

¿Procede la indemnización por despido arbitrario para el personal de dirección y confianza?

Por: Bismarck Jefferson Seminario Morante*

Sumilla:

En el presente artículo, el autor realiza un análisis jurídico, de manera particular, sobre si procede otorgar la indemnización por despido arbitrario a los trabajadores que han cesado y que desde el inicio de la relación laboral ocuparon un cargo de dirección o de confianza a raíz del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional. Asimismo, explica la naturaleza jurídica de los trabajadores de dirección y confianza y la indemnización por despido arbitrario en esos supuestos. Finalmente sostiene, de la mano de normas legales, constitucionales e internacionales, que a los trabajadores que ingresaron a ejercer directamente a un cargo de confianza o de dirección sí les corresponde la indemnización por despido arbitrario, puesto que, el motivo de la pérdida del empleo es únicamente el retiro de la “confianza”.

Palabras claves: Constitución Política del Perú, TUO del D. Leg. N° 728, trabajadores de dirección y confianza, indemnización, despido arbitrario, Protocolo de San Salvador.

I.- INTRODUCCIÓN

El pasado 01 de septiembre del 2018 se publicó en el diario oficial “El Peruano” el VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia Laboral y Previsional, en el que se abordaron diversos temas en los que existen criterios contrapuestos de la judicatura. Por lo que, al amparo del principio de seguridad jurídica y de predictibilidad, los señores Jueces Supremos de la república se reunieron con el objetivo de adoptar acuerdos que conlleven a uniformizar la jurisprudencia nacional. Uno de los temas que fueron examinados es el referente a si procede otorgar la indemnización por despido arbitrario a los trabajadores que han cesado y que desde el inicio de la relación laboral ocuparon un cargo de dirección o de confianza; habiéndose acordado por unanimidad que dicho derecho no les corresponde. Este punto despierta cierto interés en el autor, pues, se considera que la aludida decisión es un error que merece ser subsanado, ya que, todo indica que infringe la ley, la Constitución Política del Perú y el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o también conocido como Protocolo de San Salvador.

* Abogado, árbitro y conciliador extrajudicial. Doctorando en Derecho y Ciencia Política por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Maestro en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad Nacional de Trujillo. Especialización sobre Jurisprudencia en Materia Laboral por la PUCP. Estudios sobre el Sistema Acusatorio y Técnicas de Litigación Oral en Medellín – Colombia. Secretario de confianza de la Corte Suprema de la República. Docente universitario y autor de diversas publicaciones en revistas especializadas. Contacto: bismarckjeffersons@hotmail.com

II.- TRABAJADORES DE DIRECCIÓN Y DE CONFIANZA

2.1.- Definición

El artículo 43 del TUO del D. Leg. N° 728 señala que “el personal de dirección es aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros; que lo sustituye; o que comparte con aquellas funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial. Por otro lado, señala que el personal 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.”

En ese marco legal, queda claro que si bien los cargos de dirección y de confianza se encuentran relacionados, no son lo mismo. Ambos ostentan suma importancia en la estructura de una empresa, no obstante, es factible darle mayor jerarquía al personal de dirección, puesto que en ellos recae el poder de decisión sobre asuntos institucionales que generan impacto en sus diversas actividades comerciales; mientras que, el personal de confianza no tiene voz de decisión, pero coadyuva directamente para la toma de iniciativas trascendentales, dado que se encuentra en constante contacto con el personal de dirección y goza de facilidades para acceder a ciertos datos que un trabajador común no podría, como por ejemplo: información financiera, tributaria, bancaria, entre otros.

2.2.- Características

Tomando en cuenta lo detallado por el TC en el Exp. N° 03501-2006-PA/TC, es posible afirmar que existen ciertos caracteres que diferencian a los trabajadores de confianza (incluyendo al personal de dirección) de los trabajadores comunes u ordinarios, tales como: la confianza por parte del empleador; el impedimento de afiliación sindical conforme al artículo 42 de nuestra Carta Magna; el período de prueba puede tener una mayor extensión, seis meses para personal de confianza y un año para personal de dirección; no tienen derecho al pago de horas extras conforme al artículo 5 del D.S. N.° 007-2002-TR; no tienen derecho a una indemnización vacacional en aplicación del artículo 24 del D.S. N.° 012-92-TR; entre otros.

Siendo así, de las particularidades expuestas en el párrafo precedente, llama la atención lo señalado por el máximo intérprete de nuestra Constitución en cuanto ratifica que la “confianza” es lo único que vincularía a los cargos analizados con su empleador; por lo que, si aquella se acaba, la relación laboral debería seguir la misma suerte sin tener derecho a ninguna reparación. No obstante, existe una tendencia crítica (a la cual nos adherimos) sobre el aludido razonamiento; ya que, si bien la reposición queda descartada dada la naturaleza de las funciones que desempeñan los trabajadores de dirección y confianza, somos de la posición que, corresponde evaluar la viabilidad de conceder la indemnización por despido arbitrario como forma de reparación cuando el despido se sustenta únicamente en el término de la confianza, más aún si ésta no se encuentra

contemplada en el artículo 16 del TUO del D. Leg. N° 728 como causal válida para extinguir la relación laboral.

III.- INDEMNIZACIÓN POR DESPIDO ARBITRARIO PARA CARGOS DE DIRECCIÓN O CONFIANZA

3.1.- Posturas de la Corte Suprema de la República

Sobre el particular, la Corte Suprema de la República, ha emitido sentencias contradictorias. Por un lado, encontramos la Cas. Lab. N° 18450-2015-Lima, la cual sostuvo que el retiro de la confianza comporta la pérdida del empleo, siempre que desde el principio de sus labores este trabajador haya ejercido un cargo de confianza o de dirección; asumir una posición distinta sería admitir que todo trabajador de confianza a quien se le retira la confianza tenga derecho a la indemnización, lo cual es un absurdo. Ahora bien, en la Cas. Lab. N° 3106-2016-Lima, se concluyó que el artículo 22 del TUO del D. Leg. N° 728 no excluye a los trabajadores de confianza, es decir, no hace distinción con los trabajadores comunes u ordinarios, por lo que sí les corresponde percibir la indemnización por despido arbitrario.

La disparidad de criterios presentada en el párrafo anterior conllevó a la necesidad de realizar el Séptimo Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional; sin embargo, como hemos dejado sentado, el acuerdo arribado sobre el tema examinado nos parece incorrecto en la medida que restringe una prerrogativa tan importante al sufrir un despido arbitrario, posición que, a nuestro parecer, obedece a que no se efectuó un estudio exhaustivo del marco jurídico legal, constitucional ni mucho menos convencional tal y como veremos a continuación.

3.2.- Análisis legal

El TUO del D. Leg. N° 728 en su artículo 34 expone que si el despido es arbitrario, esto es, por no haberse expresado causa o no poderse demostrar ésta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización establecida en el artículo 38 como única reparación por el daño sufrido, siendo que en esta última norma se indica que la indemnización por despido arbitrario resulta equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año de servicios con un máximo de doce remuneraciones.

En el ámbito infraconstitucional, las normas que desarrollan la indemnización por despido arbitrario hacen referencia expresamente “al trabajador” sin hacer ninguna separación entre los que tienen la condición de comunes u ordinarios con los que ocupan cargos de dirección y confianza. Por ello, no es correcto interpretar que la indemnización por despido arbitrario sólo está reservada para el primer grupo de colaboradores antes comentados, sobre todo si por la naturaleza tuitiva y protectora del derecho laboral, cualquier interpretación restrictiva de derechos se encuentra totalmente prohibida.

3.3.- Análisis constitucional y convencional

El artículo 27 de nuestra Carta Magna prescribe expresamente que la ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario. Sobre la citada norma, el TC

en el Exp. N° 976-2001-AA/TC hizo una interpretación, habiendo expuesto 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).

Por su parte, el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales o Protocolo de San Salvador, en el literal d) de su artículo 7 señala que, en casos de despido injustificado (entendido también como arbitrario), el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualesquiera otra prestación prevista por la legislación nacional.

En ese contexto, nos queda claro que el personal de dirección y de confianza tiene protección contra el despido arbitrario, puesto que la ley y la Constitución no los han excluido de tal derecho y, sobre todo, porque el Protocolo de San Salvador establece que frente a un despido injustificado o arbitrario, el trabajador en general (incluye al personal de dirección y de confianza) puede optar por la reposición o la indemnización pero, como la primera opción resulta imposible, lo que corresponde es la segunda opción para así ver reparado el despido sufrido.

IV.- CONCLUSIONES

1.- El Séptimo Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional al no otorgar la indemnización por despido arbitrario a los que ingresaron directamente a ejercer un cargo de dirección o confianza, contraviene la ley, la Constitución y el Protocolo de San Salvador.

2.- A los trabajadores que ingresaron a ejercer directamente a un cargo de confianza o de dirección sí les corresponde la indemnización por despido arbitrario si el motivo de la pérdida del empleo es únicamente el retiro de la “confianza”.