la realidad que, con la finalidad de salvaguardar los intereses del trabajador obliga a privilegiar los hechos sobre las formas, Aun cuando el principio de primacía de la realidad se utilice preferentemente para determinar la laboralidad de la relación laboral entre dos sujetos, su utilización se puede extender a cualquier situación en la que se confronten los hechos con los documentos. En el caso que nos ocupa, además de las normas constitucionales antes mencionadas, el principio de primacía de la realidad se debe aplicar por expreso mandato del artículo 44 de la LPCL para determinar la adecuada calificación de un puesto como de dirección o de confianza.

Tal posibilidad se refuerza por el hecho de que, frente a una situación de indebida calificación del cargo, el artículo 61° del RLPCCL reconoce a favor de los trabajadores indebidamente calificados como de dirección o de confianza, el derecho de acción para solicitar ante la Autoridad judicial que se deje sin efecto tal calificación. Sin embargo, dicha posibilidad se somete a un plazo de caducidad pues la demanda debe presentarse dentro de los 30 días naturales³⁰ siguientes a la comunicación respectiva. El incumplimiento de la presentación de la demanda dentro de este plazo excluye cualquier posibilidad de cuestionar la indebida calificación del puesto.

Esta exigencia del cumplimiento del plazo para accionar por la indebida calificación de un puesto de dirección y de confianza ha sido reconocido por el TC al afirmar que <<si la demandante consideraba que el cargo desempeñado durante todo su ciclo laboral había sido indebidamente calificado como de confianza, debió recurrir ante el Poder Judicial para que eventualmente pudiera dejar sin efecto tal calificación, de conformidad con establecido en el artículo 61° del Decreto Supremo 001-96-TR, lo que

³⁰ Atendiendo a los argumentos vertidos en el Pleno Jurisdiccional Laboral del año 1999 relacionados con el plazo de caducidad para accionar por nulidad de despido, despido arbitrario y cese de actos de hostilidad consideramos que este plazo debe entenderse en días hábiles y no naturales. Cfr. Pleno Jurisdiccional Nacional Laboral 1999 – Trujillo. Acuerdo N° 01-99 Caducidad. Ubicado en http://historico.pj.gob.pe/CorteSuprema/cij/documentos/10_10b_pleno_laboral_99.pdf.

no se ha acreditado en el caso de autos>>³¹. En el mismo sentido, en la Casación Laboral 18450-2015-Lima, La Sala Suprema estableció que <<El actor no acudió a la instancia judicial cuestionando la calificación de cargo de confianza que ostentaba, y trabajó en esa condición por más de diez años, y solo después del cese presentó la demanda, lo que resulta totalmente extemporáneo e injustificado>> (Ver Considerando 4.13).

III. ANÁLISIS DE LA CASACIÓN LABORAL N° 11137-2014-LIMA

Mediante resolución de fecha 20 de julio de 2015, la Corte Suprema declaró fundado el recurso de casación, interpuesto por el Sindicato de Empleados de la Administradora Clínica Ricardo Palma S.A., en representación de ocho trabajadoras afiliadas y, actuando en sede de instancia, revocó la sentencia apelada y la declaró fundada. Como consecuencia de ellos ordenó que cesen los actos hostiles efectuados por la empresa y se deje sin efecto la denominación de trabajadores de confianza de las demandantes representadas por el sindicato.

Los hechos que se desprenden de la casación son los siguientes:

Ocho trabajadoras, de profesión enfermeras, ingresaron a laborar para la Administradora Clínica Ricardo Palma S.A. entre los años 2001 y 2002. Durante todo su récord laboral se desempeñaron como Enfermeras Jefe de Piso y Enfermeras Jefe de servicio.

Mediante cartas de fecha 9 de junio de 2006, la empleadora pone en conocimiento de las recurrentes que el cargo Jefe de servicio, que pertenece al área de enfermería, califica como un cargo de confianza. Queda acreditado que la calificación de los puestos como de confianza se encuentra consignada en el Manual de Organización y Funciones de la entidad y en las boletas de pago de las trabajadoras.

El sindicato, en representación de sus trabajadoras afiliadas, mediante carta notarial de fecha 8 de marzo de 2008 solicita se deje sin efecto la calificación de trabajadores de confianza que se les imputa, amparándose en el art. 30 de la LPCL que regula los actos de hostilidad.

La empleadora responde esta comunicación mediante carta de fecha 13 de marzo de 2008 señalando que resulta sorprendente que las trabajadoras desconozcan su calidad de

³¹ STC N° 03926-2007-PA/TC (Caso Santisteban Castillo) de 17 de octubre de 2007, fundamento jurídico 7.

trabajadoras de confianza pues en las boletas de pago de remuneraciones se señala tal condición y, además, se les abona un significativo beneficio remunerativo por el cargo asignado (remuneración al cargo), sin que a la fecha lo hayan cuestionado. Además, afirma que si consideran que son objeto de hostilidad pueden voluntariamente no seguir desempeñando dichos puesto de jefatura y presentar su carta de renuncia a dicho puesto de trabajo para retornar a su puesto original.

Como se puede verificar, las recurrentes –representadas por el sindicato- pretenden que se deje sin efecto la calificación de los puestos que venían desempeñando como puestos de confianza. Para lograr tal cometido demandan cese de actos de hostilidad por rebaja de categoría. Esta cuestión fue advertida por la Jueza de Primera instancia que declaró improcedente la demanda argumentando que si lo que pretenden las demandantes es cuestionar la rebaja de categoría por la inadecuada calificación del puesto de confianza correspondía impugnarla <<solo en base a lo previsto por el artículo 61 del Decreto Supremo N° 001-96-TR y no como pretende el sindicato mediante supuesta rebaja de categoría y menos como acto de hostilidad>> (ver considerando Tercero).

La Sala Transitoria Laboral, confirmó la sentencia de primera instancia alegando, entre otros argumentos, que con las boletas de pago de remuneraciones se demuestra la calificación de confianza y el pago por remuneración al cargo, con lo cual se estaría aumentando su categoría e incrementando su remuneración y, por tanto, la inexistencia de un acto de hostilidad (Ver considerando Cuarto).

Siendo estos los antecedentes del recurso de casación consideramos que la casación bajo comentario presenta inconsistencias de carácter procesal y, por tanto, debió declararse improcedente porque, teniendo en cuenta las causales de casación invocadas, en concreto, la interpretación errónea de los arts. 43 y 44 de la LPCL y la interpretación errónea de los arts. 59 y 60 del RLPCL³², se buscaba que la Sala revise la cuestión fáctica y valore los medios de prueba aportados al proceso, lo cual contradice la naturaleza extraordinaria del recurso de casación. Esto es así porque si se revisa el duodécimo considerando de la casación se puede comprobar que la Suprema no se ha pronunciado sobre cuál es la interpretación correcta del art. 43 sino que –más bien- se ha limitado a analizar los hechos y las pruebas presentadas por el sindicato recurrente

³² También se había alegado como causal como la violación del debido proceso y falta de motivación de conformidad con los numerales 3) y 5) del artículo 139 CP. Sin embargo, fue declarada improcedente porque tal causal no está contemplada en la Ley 26636, Ley Procesal del Trabajo.

para concluir que lo ocurrido en la realidad (las funciones correspondientes al puesto de Enfermera jefe de servicio desempeñadas en la realidad por las demandantes) no se correspondía con lo regulado en la norma (con los rasgos característicos propios del personal de confianza descritos en el art. 43 de la LPCL) y que, por tanto se había incurrido en una indebida calificación del puesto.

De allí que concordamos con el voto en discordia emitido por el Magistrado Arévalo vela quien vota porque se declare improcedente el recurso de casación pues el sindicato recurrente <<a través de sus argumentos pretende que esta Sala Casatoria revise nuevamente los hechos y pruebas aportadas al proceso, lo cual no es posible por ser contrario a la naturaleza y fines del recurso de casación>>³³.

Otro aspecto que debemos resaltar es que la Sala Suprema obvia por completo que el artículo 61 del RLPCL regula expresamente la acción para demandar la indebida calificación de un puesto como de dirección o de confianza. Esta acción –además- está sometida a un plazo de caducidad de 30 días naturales y empieza a correr desde la fecha en que los trabajadores son informados de esta calificación. En el caso, tal como se desprende del considerando décimo cuarto, dicha comunicación ocurrió mediante carta de fecha 9 de junio de 2006 y, por tanto, habían transcurrido casi dos años desde que las trabajadoras tomaron conocimiento de la calificación sin cuestionarla. Recién con fecha 11 de marzo de 2008 las trabajadoras, a través del sindicato, remiten una carta notarial a su empleadora en la que solicitan se deje sin efecto la calificación de trabajadoras de confianza que se les imputa, pero amparando su pedido en el art. 30 de la LPCL que regula los actos de hostilidad.

El exceso de plazo transcurrido impedía el cuestionamiento de la indebida calificación; razón por la que se entiende que el sindicato –sin razón alguna- haya buscado una forma de “camuflar” dicha acción caduca, demandando –sin sustento jurídico- actos de hostilidad.

La Sala Suprema desconoció –sin la debida motivación- la existencia de una norma que regula expresamente la acción para demandar la inadecuada calificación de un puesto de dirección o de confianza y se centró específicamente en evaluar el procedimiento de calificación de los puestos para verificar si la evaluación realizada reunía o no las

³³ Cfr. Casación N° 11137-2014-Lima del 20 de julio de 2015, Voto en discordia, considerando sétimo.

condiciones necesarias y las características propias que del personal de confianza regula el artículo 43 de la LPCL.

Al margen de las deficiencias procesales antes señalada, la Sala Suprema reconociendo que la empleadora había cumplido con el procedimiento previo de calificación, estableció en el Considerando duodécimo que los puestos de dirección y de confianza deben reunir los siguientes requisitos para ser calificados como tales:

(i).- Tener contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, lo cual no se ha demostrado en el caso bajo examen pues si bien las funciones asignadas a las demandantes como Enfermeras Jefas de Servicio constan en su boleta de pago y en el Manual de Organización y Funciones de la empleadora, de ello no se desprende que las funciones específicas administrativa, asistencial y docente que las hacía dependientes directas de la Jefatura del Departamento de Enfermería, hayan involucrado un contacto directo y personal con los directivos de dicha Jefatura.

(ii).- Tener acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Esta condición tampoco se cumplía, en tanto que del Manual de Organización y Funciones no se desprende que en el ejercicio de sus funciones, las trabajadoras hayan tenido acceso a la información reservada.

(iii).- Opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales. Esta condición tampoco se demuestra pues no existe prueba o indicio que permita asumir que el trabajo efectuado por las trabajadoras tiene injerencia en la marcha de la empresa.

Siendo así, después de haber analizado –en la realidad- la naturaleza de las funciones desempeñadas por las trabajadoras, la Sala determinó que la empleadora no cumplió con acreditar que los puestos desempeñados y calificado como de confianza, reunían las condiciones y requisitos propios del art. 43 de la LPCL; por lo tanto, ha incurrido en una indebida calificación de dichos puestos como puestos de confianza.

Otro dato que toma en cuenta la Sala en el considerando décimo tercero es que las demandantes han acreditado que se encuentran afiliadas al sindicato, al punto que es éste el que las representa judicialmente, y que en sus boletas de pago les descuentan la cuota sindical, lo cual deja en evidencia que se trata de trabajadoras ordinarias y no cualificadas.

La actuación de la empresa vulnera también el principio de razonabilidad que busca evitar las actuaciones arbitrarias del empleador en ejercicio de su poder de dirección. El mencionado principio exige que las decisiones que se tomen en la empresa deban ser razonables, es decir haya un estudio y análisis previo que, en el caso puntual de la calificación de un puesto como de confianza, exige el cumplimiento estricto de las características y condiciones para denominarlo como tal y que están expresamente contemplados en el artículo 43 de la LPCL y que han sido desarrollados por la Jurisprudencia.

Sin mencionarlo expresamente, la Sala ha hecho prevalecer los hechos sobre los documentos y las formas. No importa que la empresa haya cumplido con el procedimiento previo de calificación, esto es determinando en su Manual de Organización y Funciones que dicho puesto era de confianza, ni que lo haya hecho constar en las boletas de pago. Tampoco que se les haya notificado tal calificación mediante cartas de fecha nueve de junio de dos mil seis sino que -apelando a la primacía de la realidad- le recuerda a la empleadora que la calificación de los puestos debe reunir las características que sobre el personal de dirección o de confianza ha establecido expresamente el art. 43 de la LPCL³⁴ que se convierte así en un criterio limitante del poder de dirección del empleador al momento de calificar los puestos de dirección y de confianza.

IV. CONCLUSIONES

a. La relación laboral con los trabajadores de dirección y de confianza es una relación especial basada en la “especial” naturaleza de las funciones que aquellos desempeñan, sea personificando al empleador, ejerciendo el poder de dirección o adoptando las decisiones empresariales, o sea trabajando “al lado” del personal de dirección, teniendo acceso a información reservada y coadyuvando con sus opiniones o informes a la toma de decisiones empresariales.

³⁴ Así, en el considerando undécimo de la casación bajo comentario se ha establecido que “De acuerdo a los documentos, que corren en fojas ciento noventa y siete, doscientos tres, doscientos seis, doscientos nueve, doscientos doce, doscientos quince y doscientos dieciocho y el informe pericial que corre a de fojas ciento noventa y cinco a ciento noventa y seis, se acredita que la emplazada cumplió con el procedimiento previo de calificación, correspondiendo a verificar si dicha evaluación reúne las condiciones necesarias” .

- b. La calificación de un puesto como de dirección o de confianza es expresión del poder de dirección del empleador y como tal debe someterse a los límites propios de éste: la razonabilidad y las necesidades del centro de trabajo. Pero además, deberá respetar, estrictamente, los rasgos característicos de personal de dirección y de confianza descritos en el artículo 43 de la LPCL y desarrollados por la Jurisprudencia. El empleador debe evitar – en todos los casos, el abuso del derecho o la simulación.
- c. Sea que se haya realizado el procedimiento de calificación de un puesto como de dirección o de confianza o no, será el principio de primacía de la realidad el que permita determinar -en última instancia- si la calificación efectuada por el empleador se corresponde con las características que sobre el personal de dirección y de confianza se describen en el art. 43 de la LPCL. Para ello será fundamental que se analicen las funciones reales que desempeña el trabajador dentro de la empresa y se compruebe que se ejercen según las características y condiciones prescritas en la LPCL. De esta forma, se privilegia los hechos sobre las formas a favor del trabajador.
- d. En el caso del trabajador de confianza todo empleador deberá acreditar las tres condiciones descritas en el artículo 43 de la LPCL, esto es, que los trabajadores laboran en contacto directo con el personal de dirección, que tienen acceso a información de carácter reservado y que el trabajo efectuado tiene injerencia en la marcha de la empresa.
- e. Para cuestionar la indebida calificación de un puesto como de dirección y de confianza, el trabajador deberá iniciar la acción regulada en el art. 60 del RLPCL. Dicha acción está sometida a un plazo de caducidad de 30 días naturales (aunque debe interpretarse como hábiles), contados a partir de la fecha en que el trabajador toma conocimiento de la calificación de su puesto como de dirección o de confianza. El incumplimiento del plazo antes señalado impide cuestionar –de cualquier otra forma- tal calificación.