

ASPECTOS RELEVANTES SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LOS TRABAJADORES DE ALTA DIRECCIÓN. LOS SOCIOS-EMPLEADOS Y LA CONTRATACIÓN DE GERENTES.

“Elige un trabajo que te guste y no tendrás que trabajar ni un día de tu vida”.

Confucio (551 AC-478 AC).

Carlos Arturo Trelles Garrido Lecca*

RESUMEN.- En este artículo, el autor se propone efectuar un adecuado análisis del régimen de los trabajadores de dirección y confianza en los ordenamientos peruano y extranjero, y de sus elementos característicos, centrándose en las diferencias jurídicas y fácticas que estos trabajadores tienen con el resto de la fuerza laboral de una empresa. Así mismo, desarrolla y profundiza sobre las características de los denominados “socios-empleados”, sobre la posibilidad de reposición de un trabajador de dirección y confianza, y por último sobre la contratación de gerentes.

Este análisis adquiere especial relevancia para las empresas que buscan reducir lo máximo posible sus contingencias laborales, las cuales en el caso de este tipo de trabajadores, suelen contener montos bastante elevados en relación a la remuneración que perciben.

SUMARIO.- Introducción. **I. Clasificación de los altos directivos en la doctrina española.** **II. Los denominados socios - empleados.** **III. Clasificación en el ordenamiento peruano. Los trabajadores en dirección y confianza .** A. Los trabajadores de dirección. B. Los trabajadores de confianza. **IV. Características principales del régimen de los trabajadores de dirección y confianza.** A. De la calificación del puesto. B. De las horas extras. C. Del período de prueba. C. Del despido. *1. Sobre la reposición y el retiro de la confianza como causa del despido.* **V. Algunas consideraciones sobre el régimen de los gerentes.** A. Sobre la validez del Gerente por la Junta General de Accionistas. Supuestas divergencias con la Ley General de Sociedades. B. Sobre las características especiales de los contratos de los “altos directivos” o trabajadores de dirección.

* Alumno del XII Ciclo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Piura. Asociado de la Revista Jurídica Ita Ius Esto, Asistente en el área laboral del estudio LEMA, SOLARI & SANTIVÁÑEZ – Sucursal Piura.

INTRODUCCIÓN

La relación laboral se configura cuando una persona natural realiza prestaciones de “hacer” en beneficio de otra, ya sea natural o jurídica, de forma personal, remunerada y subordinada. La subordinación que tienen los trabajadores para con el empleador, que se configura como característica esencial de las relaciones laborales, supone que dentro de dichas relaciones exista tanto una desigualdad formal y una material.

Por desigualdad formal nos referimos a que el empleador ocupa la posición de director de la actividad que va a realizar el trabajador, mientras que éste último ocupa la posición de dirigido. Por desigualdad material nos referimos al hecho 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 (...) pudiendo repartir órdenes o directivas, supervisar su cumplimiento e inclusive sancionar¹” (...).

Por otro lado, no todos los trabajadores tienen un régimen uniforme, es decir, dentro de la organización productiva de una empresa no todos los trabajadores ejercen la misma función, mientras que algunos se dedican a la producción del bien o ejecución del servicio al que la empresa se dedica, otros se encargarán de labores más “administrativas” o de “gestión”.

Es en este sentido, que existen los trabajadores de “alta dirección”, calificación propia de quienes ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa, y relativos a los objetos generales de la misma, con autonomía y plena responsabilidad sólo limitada por los criterios e instrucciones directas emanadas de la persona o de los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad que respectivamente ocupe aquella titularidad².

Como se puede observar, los “altos directivos” como los denomina la doctrina española, ejercen una función de representación del empresario y gestión propia de las actividades de la empresa, y reciben estos “poderes” directamente del empresario persona natural o jurídica.

Es por este motivo que se hace necesaria una correcta delimitación de los trabajadores que se encuentran en la cúpula organizativa de la empresa; ya que, como desarrollaremos, la consideración de un trabajador como *de dirección* o *de confianza*, representa muchas diferencias y elementos característicos con respecto a los derechos laborales que les atañen.

I. CLASIFICACIÓN DE LOS ALTOS DIRECTIVOS EN LA DOCTRINA ESPAÑOLA.

Este grupo especial de trabajadores, que forman parte del llamado “empresario social”³, supone a su vez distintas sub-clasificaciones de acuerdo al grado de responsabilidad y

¹ Cit. César Puntriano Rosas. *Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional en materia de protección contra el despido de los trabajadores que ocupan puestos de dirección o de confianza*. Revista Jurídica LABOREM, Nº 08. Año 2008. pp. 293.

² Cfr. Martín Valverde, Fermín Rodríguez –Sañudo Gutiérrez, Joaquín García Murcia. *Derecho del Trabajo*. Editorial Tecnos. Undécima Edición. 2002. pp. 184-187.

³ Cfr. Gonzalo Dieguez. *Lecciones de Derecho de Trabajo*. Editorial Civitas. Madrid 1991. Tercera Edición. pp. 53-55.

confianza que ostentan para con el empresario. Al respecto, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE⁴ diferencian en primer lugar al *Directivo no Laboral* del *Directivo Laboral*, y dentro de éste último al *Alto Directivo* y al *Directivo del Régimen Común*.

El *directivo no laboral*, es aquél que recibe **encargos específicos** del empresario, sin mantener una relación subordinada con éste. En otras palabras, su actividad se basa en cumplir mandatos de la empresa como representante necesario de toda persona jurídica (y de los empresarios persona natural en el devenir de sus actividades). Este tipo de directivo incluye a los administradores, consejeros, y a los mismos socios cuando ejercen cargos o realizan mandatos a favor de su empresa⁵.

Los *directivos laborales* (que mantienen una relación de carácter subordinado, aunque dicha subordinación sea ínfima con respecto a la de los trabajadores comunes), se dividen a su vez en:

- **Altos directivos**; son aquellos trabajadores que ejercitan poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa y relativos a los **objetivos generales** de la misma, poderes que han de ser ejercitados con autonomía y plena responsabilidad, ejerciendo una función de mando para con los demás trabajadores de la empresa (a diferencia de la función principalmente de asesoramiento que ejercen los directivos no laborales). Comprenden la cúspide de la organización de la empresa en su factor productivo, al dirigir la empresa, y hacerse responsables por los riesgos de su gestión.

El Tribunal Supremo español se ha encargado de delimitar las funciones típicas de este cargo y que vale la pena hacer mención, en la sentencia del TS del 6 de marzo de 1990, a saber:

“Las funciones de alta dirección pueden ser variadas: celebración y ejecución de negocios y contratos, incluidos los de carácter patrimonial o financiero; organización, dirección, gobierno y vigilancia de la marcha de la empresa; selección, contratación, dirección, retribución y despido de trabajadores, o representación de la sociedad, en juicio y fuera de él.(...) Suelen corresponder a los cargos de gerente, director-gerente o director general, y suelen desempeñarse mediante apoderamiento expreso; si bien, la calificación de alto directivo no depende de la denominación del cargo ni de los términos del apoderamiento, sino de las funciones o actividades realmente desempeñadas”.

- **Directivos de régimen común**; esta tipología de trabajadores incluye a los trabajadores normalmente intelectuales y altamente calificados, con mando en la empresa, aunque no alto en el sentido de los altos directivos. Su régimen laboral es el común, aunque con movilidad funcional más suelta (al menos cuando desempeñen cargos de confianza)⁶.

Resumiendo lo anteriormente expuesto, podemos decir que será directivo no laboral aquél que ejecute encargos específicos para la empresa, alto directivo quien ejerza una función de mando para con los demás trabajadores en virtud a poderes generales que le otorgue el empresario para la consecución de los fines de la empresa, y serán directivos de régimen común, aquellos trabajadores especializados que de forma subordinada

⁴ Cfr. Manuel Alonso Olea, M^a Emilia Casas Baamonde. *Derecho del Trabajo*. Volumen I. Editorial Thomson. Madrid 2001. Decimonovena Edición. pp. 76-84.

⁵ Cfr. *Ibidem*.

⁶ Cfr. Manuel Alonso Olea, M^a Emilia Casas Baamonde. *Derecho del (...)* pp. 76-84.

prestan servicios profesionales de asesoramiento, contabilidad, etc., ejerciendo un mando “no tan alto” sobre los trabajadores comunes en relación al servicio específico que prestan.

II.- LOS DENOMINADOS SOCIOS-EMPLEADOS.

No todas las personas que “trabajan” dentro de la empresa lo hacen bajo una relación de carácter laboral para con el empresario-empleador. Así tenemos el caso de los trabajadores destacados por empresas intermediadoras o tercerizadoras, quienes no mantienen relación laboral (entendida como prestación personal, remunerada y subordinada) para con el empleador de la empresa donde efectivamente realizan sus labores, situación denominada *de destaque* ya sea por intermediación o por tercerización laboral⁷.

Esta situación también se observa en las altas esferas de la empresa, donde se encuentran los denominados *directivos no laborales*, quienes realizan labores en representación del empleador, pero no están subordinados laboralmente a éste.

En este contexto, debemos destacar una figura que podría originar problemas en la delimitación de la relación laboral de altos directivos, nos referimos a los denominados **socios-empleados**.

Se denomina de esta forma a “*la persona que presta parte o toda su actividad personal a un empleador, a pesar de que a la vez reviste el status de accionista o socio de la misma empresa*”⁸. Ante esto surge la siguiente cuestión ¿Dichas personas deben ser consideradas como trabajadores o como socios?

Queda claro, que no se pueden limitar los derechos laborales de una persona que trabaje para la empresa de forma subordinada, sin importar si dicha persona forma parte o no del empresario persona jurídica titular de la empresa. En este sentido, no existe problema alguno en que se les reconozca sus derechos laborales originados como trabajador, así como sus derechos como socio.

El verdadero problema, al hablar de este tipo de trabajadores, surge con la posibilidad de fraude que se puede realizar con esta figura; como por ejemplo los siguientes:

1. Para negar su verdadera condición de trabajadores.
2. Para ocultar sus beneficios como socios.

Con relación a la primera posibilidad de fraude, es relevante el ejemplo que nos indica ARTURO DE DIEGO, refiriéndose a empresas de servicios gastronómicos, y que indicamos a continuación:

“Esta figura se refleja una práctica que se utilizó en la gastronomía, en la cual se involucraba a los cocineros, ayudantes de cocina y sobre todos a los mozos de salón en una sociedad (generalmente una S.R.L.), a quienes se les daba una

⁷ Lo dicho anteriormente no significa que no se pueda aplicar el Derecho Laboral en las relaciones entre los trabajadores destacados y el empresario-usuario (por ejemplo en el caso de la tercerización, la empresa usuaria será siempre solidaria con la tercerizadora en toda contingencia laboral que afecte los derechos de los trabajadores destacados); sino que la relación que mantiene el empleador-usuario con estos trabajadores no es laboral ya que no están subordinados a él (al menos en el sentido tradicional), en otras palabras “*no son sus trabajadores, sino de otro*”.

⁸ Julián Arturo de Diego. *Manual Del Derecho Del Trabajo Y La Seguridad Social*. Quinta Edición. ABELEDO-PERROT. Buenos Aires. 2002. pp. 147.

ínfima participación para disimular su verdadera relación de dependencia bajo la apariencia de un socio de una empresa comercial”⁹.

En efecto, el fraude aquí se dispone, al disfrazar sus ingresos como dividendos o ganancias de la empresa, cuando en realidad, conforme a las características de la prestación se configura una relación laboral que debiera originar todos los beneficios laborales del caso.

Esta situación configura lo que en la doctrina española se conoce como *el empresario ó socio aparente*. Como vemos, la solución a estos casos es “*descubrir el que de verdad recibió el trabajo y debe el salario (quien organiza y recibe el trabajo es el empresario, aunque intervengan otros sujetos, (...)) buscando mecanismos de protección del trabajador tanto contra errores suyos en la identificación del verdadero empresario, como en la búsqueda del auténtico responsable empresarial para que, identificado, responda de sus obligaciones*”¹⁰.

Así, la cuestión de zanja al identificar quien es realmente el empleador, esto es, ante quién se encuentran realmente subordinados los socios aparentes, sea dentro de la misma empresa (para lo que se deberán considerar conjuntamente quién es el que realmente divide los “supuestos dividendos”, y reparte órdenes organizando el trabajo), o un tercero ajeno a la “supuesta sociedad” (aquél para quien se brinda efectivamente el servicio).

Por otro lado, también es posible ocultar los verdaderos dividendos de un socio de la empresa, considerándolos como remuneraciones o salario, todo esto para evitar obligaciones tributarias relacionadas con el impuesto a la renta, e incluso para ocasionar fraude a los acreedores de la empresa, aprovechándose del carácter primigenio que tienen las obligaciones laborales, con sus notas de persecutoriedad y no extintividad¹¹.

Ante estas situaciones resulta de vital importancia determinar el verdadero monto de la remuneración que como trabajador le corresponde al socio. Para ello consideramos provechosa la utilización de los principios establecidos en el artículo 19º-A incisos b) y c) del Reglamento de la Ley del Impuesto a la Renta (D.S 122-2004-EF), el cual desarrolla los lineamientos a seguir para determinar el “valor de mercado de las remuneraciones”; y que nos permiten determinar, ante una situación de fraude, cual debió haber sido la remuneración del socio de acuerdo a su cargo.

III. CLASIFICACIÓN EN EL ORDENAMIENTO PERUANO. LOS TRABAJADORES DE DIRECCIÓN Y CONFIANZA.

El ordenamiento laboral peruano también ha previsto este tipo de trabajadores, refiriéndose tan sólo a los “directivos laborales” como es propio de esta rama de derecho. Así, la Ley de Productividad Laboral, los define en su Art. 43º:

Artículo 43º.- Personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que

⁹ Julián Arturo de Diego. *Manual del derecho del Trabajo* (...) op. Cit. p. 147.

¹⁰ Manuel Carlos Palomeque López, Manuel Alvarez de la Rosa, *Derecho del Trabajo*, Décima Edición, Editorial Universitaria, Madrid 2002. p. 712.

¹¹ Es común que los socios, ante la inminente quiebra de su empresa, comiencen a repartirse toda suma posible, bajo la consideración de que sean beneficios laborales impagos, generando así un fraude inminente ante los acreedores.

comparte con aquél las funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial.

Trabajadores de confianza son aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales.

Como vemos, la norma peruana define como trabajadores de dirección a los que anteriormente hemos denominado “altos directivos”, mientras que los trabajadores de confianza vienen a ser los “directivos de régimen común”; por lo que a partir de este momento seguiremos la nomenclatura nacional.

Del mismo concepto legal podemos vislumbrar que existen importantes diferencias entre una categoría y otra, lo que nos lleva a la delimitación de las mismas.

A. Los trabajadores de dirección.

Son aquellos trabajadores que “representan –o sustituyen- al empleador ante los trabajadores, terceros, etc., administran, dirigen, controlan, fiscalizan la actividad empresarial y el resultado de sus servicios tiene enorme incidencia en el resultado del negocio. Ejemplos de estos cargos son: gerentes, vicepresidentes corporativos, jefes, directores, subdirectores, sugerentes, etc., es decir la alta dirección de la empresa”¹².

Los trabajadores de dirección ejercen funciones propias de la dirección general de la empresa, es decir, hacen las veces del empresario tanto al interior de la empresa (ejerciendo la función de mando con respecto a los demás trabajadores, organizando su actividad) como fuera de ésta (como representante primigenio del empresario, de tal forma que es responsable de los perjuicios que ocasiona en dicha representación).

En este sentido, no toda persona que ejerce una función de dirección en la empresa será trabajador de dirección, y es que dicha función de dirección o poder de mando debe ser con carácter general (a diferencia de un contador por ejemplo, que tiene poder de dirección, pero supeditado a su servicio específico), es decir que participa de las decisiones fundamentales para el gobierno y desarrollo efectivo de la empresa. En otras palabras, las decisiones que afectan el núcleo duro de la organización productiva¹³.

Cabe señalar, que el TC considera que la condición de trabajadores de dirección supone la de confianza, de tal forma que “todos los trabajadores de dirección son de confianza pero no todos los trabajadores de confianza son de dirección”¹⁴.

B. Los trabajadores de confianza

“Son personas que prestan servicios en íntima relación con los de dirección; pueden tener acceso a documentación e información confidencial y reservada; pueden presentar

¹²Cit. Jorge Toyama Miyagusuku. *Instituciones de Derecho Laboral*. Gaceta Jurídica 2004. Primera Edición. pp. 393, 394.

¹³ Cfr. Martín Valverde, Fermín Rodríguez –Sañudo Gutiérrez, Joaquín García Murcia. *Derecho del Trabajo (...)* Op Cit. pp.184-187.

¹⁴ Cit. César Puntriano Rosas. *Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (...)* Op Cit. p. 316.

informes esenciales o estratégicos para el desarrollo de la actividad empresarial. Por ejemplo, los abogados, contadores, auditores que no ocupan cargos de dirección (en concreto los abogados del área legal que laboran bajo la dirección del jefe del área que es un personal de dirección), los asistentes de los directores, etc. también ingresan en esta categoría”¹⁵.

IV. CARACTERÍSTICAS PRINCIPALES DEL RÉGIMEN DE LOS TRABAJADORES DE DIRECCIÓN Y CONFIANZA.

Estos trabajadores, por la naturaleza de la actividad que realizan, presentan algunas diferencias con respecto al régimen común, y entre ellos; básicamente, las siguientes:

A. De la calificación del puesto.

Corresponde al empleador la calificación de los trabajadores de dirección y confianza, para ello se debe tener en cuenta, que la calificación debe ser mucho más cuidadosa para los trabajadores de confianza, dado que, a diferencia del personal de dirección, no solamente se debe apreciar el puesto sino, esencialmente, las funciones que se desempeñan y en la cual tales funciones representan la esencia del servicio prestado¹⁶. El Reglamento de la Ley del Fomento al Empleo, D.S N° 001-96-TR, indica en su Art. 60° lo siguiente:

Art. 60: “la calificación de los puestos de dirección o de confianza, es una formalidad que debe observar el empleador. Su inobservancia no enerva dicha condición si de la prueba actuada ésta se acredita”.

Asimismo, para efectuar la calificación el empleador debe tomar en cuenta los siguientes criterios:

- a) Debe identificar en los hechos los puestos que podrían considerarse como de confianza, según la naturaleza de las labores,
- b) Debe informar por escrito de dicha situación a los trabajadores involucrados, y
- c) Debe consignar tal calificación “de confianza” en los libros de planillas y boletas de pago.

Sin embargo, la diferencia con el régimen común, es que éstos tienen la posibilidad de observar esta calificación (institución que favorece sobre todo a los trabajadores de confianza cuya movilidad es mayor), ya que conforme al artículo 61° de la LPCL, tienen 30 días naturales para dejar sin efecto tal calificación. Y es que, en el caso de que el empleador termine asignando al trabajador de dirección o confianza a un cargo para el que “no está profesionalmente preparado”, ello implicaría un desarrollo ineficiente de las actividades encomendadas y podría generar una causal de despido.

Incluso, al ser trabajadores de dirección o confianza, serían responsables de todo perjuicio incurrido en sus labores (los trabajadores de dirección siempre son responsables porque hacen las veces del empleador, mientras que los de confianza tan solo en algunos supuestos, dependiendo de su profesión y de lo realizado).

¹⁵ Cit. Jorge Toyama Miyagusuku. *Instituciones de Derecho Laboral*. Op. Cit. pp. 393, 394.

¹⁶ Cfr. *Ibidem*.

B. De las horas extras.

En este punto existe una diferencia entre los trabajadores de dirección y los de confianza, ya que, tan sólo los trabajadores de dirección están excluidos de la jornada máxima (por lo que no tienen derecho a horas extra), conforme al Art. 45° del D.L 854:

*No se encuentran comprendidos en la jornada máxima los **trabajadores de dirección**, los que no se encuentran sujetos a fiscalización inmediata y los que prestan servicios intermitentes de espera, vigilancia o custodia.*

Esta situación también está recogida en la jurisprudencia:

Exp. N° 3145-98-B.S.

Que, los administradores en razón de ejercer funciones de representación de su empleador y de control frente al personal tienen la calidad de trabajadores de dirección, en consecuencia por mandato del artículo 5° del Decreto Legislativo N° 854 no se encuentran comprendidos dentro de la jornada máxima de labores, no siendo aplicables las disposiciones reguladoras del trabajo en sobretiempo u horas extras.

Esta circunstancia es consecuencia directa del tipo de actividades que realizan los trabajadores de dirección, y sobre todo del *status* que ostentan dentro de la organización empresarial; y es que, al no tener un control directo de sus actividades, “siendo incluso su actividad básicamente de control general de la empresa”, no existe razón justificada para que se les apliquen las disposiciones referidas a estos conceptos.

Existen quienes consideran, que así como los trabajadores de dirección, al menos algunos trabajadores de confianza también estarían excluidos de la jornada máxima, de acuerdo a la función que realizan, ya que si bien no “hacen las veces del empleador”, sí brindan un asesoramiento o servicio que supone que **no estén sujetos a fiscalización inmediata**.

Nosotros consideramos que esta posición atenta contra los derechos de esta categoría de trabajadores, por lo que consideramos carece de fundamento por las razones que explica claramente TOYAMA MIYAGUSUKU:

“Inclusive, algunos sostienen que todos los trabajadores de confianza están excluidos de la jornada máxima, en la medida que el Convenio OIT N° 1 establece que los trabajadores de confianza –así como los de dirección- no tienen derecho a horas extras. Consideramos que esta posición no debiera asumirse por dos razones: i) las propias normas de la OIT indican que si la legislación interna reconoce un derecho más favorable al trabajador que un Convenio OIT se aplica la primera, y; ii) la aplicación del principio de norma más favorable presume desplazar al convenio OIT sobre la legislación interna”¹⁷. (El resaltado es nuestro)

C. Del período de prueba.

¹⁷ Jorge Toyama Miyagusuku; en su obra *Instituciones de Derecho Laboral*. Op. Cit. p. 394.

El artículo 10° del Decreto Supremo N° 003-97-TR - Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece los plazos a considerar como período de prueba de todo trabajador, dentro del cual “protección contra el despido arbitrario”.

El plazo común para los trabajadores es de 3 meses de período de prueba. Sin embargo, el citado artículo permita que las partes pacten un período mayor “*en cuanto las labores requieran de un período de capacitación o adaptación o que por su naturaleza o grado de responsabilidad (...)*”. Al respecto consideramos, que sólo se constatan estos supuestos en tres supuestos:

- Cuando estamos frente a un trabajador “altamente calificado”, que no ostenta realmente un cargo de confianza, pero sí desarrolla una actividad especializada que justifica la prórroga. En este caso el plazo máximo es de 6 meses en total.
- Cuando estamos ante trabajadores que ostentan cargos de confianza, conforme a lo desarrollado en puntos anteriores. El plazo máximo es de 6 meses en total.
- Cuando estamos ante trabajadores de dirección, siendo que el período de prueba se podrá prorrogar hasta por el plazo de un año en total.

D. Del despido.

Acerca del despido cabe resaltar la sentencia emitida por el Tribunal Constitucional sobre el Exp. 2348-2005-PA/TC, que indica lo siguiente:

“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 las empresas, con sus intereses, con la realización de sus fines y con su dirección, administración, entre otras actividades, carecería de sentido pretender que sean readmitidos en el centro de trabajo cuando el empleador les perdió la confianza”

Siguiendo esta línea corresponde analizar en primer lugar si cabe la reposición para los trabajadores de dirección y confianza y en segundo lugar si el retiro de la confianza es una causa de despido válida para ellos.

1. Sobre la reposición y el retiro de la confianza como causa de despido

Si bien, en principio se suele decir que para estos trabajadores tan solo procede la indemnización por despido arbitrario, en virtud a los cargos que ejercen, y al hecho de que se trata de profesionales altamente especializados, que se encuentran en un *status* distinto a los demás trabajadores no solo dentro de la empresa, sino en el mercado laboral en general (ya que existe una demanda significativa de estos profesionales), consideramos que en algunos supuestos se podría fundamentar un derecho a la reposición como nos explica PUNTRIANO ROSAS:

“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 Art. 29 LPCL, en cuyo caso procede la reposición en la vía judicial ordinaria”¹⁸.

¹⁸Cit. César Puntriano Rosas. Análisis de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (...) Op Cit. p. 307.

Como hemos visto anteriormente, existe una tendencia a considerar el retiro de la confianza como causa de despido válida para los trabajadores de dirección y confianza; sin embargo, este criterio considerado como única causa para el despido es inválido, ya que va contra varios principios del derecho, no solo del laboral, como nos indica ARCE ORTIZ:

“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 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 (...)”¹⁹.

Por lo tanto, consideramos que el retiro de la confianza no puede ser una causa válida de despido, toda vez que no está tipificada, impide el derecho de defensa, y es por demás subjetiva. El Tribunal Constitucional al seguir este criterio originaría que muchos despidos inconstitucionales no sean declarados como tales, sino simplemente arbitrarios²⁰.

Sin embargo, debemos resaltar que actualmente el mismo Tribunal Constitucional ha establecido criterios según los cuales cabe la reposición de los trabajadores de confianza (que entendemos no se refieren tan solo a los trabajadores de confianza legalmente hablando, sino también a los de dirección, ya que la mención de trabajadores de confianza que hace el Tribunal es en virtud a la relación especial de confianza que estos trabajadores mantienen con el empleador, y no en la tipología legal) aunque sólo dependiendo del origen del nombramiento del trabajador.

De esta forma, el tribunal en las sentencias recaídas en los Exp. N° 05220-2007-PA/TC y Exp. N° 05441-2008-PA/TC, ha dado diversos criterios de los cuales se puede deducir lo siguiente:

1. *“Si el trabajador de confianza fue promocionado desde un puesto ordinario; en caso se le retire la confianza depositada, debía volver a realizar las labores habituales y no perdía el empleo, salvo que se determine que cometió una falta grave que implique su separación de la institución.*
2. *Si el trabajador fue contratado específicamente para cumplir funciones propias del personal de confianza, en caso se le retire la confianza, este pierde el empleo pues este supuesto constituye una situación especial que extingue el contrato de trabajo, teniendo solo derecho al pago de la indemnización por despido arbitrario, mas no a la reposición”²¹.*

¹⁹ Cit. Elmer Arce Ortiz. La reposición de los trabajadores de confianza y de dirección. En: Revista Peruana de Jurisprudencia. Lima. Editorial Normas Legales. Año 8, N° 63, Mayo 2006. pág. 121

²⁰ Cfr. Ibídem.

²¹ Gustavo Francisco Quispe Chávez. “El día en que Cronos devoró a sus hijos... El Tribunal Constitucional y su Cambio de criterio respecto al despido arbitrario del personal de confianza”. En Gastea Constitucional. N° 19, Gaceta Jurídica, Lima, julio de 2009. p.261.

De esta forma se puede observar que los jueces están comenzando a notar, que el mero retiro de la confianza constituye una causa muy peligrosa para sustentar el despido de los trabajadores de dirección y confianza, lamentablemente el Tribunal Constitucional no es uniforme en sus criterios, así tenemos la Sentencia recaída en el Exp. N° 1042-2007-PA/TC en la cual el tribunal consideró que no cabía la reposición del trabajador, a pesar de encontrarse en el primer supuesto arriba indicado²², y la sentencia recaída en el Exp. N° 05441-2008-PA/TC, con la que volvió a su anterior posición reponiendo al trabajador.

V.- ALGUNAS CONSIDERACIONES SOBRE EL RÉGIMEN DE LOS GERENTES

A. Sobre la validez del despido de Gerente por la Junta General de Accionistas. Supuestas divergencias con la Ley General de Sociedades²³.

La ley general de sociedades establece en su artículo 187° que *“el gerente puede ser removido en cualquier momento por el directorio o por la junta general, cualquiera que sea el órgano del que haya emanado su nombramiento”*. Respecto de este artículo, muchos especialistas en derecho societario han indicado que, por tratarse este artículo del ejercicio regular de un derecho, el despido de un gerente por el directorio o por la junta general de accionistas no debe generar indemnización al trabajador en virtud a la máxima *“el ejercicio regular de un derecho no genera responsabilidad alguna”*.

Como vemos, esta teoría choca directamente con los principios del derecho laboral, ya que en el supuesto de que se realice un despido arbitrario, no cabría siquiera indemnización al gerente, motivo por el cual se hace necesario resolver esta cuestión.

No resulta pertinente establecer si por *“remoción”* la ley se refiere al despido del gerente, o al simple traslado del mismo a otra dependencia de la empresa. Ya que de una u otra forma, lo que nos interesa delimitar es si ante un *“despido arbitrario laboralmente hablando”* por parte del directorio o de la junta general de accionistas, la empresa pueda utilizar este artículo válidamente como medio de defensa para negar cualquier derecho laboral indemnizatorio al trabajador.

A nuestro parecer, la solución a este dilema se encuentra en la especialidad de la norma citada, la cual es una norma societaria que regula las facultades de cada órgano en la empresa y las consecuencias *“societarias”* y no *“laborales”* de la remoción de gerentes. De esta forma entendemos, que este artículo a lo que se refiere es a la validez de la remoción del gerente dentro de la misma sociedad. En efecto, lo que quiere decir es que **cualquiera sea el órgano que haya nombrado al gerente**, tanto el directorio como la junta general pueden removerlo válidamente, sin que pueda haber objeción alguna por parte del órgano que lo haya designado.

Esto también se desprende del segundo párrafo del artículo mencionado, el cual proscribía la imposibilidad que por estatuto o acuerdo de la junta general o directorio se instituya la irrevocabilidad de un gerente o exija su remoción por mayoría absoluta; y

²² Una crítica profunda a esta sentencia la podemos encontrar en Gustavo Francisco Quispe Chávez. *“El día que Cronos devoró a sus hijos....”* Op. Cit. Pp. 255-263.

²³ Agradezco a los Doctores Alvaro Zegarra, Lorena Ramírez, José Valle y Dalia del Río; quienes durante el debate suscitado en el *“Conversatorio Jurídico: Divergencias entre el Derecho Laboral y el Derecho Mercantil”*, realizado el 09 de septiembre de 2009, en la Universidad de Piura con ocasión de los eventos organizados por la Semana de Derecho, me permitieron obtener un mayor criterio para analizar este tema.

nos indica claramente que la intención de esta norma es impedir la acumulación del poder de forma irrevocable por un órgano o grupo de accionistas dentro de la sociedad. De esta forma, se entiende claramente que el artículo 187° de la Ley General de Sociedades, se refiere a las facultades inherentes del Directorio y de la Junta General de remover a los gerentes, de tal forma que societariamente ningún otro órgano o socio o grupo de socios puede impugnar esa decisión; lo que no impide que el gerente como trabajador que es, tenga derecho a su correspondiente indemnización en el caso de que el despido haya sido arbitrario.

B. Sobre las características especiales de los contratos de los “altos directivos” ó trabajadores de dirección

A continuación detallaremos algunas características especiales de los contratos de los altos directivos, detallando algunas de las cláusulas que se suelen incluir sobre todo en la contratación de gerentes:

En efecto, la contratación de los trabajadores de alta dirección, específicamente los gerentes, supone elementos especiales en el contrato de trabajo que denotan la especial calidad de este tipo de trabajadores, los cuales muchas veces mantienen un verdadero poder de negociación frente a su empleador, en virtud a la importancia de las labores que realizan y a la alta calidad profesional que éstas labores requiere.

De esta manera, existen cláusulas especiales que los empleadores suelen adicionar a los contratos de estos tipos de trabajadores tanto para fomentar un desempeño óptimo, como para garantizar al mismo empleador por los posibles perjuicios que la gestión del gerente pueda ocasionar.

Debemos indicar que en el siguiente punto estamos siguiendo principalmente la obra del maestro Arturo de Diego en lo referido al contrato de los trabajadores de alta dirección²⁴.

Así, dentro del contrato de los trabajadores de alta dirección solemos encontrar, entre otras, las siguientes cláusulas o instituciones:

- **Hiring Bonus.** También denominado “bono de pase”. Supone una compensación única que el empleador suele otorgar al trabajador de alta dirección que desea ingrese a laborar a su empresa, y que haya estado laborando en otra empresa. El fin de esta institución es compensar la posible pérdida que puede sufrir el trabajador por dejar su anterior empresa, perder los derechos ya adquiridos (bonificación por tiempo de servicios, etc.), y en general el riesgo natural que acompaña a todo trabajador al iniciarse en una nueva organización empresarial. Su origen, la alta especialización y calidad profesional de los altos directivos que los convierte en un producto por el que disputan los empresarios. El momento del pago puede variar dependiendo de lo negociado, al inicio de la contratación, o dependiendo del cumplimiento de expectativas.
- **Golden Parachute.** Es una forma de proteger al trabajador frente al pronto despido incausado. Aunque muchas veces se encuentra incluido dentro del *hiring bonus*, es independiente a éste. Muchas veces la indemnización por el despido va

²⁴ Julián Arturo de Diego. *Manual Del Derecho Del Trabajo Y La Seguridad Social*. QUINTA EDICIÓN. Abeledo-Perrot. BUENOS AIRES. 2002. pp. 176-181.

reduciéndose de forma paulatina a la permanencia del trabajador en la empresa, aunque también puede mantenerse íntegra por un período determinado (recordemos que en virtud a la profesionalización e importancia de estos trabajadores en la empresa, es que con ellos se constata una verdadera capacidad de negociación con el empleador, permitiendo una amplia gamma de posibilidades en los caracteres de su contratación). Existen además, situaciones por las cuales se puede prescindir del pago de esta garantía (lo cual es completamente válido al ser esta condición un beneficio completamente negociado que no supone nunca un mínimo legal laboral), y que tienen que ver por causas distintas al despido incausado como por ejemplo incapacidad absoluta sobreviniente del trabajador.

- **Stock options.** Esta cláusula permite que el trabajador mantenga una relación fidedigna con la empresa, y es que se refiere a derechos accionarios que se otorgan al sujeto con la finalidad de mantener una motivación e interés personal en el dependiente. Sin embargo, estos derechos por ser de carácter societario, se rigen por el derecho comercial, por lo que sus características escapan de nuestro análisis.
- **Housing.** Que se aplica a aquellas personas que son trasladadas de un ámbito geográfico a otro, sea internamente como de otro país. Su fundamento es el desarraigo que sufre el trabajador por abandonar lo obtenido en su lugar de origen y ser destacado al lugar que necesita la empresa. Supone que la empresa cubra los gastos de mudanza, y de vivienda, ya sea subsidiando al sujeto o otorgándole un domicilio a cargo de la empresa. Suelen terminar con el retorno del dependiente a su domicilio inicial, aunque también pueden tener un plazo determinado.
- **Training.** Supone el denominado “capital de conocimiento”²⁵, que garantiza al dependiente una capacitación constante en congresos, diplomados y especializaciones cubiertos en parte o totalmente por la empresa, y que busca mejorar la calidad de los altos directivos, como inversión necesaria para mantener la competitividad de la empresa.

²⁵ *Ibidem.* pp. 181