

Evolución de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de protección contra el despido de los trabajadores que ocupan puestos de dirección o de confianza¹

CÉSAR PUNTRIANO ROSAS

Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú,
Miembro de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social.

SUMILLA:

- I. **Introducción.**
- II. **Naturaleza Jurídica de los Trabajadores que ocupan Puestos de Dirección o de Confianza:**
 1. **Regulación de los trabajadores de dirección o de confianza:**
 - 1.1 Ordenamiento legal peruano;
 - 1.2 Posición actual del Tribunal Constitucional (en adelante "TC") en cuanto a las características de los trabajadores de dirección o de confianza.
- III. **Análisis Constitucional-Laboral de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional en relación a la Protección contra el Despido Arbitrario de los Trabajadores de dirección o confianza:**
 1. **Estudio previo:** El valor de la jurisprudencia constitucional en nuestro ordenamiento legal y para el Derecho Laboral en particular;
 2. **Los tipos de pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional adquieren la condición de fuente de Derecho:** precedente vinculante y la jurisprudencia constitucional vinculante (doctrina constitucional);
 3. **Naturaleza vinculante y particularidades de los pronunciamientos del TC relativos a la protección contra el despido arbitrario de los trabajadores de dirección o de confianza;**
 4. **Jurisprudencia inicial del Tribunal Constitucional en cuanto a la protección contra el despido arbitrario de los trabajadores de dirección o de confianza:**

¹ Para una versión resumida de este artículo ver: Revista Laborum, Revista de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, No 8, Año 8.

- 4.1. Caso César Antonio Cossio y otros contra Telefónica del Perú S.A., Expediente No. 1112-98-AA/TC, sentencia publicada el 17 de Agosto de 1999;
- 4.2. Caso Gloria Ondoñez contra Telefónica del Perú S.A., Expediente No. 482-99-AA/TC, sentencia publicada 18 de Diciembre de 1999;
- 4.3. Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra Telefónica del Perú S.A.A. y Telefónica del Perú Holding, Expediente No. 1124-2001-AA/TC, sentencia publicada el 11 de setiembre de 2002;
- 4.4. Caso Eusebio Llanos contra Telefónica del Perú S.A, Expediente No. 976-2001-AA/TC, sentencia publicada el 13 de Mayo de 2003;
- 4.5. Caso Nelly Catia Garcia contra Corte Superior de Justicia de Ayacucho, Expediente No. 746-2003-AA/TC, publicada el 19 de abril de 2004;
- 4.6. Caso Anibal Leonardo Salmón contra Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. (CORPAC), Expediente No. 4492-2004-AA/TC, sentencia publicada el 30 de setiembre de 2005;
- 4.7. Caso Segundo Juan Argomedo contra la Empresa Prestadora de Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado Barranca S.A. (EPS SEMAPA BARRANCA S.A.), Expediente No. 2358-2005-PA/TC, sentencia publicada el 25 de agosto de 2005;
- 4.8. Caso Consuelo Mullanite contra la Empresa Prestadora de Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Ica S.A. (EPS EMAPICA S.A.), Expediente No. 4040-2004-AA/TC, sentencia publicada el 8 de noviembre de 2005;
- 4.9. Caso César Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. ENAPA HUACHO, Expediente No. 0206-2005-PA/TC, sentencia publicada el 14 de diciembre de 2005;
- 4.10. Caso Jesué Tejada Alaya contra el Directorio y la Gerencia General de la Universidad Privada Antonio Guillermo Ureño de Cajamarca, Expediente No. 3572-2005-PA/TC, sentencia publicada el 22 de marzo de 2006.
5. Comentarios acerca de la decisión del Tribunal Constitucional de excluir a los trabajadores de dirección o de confianza de la tutela rescisoria proveniente del proceso de amparo frente a un despido lesivo de derechos constitucionales;
6. Análisis del nuevo criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional en cuanto a la protección contra el despido de los trabajadores de dirección o de confianza:
 - 6.1. Caso Ricardo David Chávez Caballero contra el Banco Central de Reserva del Perú (BCR), Expediente No. 03501-2006-PA/TC, sentencia publicada el 28 de noviembre de 2007;
 - 6.2. Comentarios acerca de la decisión del Tribunal Constitucional de considerar al "retiro de confianza" como causa justa de despido de un trabajador de dirección o de confianza sujeto al régimen laboral de la actividad privada;
 - 6.3. Necesidad de mayor motivación por el TC de su nuevo criterio jurisprudencial.

IV. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

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

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

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

La posición jurídica de trabajador no es uniforme, pues existe una categoría distinta o especial de trabajadores que ostentan una posición diferente, un status distinto en la organización empresarial. Nos referimos a aquellos que ocupan una posición directiva, de responsabilidad o de dirección y quienes son catalogados como trabajadores de confianza, que en la práctica

son aquellos que jerárquicamente se ubican por debajo de los trabajadores de dirección, pero por ello no pierden el especial status laboral que su calificación les otorga.

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

En el presente trabajo comentaremos dicho tratamiento especial a nivel normativo, nacional y comparado, revisaremos las razones que lo justifican para luego analizar el desarrollo jurisprudencial que nuestro supremo intérprete constitucional ha tenido sobre el particular, en específico, en lo relativo a la protección contra el despido arbitrario, y determinaremos la constitucionalidad de su reciente cambio jurisprudencial.

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

II. NATURALEZA JURÍDICA DE LOS TRABAJADORES QUE OCUPAN PUESTOS DE DIRECCIÓN O DE CONFIANZA

Doctrinariamente, los trabajadores que ocupan puestos de dirección *“son aquellos cuya función de rectoría superior consiste en el desempeño de poderes propios del empresario (no necesariamente no todos lo poderes de este) que versen sobre los objetivos generales de la empresa”*.²

Asimismo, según lo entiende Manuel Alonso García, esta categoría de trabajadores *“(…) ejercen la representación general del empleador frente a los trabajadores, siempre observando que se cumplan debidamente los intereses de la*

2. MONTOYA MELGAR, Alfredo, *Derecho del Trabajo*, Editorial Tecnos, España, 1993, p. 498.

empresa, la competencia profesional de cada trabajador y los intereses y condiciones del sujeto deudor de trabajo”³

El personal de dirección tiene justamente “el poder directivo (que) deriva de la autonomía técnica del empleador y se expresa en normas de carácter general y continuo formuladas de manera abstracta en los reglamentos de empresa o bien en circulares u órdenes concretas caso por caso”⁴

Como bien lo señala Montoya Melgar, el régimen jurídico del personal de alta dirección es semilaboral⁵, es decir que el personal de dirección, si bien se encuentra también bajo el poder directriz que ejerce el empleador, no posee los mismos derechos y responsabilidades que un trabajador común.⁶

Para Néstor de Buen, los trabajadores de confianza son aquellos cuya posición les confiere “(...) responsabilidad (...), las delicadas tareas que desempeñan o la honradez que para sus funciones se exige, cuenta con fe y apoyo especial por parte del empresario o la dirección de la empresa”⁷

En cuanto al trabajo que realizan los trabajadores, el citado autor afirma 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 este desempeña. Pero un trabajador de confianza puede ser menor, mujer, artista, deportista, piloto y desempeñar cualquier actividad” (...) los trabajadores de confianza son

trabajadores con un mayor grado de responsabilidad en atención a la tarea que desempeñan y de alguna manera hacen presente el interés del patrón”⁸

Rafael Caldera comparte lo señalado por Néstor de Buen al sostener que “cuando se califica especialmente unos trabajadores como de ‘confianza’, se los supone vinculados personalmente y en un grado especial a la empresa para la cual prestan sus servicios”⁹

El profesor Mario de la Cueva, en una interesante concepción sobre los trabajadores de confianza, afirma que “debe hablarse de empleados de confianza cuando están en juego la experiencia de la empresa, sus intereses fundamentales, su éxito su prosperidad, la seguridad de sus establecimientos o el orden esencial que debe reinar entre sus trabajadores; (...) una categoría de excepción que solamente se justifica en razón de las naturalezas de las funciones que realiza el trabajador, existirá la presunción iuris tantum de que la función no sea de confianza, en forma tal que será indispensable probar que, de conformidad con la naturaleza de las funciones se dan los caracteres de la excepción. No es la persona la que determina que una función es de confianza sino la naturaleza misma de la función lo que produce la condición del trabajador” (subrayado nuestro).¹⁰

Advertimos entonces que, tanto los trabajadores de dirección como los de confianza poseen especiales atribuciones derivadas de una mayor

3 ALONSO GARCÍA, Manuel, *Curso de Derecho del trabajo*, 6ta Edición, Editorial Ariel, Barcelona, 1980, p. 491.

4 MAZZINI ALATI, *La collaborazione*, cit. p.34, citado por BARASSI, Ludovico, *Tratado de derecho del trabajo*, Tomo II, Alfa, Buenos Aires, 1953.

5 Op. Cit., p. 499.

6 Cuando hacemos referencia a trabajador común u ordinario en el presente trabajo nos referimos a aquellos que no ocupan posiciones de dirección o de confianza.

7 DE BUEN, Néstor, *Derechos del trabajador de confianza*, Cámara de diputados. LVIII Legislatura – Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 14-15. En: *Compendio de Derecho Laboral I*, p. 358.

8 *Ibid.*

9 CALDERA, Rafael, *Derecho del trabajo*, p. 434.

10 DE LA CUEVA, Mario, citado por DE BARAJAS MONTES DE OCA, Santiago, *Los contratos especiales de trabajo*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1992. En: Serie G. Estudios Doctrinales, num. 136, p. 142.

responsabilidad, ejercicio de funciones propias del empleador, y un mayor compromiso con los intereses de la empresa. Sin embargo, el trabajador de confianza no necesariamente ejerce funciones de dirección; los trabajadores de confianza difieren de los altos empleados (directores, gerentes, administradores, etc.) porque ocupan puestos menos elevados y ejercen pocas funciones de dirección.

En ese sentido, un trabajador de dirección es siempre un trabajador de confianza, pero un trabajador de confianza no necesariamente ocupa un puesto de dirección.

1. Regulación de los trabajadores de dirección o de confianza

1.1. Ordenamiento legal peruano

Una de las primeras definiciones en nuestra legislación nacional fue la realizada por la Ley de Sociedades Mercantiles, Ley 16123, la cual establecía que solo eran trabajadores de confianza los gerentes.

Posteriormente, en 1981, el Decreto Legislativo No. 39, norma que legisló sobre el personal de empresas periodísticas restituidas al propietario, definía en su artículo segundo a los trabajadores de confianza como “[...] quienes desempeñen, de acuerdo a la forma organizativa de cada centro de trabajo, cargos que conlleven responsabilidad ejecutiva, administrativa, contable, económica, industrial, editorial, informativa o de seguridad, o que revistan carácter confidencial. (...) Se consideraron, asimismo, trabajadores de confianza aquellos que integran el personal administrativo y ejecutivo en la Dirección y Gerencia, los que desempeñen cargos directivos en la redacción, los que lleven a cabo labores de corrección, confidenciales y los que desempeñen jefaturas y demás cargos especializados”.

Asimismo, dispuso que “[...] los trabajadores de confianza no se encuentran comprendidos dentro de los alcances del Artículo 2 del Decreto

Ley No. 22126. Consecuentemente, no gozan de la estabilidad en el empleo. Solo podrá considerarse como personal de confianza hasta el 15% del total de trabajadores de una empresa periodística. Para la determinación de dicho porcentaje no se consideran los cargos de nivel superior cuyo nombramiento emane directamente del Directorio”

En el año 1986, la Ley 24514¹¹, estableció en su artículo 15 que “[...] se consideran cargos de confianza los que ejercen a nivel de dirección, los que conllevan poder decisorio o importan representación general del empleador. Los cargos de confianza deberán ser objeto de calificación por el empleador, con conocimiento de la autoridad administrativa de trabajo y de sus trabajadores, debiendo anotarse esta calificación en la planilla correspondiente. En los centros de trabajo que cuenten con menos de 50 trabajadores, el personal de confianza no excederá del 15% del total de trabajadores de dicho centro. Si se tratara de centros de trabajo con 50 o más trabajadores, el porcentaje no podrá exceder del 10%”.

Es recién en el año 1991 que se presentó una diferenciación entre trabajadores de confianza y los trabajadores de dirección, y es la que actualmente poseemos, eliminándose los límites porcentuales previstos en la norma anterior, lo cual resultó razonable porque la condición de trabajadores de confianza depende de las características de las labores, y ello al final definirá su número al interior de la empresa.

Así, el Decreto Legislativo No. 728, Ley de Fomento del Empleo, definió de la siguiente manera a los trabajadores de dirección y a los de confianza, en su artículo 82:

“Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o terceros, o que lo sustituyen o comparten con aquellas funciones de administración y control o, de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial. (...) Trabajadores de confianza son

11. Ley que reguló el Derecho a la Estabilidad en el Trabajo.

*aquellas que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y en general a información de carácter reservado. Asimismo aquellos cuyos opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de decisiones empresariales (...)*².

La norma legal, cuyo Texto Único Ordenado aprobado mediante Decreto Supremo No. 003-97-TR, Ley de Productividad y Competitividad Laboral (en adelante "LPCL"), deja en la norma reglamentaria el procedimiento de calificación de los puestos de dirección o de confianza.

En ese sentido, de acuerdo al artículo 59 del Decreto Supremo No. 001-96-TR, Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, el empleador debe seguir el procedimiento que describimos a continuación para calificar los puestos de trabajo como de dirección o confianza:

- a) Identificar y determinar los puestos que puedan ser calificados como tales; para lo cual debe atender a la definición legal sobre el particular y no a criterios subjetivos de lo que pueda entender por empleado de dirección o de confianza.
- b) Comunicar por escrito dicha calificación a los trabajadores que ocupan tales puestos; debiendo, a nuestro entender, justificar las razones a efectos que el trabajador pueda manifestar su discrepancia si se siente objeto de un trato injusto.
- c) Consignar en el Libro de Planillas y las boletas de pago la calificación correspondiente; actualmente en la Planilla Electrónica.

En todo caso, el artículo 60 del mismo Reglamento determina que, aun cuando determinados puestos no sean calificados como de dirección o confianza siéndolo, no se enerva tal condición si el empleador prueba la misma. Esta disposición implica que la ausencia de formal-

dades no puede alterar la naturaleza del puesto de trabajo ocupado que respondería a uno de dirección o de confianza.

Ahora bien, si algún trabajador se siente afectado por una indebida calificación de su puesto como de dirección o confianza, puede demandar judicialmente para que se deje sin efecto tal calificación, en un plazo de 30 días calendario contados desde el envío de la comunicación de tal calificación, según el artículo 61 del mismo Reglamento. Creemos que debería regularse un proceso sumario a nivel judicial para demandar esta calificación pues el mismo no existe actualmente.

1.2. Posición actual del Tribunal Constitucional (en adelante "TC") en cuanto a las características de los trabajadores de dirección o de confianza

De acuerdo con la Sentencia del Tribunal Constitucional de fecha 15 de marzo de 2007, seguida por el Expediente No. 03501-2006-PA TC-Lima, la cual contiene el nuevo criterio jurisprudencial del TC respecto a los trabajadores de dirección o de confianza, este tipo de trabajadores posee particulares que lo diferencian de los trabajadores comunes tales como:

- a) La confianza depositada en él, por parte del empleador; la relación laboral especial del personal de alta dirección se basa en la recíproca confianza de las partes, las cuales acomodan el ejercicio de sus derechos y obligaciones a las exigencias de la buena fe, como fundamento de esta relación laboral especial.
- b) Representatividad y responsabilidad en el desempeño de sus funciones; las mismas que lo ligan con el destino de la institución pública, de la empresa o de intereses particulares de quien lo contrata, de tal forma que sus actos merezcan plena garantía y seguridad.
- c) Dirección y dependencia; es decir que puede ejercer funciones directivas o administrativas en nombre del empleador.

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.

e) Impedimento de afiliación sindical, conforme al artículo 42 de la Constitución para los servidores públicos con cargos de dirección o de confianza. El inciso b) del Artículo 12 del Decreto Supremo No. 010-2003-TR, TUO de la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, establece que los trabajadores de dirección o de confianza no pueden ser miembros de un sindicato, salvo que en forma expresa el estatuto de la organización sindical lo permita.

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. 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 u ordinarias (sic) y luego ser promocionado a este nivel, tendría que realizar a regresar sus labores habituales.

g) El periodo de prueba puede tener una mayor extensión, pues este se puede extender hasta por 6 meses, incluyendo el periodo inicial de 3 meses para el personal de confianza y, en caso ser personal de dirección, este puede ser extendido hasta por un (1) año; en ambos casos la ampliación debe constar por escrito en el contrato de trabajo celebrado con el personal de dirección o de confianza.

h) No tienen derecho al pago de horas extras, pues el Artículo 5 del Decreto Su-

premo No. 007-2002-TR, TUO de la Ley de Jornada de Trabajo, Horario, y Trabajo en sobretiempo, establece que el personal de dirección se encuentra excluido de la jornada máxima legal. De igual forma no están sujetos a las disposiciones sobre el registro de control de asistencia y de salida en el régimen laboral de la actividad privada, conforme al Decreto Supremo No. 004-2006-TR en su artículo 1, último párrafo.

i) No tienen derecho a una indemnización vacacional. El Decreto Supremo No. 12-92-TR, en su artículo 24, establece: "la indemnización por falta de descanso vacacional a que se refiere el inciso c) del artículo 23 del Decreto Legislativo No. 713, no alcanza a los gerentes o representantes de la empresa que hayan decidido no hacer uso del descanso vacacional. En ningún caso la indemnización incluye a la bonificación por tiempo de servicios.

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

1. Estudio previo: El valor de la jurisprudencia constitucional en nuestro ordenamiento legal y para el Derecho Laboral en particular

Como lo sostiene el constitucionalista Marcial Rubio, la jurisprudencia puede entenderse en sentido lato y estricto.¹² La primera acepción se refiere a aquellas "resoluciones emitidas por los magistrados judiciales en ejercicio de sus atribuciones jurisdiccionales para solucionar los conflictos sometidos a ellos, que se suscitan entre los individuos o entre éstos y la sociedad". La acepción estricta de jurisprudencia se refiere a "más propiamente resoluciones que emite el

12 RUBIO CORREA, Marcial. *El sistema jurídico. Introducción al Derecho*, PUCP, 2001, p.171.

máxima tribunal, pero no a las resoluciones de los tribunales y juzgados inferiores a él.

Es importante precisar que aquella jurisprudencia que adquiere el carácter de fuente de Derecho no es esa sentencia que resuelve un conflicto entre las partes (sentido lato, a decir de Rubio), sino a la repetición de un criterio judicial en casos siguientes del mismo tipo, provenientes del órganos máximos y uniformes¹³ o aquél caso en que el Alto Tribunal indica expresamente que el pronunciamiento adquiere la condición de vinculante. No obstante, es posible que los jueces se aparten de esta jurisprudencia en la medida que sus resoluciones se encuentren debidamente fundamentadas, salvo que la ley expresamente lo impida en razón a la jerarquía del Alto Tribunal.

Así lo entiende el Tribunal Constitucional al citar a Franklin Moreno¹⁴, quien afirma que *"Jurisprudencia es la interpretación judicial del derecho efectuada por los más altos tribunales en relación con los asuntos que a ellos corresponde, en un determinado contexto histórico, que tiene la virtualidad de vincular al tribunal que los efectuó y a los jerárquicamente inferiores, cuando se discutan casos fáctica y jurídicamente análogos, siempre que tal interpretación sea jurídicamente correcta (...)".*

Dentro de esta tipología, en lo que a materia constitucional se refiere, tenemos a la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional, máximo órgano interpretativo de la Constitución, cuyas resoluciones, sin ser calificadas como mandatorias, lo son, debido a que provienen de la Instancia máxima y autorizada por la propia Constitución. Y además, como veremos, establecen criterios, principios o pautas que llenan de contenido nuestro Derecho.

Una situación distinta son las sentencias normativas, caso en el cual un único pronunciamiento

configura un precedente vinculante. Como lo sostiene De la Villa¹⁵, estas sentencias se caracterizan por una interpretación vinculante para los órganos jurisdiccionales a la que acompañan durante su vigencia.

Como veremos, el Código Procesal Constitucional (en adelante "CPC") contempla la existencia de sentencias normativas constitucionales emitidas por el TC.

Nuestro ordenamiento jurídico contempla a las siguientes sentencias normativas:

- ❑ El establecido en el artículo 22 del Texto Único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en adelante "LOPJ"), aprobado mediante Decreto Supremo No. 017-93-JUS, el mismo que otorga la calidad de sentencias normativas a las resoluciones emitidas por las Salas Especializadas de la Corte Suprema que fijan criterios jurisprudenciales.

La norma establece que los principios establecidos por las Salas deben ser invocados por los Magistrados de todas las instancias judiciales, cualquiera que sea su especialidad, como precedente de obligatorio cumplimiento. En caso que, por excepción, decidan apartarse de dicho criterio, están obligados a motivar adecuadamente su resolución dejando constancia del precedente obligatorio que desestiman y de los fundamentos que invocan.

- ❑ El artículo 80 de la LOPJ establece que: "son atribuciones de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República: (...) 4. Sistematizar y difundir la jurisprudencia de las Salas Especializadas de la Corte Suprema y disponer la publicación

13 NEVES MUJICA, Javier, *Op. Cit.* p.81.

14 MORENO MILLÁN, Franklin: *La Jurisprudencia Constitucional como fuente de derecho*. Bogotá. Ed. Leyes. 2002, p. 33. Citado en la Sentencia del Pleno del TC recaída en el Expediente N° 047-2004-AJ/TC.

15 DE LA VILLA GIL, Luis Enrique, y otros. *Instituciones de Derecho del Trabajo*. Madrid. Editorial CEJRA. 1983. p. 195. Citado por: NEVES MUJICA, Javier. *Trabajo y Constitución*. Lima. Cultural Cuzco Ediciones. 1989. p.52.

trimestral de las Ejecutorias que fijen principios jurisprudenciales que han de ser de obligatorio cumplimiento en todas las instancias judiciales. (...)”.

- El artículo 400 del Código Procesal Civil, regula a la doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema disponiendo que la misma debe provenir de Sala Plena de la Corte Suprema, en atención a la naturaleza de un caso concreto y que la decisión se tome en mayoría absoluta de los asistentes al Pleno.

La consecuencia, como lo establece literalmente el citado artículo, consiste en que “vincula a los órganos jurisdiccionales del Estado, hasta que sea modificada por otro pleno casatorio”.

- Finalmente, en materia constitucional, el tercer párrafo del artículo VI y el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional establecen que:

Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional: “[...] Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional (...).

Artículo VII.- Precedente: “[...] Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando

el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente.”.

Como se podrá advertir existen varias posibilidades para que los pronunciamientos judiciales adquieran la condición de vinculantes, sin embargo, somos de la opinión que, en materia constitucional, el Tribunal Constitucional tiene la última palabra, por lo que primaria sobre el Poder Judicial, en consecuencia, a este Poder del Estado le corresponde sujetarse a los pronunciamientos que en materia constitucional expida el TC.

En este sentido, coincidimos con Herrera¹⁶ cuando afirma que, “el artículo 146.1 de la Norma Fundamental obliga al Estado a garantizar a los magistrados su independencia, estando únicamente sometidos a la Constitución y la ley. Genéricamente, la independencia consiste en la ausencia de subordinación a otra, el no reconocimiento de un mayor poder o autoridad.” (...) Pero, (...) al ser el TC el intérprete supremo de la Constitución, es también el supremo intérprete constitucional. Como la unidad última del ordenamiento encuentra su base en la Carta Magna, la unidad última de la jurisprudencia debe partir de la necesaria interpretación uniforme de la Constitución, siendo su intérprete máximo el TC. De lo contrario, se genera inseguridad jurídica ante una justicia constitucional u ordinaria imprevisible por tener criterios discordantes para situaciones idénticas o similares, atentando contra el derecho de igualdad de todo ciudadano. (...)”.

En ese sentido, el precedente vinculante del TC constituye un límite a la independencia del magistrado¹⁷, debiendo observarlo conforme lo

16 HERRERA VASQUEZ, Ricardo, *La relación Tribunal Constitucional-Poder Judicial, ¿es pacífica el camino hacia la constitucionalización de la justicia laboral?*. En: *Derechos Laborales, Derechos Pensionarios y Justicia Constitucional*, II Congreso Nacional de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Libro de Ponencias, Arequipa, 1, 2 y 3 de noviembre de 2006, pp.544-545.

17 DE OTTO, Ignacio, *Estudios sobre el Poder Judicial*, Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Madrid, 1989, p. 57.

18 ADRIAN CORIPUNA, Javier, *Las relaciones entre Tribunal Constitucional y Poder Judicial. El valor de la jurisprudencia vinculante*. En: *Gaceta del Tribunal Constitucional* No. 2, Lima, abril-junio 2006, p. 24.

exigen la Norma Fundamental, el Código Procesal Constitucional y la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (en adelante "LOTCC").

Tomando elementos de las definiciones de Rubio, Javier Adrián¹⁹ sostiene que se entiende por jurisprudencia constitucional "(...) el conjunto de criterios y orientaciones que en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales han sido establecidos en las resoluciones del Tribunal Constitucional, como de las máximas instancias del Poder Judicial, para la aplicación e interpretación de la Constitución, ya sea en el control normativo, en la tutela de derechos o en los conflictos de competencias y atribuciones, respectivamente".

Antonio Martín Valverde²⁰ sostiene que "con el nombre de jurisprudencia constitucional se conoce la doctrina elaborada por el Tribunal Constitucional sobre la interpretación de los preceptos y principios constitucionales". Añade que "corresponde (...) al Tribunal Constitucional el control de constitucionalidad de las leyes laborales. A esta labor se añade la de establecer la jurisprudencia constitucional sobre los derechos fundamentales y libertades públicas de todos los ámbitos de la vida social, y por tanto también en las relaciones de trabajo (...)" (subrayado nuestro).²¹

Sobre el particular, el propio TC²² ha señalado que "(...) la noción jurisprudencia constitucional se refiere al conjunto de decisiones o fallos constitucionales emanados del Tribunal Constitucional, expedidos a efectos de defender la superlegalidad, jerarquía, contenido y cabal cumplimiento de las normas pertenecientes al bloque de constitucionalidad. (...)".

Adrián afirma que una posición a favor de considerar a la jurisprudencia constitucional, y puntualmente a la emanada del Tribunal Cons-

titucional²³, como fuente de Derecho, es aquella que sostiene que el Tribunal es un auténtico creador de Derecho, toda vez que sus sentencias vinculantes serán verdadera fuente de Derecho a aplicarse por los tribunales inferiores, el legislador y los operadores jurídicos en general.²⁴

Esta posición sostiene tres argumentos:

- Que un número considerable de sentencias del TC contienen declaraciones de principios jurídicos.
- Que el ejercicio de control constitucional supone necesariamente una interpretación de la Constitución e interpretar supone una creación de Derecho.
- En las Constituciones con fórmulas vagas y ambiguas le corresponde al Tribunal Constitucional definir, en última instancia, el contenido de una disposición constitucional, estableciendo la consiguiente norma constitucional.

Sobre la jurisprudencia como fuente de Derecho, el Tribunal Constitucional ha señalado:

(...) Para la Constitución tanto el Poder Judicial como el Tribunal Constitucional son órganos constitucionales productores de la fuente de derecho denominada jurisprudencia. (...)

34. Consecuentemente, en nuestro sistema jurídico la jurisprudencia también es fuente de derecho para la solución de los casos concretos, obviamente dentro del marco de la Constitución y de la normatividad vigente. Esta afirmación se confirma cuando la propia Constitución, en el inciso 8 del artículo 139, reconoce

¹⁹ *Ibid.*, p.5.

²⁰ MARTÍN VALVERDE, Antonio y otros, *Derecho del Trabajo*, 5ta Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 1996, p. 94.

²¹ *Ibid.*, p.166.

²² Sentencia del Pleno del TC, recaída en el Expediente N.º 047-2004-AI/TC.

²³ En su condición de supremo intérprete de la Constitución.

²⁴ MARTÍNEZ SOSPEDRA, M, *El Tribunal Constitucional como órgano político*. Citado por: ADRIÁN CCRIPUNA, Javier, *Op. Cit.* p.5

el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. No requiere de una disposición normativa expresa toda vez que dicha fuente deriva directamente de la función inherente a los órganos jurisdiccionales que la Constitución configura. En efecto, es inherente a la función jurisdiccional la creación de derecho a través de la jurisprudencia. (...)

39. De ahí que todo acto de los poderes públicos u órganos constitucionales que pretenda restringir dicha función interpretativa no sólo es uno que priva a los órganos jurisdiccionales de su función, sino que es inconstitucional. Es como si se estableciera que el Congreso no legisle, a pesar de que en base al principio de soberanía política tiene un amplio margen de configuración política de la ley, pero siempre dentro del parámetro de la Constitución. No puede existir un órgano jurisdiccional limitado en la función interpretativa inherente a todos los órganos jurisdiccionales, a menos que esa restricción derive directamente de la Constitución. Hacerlo es vulnerar el equilibrio entre los poderes del Estado y los órganos constitucionales y, con ello, el sistema democrático. Pretender limitar las funciones inherentes del Tribunal Constitucional sería como condenarlo a la inacción por cumplir su deber. (...)” (subrayado nuestro).²⁵

En suma, afirma Adrián²⁶, la posición con mayor sustento es la que sostiene que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional es fuente de Derecho, dada la importancia de la interpretación constitucional que realiza como instancia máxima (supremo intérprete), y fundamentalmente merced al propio mandato de la Constitución, ya que ese sentido de fuente se desprende del artículo 139 inciso 8 de la Constitución (“no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley”), como del artículo 201 del mismo cuerpo normativo (que le otorga al TC la función de control de la Constitución), las que se refuerzan por preceptos legales contenidos en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional²⁷, el tercer párrafo del artículo VI del mismo²⁸ y en la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del TC.²⁹

En consecuencia, podemos concluir que la jurisprudencia constitucional emanada del Tribunal Constitucional es fuente de Derecho, y en lo que a materia laboral se refiere, sin duda, aquella jurisprudencia del TC con implicancias laborales, tendrá la condición de fuente de Derechos Laborales.

2. Los tipos de pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Constitucional que adquieren la condición de fuente de Derecho: precedente vinculante y la

25 Sentencia del Pleno del TC recaída en el Expediente No. 047-2004-AVTC.

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

27 Artículo VII.- Precedente

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

28 Artículo VI.- Control Difuso e Interpretación Constitucional

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

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

jurisprudencia constitucional vinculante (doctrina constitucional)

La fuerza vinculante de la jurisprudencia se desprende de nuestro texto Constitucional. Por ejemplo, del principio de seguridad jurídica³⁰ (artículo 43, artículo 3, artículo 2 inciso 24, literales a y d, y artículo 139, inciso 3), del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 2, inciso 2), de la propia potestad de administrar justicia (artículo 138), y, tratándose de la jurisprudencia constitucional, además, del artículo 201 de la Constitución.

La fuerza vinculante de la jurisprudencia se entiende como *"aquel elemento característico de la jurisprudencia producida en el Estado Constitucional, que exige tanto a los poderes públicos (incluidos los propios tribunales de justicia inferiores y superiores) como los ciudadanos en general se encuentren efectivamente vinculados con los criterios, orientaciones y principios establecidos por los altos tribunales de justicia (doctrina jurisprudencial); y, además, que ante casos iguales, estos tribunales de justicia se encuentren vinculados por sus decisiones anteriores (precedente vinculante horizontal), y que los tribunales inferiores se encuentren vinculados a las decisiones de los aludidos tribunales supremos (precedente vinculante vertical)"*³¹.

Resulta importante para los efectos del presente trabajo hacer una breve distinción entre la jurisprudencia constitucional vinculante y el precedente vinculante.

Según Roger Rodríguez³² la jurisprudencia constitucional vinculante alude a la repetición de criterios normativos contenidos en la sentencias del Tribunal Constitucional, *"y que por transmitir el claro parecer del supremo intérprete de la Constitución sobre un concreto asunto de relevancia constitucional debe ser observado por todos los jueces y tribunales de la República (...)"*. Sin embargo, Adrián³³, en su concepción de la jurisprudencia vinculante del TC, a la que denomina "doctrina jurisprudencial", afirma que la misma vincula también a los ciudadanos, en la medida que en ejercicio de su función institucional, proveen los criterios, orientaciones y principios que sirven para crear la regla que soluciona los casos, *"de manera que en el futuro los poderes públicos y ciudadanos puedan contar con tales elementos que no hacen sino complementar el ordenamiento jurídico"*.

Si bien el carácter vinculante de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional respecto a los jueces se encuentra expresamente prevista en el artículo VI del Título Preliminar del CPC³⁴, así como en la Primera Disposición Final de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional³⁵, creemos que esta

30 En relación al principio de seguridad jurídica, el Tribunal Constitucional ha sostenido que *"(...) El principio de la seguridad jurídica forma parte consubstancial del Estado Constitucional de Derecho. La predictibilidad de las conductas (en especial, las de los poderes públicos) frente a los supuestos previamente determinados por el Derecho, es la garantía que informa a todo el ordenamiento jurídico y que consolida la interdicción de la arbitrariedad. Tal como establecieron el Tribunal Constitucional español, la seguridad jurídica supone "la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en aplicación del Derecho" (STCE 36/1991, FJ 5). El principio in comento no sólo supone la absoluta pasividad de los poderes públicos, en tanto no se presenten los supuestos legales que les permitan incidir en la realidad jurídica de los ciudadanos, sino que exige de ellos la inmediata intervención ante las ilegales perturbaciones de las situaciones jurídicas, mediante la "predictible" reacción, sea para garantizar la permanencia del statu quo, porque así el Derecho lo tenía preestablecido, o, en su caso, para dar lugar a las debidas modificaciones, si tal fue el sentido de la previsión legal (...)". Fundamento 3 de la sentencia recaída en el Expediente No. 0016-2002-AVTC.*

31 Op. Cit., p.119.

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

33 Op. Cit., p.120.

34 Véase infra nota 40.

35 Véase infra nota 41.

obligatoriedad en su aplicación es extensiva a los ciudadanos en la medida que es el TC el supremo intérprete constitucional, y la Constitución vincula a todos los ciudadanos en general.

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

El precedente vinculante, por su parte, es la regla jurídica contenida en una resolución del TC que soluciona un caso particular y que debe ser de observancia obligatoria para el propio Tribunal (precedente vinculante horizontal), así como para todos los jueces y tribunales inferiores (precedente vinculante vertical), en todos aquellos casos que sean sustancialmente iguales.³⁶ Debemos precisar que el precedente vinculante no solamente se encuentra en sentencias del Tribunal que resuelvan procesos de control concreto de constitucionalidad como el amparo, hábeas corpus o hábeas data, sino también en el proceso de control abstracto, o proceso de inconstitucionalidad.³⁷

La base legal del precedente vinculante se encuentra en el artículo VII del Título Preliminar del CPC, el cual dispone que *"Las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo. Cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente"*.

El propio Tribunal Constitucional realiza una distinción entre la jurisprudencia constitucional vinculante y el precedente vinculante, en la sentencia recaída en el Expediente No. 03741-2004-AA/TC, que pasamos a citar:

"[...] Las sentencias del Tribunal Constitucional, dado que constituyen la interpretación de la Constitución del máximo tribunal jurisdiccional del país, se estatuyen como fuente de derecho y vinculan a todos los poderes del Estado. Asimismo, conforme lo establece el artículo VI del Código Procesal Constitucional y la Primera Disposición General de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, Ley 28301, los jueces y tribunales interpretan y aplican las leyes y reglamentos conforme a las disposiciones de la Constitución y a la interpretación que de ellas realice el Tribunal Constitucional a través de su jurisprudencia en todo tipo de procesos. La jurisprudencia constituye, por tanto, la doctrina que desarrolla el Tribunal en los distintos ámbitos del derecho, a consecuencia de su labor frente a cada caso que va resolviendo (...)" (subrayado nuestro).³⁸

En cambio, respecto al precedente afirma que,

"(...) si bien tanto la jurisprudencia como el precedente constitucional tienen en común la característica de su efecto vinculante, en el sentido de que ninguna autoridad, funcionario o particular puede resistirse a su cumplimiento obligatorio, el Tribunal, a través del precedente constitucional, ejerce un poder normativo general, extrayendo una norma a partir de un caso concreto (...)" (subrayado nuestro).³⁹

De lo expresado en este acápite podemos colegir que el atributo vinculante de la jurisprudencia

36 *Ibid.*, p.121.

37 Véase el caso de la Barrera Electoral (Expediente No. 0030-2005-M/TC), en el cual el TC estableció un precedente vinculante respecto al dictado de las sentencias interpretativas o integrativas denominadas "manipulativas".

38 Fundamento Jurídico No. 42 de la Sentencia.

39 Fundamento Jurídico No. 43 de la Sentencia.

constitucional y del precedente constitucional proviene tanto de nuestra Constitución como de las leyes, siendo por ende exigibles a todos los operadores jurídicos.

Ahora bien, esta potestad del Tribunal no puede ser ejercida de manera arbitraria sino más bien prudente, debiendo el Colegiado cuidar en considerar en los fundamentos de su decisión la motivación que le ha servido para fijar la doctrina o precedentes vinculantes, pues es una manera de legitimar la decisión del Colegiado permitiendo el control por parte de los operadores y evitar cualquier arbitrariedad.⁴⁰ Sobre este punto volveremos más adelante.

3. Naturaleza vinculante y particularidades de los pronunciamientos del TC relativos a la protección contra el despido arbitrario de los trabajadores de dirección o de confianza

Como veremos en los numerales que siguen, el Tribunal Constitucional ha tenido un criterio cambiante en cuanto a la protección contra el despido arbitrario que corresponde a los trabajadores de dirección o de confianza.

Así, de una total asimilación de esta categoría especial de trabajadores al personal común u ordinario de la empresa, pasó a una distinción radical, negándoles la posibilidad de ser repuestos vía acción de amparo, y finalmente optó por una alternativa intermedia aunque cuestionable.

A partir de lo visto hasta ahora podemos señalar que los pronunciamientos del TC relativos a los trabajadores de dirección o de confianza son vinculantes, e incluso son una fuente de Derecho Laboral sobre esta categoría especial de trabajadores.

Sin embargo, si bien los pronunciamientos que detallaremos en los dos numerales siguientes, en particular los que tratan sobre los traba-

jadores de dirección o de confianza, extraen una regla jurídica de un caso concreto que se hace obligatoria para futuros casos a todo nivel judicial e inclusive a lo ciudadanos, con lo cual tendría la naturaleza jurídica de precedente vinculante, el TC no los ha calificado de esa manera, con lo cual, en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del CPC carecerían de la condición de precedentes vinculantes.

Lo señalado, a nuestro entender, no despoja del carácter vinculante al pronunciamiento del Tribunal sobre la materia bajo comentario, sin embargo, en la medida que no adquiere el status de precedente advertimos que el TC ha venido modificando su criterio, apartándose del inicial, sin cumplir con motivar adecuadamente sus resoluciones, lo cual coloca al operador jurídico en una situación de incertidumbre que a la postre atenta contra la razón de ser de la jurisprudencia vinculante, esto es, la predictibilidad, la seguridad jurídica.

El propio TC ha sostenido que la motivación de las resoluciones, como parte de un debido proceso, es un derecho implícito, genera la obligación que las resoluciones cuenten con una suficiente motivación, tanto de los hechos como de la interpretación y/o razonamiento de las normas invocadas.⁴¹

En ese sentido, al no haber el Tribunal motivado adecuadamente las razones del cambio de su criterio jurisprudencial, en materia de protección contra el despido de los trabajadores de dirección o de confianza, se estaría afectando al debido proceso de los justiciables, no solamente de quienes intervinieron en el caso, sino también, y en la medida que se trata de jurisprudencia vinculante con efectos *erga omnes*, a todos los operadores jurídicos y ciudadanos en general.

Luego haber abordado la condición de jurisprudencia constitucional vinculante de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional

40 *Ibid.*, p. 134.

41 Expediente No. 3283-2007-PA/TC, Fundamento Jurídico No. 3.

en materia de protección contra el despido de los trabajadores de dirección o de confianza, procederemos a realizar una breve exposición de cómo ha ido oscilando el TC en sus sentencias, hasta adoptar una posición final que resulta cuestionable.

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

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

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

4.1 Caso César Antonio Cassio y otros contra Telefónica del Perú S.A., Expediente No. 1112-98-AA/TC, sentencia publicada el 17 de Agosto de 1999

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

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

El Tribunal Constitucional ampara su demanda ordenando su reincorporación, fundamentando su pronunciamiento en lo siguiente:

(i) *"Que la circunstancia de que los respectivos cartas de imputación que la demandada notificó a los demandantes no identificaron los hechos que configuraban la supuesta comisión de la falta grave, así como la ausencia de medios probatorios que los acrediten, atentaron contra el derecho a la defensa de los demandantes amparado por el artículo 2 inciso 23) y del artículo 139 inciso 14) de la Constitución, (...) Por otra parte, la ausencia de sustento probatorio de la comisión de la falta grave imputada, como obra en autos, generó un acto lesivo en perjuicio del derecho de defensa de los trabajadores, porque si el emplazado con la carta de imputación desconoce las pruebas que tiene que controvertir, no podrá defenderse eficazmente de la imputación efectuada y, así, evitar una sanción injusta. Extrema éste que se agrava tanto más aún, cuando, precisamente para tutelar el derecho de defensa, el inciso b) del artículo 58 del citado Texto Único Ordenado de la Ley de Fomento del Empleo, respecto a la falta grave que la demandada atribuye a los demandantes, establece que tiene que ser "verificada fehacientemente o con el concurso de los servicios inspectivos del Ministerio de Trabajo y Promoción Social, quien podrá solicitar el apoyo del sector al que pertenece la empresa".⁴²*

(ii) *"Que la tipicidad de la falta y el derecho de defensa, son aspectos constitutivos del debido proceso amparado por el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución, en la medida que garantizan estándares mínimos de justicia que, junto a otros que lo conforman, hacen posible una tutela judicial válida y legítima. Por consiguiente, si conforme se afirmó en fundamentos anteriores, el acto de la demandada resultó lesivo de la tipi-*

42. Fundamento Jurídico No. 5 de la Sentencia

idad de la falta y del derecho de defensa, es además el derecho al debido proceso, el que ha resultado conculcado. Circunstancia ésta que permite, a este supremo intérprete de la Constitución, reiterar la plena eficacia, erga omnes, de los derechos fundamentales de orden procesal, constitutivos del denominado derecho constitucional procesal, también en el seno de las instituciones privadas —como es el caso de la demandada— en mérito a la eficacia inter privados o eficacia frente a terceros, del que ellos se hallan revestidos, como todo derecho constitucional: por lo que, en consecuencia, cualquier acto que, dentro de aquel ámbito, pretenda conculcar o desconocerlos, como el de la demandada, resulta inexorablemente inconstitucional”⁴³

(iii) “Que la circunstancia de que se haya despedido a los demandantes a través de un acto lesivo a los derechos constitucionales antes señalados, trae consigo también la afectación al derecho al trabajo reconocido por el artículo 22 de la Constitución Política del Estado, en cuanto la conservación de un puesto de trabajo que aquél implica ha sido conculcado por un acto desprovisto de juridicidad, esto es, viciado de inconstitucionalidad”⁴⁴

En este caso, el TC dispone la reincorporación de los trabajadores demandantes al considerar que la empresa demandada vulneró su derecho al debido proceso.

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

4.2 Caso Gloria Ordoñez contra Telefónica del Perú S.A., Expediente No. 482-99-AA/TC, sentencia publicada 18 de Diciembre de 1999

En forma similar al caso comentado anteriormente, la demandante interpone su demanda

43 Fundamento Jurídico No. 6 de la Sentencia.

44 Fundamento Jurídico No. 7 de la Sentencia.

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

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

El TC va perfilando su jurisprudencia relativa a la reposición por vulneración a derechos constitucionales a través del despido sin analizar la condición de trabajador de dirección o de confianza de la demandante.

4.3 Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú y Federación de Trabajadores de Telefónica del Perú (FETRATEL) contra Telefónica del Perú S.A. y Telefónica del Perú Holding, Expediente No. 1124-2001-AA/TC, sentencia publicada el 11 de setiembre de 2002

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

Alegan que las demandadas han vulnerado sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, al debido proceso, a la legítima defensa, al trabajo, a la libertad sindical y a la tutela jurisdiccional efectiva de los trabajadores de Telefónica

del Perú S.A.A, dado que esta empresa había iniciado una política de despidos masivos con el propósito del "despido de la totalidad de trabajadores sindicalizados". Acompañan como anexo una lista de setenta y siete trabajadores, alegando que ha sido elaborada por la primera accionada, en la que se encuentra una relación del personal a ser "desvinculado" de ésta.

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

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

- (i) "Las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable. Es por esto que la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador" (art. 23, segundo párrafo).⁴⁵
- (ii) "Es el criterio de afiliación sindical el que ha determinado la aplicación de la medida de despido. Por esta razón, el acto cuestionado lesiona el citado derecho constitucional en la medida que significa atribuir consecuencias perjudiciales en los derechos de los trabajadores por la sola circunstancia de su condición de afiliado a uno de los mencionados sindicatos. Más

concretamente, en este caso, se trató de la lesión de la libertad de sindicación al haberse procedido al despido de personas que tienen la condición de afiliados a los sindicatos antes mencionados; circunstancia que implica la vulneración al citado derecho constitucional".⁴⁶

(iii) "Cuando el artículo 27 de la Constitución establece que la ley otorgará "adecuada protección frente al despido arbitrario", debe considerarse que este mandato constitucional al legislador no puede interpretarse en absoluto como un encargo absolutamente abierto y que habilite al legislador una regulación legal que llegue al extremo de vaciar de contenido el núcleo duro del citado derecho constitucional. Si bien es cierto que el legislador tiene en sus manos la potestad de libre configuración de los mandatos constitucionales, también lo es que dicha potestad se ejerza respetando el contenido esencial del derecho constitucional. Una opción interpretativa diferente sólo conduciría a vaciar de contenido el mencionado derecho constitucional y, por esa razón, la ley que la acogiera resultaría constitucionalmente inadmisibles".⁴⁷

(iv) "El segundo párrafo del artículo 34 del Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo No. 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo No. 003-97-TR, establece que frente a un despido arbitrario corresponde una indemnización "como única reparación". No prevé la posibilidad de reincorporación. El denominado despido ad nutum impone sólo una tutela indemnizatoria. Dicha disposición es incompatible con la Constitución, a juicio de este Tribunal".⁴⁸

(v) "En el presente caso, al haber efectuado Telefónica del Perú S.A.A. los despidos de acuerdo con un dispositivo inconstitucional

45 Fundamento Jurídico No. 7 de la Sentencia.

46 Fundamento Jurídico No. 11 de la Sentencia.

47 Fundamento Jurídico No. 12 de la Sentencia.

48 *Ibid.*

como el citado artículo 34, segundo párrafo, dichos actos resultan nulos".⁴⁹

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

Este pronunciamiento, recordemos, permitió un avalancha de procesos de amparo en la medida que el TC no estableció ningún filtro, con lo cual trabajadores de dirección o de confianza podían accionar para ser reinstalados en su puesto de trabajo.

4.4 Caso Eusebio Llanos contra Telefónica del Perú S.A., Expediente No. 976-2001-AA/TC, sentencia publicada el 13 de Mayo de 2003

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

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

El TC sostuvo que:

(i) "Los derechos fundamentales no solo demandan abstenciones o que se respete el

*ámbito de autonomía individual garantizado en su condición de derechos subjetivos, sino también verdaderos mandatos de actuación y deberes de protección especial de los poderes públicos, al mismo tiempo que informan y se irradian las relaciones entre particulares, actuando como verdaderos límites a la autonomía privada".*⁵⁰

*(ii) "A juicio del Tribunal Constitucional, el control constitucional de los actos de particulares debe realizarse caso por caso y a través de un delicado juicio de proporcionalidad y razonabilidad".*⁵¹

*(iii) "Si bien el texto constitucional no ha establecido cómo puede entenderse (...) protección contra el despido arbitrario, ella exige que, cualesquiera que sean las opciones que se adopten legislativamente, éstas deban satisfacer un criterio mínimo de proporcionalidad o, como dice expresamente el texto constitucional, se trate de medidas "adecuadas".*⁵²

*(iv) "El Tribunal Constitucional considera que el régimen resarcitorio es compatible con los principios y valores constitucionales en aquellos casos en los que, o bien el trabajador, una vez que fue despedido arbitrariamente, cobra la indemnización correspondiente o, en su defecto, inicia una acción judicial ordinaria con el objeto de que se califique el despido como injustificado, con el propósito de exigir del empleador el pago compulsivo de la referida indemnización. En cualesquiera de esos casos, por tratarse de una decisión enteramente asumida conforme a su libre albedrío por el trabajador, la protección adecuada contra el despido arbitrario debe traducirse inexorablemente en el pago de la correspondiente indemnización. En tal caso, el trabajador decide que la protección adecuada es el pago de su indemnización".*⁵³

49 Fundamento Jurídico No. 13 de la Sentencia.

50 Fundamento Jurídico No. 5 de la Sentencia.

51 Fundamento Jurídico No. 8 de la Sentencia.

52 Fundamento Jurídico No. 11 de la Sentencia.

53 Fundamento Jurídico No. 12 de la Sentencia.

(v) "Sin embargo, (...) al lado de ella, puede establecerse un sistema o régimen de protección jurisdiccional con alcances diferentes. Es decir, que en vez de prever una eficacia resarcitoria, pueda establecerse una vía procesal de eficacia restitutoria. Es lo que sucede con el régimen de protección procesal previsto a través del proceso de amparo constitucional".⁵⁴

(vi) "De ahí que el Tribunal Constitucional, a lo largo de su abundante jurisprudencia, haya establecido que tales efectos restitutorios (readmisión en el empleo) derivados de despidos arbitrarios o con infracción de determinados derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o los tratados relativos a derechos humanos, se generan en los tres casos siguientes:

Despido nulo (...)

Despido incausado (...)

Despido fraudulento.⁵⁵

(vii) "(...) El Tribunal Constitucional estima que la protección adecuada contra el despido arbitrario prevista en el artículo 27 de la Constitución ofrece dualmente una opción reparadora (readmisión en el empleo) o indemnizatoria (resarcimiento por el daño causado), según sea el caso".⁵⁶

(viii) "Asimismo, la competencia y actuación de la vía jurisdiccional –ordinaria o constitucional– y los alcances de la protección jurisdiccional –reposición o indemnización– dependen de la opción que adopte el trabajador despedido, así como de la naturaleza de los derechos supuestamente vulnerados".⁵⁷

En esta sentencia el TC reitera su corriente jurisprudencial de considerar al proceso de amparo como una vía idónea para que el trabajador vea reparada la lesión a su derecho al trabajo, precisando en qué supuestos se puede recurrir ante la justicia constitucional para ello.

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

El Colegiado ya no considera inconstitucional al artículo 34 de la LPCL, e inclusive, sostiene que es una opción válida, a elección del trabajador, optar por ser resarcido económicamente mediante el cobro de la indemnización correspondiente.

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

4.5 Caso Nelly Catia García contra Corte Superior de Justicia de Ayacucho, Expediente No. 746-2003-AA/TC, publicada el 19 de abril de 2004

La demandante interpone acción de amparo contra la Corte Superior de Justicia de Ayacucho, en la persona de su Presidente, a fin de que se ordene su reposición a su centro de trabajo como Jefe de la Oficina de Administración de la citada entidad judicial, pues mediante Oficio No. 478-2002-P-CSJAY/PJ, del 28 de junio de 2002, en forma arbitraria y sin expresar causa alguna, dio por concluida su designación como Jefe de la Oficina de Administración de la Corte Superior de Ayacucho, con efectividad al 30 de junio de 2002.

El TC declara infundada la demanda, sin embargo sostiene que "en autos no se ha acreditado fehacientemente la calificación del cargo de la demandante a fin de determinar si le corresponde su reposición o, por haber ejercido un puesto de

54. Fundamento Jurídico No. 13 de la Sentencia.

55. Fundamento Jurídico No. 15 de la Sentencia.

56. Fundamento Jurídico No. 16 de la Sentencia.

57. Fundamento Jurídico No. 19 de la Sentencia.

confianza, sólo la acción indemnizatoria, resultando inevitable contar con elementos probatorios idóneos y con una estación adecuada para la actuación de los mismos⁵⁸ (subrayado nuestro).

En cuanto a la falta de calificación de la demandante como cargo de confianza, el TC añade que *"si el emplazado hubiera omitido consignar en la boleta de la accionante la calificación de trabajadora de confianza, ello no enervaría dicha condición, si se llegara a acreditar con las pruebas pertinentes"*⁵⁹.

El Tribunal Constitucional evidencia un cambio de criterio en lo relativo a la reposición de trabajadores de dirección o de confianza⁶⁰ pues sostiene que, si la demandada acreditara que la demandante poseía dicha condición, no le correspondería la reposición en su puesto de trabajo sino solamente la indemnización.

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

4.6 Caso Aníbal Leonardo Salmón contra Corporación Peruana de Aeropuertos y Aviación Comercial S.A. (CORPAC), Expediente No. 4492-2004-AA/TC, sentencia publicada el 30 de septiembre de 2005

El demandante interpone demanda de amparo contra CORPAC alegando que fue despedido sin expresión de causa del cargo de Gerente de Operaciones de Aeropuertos, pues mediante la Carta No. GG-462-2003-O/01 se le comunicó su retiro de confianza, resolviéndose su vínculo laboral.

El Tribunal Constitucional declara infundada la demanda sostenido que, *"con relación a los trabajadores de confianza, tal como lo ha establecido*

este Tribunal en la Sentencia No. 0746-2003-AA/TC, a quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición, sin perjuicio de dejar a salvo el derecho de accionar en la vía correspondiente" (subrayado nuestro).⁶¹

El TC empieza a consolidar su jurisprudencia en el sentido que a los trabajadores de confianza no les corresponde la reposición. Se trata del "retiro de confianza" como causa de cese, pero el TC no cierra las puertas a un reclamo en la vía judicial correspondiente, que no es otra que la vía laboral ordinaria a fin de obtener la correspondiente indemnización.

En otras palabras, en esta etapa, el Colegiado no estaría legitimando al "retiro de confianza" como causa justa de despido.

4.7 Caso Segundo Juan Argomeda contra la Empresa Prestadora de Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado Barranca S.A. (EPS SEMAPA BARRANCA S.A.), Expediente No. 2358-2005-PA/TC, sentencia publicada el 25 de agosto de 2005

El actor interpone demanda de amparo contra su ex empleadora solicitando ser repuesto en su puesto de trabajo pues, alega, fue despedido arbitrariamente. La demandada sostiene que el despido fue por retiro de confianza.

El Tribunal declaró infundada la demanda debido a que el demandante ocupaba un puesto de confianza, mediante el siguiente razonamiento:

(i) "Los trabajadores de confianza tienen un mayor grado de responsabilidad en atención a las funciones que desempeñan, ya que se relacionan en forma inmediata y directa con la vida misma de la empresa,

58 Fundamento Jurídico No. 3 de la Sentencia.

59 Fundamento Jurídico No. 2 de la Sentencia.

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

61 Fundamento Jurídico No. 3 de la Sentencia.

con sus intereses, con la realización de sus fines y con su dirección, administración, entre otras actividades".⁶²

(ii) "Según lo dispuesto por el artículo 59 del Reglamento del Decreto Legislativo No. 728, aprobado por Decreto Supremo No. 001-96-TR, para la calificación de los puestos de confianza el empleador deberá, entre otros requisitos, consignar en el libro de planillas y en las boletas de pago la calificación correspondiente. Asimismo, el artículo 60 del reglamento acatado, señala que la calificación de los puestos de confianza "es una formalidad que debe observar el empleador"; sin embargo, "su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada esta se acredita"; debido a que la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas y no de la denominación que se le dé al puesto".⁶³

(iii) "Por otro lado, el demandante afirma que en el primer contrato que suscribió con la Empresa emplazada no se consignaba que el cargo referido era de confianza, argumenta que ha quedado totalmente desvirtuado, ya que con el Memorándum No. 024-2003-ERH-SEMAPA BARRANCA S.A., de fecha 2 de mayo de 2003, obrante a fojas 128, se acredita que la Empresa emplazada le comunicó al actor que el cargo que iba a desempeñar había sido calificado como un puesto de confianza; por lo tanto si bien en el contrato de trabajo no se consignó que el cargo que iba a desempeñar era de confianza, no es menos cierto que el actor tomó conocimiento el mismo día en que iba a iniciar su actividad laboral que el cargo era de confianza".⁶⁴

Esta jurisprudencia evidencia el criterio del TC en cuanto a los trabajadores de confianza, siendo interesante que el Tribunal justifique de cierta medida las razones que harían inviable

que este tipo de trabajadores no pueda acceder a su reposición en el centro de trabajo.

Lo que nos parece insuficiente es que el TC no señala qué funciones realizadas por el demandante lo llevaron a concluir que su puesto calificaba como de confianza.

Otro punto a tener en cuenta es que aún el Tribunal no se pronuncia EXPRESAMENTE respecto a los trabajadores de dirección, sin embargo, en la medida que estos poseen mayores responsabilidades y compromisos con la vida empresarial, pues inclusive comparten funciones con el empleador, sería aplicable el razonamiento realizado por el TC para los trabajadores de confianza, y además, como lo sostiene en una posterior sentencia, la condición de trabajador de dirección implica ser un empleado de confianza.

4.8 Caso Consuelo Muñante contra la Empresa Prestadora de Servicio Municipal de Agua Potable y Alcantarillado de Ica S.A. (EPS EMAPICA S.A.), Expediente No. 4040-2004-AA/TC, sentencia publicada el 8 de noviembre de 2005

La demandante interpone demanda de amparo contra su ex empleadora solicitando que se declare inaplicable la Resolución Directoral No. 006-2003-PD-EPS. EMAPICA S.A., de fecha 14 de mayo de 2003, que da por concluida su designación en el cargo de confianza de Jefe de la Oficina de Logística; y que se ordene su reposición en su centro de trabajo.

El Tribunal Constitucional declara infundada la demanda afirmando que: "Como lo afirma la propia recurrente, ella cesó en el cargo de confianza de Jefe de la Oficina de Logística por acuerdo del Directorio de la EPS EMAPICA S.A., de fecha 7 de mayo de 2003; por tanto, la cesación en sus labores, como efecto del retiro de confianza, no vulnera derecho constitucional alguno".⁶⁵

62 Fundamento Jurídico No. 2 de la Sentencia.

63 Fundamento Jurídico No. 3 de la Sentencia.

64 Fundamento Jurídico No. 5 de la Sentencia.

65 Fundamento Jurídico No. 2 de la Sentencia.

El TC establece que el retiro de confianza no supone vulneración a derecho constitucional alguno y procede a desestimar la demanda, basándose en la propia afirmación de la demandante que su cargo era de confianza.

Caso César Antonio Baylón Flores contra la E.P.S. EMAPA HUACHO, Expediente No. 0206-2005-PA/TC, sentencia publicada el 14 de diciembre de 2005

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

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

El TC funda su pronunciamiento en los considerandos siguientes:

(i) *“Los criterios jurisprudenciales establecidos en el caso Eusebio Llanos Huasco, Exp. No. 976-2004-AA/TC, para los casos de despidos incausados (en los cuales no exista imputación de causa alguna), fraudulentos y nulos, se mantendrán en esencia. En efecto, (...) el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador, entonces, en caso de que en la vía judicial ordinaria no sea posible obtener la reposición o la restitución del derecho vulnerado,*

*el amparo será la vía idónea para obtener la protección adecuada de los trabajadores del régimen laboral privado, incluida la reposición cuando el despido se funde en los supuestos mencionados”.*⁶⁶

(ii) *“(…) Se ha establecido que el amparo no es la vía idónea para el cuestionamiento de la causa justa de despido imputada por el empleador cuando se trate de hechos controvertidos, o cuando, existiendo duda sobre tales hechos, se requiera la actuación de medios probatorios a fin de poder determinar la veracidad, falsedad o la adecuada calificación de la imputación de la causa justa de despido, que evidentemente no pueden dilucidarse a través del amparo. En efecto, es claro que, en este supuesto, para que se produzca certeza en el juzgador, respecto de los puntos controvertidos, y pueda así sustentar su fallo en determinado sentido, necesariamente tendrá que desarrollar la actividad probatoria a través de sus diversas etapas, en particular respecto de la actuación y valoración de la prueba que, entre otras muchas, se relacionarán con declaraciones de parte, testigos, documentos (libros de planillas, informes), peritajes y, especialmente, las pruebas de oficio”.*⁶⁷

(iii) *“(…) conforme al artículo 5, inciso 2 del Código Procesal Constitucional, las demandas de amparo que soliciten la reposición de los despidos producidos bajo el régimen de la legislación laboral pública (...) deberán ser declaradas improcedentes, puesto que la vía igualmente satisfactoria para ventilar este tipo de pretensiones es la contenciosa administrativa. Sólo en defecto de tal posibilidad o atendiendo a la urgencia o a la demostración objetiva y fehaciente por parte del demandante de que la vía contenciosa administrativa no es la idónea, procederá el amparo. Igualmente, el proceso de amparo será la vía idónea para los casos relativos a despidos de servidores públicos cuya causa sea: su afiliación sindical o cargo sindical,*

66. Fundamento Jurídico No. 7 de la Sentencia.

67. Fundamento Jurídico No. 10 de la Sentencia.

*por discriminación, en el caso de las mujeres por su maternidad, y por la condición de impedido físico o mental (...)*⁶⁸

El precedente vinculante citado constituye un ajuste a los pronunciamientos previos del Tribunal en materia de acción de amparo laboral motivado sin duda por la entrada en vigencia del Código Procesal constitucional, que regula el carácter residual del proceso constitucional de amparo y ya no su carácter alternativo, como lo contemplaba la Ley 23506.

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

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

4.10. Caso Josué Tejada Alaya contra el Directorio y la Gerencia General de la Universidad Privada Antonio Guillermo Urrelo de Cajamarca, Expediente No. 3572-2005-PA/TC, sentencia publicada el 22 de marzo de 2006

El actor solicita que se declare nula y sin efecto legal la carta notarial de fecha 23 de setiembre de 2004, en virtud de la cual se extingue su vínculo laboral con la citada casa de estudios.

El TC desestima la demanda, señalando, entre otros fundamentos que "(...) es necesario mencionar que el demandante se desempeñó en un cargo directivo, motivo por el cual no es posible su reposición, pudiendo únicamente solicitarse, en caso de despido arbitrario, el pago de una indemnización (...)"⁶⁹.

En esta sentencia el TC estaría haciendo extensiva la imposibilidad de pretender la reposición

mediante una acción de amparo, prevista para los trabajadores de confianza, al personal de dirección, a quienes denomina "directivos". Esto resulta razonable pues, como se señaló anteriormente, si el fundamento para impedir la reposición del personal de confianza radica en las responsabilidades que poseen, con mayor razón debería aplicarse dicho razonamiento a los trabajadores de dirección, y además, señalamos que para el TC la condición de trabajadores de dirección supone la de confianza.

En todo caso, la sentencia debió estar mejor motivada.

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

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

Las razones en que se funda este pronunciamiento radican en que, en la medida que el trabajador que ocupa estas categorías posee una relación especial con el empleador en razón a un mayor grado de responsabilidad por las funciones que desempeñan, ya que se relacionan en forma inmediata y directa con la vida misma de la empresa, con sus intereses, con la realización de sus fines y con su dirección, administración, entre otras actividades⁷⁰, carecería de sentido pretender que sean readmitidos en el centro de trabajo cuando el empleador les perdió la confianza.

68. Fundamento Jurídico No. 24 de la Sentencia.

69. Fundamento Jurídico No. 9 de la Sentencia.

70. Exp. 2348-2005-PA/TC.

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

Así lo entiende Arévalo Vela⁷¹ al afirmar que " (...) el problema surge cuando el empleador procede a despedir al trabajador que ocupa un cargo de confianza en forma arbitraria. Dada la naturaleza del cargo, que radica en la confianza del empleador, no se podría obligar a este a que vuelva a confiar en el trabajador; pues es una posición que solo nace de la voluntad del empleador, motivo por el cual es inviable pensar que a través de un proceso constitucional de amparo se pueda lograr reponer al trabajador de confianza en el puesto que venía ejerciendo (...)".

Arce⁷², sin embargo, discrepa con esta postura del TC pues "solo se podría despedir lícitamente a un trabajador de confianza o de dirección, cuando concurre un hecho que se tipifique como causa justa de despido. (...)". Añade que este criterio del Tribunal "(...) permitiría que muchos despidos inconstitucionales no sean declarados como tales, sino simplemente arbitrarios (...)".⁷³

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

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

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

En relación a la protección contra el despido arbitrario o injustificado, consideramos que

nuestro ordenamiento constitucional, en armonía con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 17 de noviembre de 1988 (Protocolo de San Salvador), aprobado por Resolución Legislativa No. 26448, publicada en el Diario Oficial El Peruano el 29 de julio de 1995, reconoce una adecuada protección contra el mismo, siendo válida la reserva de ley para su desarrollo así como la reparación prevista en el artículo 34 de la LPCL, esto es la indemnización.

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

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

Adicionalmente, el Convenio No. 158 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT), no ratificado por nuestro país, pero que posee carácter de recomendación, precisa que si el órgano jurisdiccional llega "(...) a la conclusión de que la terminación de la relación de trabajo es injustificada (arbitraria) y, si en virtud de la legislación y la práctica nacionales no estuvieran facultados o no consideraran posible dadas las

71 AREVALO VELA, Javier, La protección de los trabajadores de confianza frente al despido arbitrario. En: *Diálogo con la jurisprudencia*, Gaceta Jurídica, Año 13, No. 112, Enero de 2008, Lima, p. 30.

72 ARCE ORTIZ, Elmer, La reposición de los trabajadores de confianza y de dirección. En: *Revista Peruana de Jurisprudencia*, Editorial Normas Legales, Año 8, No. 83, Mayo 2006, Lima, p. 112.

73 *Ibid.*, p.115.

circunstancias, anular la terminación y eventualmente ordenar o proponer la readmisión del trabajador, tendrán la facultad de ordenar el pago de una indemnización adecuada u otra reparación que se considere apropiada”.

Debemos indicar que el citado Convenio permite que cada legislación establezca el tipo de reparación contra el despido injustificado, siendo la primera opción la reposición pero teniendo también como válidas a la indemnización o el pago de un seguro de desempleo, entre otras.

Asimismo, la Recomendación sobre la terminación de la relación de trabajo No. 166 de 1982, establece en su artículo 18 que, de conformidad con la legislación y la práctica nacionales, todo trabajador cuya relación de trabajo se haya dado por terminada debería tener derecho a una indemnización por fin de servicios u otras prestaciones análogas, a prestaciones del seguro de desempleo o a una combinación de tales prestaciones.

En consecuencia, el artículo 27 de la Constitución, en concordancia con su artículo 22⁷⁴ y lo establecido en el Protocolo de San Salvador, que forma parte de nuestra legislación, y el Convenio No. 158 OIT que la orienta, delega al legislador la facultad de decidir que protección contra el despido arbitrario es adecuada, y éste a su vez, consagra a la indemnización como única reparación frente al despido arbitrario y a la reposición como mecanismo restitutorio frente al despido nulo. Dichas opciones, en buena cuenta, son válidas a la luz de nuestra Constitución.

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

injustificados o arbitrarios, la reparación conveniente sería la indemnización.

Sin embargo, en el caso de los despidos nulos, los cuales se basan en motivos prohibidos expresa y taxativamente previstos en el artículo 29 de la LPCL, la reposición como remedio, impuesta por nuestra legislación, es la adecuada, pero en la vía judicial ordinaria y no en la vía procesal constitucional del amparo, pues la primera posee las garantías procesales suficientes (estación probatoria) para que ambas partes desplieguen sus argumentos jurídicos en pleno ejercicio de su derecho de defensa.

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

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

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

La Corte Suprema, en diversas ejecutorias, ha venido sosteniendo que los trabajadores de dirección o de confianza tienen derecho a la tutela indemnizatoria como reparación frente al despido arbitrario.

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

Así, en la Casación No. 1489-2000-Lima de fecha 1 de diciembre de 2000, ha sostenido que la reparación para el trabajador de confianza, en caso de despido arbitrario, es la indemnización, al afirmar que "(...) Los trabajadores de confianza de empresa que se rigen por las normas de la actividad privada se encuentran legalmente protegidos contra el despido arbitrario".

Adicionalmente en la Casación No. 820-2002, Lambayeque, del 23 de julio de 2003, la Corte sostuvo que "(...) el retiro de confianza de un trabajador de dirección (...) es un despido que afecta la estabilidad relativa que tienen los trabajadores de esa categoría, lo cual tiene como efecto el pago de la indemnización correspondiente (...)".

Similar pronunciamiento advertimos en la Casación No. 2037-2000, Piura, de 22 de febrero de 2001, en la cual la Corte afirma que "(...) todo trabajador de confianza cuenta con estabilidad relativa. Ante un despido sin causa o arbitrario puede accionar por el pago de la indemnización más no para su reposición. Se debe dejar sentado el reconocimiento de la existencia de igual trato a todos los trabajadores que laboran bajo el régimen de la actividad privada al amparo de la LPCL, sin discriminación por la labor efectuada, ya sea de dirección o de confianza (...)".

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

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

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

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

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

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

Sin perjuicio de la doctrina jurisprudencial en materia de protección contra el despido, que sin duda posee la condición de fuente de Derecho, como es sabido, nuestro ordenamiento laboral ya contemplaba dos tipos de tutela frente a un despido arbitrario, la indemnización por despido y la reposición, este último caso en la medida que el acto extintivo de la relación laboral sea calificado como nulo por contravenir algún derecho constitucional en la medida que se presenten los motivos prohibidos regulados en el artículo 29 de la LPCL.

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

- La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales;
- Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad;
- Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo 25;
- La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión o idioma;

e) El embarazo, si el despido se produce en cualquier momento del período de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al parto. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, si el empleador no acredita en este caso la existencia de causa justa para despedir. Esto es aplicable siempre que el empleador hubiere sido notificado documentalmente del embarazo en forma previa al despido y no enerva la facultad del empleador de despedir por causa justa.

Ahora bien, el Tribunal Constitucional ha dispuesto en su doctrina sentada a partir del caso Llanos⁷⁵, y ratificada en el caso Baylón⁷⁶, que si el trabajador es víctima de un despido fundado en alguno de los motivos prohibidos antes indicados puede recurrir a la justicia constitucional.

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

Además, tengamos en cuenta que en los procesos de nulidad de despido existe normalmente una carga probatoria importante que no puede desplegarse en un proceso de amparo, pues este carece de etapa probatoria y además resulta improcedente si existen hechos controvertidos.⁷⁷

En ese sentido, es más conveniente sin duda, y legalmente posible, que los trabajadores de confianza despedidos mediante un acto lesivo de sus derechos constitucionales enumerados en el artículo 29 de la LPCL, recurran a la justicia laboral ordinaria.

6. Análisis del nuevo criterio jurisprudencial del Tribunal Constitucional en

cuanto a la protección contra el despido de los trabajadores de dirección o de confianza

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

Adelantamos opinión en el sentido que discrepamos con dicho punto de vista del Colegiado por las razones que expondremos después.

6.1. Caso Ricardo David Chávez Caballero contra el Banco Central de Reserva del Perú (BCR), Expediente No. 03501-2006-PA/TC, sentencia publicada el 28 de noviembre de 2007

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

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

(i) "Los trabajadores que asumen un cargo de confianza están supeditados a la "confianza", valga la redundancia, del empleador. En este caso, el retiro de la misma es invocada por el empleador y constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo al ser de naturaleza subjetiva, a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos".⁷⁸

75 Expediente No. 976-2001-AA/TC.

76 Expediente N° 0206-2005-PA/TC.

77 A esto le debemos añadir que en el proceso de amparo no se dispone el pago de remuneraciones dejadas de percibir ("salarios caídos") lo que sí ocurre en el proceso ordinario de nulidad de despido. Expediente 0206-2005-PA/TC.

78 Fundamento Jurídico No. 1 de la Sentencia.

(ii) "A nivel doctrinario, existe consenso en considerar que, dentro de la relación laboral de la actividad privada, los denominados trabajadores de confianza tienen, a diferencia de los demás trabajadores, un grado mayor de responsabilidad, a consecuencia de que el empleador les ha delegado la atención de labores propias de él, otorgándoles una suerte de representación general".⁷⁹

(iii) "La pérdida de confianza que invoca el empleador constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo; a diferencia de los despidos por causa grave, que son objetivos, ésta en cambio es de naturaleza subjetiva. El retiro de la confianza comporta la pérdida de su empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección, pues de no ser así, y al haber realizado labores comunes o ordinarias y luego ser promocionado a este nivel, tendría que regresar a realizar sus labores habituales, en salvaguarda de que no se produzca un abuso del derecho (artículo 103º de la Constitución), salvo que haya cometido una causal objetiva de despido indicada por ley".⁸⁰

(iv) "Como puede apreciarse, la mayor diferencia existente entre ambas categorías de trabajadores radica en que sólo el personal de dirección tiene poder de decisión y actúa en representación del empleador, con poderes propios de él. En cambio, el personal de confianza, si bien trabaja en contacto directo con el empleador o con el personal de dirección, y tiene acceso a información confidencial, únicamente coadyuva a la toma de decisiones por parte del empleador o del referido personal de dirección, son sus colaboradores directos. Este Colegiado considera que, por su naturaleza, la

categoría de trabajador de dirección lleva implícita la calificación de confianza, pero un trabajador de confianza no necesariamente es un trabajador de dirección, en la medida que no tiene poder de decisión ni de representación".⁸¹

(v) "(...) es de resaltar cómo se llega a adoptar tal cargo. Se llega de la siguiente manera: a) aquellos trabajadores contratados específicamente para cumplir funciones propias del personal de confianza y que, en consecuencia, desde el inicio de la relación laboral tienen pleno conocimiento de lo que ello implica; y b) aquellos trabajadores que accedieron a un puesto de trabajo para realizar funciones comunes u ordinarias, pero que posteriormente, por determinados factores, el empleador les asignó el cumplimiento de funciones propias de un trabajador de confianza".⁸²

(vi) " (...) Si el trabajador realizó con anterioridad labores comunes y luego es promocionado, luego al retirarse 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".⁸³

En la presente sentencia, el Tribunal Constitucional establece una excepción a la exclusión de la reposición vía acción de amparo de los trabajadores de confianza, al sostener que, si el trabajador calificado como de confianza realizó anteriormente labores comunes y accedió a dicho cargo por promoción, al retirarse la confianza retornaría a sus labores originales. En las líneas que siguen comentaremos este pronunciamiento con mayor detalle.

El pronunciamiento anterior ha sido reiterado en los casos Jesús Canessa Román contra PE-

79 Fundamento Jurídico No. 5 de la Sentencia.

80 Fundamento Jurídico No. 11 de la Sentencia.

81 Fundamento Jurídico No. 13 de la Sentencia.

82 Fundamento Jurídico No. 14 de la Sentencia.

83 Fundamento Jurídico No. 19 de la Sentencia.

TROLEOS DEL PERU, Expediente No. L-2007-PA/TC, publicado el 26 de marzo de 2008⁸⁴, y recientemente en el caso María Elizabeth Santisteban contra SEDAPAL, Expediente No. 03926-2007-PA/TC, publicado el 5 de junio de 2008.

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

El Tribunal Constitucional cambió, de manera inmotivada su criterio, disponiendo en la sentencia vista en el numeral anterior, fundamentalmente lo siguiente:

- Si el trabajador despedido no fue originalmente contratado para ocupar un puesto de confianza, procede su reposición al puesto inicial.
- En cambio, si el trabajador despedido ingresó desde su inicio a ocupar un puesto de confianza, entonces 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, esta en cambio es de naturaleza subjetiva.
- La categoría de trabajador de dirección lleva implícita la calificación de confianza, pero un trabajador de confianza no necesariamente es un trabajador de dirección, en la medida que no tiene poder de decisión ni de representación.

- Es posible que al promocionar a un trabajador existan situaciones abusivas, por lo que no puede perder el empleo del que es poseedor debido a las mismas como lo sostiene el artículo 44 de la LPCL.

Discrepamos con el nuevo criterio del supremo intérprete constitucional toda vez que, a nuestro entender, el trabajador al ser promovido a la condición de confianza (se entiende comprende a la de dirección) ya adquiere ese status en la empresa, con lo cual sería inviable su reposición⁸⁵, no existiendo diferencia basada en fundamentos objetivos entre un trabajador promovido y uno que directamente ingresa a ocupar un cargo de confianza en la empresa.⁸⁶

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

Además, pareciera que el TC se hubiera obsesionado con el personal que se incorporó desde el inicio a un puesto de confianza ya que, en forma excesiva, estaría creando una nueva causal de despido: "el retiro de confianza". Respecto a este punto, coincidimos con Arce⁸⁷, quien sostiene que "(...) el retiro de confianza, como es fácil deducir, es un motivo con una fuerte dosis de subjetividad que sin duda agravia el derecho al trabajo, el derecho de defensa y el principio de tipicidad en el despido. Agravia el derecho al trabajo en tanto la pérdida de confianza no configura una causa justa de despido en el orden laboral peruano. El derecho de defensa no puede operar por cuanto el trabajador no conoce con precisión cuál es el

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

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

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

87 *Op. Cit.*, p. 121.

motivo de despido. Y, al mismo tiempo, lesiona el principio de tipicidad, en la medida que el retiro de la confianza no se encuentra tipificado como causa justa de despido en el artículo 22 y siguientes de la LPCL (...).

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

En ese sentido, el retiro de la confianza es inconstitucional. Como lo sostiene Arévalo⁸⁸, "(...) El Tribunal Constitucional debe velar por el respeto de los derechos de los trabajadores de confianza (...). La inobservancia del artículo 27 de nuestra Constitución no es aceptable bajo ninguna perspectiva y menos aún si dicha vulneración proviene del Supremo intérprete de la Constitución, que en múltiples fallos manifiesta ser el órgano encargado de velar por la plena vigencia de los derechos constitucionales (...)."

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

Tengamos en cuenta que la jurisprudencia de la Corte Suprema habilita al ex trabajador a demandar el pago de su indemnización, aunque si bien los pronunciamientos del Tribunal Constitucional priman sobre cualquier órgano jurisdiccional, existe cierta tendencia de los jueces a desacatar la jurisprudencia de este órgano y darle cierta preeminencia a aquellas provenientes de la Corte Suprema.

Creemos además que el justiciable podría ampararse en la norma laboral, que no realiza distinciones entre los trabajadores de dirección

o de confianza y aquellos que no lo son, y de todas maneras intentar una reparación en la vía laboral, pero de ninguna manera recurrir al proceso de amparo.

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

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

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

6.3. Necesidad de mayor motivación por el TC de su nuevo criterio jurisprudencial

En el numeral precedente hemos desarrollado la variación del criterio del Tribunal Constitucional y la presunta inconstitucionalidad de su nueva tendencia, en la medida que atenta contra una serie de derechos y principios constitucionales. Sin embargo, no podemos analizar la razón de ser de este cambio de criterio pues el Tribunal no ensaya justificación técnica alguna.

Esta falta de justificación añadiría un vicio más a la sentencia bajo comentario, pues como se señaló anteriormente, al TC no puede ejercer sus atribuciones de manera amplia y arbitraria,

⁸⁸ Op. Cit., p. 32.

toda vez que el ciudadano tiene todo el derecho de controlar el contenido de las mismas, por lo que la motivación es fundamental.

Si bien la doctrina jurisprudencial en materia de protección contra el despido arbitrario de trabajadores de dirección o de confianza no ha sido calificada como precedente vinculante, y por ende no se le aplica el artículo VII del Título Preliminar del CPC que exige que, cuando el TC se aparte de su precedente deba expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente, somos de la opinión que, en la medida que se trata de doctrina jurisprudencial producida por el Supremo Intérprete de la Constitución, lo apropiado hubiese sido tener una sentencia que exprese con claridad y precisión sus fundamentos, y que además fuese precedente vinculante.

En cuanto a la motivación de las resoluciones judiciales, el propio Tribunal ha sostenido que el derecho a la motivación de las resoluciones judiciales a que se refiere el artículo 139.5 de la Constitución "(...) es al propio tiempo un derecho de quienes comparecen en el proceso judicial, como también una garantía y principio de la función jurisdiccional. En cuanto derecho subjetivo obliga a los jueces, cualquiera sea la instancia a la que pertenezcan, a fundamentar sus decisiones en base al derecho vigente y a los hechos expuestos por las partes, dando respuesta afirmativa o negativa a las cuestiones planteadas. En tanto garantía y principio de la función jurisdiccional constituye en cambio un valioso instrumento para el control público de las decisiones judiciales y, a la vez, un medio que presta legitimidad de ejercicio a los jueces. (...)" (subrayado nuestro).⁸⁹

Añade el Colegiado en otro pronunciamiento que, "(...) El derecho a la motivación de las resoluciones forma parte del derecho a un debido proceso, garantizando que el juez resuelva las decisiones exponiendo las razones que justifican

la decisión; por tanto un juez puede violar el deber de motivación, cuando omite exponer las razones que justifican la decisión, como cuando, exponiéndolas, la motivación pueda ser calificada de aparente o defectuosa, sea por una deficiente aplicación de las normas que disciplinan el caso o por una errónea valoración de los hechos que inciden directamente en la decisión pronunciada (...)" (Subrayado nuestro).⁹⁰

Advertimos lo indispensable que resulta una adecuada motivación de las resoluciones emitidas por los órganos jurisdiccionales, y en especial, creemos, por el TC, en la medida que se trata del supremo intérprete de la Constitución, y en ese sentido, sus pronunciamientos, sean calificados como precedentes o no, resultan vinculantes.

Este derecho a una adecuada motivación de las resoluciones judiciales forma parte del derecho al debido proceso adjetivo o procesal⁹¹, el cual está conformado por una gama de derechos esenciales que impiden que la libertad y los derechos de los individuos sucumban ante la insuficiencia de un proceso o procedimiento o se vean afectados por cualquier sujeto de derechos que pretenda hacer un uso abusivo de éstos.

Este derecho complejo, se compone de una serie de elementos, algunos de los cuales enumeraremos a continuación:

- (i) Derecho de contradicción o defensa, que incluye el derecho de disponer del tiempo adecuado para preparar la defensa.
- (ii) Derecho a la publicidad del proceso.
- (iii) Derecho a la motivación adecuada de las resoluciones.
- (iv) Derecho a ser asistido y defendido por un abogado técnicamente capacitado.
- (v) Derecho a impugnar.
- (vi) Derecho a probar o producir prueba.
- (vii) Derecho a que las decisiones se emitan en un plazo razonable.

89 Expediente No. 00654-2007-PA/TC.

90 Expediente No. 10340-2006-PA/TC.

91 BUSTAMANTE ALARCÓN, Reynaldo, *Derechos Fundamentales y Proceso Justo*, ARA Editores, Lima, 2001, p.208.

- (viii) Derecho a que las decisiones que se emitan sean objetiva y materialmente justas, etc.

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

Sin embargo, al ser improcedente la interposición de un amparo contra amparo si el pronunciamiento proviene del TC, entonces el justiciable carecerá de mayores alternativas, siendo la principal el realizar un análisis costo-beneficio y determinar que vía es más conveniente para su reclamo, lo cual creemos inclinará la balanza a favor de la justicia laboral ordinaria, a través del proceso de cobro de indemnización por despido arbitrario.

Esperemos que el TC cambie un criterio tan discutible, o al menos lo fundamente debidamente para evitar atentar contra la propia Constitución.

IV. CONCLUSIONES

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

- (i) Los trabajadores de dirección o de confianza ocupan un status especial en la empresa en razón no a su condición personal sino a las características del trabajo que realizan.
- (ii) Un trabajador de dirección posee la condición de trabajador de confianza, pero no todo trabajador de confianza es a su vez personal de dirección.
- (iii) Las limitaciones legales previstas en nuestro ordenamiento laboral a los tra-

bajadores de confianza, como la afiliación sindical, extensión de los efectos de los convenios colectivos, participación en la huelga deben ser analizadas a la luz de nuestra Constitución y de principios de razonabilidad, de manera que no sean interpretadas como una lesión a los derechos constitucionales de este tipo de trabajadores.

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

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

Como se ha visto, los pronunciamientos jurisprudenciales del TC inicialmente habilitaban a los trabajadores de dirección o de confianza a demandar su reposición en un proceso de amparo frente a un despido arbitrario, nulo, fraudulento, pues en sus resoluciones no analizaba

si los demandantes poseían dicha categoría. Posteriormente, negó de plano esa posibilidad sosteniendo que al personal de dirección o confianza no le correspondía la reposición en razón a la naturaleza especial de su cargo, para luego realizar una diferencia inconstitucional.

La inconstitucionalidad radica en que el Colegio discriminó a los trabajadores de confianza que ocupaban dicha posición desde el inicio de su relación laboral con aquellos que accedieron a puestos de esa categoría por promoción, pues a los primeros no les permitía reponerse y a los segundos sí. Adicionalmente dejó en un estado de indefensión a los primeros pues señaló que el "retiro de confianza" es una causa justa de despido, cuando la misma no se encuentra contemplada en la legislación.

Esta situación genera que, si un trabajador de dirección o de confianza que ocupó su puesto

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

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